



FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI. UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA AO CASO ARGENTINO  
Alejandro Agüero

O DOUTORADO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE LIBERAL ESPANHOLA (1847-1914)  
Manuel Martínez Neira

EL PROCESO DE TUTORÍAS Y SU NECESIDAD IMPOSTERGABLE EN LAS UNIVERSIDADES. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNI-VERSIDAD AUTÓNOMA DE GUERRERO  
Smirna Romero Garibay  
Rosalía Pastor Durán  
Perla Elizabeth Ventura Ramos  
Juliana Solis Cárdenas

UMA CRÍTICA À DISSOCIAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA JURÍDICA  
Ramon Isaac Saldanha de Azevedo e Silva  
Anderson Souza da Silva Lanzillo

DISTRIBUIÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS EM UNIVERSIDADES FEDERAIS RURAIS (2016-2023)  
Adailson Pinho de Araújo  
Ana Cláudia de Souza Valente  
Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira

ADI Nº 5.595 E O DESFINANCIAMENTO DA SAÚDE  
Vitor Comássio Paula Lima  
Danilo Henrique Nunes  
Sebastião Sérgio Silveira

RECALL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PELO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO  
João Paulo Jacob

VOTO ADOLESCENTE: EXAME DA CAMPANHA DE INCENTIVO AO ALISTAMENTO ELEITORAL DO TRE/SC (2022)  
Cristiano Lange dos Santos  
André Viana Custódio

DERROGAÇÃO CONTEXTUAL: COMENTÁRIO HISTÓRICO-JURÍDICO À TENDÊNCIA DE REVISÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
Walter Guandalini Junior

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS  
Roselma Coelho Santana  
Túlio Rosa e Silva  
Verônica Maria Felix da Silva

¿EXISTE UN DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO ESPAÑOL?  
José Manuel Busto Lago

PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: INSTITUIÇÃO SOBRE A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NÃO EXPLORADA PARA SUBSISTÊNCIA FAMILIAR  
Henrique Rodrigues Medeiros  
Carolina Merida  
Fabrício Muraro Novais

O CONCEITO DE EMPRESA NA SOCIEDADE DIGITALIZADA: REFERÊNCIA ÀS FINTECH'S  
Fábio da Silva Veiga

ONE STEP BEHIND: PENSAR A TRANSMISSÃO DE PODER NAS SOCIEDADES POR QUOTAS FAMILIARES  
Alexandre de Soveral Martins

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Editora-Assistente

Dra. Rosângela V. Zuza de Medeiros  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil  
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

---

### Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFRSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
v. 8, n. 16, (jul./dez. 2024) – Mossoró, 2024 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



## REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

### Pareceristas desta Edição

- Dr. Afonso de Paula Pinheiro Rocha | UNI7 | Fortaleza, CE, Brasil  
Dra. Amanda Caroline Generoso Meneguetti | UFPA | Belém, PA, Brasil  
Dra. Ana Carolina Couto | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Angêla Aparecida da Cruz Duran | UEMS | Paranaíba, MS, Brasil  
Dr. Brychtn Ribeiro de Vasconcelos | UEA | Manaus, AM, Brasil  
Dra. Carolina Mérida | URV | Rio Verde, GO, Brasil  
Dra. Cintya Leocadio Dias Cunha | UNIFOR | Fortaleza, CE, Brasil  
Dra. Cleia Simone Ferreira | UNIFIMES | Mineiros, GO, Brasil  
Dr. Emanuel Ferreira de Melo | UERN | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Francesco Romizi | UFMS | Campo Grande, MS, Brasil  
Dra. Gilmara Joane Macedo de Medeiros | UFPB | Santa Rita, PB, Brasil  
Dr. Jailson Alves Nogueira | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. João Paulo Mansur | UFMG | Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr. João Paulo Ramos Jacob | AMAM | Manaus, AM, Brasil  
Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto | UNICAP | Recife, PE, Brasil  
Dra. Leiko Nomizo | UEMS | Paranaíba, MS, Brasil  
Dra. Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Luis Rosenfield | PUC | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr. Manoel Batista do Prado Júnior | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Marcio Camargo Cunha Filho | IDP | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Marcus Mauricius Holanda | UNIFOR | Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Marcus Pinto Aguiar | UNINTÁ | Sobral, CE, Brasil  
Dr. Napiê Silva | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dra. Oona Caju | UFPB | Santa Rita, PB, Brasil.  
Dr. Pablo Leurquin | UFPB | João Pessoa, PB, Brasil.  
Dr. Rodrigo Vieira Costa | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Vinicius Calado | UNICAP | Recife, PE, Brasil  
Dr. Winston de Araújo Teixeira | UFAM | Manaus, AM, Brasil.

### Assessoria Técnica

Felipe Medeiros Mariz | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil



## NOTA EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos aos leitores a nova edição da Revista Jurídica da Ufersa. Encerramos o ano de 2024 reafirmando nosso compromisso com a disseminação de pesquisas jurídicas de excelência, que contribuem não apenas para o avanço do pensamento jurídico, mas também para o enfrentamento das questões sociais e institucionais mais urgentes.

Nesta edição, que compõe o Volume 8 (n. 16, jul./dez.), temos o orgulho de apresentar mais 14 artigos que refletem a diversidade e a profundidade do conhecimento jurídico contemporâneo. Assim, o Volume 8, com seus dois números, completa a máxima de 28 artigos publicados em 2024. As temáticas abordadas transitam por questões de direito constitucional, história do direito, direitos humanos e novas demandas nas relações econômicas e sociais, oferecendo uma análise crítica e inovadora.

Abrimos esta edição com duas traduções. A primeira é uma análise histórico-jurídica sobre o federalismo e a igualdade perante a lei no contexto argentino, de autoria do Prof. Dr. Alejandro Agüero, da Universidade Nacional de Córdoba (Argentina). Na sequência, temos uma investigação sobre a formação acadêmica jurídica na Espanha liberal do século XIX, que destaca as transformações no doutorado em Direito nesse período, de autoria do Prof. Dr. Manuel Martínez Neira, da Universidade Carlos III de Madrid (Espanha).

A seguir, exploramos a necessidade de tutorias acadêmicas em faculdades de Direito mexicanas, destacando os desafios educacionais e institucionais dessa prática; este texto é uma contribuição mexicana, das professoras doutoras Smirna Romero Garibay, Rosalía Pastor Durán, Perla Elizabeth Ventura Ramos e Juliana Solis Cárdenas, da Universidade Autónoma de Guerrero-Estado de Guerrero.

Em uma crítica à dicotomia entre teoria e prática jurídica, os pesquisadores Ramon Issac Saldanha de Azevedo e Silva e o Dr. Anderson Souza da Silva Lanzillo, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, nos convida a uma reflexão sobre a relevância da formação jurídica integrada para a efetividade do Direito.

O financiamento público e sua relação com as universidades também ganham destaque, com um estudo sobre a distribuição de emendas parlamentares em universidades federais rurais. Esse estudo é de autoria de Adilson Pinho de Araújo (Ufersa), Ana Cláudia de Souza Valente (UnB) e Dra. Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira (Ufersa). Além disso, a contribuição de Vitor Comássio Paula Lima, Danilo Henrique Nunes e Dr. Sebastião Sérgio Silveira, da Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp, reflete sobre as questões orçamentárias e seus impactos no setor de saúde no Brasil, a partir da decisão proferida na ADI nº 5.595.

O número 16 ainda inclui uma análise comparativa do instituto do recall brasileiro e suas perspectivas, do prof. Dr. João Paulo Jacob, da ESMAM, Manaus-AM, bem como um exame da campanha de incentivo ao voto adolescente promovida pelo TRE de Santa Catarina, de autoria do Dr. Cristiano

Lange dos Santos e do Dr. André Viana Custódio, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Outra contribuição inclui uma reflexão sobre a derrogação contextual no âmbito da Súmula 347 do STF e o controle de convencionalidade como ferramenta para a proteção dos direitos indígenas, de autoria do Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior, da UFPR e Uninter, de Curitiba-PR.

Da Universidade Estadual de Amazonas, os pesquisadores Roselma Coelho Santana, Túlio Rosa e Silva e Verônica Felix da Silva, discutem o controle de convencionalidade como instrumento de proteção de direitos humanos indígenas, uma tema de alta relevância para o contexto nacional e latino-americano.

Entre os temas internacionais, destacamos uma análise sobre o direito subjetivo à moradia no Direito espanhol, do catedrático José Manuel Busto Lago, da Universidade de A Coruña, Espanha, e a discussão sobre o patrimônio rural em afetação, abordando a pequena propriedade rural e sua exploração econômica, de autoria de Henrique Rodrigues Medeiros, Dra. Carolina Merida e Dr. Fabrício Muraro Novais, respectivamente da Universidade de Rio Verde – UNIRV e da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

O conceito de empresa na era digital, com foco em fintechs, também é tratado com profundidade, com a contribuição do prof. Dr. Fábio da Silva Veiga, da Universidade Lusófona, Portugal. Em seguida, há uma reflexão sobre a transmissão de poder em sociedades por cotas familiares, tema de relevância crescente diante das transformações econômicas e sociais globais, de autoria de Alexandre de Soveral Martins, da Universidade de Coimbra, Portugal.

Essa pluralidade de temas reafirma a missão da Revista Jurídica da UFERSA ser um espaço de diálogo e reflexão, promovendo a construção do saber jurídico em suas múltiplas dimensões. Agradecemos aos autores, revisores e leitores que tornam possível nosso trabalho e convidamos todos a explorar as contribuições desta edição.

Boa leitura!

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | DEZEMBRO 2024



## SUMÁRIO

| Fluxo contínuo |

\* \* \* \* \*

FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI. UMA  
APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA AO CASO ARGENTINO | **1-25**

**DR. ALEJANDRO AGÜERO**

O DOUTORADO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE LIBERAL ESPANHOLA  
(1847-1914) | **26-42**

**DR. MANUEL MARTÍNEZ NEIRA**

EL PROCESO DE TUTORÍAS Y SU NECESIDAD IMPOSTERGABLE EN LAS  
UNIVERSIDADES. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNI-VERSIDAD  
AUTÓNOMA DE GUERRERO | **43-56**

**DRA. SMIRNA ROMERO GARIBAY**

**ME. ROSALÍA PASTOR DURÁN**

**DRA. PERLA ELIZABETH VENTURA RAMOS**

**DRA. JULIANA SOLIS CÁRDENAS**

UMA CRÍTICA À DISSOCIAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA JURÍDICA | **57-77**

**ME. RAMON ISAC SALDANHA DE AZEVEDO E SILVA**

**DR. ANDERSON SOUZA DA SILVA LANZILLO**

DISTRIBUIÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS EM  
UNIVERSIDADES FEDERAIS RURAIS (2016-2023) | **78-104**

**ADAILSON PINHO DE ARAÚJO**

**ME. ANA CLÁUDIA DE SOUZA VALENTE**

**DRA. LIZZIANE SOUZA QUEIROZ FRANCO DE OLIVEIRA**

ADI Nº 5.595 E O DESFINANCIAMENTO DA SAÚDE | **105-130**

**ME. VITOR COMÁSSIO PAULA LIMA**

**ME. DANILO HENRIQUE NUNES**

**DR. SEBASTIÃO SÉRGIO SILVEIRA**

RECALL ELEITORAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PELO MÉTODO DO DIREITO  
COMPARADO | **131-147**

**DR. JOÃO PAULO JACOB**

VOTO ADOLESCENTE: EXAME DA CAMPANHA DE INCENTIVO AO  
ALISTAMENTO ELEITORAL DO TRE/SC (2022) | **148-168**

**DR. CRISTIANO LANGE DOS SANTOS**

**DR. ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO**

DERROGAÇÃO CONTEXTUAL COMENTÁRIO HISTÓRICO-JURÍDICO À  
TENDÊNCIA DE REVISÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL | **169-188**

**DR. WALTER GUANDALINI JUNIOR**

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE  
PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS | **189-207**

**ROSELMA COELHO SANTANA**

**DR. TÚLIO ROSA E SILVA**

**VERÔNICA MARIA FELIX DA SILVA**

¿EXISTE UN DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO  
ESPAÑOL? | **208-221**

**DR. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO**

PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: INSTITUIÇÃO SOBRE A  
PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NÃO EXPLORADA PARA SUBSISTÊNCIA  
FAMILIAR | **222-236**

**HENRIQUE RODRIGUES MEDEIROS**

**DRA. CAROLINA MERIDA**

**DR. FABRÍCIO MURARO NOVAIS**

O CONCEITO DE EMPRESA NA SOCIEDADE DIGITALIZADA: REFERÊNCIA ÀS  
FINTECH'S | **237-244**

**DR. FÁBIO DA SILVA VEIGA**

ONE STEP BEHIND: PENSAR A TRANSMISSÃO DE PODER NAS SOCIEDADES  
POR QUOTAS FAMILIARES | **245-251**

**DR. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS**



# FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI. UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA AO CASO ARGENTINO

FEDERALISM, RIGHTS, AND EQUALITY BEFORE THE LAW. A LEGAL  
HISTORICAL APPROACH THE ARGENTINE CASE

ALEJANDRO AGÜERO\*

Tradução: RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL\*\*

## RESUMO

O modelo constitucional argentino combina, como é bem conhecido, uma estrutura política federal com algumas características típicas dos sistemas unitários. Este artigo analisa a tensão entre o sistema de direito material nacional codificado e a reserva em favor das jurisdições provinciais na aplicação dos códigos. Ele procura mostrar que, como resultado dessas tensões, a interpretação dominante validou uma ponderação constitucional na qual a organização do poder jurisdicional tem maior relevância do que o princípio da igualdade perante a lei, com o consequente adiamento de um princípio básico do discurso liberal.

**Palavras-chave:** Federalismo Argentino; Igualdade perante a lei; Cassação; Argentina; História Constitucional.

## ABSTRACT

The Argentine constitutional model combines, as is well known, a federal political structure with some typical features of unitary systems. This paper analyzes the tension between the system of codified national substantive law and the preservation of provincial jurisdictions in the application of the codes. It seeks to show that, as an effect of these tensions, the dominant interpretation has validated a constitutional assessment in which the organization of jurisdictional powers has greater relevance than the principle of equality before the law, with the consequent postponement of a basic principle of the liberal discourse.

**Keywords:** Argentine federalism; Equality before the law; Cassation; Argentina; Constitutional History.

\* Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor Titular de História do Direito Argentino na Faculdade de Direito da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

*aaguero@unc.edu.ar*

\*\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Associado de História do Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFRSA.

*rafaelcabral@ufersa.edu.br*

Recebido em 6-12-2024 | Aprovado em 6-12-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota do tradutor:** Originalmente, o texto foi publicado em espanhol no Anuario XXI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)- UNC-CONICET, pp. 371-391, 2023, ISSN 1667-6122. Disponível em: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/40713>. Tradução autorizada pelo autor.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO. O FEDERALISMO UNITÁRIO; 1 A ORIGINALIDADE ARGENTINA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA; 2 FEDERALISMO, LEGISLAÇÃO E DIREITOS INDIVIDUAIS. PREMISSAS HISTÓRICAS; 3 CÓDIGOS E IGUALDADE PERANTE A LEI NO SISTEMA ARGENTINO; 4 A CASSAÇÃO NACIONAL E O PROJETO COLOMBO (PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX); 5 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E A REFORMA DE 1949; 6 UMA “DESIGUALDADE TOLERADA”. CONSENSO DOUTRINÁRIO, ALGUMAS DISSONÂNCIAS; REFLEXÕES FINAIS: FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI;**  
**REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O projeto constitucional argentino, além das influências vernáculas e estrangeiras, é caracterizado por uma combinação original de características unitárias e federais. Nesse aspecto, os membros constituintes seguiram a marca eclética da geração de 37, incorporada nas ideias de Alberdi, que viu nessa combinação não apenas a chave para superar o antigo antagonismo entre as várias facções políticas, mas também uma consequência dos precedentes históricos que, em ambas as direções, determinaram naturalmente o curso a ser seguido para construir o país.<sup>2</sup>

De acordo com esse ideário, a declaração sobre a forma federal de governo (art. 1º da Constituição) teve de ser conciliada com uma série de estipulações que qualificavam o modelo do que poderia então ser entendido como federação pura. O próprio Alberdi afirmou que deveria ser seguido o exemplo de outros países (Estados Unidos, Suíça e Alemanha) que abandonaram o “federalismo puro pelo federalismo unitário”.<sup>3</sup>, p. 157 Essa sequência poderia ser lida, na linguagem da época, como o passo necessário entre o que hoje chamaríamos de confederação e estado federal, de acordo com a experiência americana. No entanto, o projeto argentino acabou assumindo algumas características unitárias totalmente alheias ao texto de Filadélfia. As diferentes condições históricas e geoeconômicas (mesológicas) em relação ao país do norte explicam bem essa mudança.<sup>4</sup>, p. 289

Se a formulação eclética permitiu que se chegasse a um consenso pragmático sobre a organização constitucional do país, a combinação de elementos que respondiam a diferentes matrizes jurídicas implicou algumas inconsistências que se tornariam evidentes com o tempo. Este artigo analisa alguns aspectos das tensões decorrentes da combinação de um regime de direito material nacional codificado (típico de um sistema unitário) com a reserva em favor dos tribunais provinciais para aplicar os códigos materiais, com base na leitura que foi imposta

<sup>2</sup> ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina [1852]*. Buenos Aires: Losada, 1993, p. 111 e seguintes. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tomo II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981, p. 654-659.

<sup>3</sup> ALBERDI, *op. cit.*

<sup>4</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1976. Sobre o problema dos modelos constitucionais e sua influência no caso argentino, seguem sendo esclarecedoras as páginas de LEVAGGI, Abelardo. *Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX*. *Revista de Historia del Derecho*, [S. l.], v. 9, p. 239-301, 1982.

aos artigos 1, 5, 67, inciso 11 e 100 do texto de 1853-1860. Tento demonstrar que, como resultado dessas tensões, a interpretação dominante validou uma ponderação constitucional na qual a organização do poder jurisdicional teve maior relevância do que o princípio da igualdade perante a lei, com o conseqüente adiamento de uma garantia essencial do Estado de Direito.<sup>5</sup>, p. 66

Diferentemente de alguns estudos específicos baseados em uma abordagem teórica e jurisprudencial do sistema constitucional<sup>6</sup>, minha análise procura, em primeiro lugar, situar o problema em uma dimensão histórica ampla, sob a premissa de que essa combinação pode ter sido plausível na medida em que apresentava certa analogia com práticas institucionais anteriores. Em segundo lugar, analiso as questões que, durante a primeira metade do século XX, foram expressamente levantadas sobre essa inconsistência, demonstrando que outra leitura do texto constitucional era possível. Finalmente, reviso a construção do consenso atual, destacando seu caráter contingente e tomando-o como um testemunho das dificuldades para conciliar as marcas tradicionais do federalismo argentino com uma doutrina centrada nos direitos individuais e na igualdade perante a lei.

## 1 A ORIGINALIDADE ARGENTINA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA

Quando o projeto de 1853 foi debatido na Convenção de Santa Fé, chamou a atenção o fato do Congresso Nacional ter recebido o poder de ditar os códigos para toda a confederação. Salustiano Zavalía, membro da Convenção, observou que esse poder deveria corresponder às províncias e que tal restrição à soberania provincial era “contrária à forma [federal] de governo” estabelecida pela Constituição. Em defesa do projeto de constituição, Benjamín Gorostiaga salientou que o artigo 24 já havia sido aprovado, o que dava poderes ao Congresso para promover a reforma da “legislação vigente do país” e que a regra em questão, limitada aos códigos básicos, buscava evitar que o país fosse “um imenso labirinto” do qual resultariam males inconcebíveis. Ele acrescentou que “se nos Estados Unidos tinham diferentes códigos”, era porque os americanos, descendentes dos ingleses, tinham, como os ingleses, formado um corpo “de leis soltas”. Zavalía, pela sua vez, negou que o país fosse um labirinto de leis e argumentou em favor do poder das províncias de ditar leis “adequadas à sua organização, costumes e peculiaridades... que melhor atendessem a seus interesses”. A esse último argumento, Gorostiaga respondeu que tais peculiaridades poderiam ser encontradas em um código processual, que não foi mencionado no artigo em questão.<sup>7</sup>, p. 528-529

<sup>5</sup> SAMPAY, Arturo Enrique. Noción de Estado de Derecho. *La Ley*, [S. l.], t. 14, p. 64-69, 1939. Para uma revisão histórica deste conceito, CASAGRANDE, Agustín. The concept of *Estado de Derecho* in the history of Argentinean Constitutionalism, *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 47, p. 169-206, 2018.

<sup>6</sup> GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989; DIDIER, María M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas generales: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Buenos Aires: Universidad Austral, 2008.

<sup>7</sup> RAVIGNANI, Emilio (ed.). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Tomo IV, Buenos Aires: Peuser, 1937; para um recente enquadramento histórico do tema, POLOTTO, Rosario. Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia La casación en la Argentina (1853-1936). *Rev. hist. derecho* [S. l.], n. 65, p. 3, 2023; POLOTTO, Rosario. Geografía del Código. Codificación nacional y jurisdicción provincial: el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional. Argentina, mitad siglo XIX, principios del XX. *Prohistoria*, [S. l.], v. 40, p. 1-28, 2023.

A intenção foi evocar essa conhecida passagem do debate constituinte para apontar alguns aspectos relevantes para a reflexão histórica. Por um lado, o projeto se afastou do modelo norte-americano ao apelar para a tradição jurídica diferente do país. A tradição anglo-americana havia permanecido à margem do furor codificador que marcou o curso do direito europeu continental. Mas essa não foi apenas uma escolha de técnica legislativa. A escolha de um sistema codificado de direito nacional implicava um compromisso teórico com o princípio da uniformidade legislativa e, conseqüentemente, com o princípio da igualdade perante a lei, tal como havia sido concebido na estrutura ideológica da Revolução Francesa.<sup>8</sup> p. 37 e ss

Ainda que Alberdi não compartilhasse totalmente do modelo de codificação, ele era fortemente a favor de uma legislação uniforme para o país: “Não seria racional - diz ele nas Bases - se tivéssemos tantos códigos de comércio, tantas legislações civis, tantos sistemas hipotecários, quanto províncias”.<sup>9</sup>, p. 110 A matriz revolucionária desse postulado apareceu com maior clareza em uma passagem da edição revisada das Bases, em que o jurista tucumano criticou duramente a atitude da província separatista de Buenos Aires e sua constituição de 1854, afirmando: “Uma província que fala de códigos locais, hipotecas provinciais, moedas provinciais, pode representar outra era ou outra ordem de coisas do que aquelas em que a França feudal se encontrava antes de 1789?”<sup>10</sup>, p. 271

O ideal de uma legislação nacional uniforme, cuja inspiração revolucionária é evidente nas palavras citadas acima, demonstrou ser a antítese da estrutura plural (*feudal*) do *ancien régime*. Independentemente dos motivos instrumentais por trás dela, a uniformidade da legislação estava teoricamente ligada a uma série de princípios que convergiam nas chamadas “ideologias da codificação”.<sup>11</sup> A lei uniforme, condensada em um código curto, era representada não apenas como uma garantia da igualdade formal proclamada pela revolução, mas também como uma ferramenta para neutralizar a arbitrariedade dos juízes, uma característica do *ancien régime* incompatível com a nova ideia de “liberdade civil”.<sup>12</sup>, p. 76-77 Portanto, de acordo com esse novo entendimento da lei, o sistema de legislação uniforme tinha que ser acompanhado por instituições que garantissem sua estrita observância pelos juízes, como a obrigação de fundamentar as sentenças e o recurso de cassação.<sup>13</sup>

De acordo com o princípio da igualdade perante a lei, a uniformidade legislativa também deve implicar um compromisso com a uniformidade da jurisprudência. Entretanto, como consequência de sua abordagem eclética, o projeto argentino assumiu como uma solução plausível a desconexão desses dois aspectos. Diferentemente dos códigos materiais, os códigos processuais fariam parte dos poderes mantidos pelas províncias e, como vimos na citação do debate de 1853, por meio deles poderiam ser introduzidas “particularidades” do ambiente local. Como é sabido, a reforma de 1860 estipulou uma proteção específica para as “jurisdições locais” contra o poder codificador do Congresso, reservando a aplicação dos códigos às respectivas jurisdições (art. 67, inciso 11 e art. 100, texto de 1860). Uma das

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madri: Trotta, 1996.

<sup>9</sup> ALBERDI, *op. cit.*

<sup>10</sup> ALBERDI, *op. cit.*

<sup>11</sup> TARELLO, Giovanni. *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*. Genova: ECIG, 1976.

<sup>12</sup> SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato*. Una genealogia storica. Bolonha: Il Mulino, 2020.

<sup>13</sup> GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. *Cádiz 1812*. La Constitución jurisdiccional, Madri: CEPC, 2007, p. 261-312.

características mais originais de nosso sistema constitucional foi construída com base nessas premissas: um sistema no qual a legislação material codificada é de competência do Congresso Nacional, enquanto sua aplicação é reservada aos poderes judiciais organizados e regidos por leis provinciais, sem uma instância ordinária comum que pudesse funcionar como um instrumento de uniformidade jurisprudencial.<sup>14</sup>

Assim, a solução argentina se afastou tanto do federalismo americano quanto do unitarismo francês. Além do ecletismo predominante, o fato de que tal configuração fosse plausível, que a possibilidade de separar a uniformidade legislativa da uniformidade jurisprudencial fosse assumida, pode ser explicado, em nossa opinião, pelas práticas institucionais vernáculas cujas raízes remontam à tradição hispânica.<sup>15</sup> Independentemente da leitura que Alberdi e seus contemporâneos fizeram dos antecedentes coloniais e do centralismo da Monarquia Hispânica, a historiografia jurídica das últimas décadas destacou alguns elementos dessa tradição que podem nos ajudar a entender o resultado constitucional. Por um lado, a imagem da antiga monarquia concebida em termos de um estado absoluto, conforme apresentada pela historiografia liberal do século XIX, foi desconstruída para enfatizar seu caráter agregado e composto, como um espaço formado por uma pluralidade de reinos e províncias com diferentes personalidades políticas e tradições formais. Nessa estrutura, se tem constatado a validade efetiva de um alto grau de autogoverno municipal, expresso em termos de autogoverno corporativo e do exercício de jurisdições ordinárias de primeira instância.<sup>16</sup> Assim, foi compreendido o significado das declarações da época que definiam a Monarquia como uma "comunidade de repúblicas presididas por um soberano".<sup>17</sup>

<sup>69</sup> Esse último aspecto está ligado a um segundo aspecto destacado pela historiografia jurídica recente, que se refere à maneira pela qual o exercício da jurisdição ordinária, dentro da estrutura da monarquia, implicava um processo de "localização" da lei geral. De certa forma, as instâncias locais da jurisdição ordinária, geralmente nas mãos das elites municipais, operavam sob uma dinâmica em que, além de considerar uma profusa carga de normatividade local ao lado da lei da monarquia, ajustavam os princípios gerais de acordo com as condições

<sup>14</sup> Sobre as tensões desta configuração, POLOTTO, *op. cit.*, 2023; ver também as referências citadas na nota a seguir. Um caso semelhante de uma combinação de direito material comum (penal e civil) e regras processuais locais foi oferecido pela federação suíça, onde, no entanto, o Tribunal Federal foi autorizado, por delegação dos cantões, a garantir a aplicação uniforme das leis federais. SARTORIO, JOSÉ. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 38.

<sup>15</sup> Considerei esses aspectos em AGÜERO, Alejandro. Law and criminal justice in the Spanish colonial order and the problematic enforcement of the legality principle in the early national law in Argentina. In: MARTYN, GEORGES et al. (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle*. Legislation as a Source of Law. Berlim: Duncker & Humblot, 2013, p. 229-251; AGÜERO, Alejandro. Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 43, p. 341-392, 2014.

<sup>16</sup> Por razões de espaço, vou me limitar a apontar os trabalhos mais específicos para esse argumento, CLAVERO, Bartolomé. Tutela administrativa o diálogo con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 24, p. 419-465, 1995; AGÜERO, Alejandro. Ciudad y poder político en antiguo régimen. La tradición castellana. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; AGÜERO, Alejandro (coord.). *El Derecho Local en la periferia de la Monarquía Hispana, siglos XVI-XVIII*. Buenos Aires: INHIDE, p. 121-184.

<sup>17</sup> Assim o expressa León de Arroyal em 1789, DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *En torno al municipio de la Edad Moderna*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2005. Para uma análise mais ampla, PORTILLO VALDÉS, José M. *Revolución de Nación*. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812. Madri: CEPC, 2000, p. 14.

casuísticas e contextuais.<sup>18</sup> A partir dessas premissas, é compreensível que as opções federativas, após a crise da monarquia, tivessem a seu favor um ponto de partida que reconhecesse o antigo esquema de privilégios jurisdicionais ou, como também já foi sugerido, fossem mais bem ajustadas à leitura corporativa da ordem política sustentada pelo naturalismo católico.<sup>19</sup> Trata-se do mesmo marco cultural que pode ser visto até mesmo na constituição de Cádiz, que, apesar da afirmação unitária da soberania nacional, procurou conciliar o ideal da codificação nacional com um tipo de “federalismo judicial”, sem instâncias nomofiláticas ou recursos ordinários para a Suprema Corte por motivos de apreciação da lei material, operando como últimas instâncias, a esse respeito, os máximos tribunais de distrito (as audiências).<sup>20</sup>

Do ponto de vista do que interessa aqui, é possível sugerir que o específico projeto constitucional argentino era familiar às elites locais que haviam exercido a jurisdição ordinária nos tempos coloniais e que, sem mudanças substanciais, continuaram a fazê-lo no período após a revolução. Nesse sentido, talvez tanto no caso argentino quanto no de seu precedente em Cádiz, essa tradição de pluralismo jurisdicional com dinâmica de localização funcionou como um substrato comum para dar sentido a soluções de compromisso entre modelos teóricos difíceis de conciliar.

## 2 FEDERALISMO, LEGISLAÇÃO E DIREITOS INDIVIDUAIS. PREMISSAS HISTÓRICAS

Se a história podia oferecer uma base cultural para tornar plausível uma solução eclética, ela não resolvia as tensões decorrentes da combinação de princípios que respondiam a diferentes tradições. Como um sistema fundado no princípio da legalidade e da igualdade perante a lei poderia ser construído se a aplicação do direito material fosse adjudicada a jurisdições locais sem uma instância nomofilática comum? Esse não parece ter sido um problema relevante na época do debate constituinte. Se a uniformidade legislativa era considerada um instrumento necessário para a integração e o progresso econômico do país, é possível que, de acordo com o que aconteceu em outras áreas do horizonte hispânico, a dimensão individualista associada ao programa iluminista de legalidade e igualdade tenha sido marginalizada por aquela persistente compreensão corporativa dos direitos típica da tradição

<sup>18</sup> HESPAÑA, António Manuel. Depois do Leviathan. *Almanack brasiliense*, [S. l.], v. 5, p. 55-66, 2007; AGÜERO, Alejandro. Local Law and Localization of Law. Hispanic legal tradition and colonial culture (16th – 18th centuries). In: MECCARELLI, M.; SOLLA SASTRE, J. (ed.). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research experiences and Itineraries*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 101-129. Sobre a tradição casuística, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: INHIDE, 1992.

<sup>19</sup> ROJAS, Beatriz. Los privilegios como articulación del cuerpo político, Nueva España (1750-1821). In: ROJAS, Beatriz (coord.) *Cuerpo político y pluralidad de derechos*. Los privilegios de las corporaciones novohispanas. México: CIDE – Instituto Mora, 2007, p. 45-84, p.78-79. CALDERÓN, María Teresa; THIBAUD, Clément. *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia – Taurus, 2010, p. 98. ENTIN, Gabriel. República y Federalismo en América del Sur, entre la Monarquía hispánica y las revoluciones de Independencia. In: DE FRANCESCO, ANTONINO, et al. (coord.), *Entre Mediterráneo y Atlántico*. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867. Santiago de Chile: FCE, 2014, p. 362-392.

<sup>20</sup> LORENTE, Marta. Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821). In: ANNINO, Antonio (coord.) *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: FCE, 2010, p. 293-383; GARRIGA, Carlos. El federalismo judicial mexicano, 1824-1835. In: ROJAS, Beatriz (ed.) *Procesos constitucionales mexicanos*. La Constitución de 1824 y la antigua constitución. México: Instituto Mora, 2017, p. 154-271.

anterior.<sup>21</sup> Em seu estudo sobre o estágio de formação do federalismo argentino, Zorraquín Becú concluiu que as províncias haviam aceitado desde cedo a noção de soberania popular, mas se desprenderam do individualismo político que estava na base desse conceito. Assim, falava-se em liberdade, mas “em vez de concedê-la ao indivíduo, as províncias se apropriaram do termo, que se tornou sinônimo de independência”. Ele acrescentou ainda que o dogma da igualdade “não se aplicava ao homem, mas aos grupos que formam a república”, concluindo que o “vocabulário era idêntico”, mas seu “significado havia sido fundamentalmente alterado”.<sup>22, p. 66-67</sup> Essa alteração de linguagem parece indicar que a luta pelo federalismo visava mais à preservação dos direitos territoriais, em sua maioria baseados em antigos privilégios coloniais, do que à consagração de uma nova ordem de liberdades individuais.<sup>23</sup>

Se essa tivesse sido a tendência dominante no federalismo provincial da primeira metade do século XIX, o momento constituinte de 1853-1860 poderia ser considerado como o momento de fundação de uma nova etapa, como de fato foi em muitos aspectos. No entanto, analisando a jurisprudência inicial da Corte Argentina, Eduardo Zimmermann chega a uma conclusão significativa: “o predomínio das preocupações com a distribuição de poderes entre o Estado nacional e as províncias e a rejeição de uma elaboração conceitual sistemática dos direitos individuais como freios à soberania do Estado é esmagadora no discurso constitucional do século XIX”.<sup>24, p. 37</sup> Com base em nosso argumento, podemos pensar que esse adiamento dos direitos individuais é indicativo de um efeito inercial da matriz tradicional na gênese de nossa história constitucional. Se esse fosse o caso, a relação teórica entre os direitos individuais e a soberania do Estado precisaria ser reconsiderada.

É possível pensar que a opção por uma lei nacional codificada é mais adequada a uma perspectiva na qual a soberania estatal e os direitos não são colocados como extremos antitéticos, mas interdependentes. Segundo Mauricio Fioravanti, a codificação do direito está ligada a uma matriz que combina a lógica individualista e estatal como estratégia de afirmação das liberdades. Uma estratégia que pressupõe que somente a concentração do poder normativo pode emancipar os indivíduos dos antigos poderes corporativos intermediários, de modo a tratá-los, ao menos formalmente, como cidadãos iguais, independentemente de sua origem. A maneira de garantir a igualdade formal dos indivíduos estava na construção de uma soberania estatal forte, capaz de revogar o velho direito e se impor aos antigos poderes territoriais, corporativos e feudais, ou mesmo aos próprios magistrados fracionários.<sup>25, pp. 37, 109</sup>

Uma lei única, entendida como uma expressão da vontade geral, simples e comum a todo o território, aplicada uniformemente a todos os cidadãos, não era apenas o melhor antídoto para a tirania dos juizes, como Beccaria havia sugerido<sup>26, p. 22</sup>, mas era também uma

<sup>21</sup> CLAVERO, Bartolomé. Antropología del sujeto de derechos en Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, [S. l.], v. 19, p. 99-128, 2013. Em nosso caso, a marca historicista da geração de 37 atenuou as características individualistas do discurso constitucional. Para maiores detalhes, ver BIDART CAMPOS, *Historia...*, cit., p. 284-285.

<sup>22</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *El federalismo argentino*. 2. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1953.

<sup>23</sup> AGÜERO, Alejandro. De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas. In: AGÜERO, Alejandro et al. (coord.). *Jurisdicciones, soberanías administraciones*. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica, Córdoba-Zamora: UNC-Colegio de Michoacán, p. 441-476.

<sup>24</sup> ZIMMERMANN, Eduardo. Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia. Argentina, siglo XIX. *Estudios Sociales, Revista Universitaria*, [S. l.], v. XXV, n. 48, p. 11-37, 2015.

<sup>25</sup> FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales..., cit.

<sup>26</sup> MARQUÉS DE BECCARIA. *Tratado de los delitos y las penas*. Trad. J. A. de las Casas. Madri: J. Ibarra, 1774.

consequência necessária do princípio da igualdade que estava na base do contrato social. Nessa lógica, para garantir os direitos, é necessário assegurar a primazia da lei e, para isso, não basta sancionar um código, é necessário criar instâncias capazes de garantir sua observância, como foi o caso do tribunal de cassação.

Com relação aos ideais que impulsionaram a criação da cassação na França, Piero Calamandrei disse: “a proclamação teórica da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a criação de um corpo único de leis iguais em abstrato para todos, teria se tornado, na realidade, uma desigualdade caótica se, na aplicação da lei aos vários casos individuais, os juízes tivessem sido capazes de dar significados diferentes à mesma regra”.<sup>27</sup>, p. 389 De acordo com o jurista italiano, o contratualismo rousseauiano estava na base ideológica do “coeficiente doutrinário” que determinou a originalidade específica do sistema de cassação que emergiu da revolução, independentemente dos precedentes que poderiam ser encontrados no direito histórico. Com essas perspectivas, podemos voltar ao nosso projeto constitucional e avaliar melhor alguns dos problemas decorrentes de sua configuração mista.

### 3 CÓDIGOS E IGUALDADE PERANTE A LEI NO SISTEMA ARGENTINO

Como já mencionamos, em nosso sistema constitucional, a aplicação dos códigos materiais pelos tribunais provinciais estava, em princípio, isenta de um controle nomofilático superior, de acordo com a interpretação dada aos artigos 67, inciso 11, e 100 do texto de 1853-1860. Essa solução parecia ter sido consolidada com a aprovação da Lei 48 que, “em virtude das disposições do inciso 11, artigo 67, da Constituição”, excluía a possibilidade de recorrer à Suprema Corte para queixas baseadas na “interpretação ou aplicação pelos tribunais provinciais dos Códigos Civil, Criminal, Comercial e de Mineração”.<sup>28</sup> Configurou-se, assim, um esquema que parecia reproduzir, como já lembramos, a composição hispânica tradicional, com sua pluralidade jurisdicional e sua dinâmica de localização.

Sem uma instância superior comum, a aplicação do princípio da legalidade e, conseqüentemente, a aplicação efetiva da igualdade formal perante a lei, foi confiada aos tribunais provinciais que, diga-se de passagem, na segunda metade do século XIX, haviam mudado muito pouco em relação à era anterior.<sup>29</sup> Sob esse esquema, não havia como determinar se as províncias estavam ou não aplicando corretamente a lei codificada. É claro que esses problemas só começariam a assumir sua real dimensão após a promulgação do Código Civil. Como salientou Rosario Polotto, a promulgação do Código Civil exacerbou os debates sobre a relação entre o código civil unificador proposto e o regime federativo adotado por nosso país.<sup>30</sup>, p. 4

Após a virada do século, a Suprema Corte começou a aceitar recursos contra sentenças de tribunais provinciais que não tinham qualquer base legal. Por meio da jurisprudência, foi

<sup>27</sup> CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* (parte prima) [1920]. Opere Giuridiche. v. VI. Roma: Roma Tre Press, 2019 (a tradução do original para o castelhano foi realizada pelo autor).

<sup>28</sup> Ley 48, 1863, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>.

<sup>29</sup> Um balanço recente em BERARDI, Nicolás. *La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba (1855-1883)*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2021.

<sup>30</sup> POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit.

criado o chamado recurso extraordinário para julgamento arbitrário. Essa doutrina, cujos primórdios podem ser rastreados até o caso *Rey vs. Rocha* de 1909, expandiu a competência da Suprema Corte para potencialmente ouvir o que a Lei 48 a proibia de fazer, ou seja, revisar a aplicação da lei comum pelos tribunais provinciais.<sup>31, p. 34-40</sup> No entanto, esse recurso, criado por meio de jurisprudência, não pode ser comparado a uma ferramenta adequadamente nomofilática da lei material. Garantir que as autoridades públicas não se comportem de forma arbitrária não é o mesmo que garantir a observância e a interpretação uniforme dos códigos materiais. Embora essa nova via tenha ampliado a jurisdição da Corte no sentido indicado, a própria Corte apontaria que meros erros na interpretação do direito comum não autorizavam “o provimento do recurso com base na doutrina da arbitrariedade”.<sup>32, p. 619</sup>

Ainda que seja frequentemente comparado a um “recurso de cassação por erros *ius in iudicando*”<sup>33, p. 607</sup> ou a uma “cassação constitucional”<sup>34</sup>, o recurso extraordinário federal, seja em sua regulamentação original ou em sua versão ampliada por meio da doutrina da arbitrariedade, não cumpre uma função nomofilática nem oferece uma instância para padronizar a interpretação dos códigos nacionais. Consequentemente, ela também não impede a aplicação desigual da lei entre as várias jurisdições provinciais. Em suma, não resolve o dilema que surge do projeto constitucional e de seu desenvolvimento legal: ou o federalismo e as jurisdições provinciais são respeitados, de acordo com a leitura predominante do art. 67, inciso 11 (agora 75, inciso 12), ou deve-se aceitar que não é possível garantir a observância uniforme da lei material comum em todo o país, com o conseqüente prejuízo que isso implica para o princípio da igualdade perante a lei (art. 16 da CN).

A opinião majoritária atual parece presumir que a opção correta é aceitar o condicionamento da estrutura federal, mesmo ao preço de contornar o princípio da igualdade perante a lei. Uma rápida olhada nas obras específicas mais proeminentes sobre questões processuais deixa a impressão de que, mesmo quando a base constitucional do recurso de cassação é abertamente apresentada com base no princípio da igualdade, as dificuldades que a estrutura federal implica para garantir a aplicação efetiva desse princípio não são abordadas.<sup>35</sup> Os desenvolvimentos contemporâneos no direito processual parecem ter desconectado o recurso de cassação do problema da igualdade perante a lei, limitando o objeto da uniformidade jurisprudencial ao domínio provincial ou aceitando que não é missão da Suprema Corte exercer essa função em questões de direito comum.<sup>36</sup> Eventualmente,

<sup>31</sup> CARRIÓ, Genaro; CARRIÓ, Alejandro. *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

<sup>32</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

<sup>33</sup> PALACIO, Manual..., cit..

<sup>34</sup> BERIZONCE, Roberto O. Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo. *Anais... 4*, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales: U.N.L.P., p. 193-212, 2011; HITTERS, Juan Carlos. La casación nacional. Su estado actual. *Jurisprudencia Argentina*, [S. l.], p. 807-815, 1979-II, p. 808.

<sup>35</sup> Veja, por exemplo, HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2. de. La Plata: Platense, 1998; DE LA RÚA, Fernando. *La casación penal*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006; PASTOR, Daniel. *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

<sup>36</sup> Como exemplo paradigmático, sem apenas uma menção ao princípio da igualdade, DE LA RÚA, Fernando. *Consideraciones sobre el recurso de casación*. Universidad Nacional del Litoral: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1969, p. 545-557. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11185/4800>. Sobre a missão da Corte limitada a uma “cassação constitucional”, ver BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., p. 195-196.

reconhece-se que a cassação tem um impacto sobre a igualdade, mas dentro da mesma “jurisdição judicial”.<sup>37</sup>, p. 421

Essa leitura processual é consistente com uma sólida jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual a igualdade garantida pela constituição é limitada às leis e não à sua aplicação e, portanto, não é violada por diferentes interpretações do mesmo preceito legal em casos semelhantes pelos tribunais de diferentes jurisdições, nem pela existência de diferentes regimes processuais na ordem federal e provincial, entre outras razões.<sup>38</sup>, p. 534

Embora retornemos a esse ponto, ressalto agora que, com nuances, a doutrina constitucional tem procurado encontrar uma base razoável para essa interpretação.<sup>39</sup>, p. 93 e ss Em termos gerais, considera-se que a existência de um regime federal explica “a legitimidade da diversidade na aplicação de certos institutos”, como argumenta Sagüés. Em virtude disso, “a liberdade de critério dos juízes e a existência de múltiplas jurisdições permitem que a mesma regra de direito comum (por exemplo, o Código Civil) tenha diferentes interpretações em diferentes partes do país”. Embora o referido autor considere “discutível” a afirmação de que o princípio da igualdade não é violado aqui, ele explica que, nesse contexto, a igualdade “deve ceder à prevalência do princípio federativo de governo (art. 1º da Constituição Nacional)”, a menos que outra violação da Constituição permita um recurso extraordinário ao Tribunal.<sup>40</sup>, p. 440-441

Assim, na interpretação predominante, o princípio da igualdade perante a lei é dissolvido em um princípio de igualdade perante a mesma jurisdição. Como essa solução pode ser considerada razoável? É suficiente alegar a estrutura federal e a leitura do Artigo 75, inciso 12, para justificar uma restrição tão óbvia ao princípio da igualdade? Existe alguma justificativa, de acordo com os princípios do direito liberal, para uma ponderação constitucional que respeite mais a distribuição de poderes jurisdicionais do que a igualdade perante a lei? Antes de tentar responder, é importante voltar à história e considerar o debate que se desenvolveu no contexto da primeira metade do século XX em torno dessas questões e, em seguida, analisar a jurisprudência da Suprema Corte e sua consolidação até os dias atuais.

#### 4 A CASSAÇÃO NACIONAL E O PROJETO COLOMBO (PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX)

Durante as primeiras décadas do século XX, no contexto de um protagonismo exclusivo do Estado nacional, o próprio sistema federal pôde ser questionado por intelectuais de diferentes origens. Algumas expressões mais enfáticas, como a de Rodolfo Rivarola, chegaram a postular “a necessidade de pôr fim à experiência federalista e adotar um regime unitário baseado na centralização política e na descentralização administrativa”. Com argumentos semelhantes, Nicolás Matienzo apontou para um federalismo atenuado em seu livro sobre

<sup>37</sup> Assim, CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída. *Código Procesal Penal de Córdoba*. Tomo II, nota de rodapé 265.

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996. Este autor, como logo veremos, tem sido um dos poucos em expressar sua crítica a esta posição da Corte.

<sup>39</sup> GARAY, La igualdad..., cit.; DIDIER, El principio de igualdad..., cit., p. 64-71.

<sup>40</sup> SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.



“governo representativo federal” de 1910.<sup>41, p. 69</sup> Recentemente, María Pollítzer analisou o debate sobre essa questão no contexto da Universidade de Buenos Aires entre 1890 e 1916, período em que, pelo menos em nível teórico, o federalismo foi colocado “sob revisão”.<sup>42</sup> É importante considerar esse contexto para entender o significado dos debates jurídicos, como veremos mais adiante.

Rosario Polotto recentemente reconstruiu uma série de argumentos desenvolvidos entre 1853 e 1936 sobre a tensão entre a lei codificada e o federalismo, destacando os argumentos sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação para resolver as dificuldades apresentadas pelo sistema misto da Argentina. Para Polotto, estes debates não apenas buscavam na cassação um mecanismo para uniformizar a jurisprudência, mas também denotavam a intenção de legitimar uma jurisprudência criadora de leis que possibilitaria a adaptação do Código Civil a novas circunstâncias, sem a necessidade de reformá-lo por meio do parlamento. De qualquer forma, os testemunhos que ele oferece são muito eloquentes sobre o consenso que, a partir da década de 1910, existia entre os juristas argentinos sobre a necessidade de ter uma instância nacional de cassação para evitar o problema da disparidade de interpretações entre os tribunais provinciais. Vários argumentos desenvolvidos nesse contexto tiveram repercussão até meados do século XX.<sup>43</sup>

O estudo de Polotto complementa um trabalho anterior de Ezequiel Abásolo, que analisou os debates ocorridos entre 1931 e 1943 sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação. Para Abásolo, o argumento surgiu de sua própria experiência forense, impulsionada por juristas que exigiam “a implementação de um sistema de cassação que pusesse fim ao que eles denunciavam como contradições prejudiciais na jurisprudência”. O autor recupera, entre muitos outros, o testemunho de Emilio Reviriego, para expressar os termos em que o problema da jurisprudência não uniforme foi colocado: “...enquanto alguns tribunais consideravam que os irmãos naturais herdavam uns aos outros, outros tinham a visão oposta; que enquanto em certas jurisdições os magistrados sustentavam que o exercício da ação penal interrompia o prazo prescricional, em outras se defendia a posição oposta; que enquanto para alguns tribunais o empresário da construção tinha o caráter de comerciante, para outros seu status era completamente diferente”.<sup>44, p. 275</sup>

Nesse contexto, a demanda acadêmica por uma instância nacional de cassação baseou-se, de acordo com Abásolo, na necessidade de garantir a unidade do direito argentino e de ajustar a ordem jurídica às demandas sociais da época. Foi até mesmo apontado que a prática da cassação fortaleceria a igualdade perante a lei na República. Esperava-se que a cassação fosse o remédio para superar o “casuísmo” e a “anarquia” causados por uma infinidade de decisões contraditórias. Isso evidenciou a necessidade de um órgão nacional que estabelecesse a “interpretação dos códigos” e “tornasse a comunidade de direito uma realidade em todo o território”.<sup>45, pp. 276, 280</sup>

<sup>41</sup> Ambas referências em ZIMMERMANN, Eduardo. *Los liberales reformistas: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995.

<sup>42</sup> POLLITZER, María. El Federalismo bajo revisión: preocupaciones, desafíos y propuestas desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1890-1916). *Revista de Historia Americana y Argentina*, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 271-302, DOI: <https://doi.org/10.48162/rev.44.008>, 2021.

<sup>43</sup> POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit., *passim*.

<sup>44</sup> ABÁSULO, Ezequiel. Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943). *Prudentia Iuris*, [S. l.], v. 54, p. 269-289, 2001.

<sup>45</sup> ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

Tanto Polotto quanto Abásolo lembram que o projeto de reforma constitucional promovido após o golpe militar de 1930 previa conceder à Suprema Corte o poder de “atuar como uma Corte de Cassação em recursos por violação ou inaplicabilidade da lei comum contra sentenças finais dos tribunais comuns em todo o território da Nação”. Entre outros testemunhos relevantes, ambos também evocam os debates e a opinião da IV Conferência Nacional de Advogados em 1936, onde foi expresso, com alguma discordância, que era oportuno e necessário criar uma jurisdição nacional de cassação para estabelecer a interpretação dos códigos materiais civil, comercial, criminal e de mineração.<sup>46</sup>, p. 277, 282-283 Alguns juristas, como Salvador Dana Montaña ou Juan Antonio González Calderón, argumentaram na imprensa (*La Nación*, 1931) que não era aceitável que o Código Civil fosse “interpretado e aplicado com quinze critérios diferentes pelos tribunais locais” e que não havia como padronizar “a jurisprudência em questões de direito comum”.<sup>47</sup>, p. 278

Com relação a como materializar essa instância, tanto nos primeiros precedentes analisados por Polotto quanto nos debates estudados por Abásolo, várias propostas foram contempladas. Alguns acreditavam que era necessária uma reforma constitucional, enquanto outros sugeriam um pacto interprovincial. Uma terceira visão, defendida por Lafaille com base em argumentos anteriores, sustentava que era possível fazer isso por meio de um ato do Congresso, uma vez que “a unidade legislativa imposta pela constituição necessariamente implicava e admitia a unidade da jurisprudência”. Nessa visão, os tribunais provinciais mantinham seu poder de aplicar a lei, mas sua interpretação final seria deixada para uma instância nacional de cassação no modelo francês ou italiano.<sup>48</sup>, p. 283

Como resultado desses debates, várias províncias incorporaram recursos destinados a unificar a jurisprudência em suas jurisdições, embora nenhuma das propostas de âmbito nacional tenha sido bem-sucedida. Abásolo sugere que a publicação, em 1943, do livro de Carlos J. Colombo, “*La Corte Nacional de Casación*”, uma obra que incluía um projeto de lei do autor, “representou o ponto culminante dos esforços intelectuais argentinos com relação à unidade da jurisprudência”.<sup>49</sup>, p. 289 Tomando-o como referência marcante para encerrar seu período de estudos, Abásolo não entra na análise de uma obra cujo maior mérito, talvez, esteja em oferecer uma sistematização dos argumentos apresentados nas décadas anteriores sobre o tema. Por essa razão, algumas passagens do livro de Colombo são muito significativas para o argumento que estou desenvolvendo aqui.

Além de um exaustivo estado da arte do tema, Colombo oferece um estudo comparativo detalhado dos sistemas de cassação em diferentes países do mundo. No que diz respeito ao caso argentino, ele se une àqueles que argumentaram que a criação de uma instância nacional de cassação não contradizia a letra da Constituição, pois era compatível com o federalismo argentino e, portanto, poderia ser alcançada por meio de legislação. Para esse fim, ele propôs a criação de uma Corte Nacional de Cassação que deveria cumprir uma função nomofilática, sem entrar no mérito do caso ou ouvir reclamações de defeitos processuais (para não invadir a esfera de aplicação dos tribunais provinciais). Como outros juristas (Espil, Lafaille), ele entendeu que o obstáculo para a criação de uma instância nacional de cassação, ou para que a Suprema Corte cumprisse essa função, não era a Constituição, mas a Lei 48: “O erro dos autores da Lei 48 consistiu em copiar uma lei restritiva - a de 24 de setembro de 1789 - que

<sup>46</sup> POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit.pp.16-21; ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

<sup>47</sup> ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Idem*.

deveria ser limitada, *porque nos Estados Unidos os códigos materiais não são leis nacionais, e querer que a restrição se aplique em nosso país, quando a situação é oposta: os códigos são leis nacionais*".<sup>50</sup>, p. 163

Desse ponto de vista, a unidade da legislação material estabelecida pela Constituição Nacional implicava necessariamente a possibilidade de criar essa instância para padronizar a interpretação da lei comum. A cassação nacional era o único meio de tornar a unidade legislativa uma realidade. Nesse sentido, Colombo argumenta: "...o que viola a Constituição Nacional é o sistema atual, que multiplica o direito material por dezesseis, violando flagrantemente a Constituição Nacional". Sua perplexidade diante da interpretação - ainda hoje em vigor - leva-o a sustentar enfaticamente que a Constituição Nacional "jamais poderia pretender que uma coisa fosse e não fosse ao mesmo tempo; que em tese houvesse um só Código Civil, e que na prática houvesse tantos quantos fossem os tribunais competentes no país".<sup>51</sup>, p. 142

Entre os inúmeros argumentos sobre a necessidade de uma cassação nacional, há um que nos interessa particularmente: "o sistema atual", diz Colombo, "ao permitir jurisprudência contraditória (sic), viola o princípio constitucional de que todos os habitantes são iguais perante a lei". Nesse ponto, ressoa o "coeficiente doutrinário" que Calamandrei colocou na raiz da cassação francesa: "O princípio da soberania do povo implica não apenas o reconhecimento da igualdade política de todos os membros da comunidade, mas também a igualdade dos direitos privados, em identidade de circunstâncias". Finalmente, apelando para o argumento de autoridade, Colombo relembra os muitos autores (incluindo Calamandrei, juntamente com outros juristas como Morel e De Pina) que argumentaram que "sem cassação, não há possibilidade de manter a igualdade perante a lei".<sup>52</sup>, p.168-169

Embora Colombo sustente, como vimos, que o obstáculo para uma cassação nacional não estava na Constituição, mas na Lei 48, talvez como uma forma de reforçar a compatibilidade com o federalismo, em seu projeto ele propõe uma Corte Nacional de Cassação com integração representativa das províncias. De fato, essa corte deveria ser composta por um conselheiro de cada província e outro da Capital Federal. Além disso, o projeto estipula que, no processamento da apelação, "o Conselheiro da província em cujos tribunais a sentença apelada foi proferida deve sempre intervir".<sup>53</sup>, p. 16 Aqui surgiu uma ligação entre justiça e representação política que, além das razões pragmáticas que poderiam motivá-la, não estava sem raízes na tradição jurídica pré-moderna.<sup>54</sup> Entretanto, é importante destacar que a narrativa de Colombo é guiada por uma percepção da nação na qual as disputas regionais parecem ser coisa do passado. "Hoje não se pode mais conceber seriamente - diz Colombo - que um portenho tenha animosidade contra um jujeño ou que os mendocinos tenham má vontade com os santafecinos, simplesmente por causa da diferença de local de origem".<sup>55</sup>, p. 13

<sup>50</sup> COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943, no original. Para os pontos enunciados neste parágrafo, ver a "Introdução", p. 7-24.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943 e t. II, p. 378-379.

<sup>54</sup> Ver COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 8, p. 15-61, 2004.

<sup>55</sup> COLOMBO, La Corte Nacional..., cit., t. I.

Entre uma nação imaginária mais homogênea e um tribunal representativo das províncias, a possibilidade de estabelecer um sistema de cassação nacional para padronizar a interpretação dos códigos e garantir a igualdade perante a lei parecia uma demanda plenamente justificada para grande parte dos juristas. Como Abásolo observou, a posição a favor da cassação nacional “estava ligada a diferentes concepções do Estado, da lei e do papel do poder legislativo”, e ficou claro que a maioria dos juristas apoiava, sem maiores reservas, o crescente papel do Estado e suas tendências centralizadoras.<sup>56, p. 288</sup> Se a opinião dos juristas parecia unânime sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação, o principal ponto de discordância se concentrava na questão desta criação ser possível sem a necessidade de reformar a constituição. Aqueles que, como Colombo, assumiram a distinção sugerida por Lafaille entre aplicar e interpretar a lei, entenderam que não era contrário ao espírito da constituição estabelecer uma instância nacional de cassação por meio de uma simples reforma legislativa, preservando a aplicação dos Códigos pelas províncias e atribuindo à Suprema Corte ou a um tribunal específico a função de padronizar sua correta interpretação. Por outro lado, havia aqueles que, embora reconhecessem a necessidade de uma cassação nacional, entendiam que, com a atual redação da Constituição, especialmente com as reviravoltas federalistas acrescentadas na reforma de 1860, só era possível criar tal instância por meio de uma reforma da Carta Magna.<sup>57</sup>

## 5 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E A REFORMA DE 1949

Apesar do consenso acadêmico, a Suprema Corte manteve durante esses anos uma interpretação restritiva de sua jurisdição sobre a aplicação dos códigos nacionais. Em sua sentença proferida no caso *Calderón y Roperó*, aludindo expressamente ao sentido “federalista” imposto pela reforma de 1860, a Corte considerou que tanto a letra quanto o espírito da Constituição e das leis orgânicas rejeitavam “a pretensão dos réus de obter uma declaração de inconstitucionalidade por desigualdade derivada da diferente interpretação dos tribunais locais em assuntos de sua competência; ou seja - acrescentou a Suprema Corte - uma declaração de cassação alheia às suas funções”. Além da reforma de 1860, a Suprema Corte citou uma sentença do ano anterior (*Fallos*, 187, p. 330) e um debate legislativo de 1857 no qual o Congresso, por ocasião de um tratado interprovincial sobre a administração da Justiça, rejeitou a possibilidade de que a Suprema Corte pudesse ouvir “questões de jurisdição provincial, por mais que as províncias desejassem se submeter ao seu julgamento”.<sup>58, p. 213</sup>

Os poucos precedentes citados em Dordal sugerem que o conflito entre uniformidade legislativa, federalismo e igualdade perante a lei estava apenas começando a se tornar relevante. A crescente centralização do Estado, em sintonia com o que parecia ser um fenômeno global, implicava um cenário muito diferente daquele que havia marcado a origem do nosso federalismo.<sup>59</sup> No âmbito dessas tendências, a reforma constitucional de 1949 veio para dar a guinada que os debates acadêmicos vinham preparando. Embora tenha mantido a

<sup>56</sup> ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

<sup>57</sup> Neste sentido, ver a tese de doutorado de Américo Cali, defendida em Córdoba em 1945 e publicada dois anos depois, CALI, Américo. *Corte Nacional de Casación*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947.

<sup>58</sup> *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* [en adelante *Fallos*], López, Buenos Aires, t.189, 1941.

<sup>59</sup> Sobre a percepção, naqueles anos, de uma crescente centralização estatal além de nossas fronteiras, LINARES QUINTANA, Segundo V., “Federalismo y Centralización Política”, *La Ley*, XXVI, 1942, pp. 950-952.

combinação entre a codificação substantiva nacional e a competência jurisdicional das províncias (68, inciso 11 no texto de 1949), a reforma concedeu competência expressa de cassação à Suprema Corte, incluindo o caráter obrigatório de sua jurisprudência em questões de interpretação dos códigos. O novo texto também previa que uma lei deveria regular os procedimentos para os “recursos extraordinários de cassação e para obter a revisão da jurisprudência”.<sup>60</sup> A harmonização entre a nova função de cassação da Suprema Corte e a preservação das jurisdições provinciais como as mais altas instâncias de aplicação dos códigos envolveria a aceitação da diferença entre estabelecer a interpretação correta da lei, por um lado, e subsumir os casos à norma (de aplicação) reservada às províncias, por outro.<sup>61, p. 39-43</sup>

Desta maneira, embora a reforma de 1949 tenha representado uma inovação substancial em relação à tradição constitucional anterior, no aspecto que nos interessa aqui, ela se limitou a incorporar uma mudança que, como vimos, havia sido exigida por grande parte dos juristas.<sup>62, pp. 7-11 e 51</sup> Em seu “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial” (edição de 1956), Hugo Alsina expressou que essa norma veio a satisfazer, de certa forma, a insistente demanda que a doutrina e as associações profissionais tinham expressado em favor da criação de uma Corte Nacional de Cassação, a fim de evitar diferentes interpretações da mesma lei entre as diferentes províncias. O autor acrescentou que, na ausência da lei reguladora mencionada no texto constitucional, muitos tribunais entendiam que a jurisprudência da Corte não era vinculante enquanto o recurso de cassação não fosse regulamentado.<sup>63, p. 264</sup>

A lei regulatória mencionada nunca foi promulgada. Entretanto, com base em uma série de leis relativas à uniformidade jurisprudencial em determinados tribunais, a Suprema Corte se afastou da doutrina anterior e reconheceu que a jurisprudência contraditória violava o princípio da igualdade perante a lei. No caso *Goeschy vs. Astengo*, de 1953, o tribunal considerou que “é admissível o recurso extraordinário baseado na violação do princípio constitucional da igualdade devido à existência de decisões judiciais contemporâneas que, interpretando os mesmos textos legais, chegam a conclusões opostas e decidem de maneiras diferentes, dependendo da jurisdição territorial correspondente aos tribunais em que surgiram, problemas idênticos que afetam, de maneira geral e uniforme, todos os envolvidos em uma determinada atividade laboral. Em tal situação, a igualdade parece estar seriamente comprometida e contradiz o objetivo de homogeneidade na aplicação das leis apoiadas pelo 2º Plano Quinquenal do Governo”.<sup>64, p. 413, 429-430</sup>

Como se pode ver, além das tendências acadêmicas e da nova estrutura constitucional, a Corte contemplou o objetivo de homogeneizar a aplicação das leis incluídas no programa

---

<sup>60</sup> O novo Artigo 95 estabeleceu: “A Suprema Corte de Justiça deverá julgar, como uma Corte de Cassação, a interpretação e o entendimento dos códigos mencionados no parágrafo 11 do Artigo 68. A interpretação feita pela Suprema Corte de Justiça dos artigos da Constituição por meio de recurso extraordinário, e dos códigos e leis por meio de recurso de cassação, será obrigatoriamente aplicada pelos juízes e tribunais nacionais e provinciais. Uma lei regulará o procedimento para recursos extraordinários em cassação e para obter uma revisão da jurisprudência”.

<sup>61</sup> SARTORIO, La casación..., cit.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, I Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956.

<sup>64</sup> *Fallos*, t. 227, 1953.

político do governo.<sup>65</sup> Também vale a pena observar que a Corte procedeu por meio do recurso extraordinário federal, por violação do princípio da igualdade, e não pelo novo poder de cassação concedido pela nova constituição e que não estava regulamentado.

Após o golpe de Estado de 1955 e a conseqüente mudança em sua composição, a mais alta corte voltou à doutrina anterior. Em dezembro daquele ano, no caso *Rovegno v. Ducilo*, com o texto de 1949 ainda em vigor, a Corte sustentou que o novo recurso de cassação não era “viável” até que fosse legalmente regulamentado e que seu objetivo era diferente do recurso extraordinário federal. Também se referiu ao precedente estabelecido em *Goeschy*, para argumentar que essa interpretação não era compatível com as disposições dos artigos 68, inciso 11, e 95 da Constituição, na medida em que excluía de sua jurisdição “casos que tratam de pontos regidos pela legislação comum ditada pelo Congresso para toda a República”. Por fim, evocou a doutrina do caso *Dordal* para afirmar que “a igualdade garantida pelo art. 28 da Constituição Nacional aos habitantes do país é a igualdade perante a lei, de modo que nenhuma norma legal pode estabelecer diferenças de tratamento entre eles em situações que são substancialmente idênticas” e que não comporta violação desta garantia “o fato de que os tribunais de justiça, nacionais ou provinciais, no exercício de seu poder de julgar aplicando as leis comuns ditadas pelo Congresso para toda a República”, interpretam essas leis “de forma diferente para uma situação jurídica semelhante”.<sup>66</sup>, p. 173-180

Em sua “história ideológica” da Corte, Héctor José Tanzi argumenta que a doutrina estabelecida pela nova composição da Corte em 1955 “apresenta uma manifesta desigualdade diante de diferentes decisões judiciais” sem que haja uma instância para defini-las “quando a Corte teria em seu poder a possibilidade de unificar a jurisprudência sem que pareça necessário regular o recurso de cassação”. A persistência dessa “lamentável doutrina”, de acordo com Tanzi, implica uma “grave deficiência” diante do aumento da jurisprudência contraditória em nível nacional.<sup>67</sup>, p. 45-49 Como já mencionamos, ao contrário do que ocorreu na primeira metade do século XX, a doutrina da Corte ganhou consenso na segunda metade do século, com pouquíssimas opiniões críticas como a que acabo de citar.

## 6 UMA “DESIGUALDADE TOLERADA”. CONSENSO DOUTRINÁRIO, ALGUMAS DISSONÂNCIAS.

Nas palavras de Sagüés, posso dizer que a Corte interpreta o princípio da igualdade como uma garantia contra a “desigualdade da lei e não da interpretação”.<sup>68</sup>, p. 438 Em decisões mais recentes, a Corte tem insistido que “a garantia da igualdade só pode ser invocada em face de tratamento discriminatório decorrente da norma legal, mas não da interpretação que os tribunais fizeram dela”, declarando-se incompetente para conhecer de casos que envolvam a violação do princípio da igualdade em tais casos, “qualquer que seja o erro ou acerto” da decisão contestada.<sup>69</sup> O mesmo critério tem sido mantido pela Corte, pelo menos desde 1945,

<sup>65</sup> Sobre a harmonia política entre a Suprema Corte e o governo peronista, ABÁSULO, Ezequiel. *La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955)*. In: SANTIAGO, Alfonso. *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 481-525.

<sup>66</sup> *Fallos*, t. 233, 1955.

<sup>67</sup> TANZI, HÉCTOR J. *Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966)*. *IUSHISTORIA*, Revista Electrónica, [S. l.], v. 3, p. 1-169, 2006.

<sup>68</sup> SAGÜÉS, Elementos..., cit., t. 2.

<sup>69</sup> Assim em Kohen, de 1989, e Mussini, de 1974, em SAGÜÉS, Elementos..., cit., p. 437-438.

para as decisões administrativas, exceto em casos extremamente excepcionais.<sup>70, p. 33</sup> Dessa forma, a garantia constitucional da igualdade só é eficaz diante de uma formulação normativa vazia, como um limite para o legislador, mas não opera diante do significado normativo que os diferentes tribunais, ou órgãos administrativos, dão ao texto legal, a menos que a decisão seja considerada arbitrária. Em outras palavras, não seria o princípio da igualdade que abriria a jurisdição para a Corte, mas a doutrina do julgamento arbitrário.

Na segunda metade do século XX, a Corte começou a aceitar recursos com base nessa doutrina com maior frequência, o que, para muitos juristas, implicou a abertura “ampla” de um canal pretoriano de natureza excepcional, convertendo a alta corte em “uma quase terceira instância semelhante à das Cortes de Cassação...”.<sup>71, p. 167</sup> Em reação ao excesso de trabalho gerado por essa via, não faltaram projetos para criar uma instância intermediária, alguns deles semelhantes às propostas da primeira metade do século que analisamos, mas não mais guiados pelo critério de tornar efetiva a unidade da legislação, mas por razões pragmáticas ligadas à necessidade de gerenciar recursos contra sentenças arbitrárias e aliviar o volume de casos que chegam à mais alta Corte. Para o consenso majoritário, essa instância intermediária não poderia ter uma função unificadora na jurisprudência relativa à aplicação dos códigos materiais, uma vez que, de acordo com a doutrina da Corte, os tribunais provinciais são autônomos a esse respeito.<sup>72</sup>

Uma voz dissonante tem sido a de Bidart Campos, para quem a jurisprudência contraditória e sincrônica viola o princípio constitucional da igualdade perante a lei e, portanto, a Suprema Corte teria competência para julgar tais casos e unificar a jurisprudência, mesmo diante de decisões de tribunais provinciais. Ao longo de diferentes obras, esse autor manteve uma posição próxima aos termos dos debates das primeiras décadas do século XX. Nesse sentido, ele expressou sua adesão à doutrina da decisão de Goeschy de 1953, mantendo como critério geral que é necessário passar da “legislação única” para a “interpretação única” a fim de preservar a igualdade jurídica protegida pela Constituição, “não obstante a pluralidade de órgãos judiciais de aplicação (quando as circunstâncias dos casos são análogas)”.<sup>73, pp. 556-558; 564-565</sup>

Na mesma linha, Bidart Campos argumentou que o princípio da igualdade deve ser entendido no triplo sentido de igualdade perante a lei, perante a administração e perante a jurisdição, uma vez que o Estado não pode tratar de forma desigual aqueles que se encontram em situações semelhantes “nem ao legislar, nem ao administrar, nem ao julgar”.<sup>74, p. 512-513</sup> Com toda ênfase, argumentando em favor da jurisprudência obrigatória, ele afirmou: “Não há nada tão inconstitucional quanto aplicar a mesma lei em casos semelhantes fazendo

<sup>70</sup> GARAY, *La igualdad...*, cit.

<sup>71</sup> MORELLO, Augusto. La Casación Nacional. Estado de la cuestión [La creación de un Tribunal Intermedio]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Sociales. *Anais [...]*, Segunda Época, v. XXXIII, n. 26, t. I, p. 165-187, 1988.

<sup>72</sup> Além do texto citado na nota anterior, veja GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; HERRERA, Marisa. Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias. *Rubinzal online*, [S. l.], Doctrina 66/2021, Disponível em: <https://rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2113534/>. Sobre outras estratégias para lidar com a sobrecarga de trabalho na mais alta corte, com referências ao direito comparado, BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., p. 273.

<sup>73</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición. Tomo II B. Buenos Aires: Ediar, 2005.

<sup>74</sup> BIDART CAMPOS, Germán. Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación. *El Derecho*, [S. l.], t. 78, 1978.

interpretações desiguais dessa lei”.<sup>75, p. 1492</sup> Para superar o obstáculo que a redação do artigo 75, inciso 12 (que reserva a aplicação dos códigos às jurisdições locais) parece implicar, ele recorre à distinção entre aplicação e interpretação, supondo que, sem infringir a competência dos tribunais provinciais, a Corte poderia favorecer a unificação interpretativa por meio do recurso extraordinário, possibilitado pela violação do artigo 16 da Constituição, enquanto um sistema federal de cassação ainda não foi instituído.<sup>76, p. 442-443</sup>

A posição quase solitária de Bidart Campos se aproxima, em muitos aspectos, do consenso que parecia predominar entre os juristas argentinos durante a primeira metade do século passado.<sup>77</sup> Ao contrário, como já dissemos, o consenso atual tende a ratificar a linha de argumentação da Corte no plano teórico. Em um dos estudos mais detalhados sobre o princípio da igualdade, publicado em 1989, Alberto Garay dedicou uma longa análise à questão, incluindo uma seção para refutar a posição de Bidart Campos.

Garay contrapõe a plausibilidade da distinção entre aplicação e interpretação e argumenta que a estrutura constitucional argentina implica que os juízes, nas diversas jurisdições, têm liberdade de julgamento e, em casos semelhantes, podem diferir de outros juízes. Isso ocorre porque a unidade legislativa estabelecida no artigo 67, inciso 11 (agora 75, inciso 12) “não implica unidade ou uniformidade da jurisprudência nacional e provincial”. Portanto, quando diferentes tribunais resolvem um caso análogo de forma contraditória, eles não transgridem a Constituição, mas sim incorrem, eventualmente, em “uma desigualdade tolerada pela Lei Fundamental porque responde ao mesmo sistema que ela criou”.<sup>78, p. 122</sup>

Chama a atenção o fato de Garay criticar a doutrina restritiva da Corte com relação às decisões administrativas, mas endossar, por outro lado, a mesma restrição com relação às decisões jurisdicionais. Isso foi apontado por Carlos S. Nino, para quem a posição da Corte limita absurdamente os ataques à igualdade àqueles provenientes do legislador, mas não dos funcionários administrativos, sendo inadmissível que essa crítica não se estenda também ao caso das decisões jurisdicionais. Para Nino, quando o mesmo texto legal, em casos semelhantes e de forma sincrônica, “está sujeito a duas interpretações opostas, é como se duas leis diferentes estivessem sendo aplicadas aos indivíduos em questão...”, o que afetaria, em princípio, a garantia da igualdade, possibilitando a intervenção da Corte em casos federais.<sup>79, p. 440, 442</sup>

Nino, no entanto, distancia-se do ponto de vista de Bidart Campos e assume que “a garantia da igualdade não é afetada quando o tratamento diferenciado provém de aparelhos estatais autônomos”. Para explicar essa limitação, o autor interpreta a Constituição (art. 75, inciso 12) como “estabelecendo um sistema de coprodução normativa entre a Nação, que emite o texto, e as províncias, que o interpretam”. Nesse sentido, o princípio da igualdade só seria operativo para se opor à jurisprudência contraditória sincrônica dentro da “mesma jurisdição”.<sup>80, p. 442, 443</sup> Dessa forma, sua crítica a Garay perde consistência, pois, de acordo com

<sup>75</sup> BIDART CAMPOS, Germán. Jurisprudencia obligatoria. *La Ley*, [S. l.], 2001.

<sup>76</sup> *Idem*.

<sup>77</sup> Na mesma linha, advertindo contra o risco de dividir os códigos substantivos em tantos códigos quantas forem as jurisdições provinciais, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Tomo 1. 16. ed. Buenos Aires: Perrot, 1996, p. 87. É uma tarefa pendente rastrear a opinião atual dos advogados civis sobre esse ponto.

<sup>78</sup> GARAY, La igualdad..., cit.

<sup>79</sup> NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

<sup>80</sup> NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

essa leitura, chega-se à mesma conclusão sobre uma espécie de “desigualdade tolerada” pelo próprio sistema, como proposto por esse autor. Ambas as soluções dão suporte teórico à posição da Corte e parecem reafirmar a ponderação expressa por Sagüés, segundo a qual, como vimos, a igualdade estabelecida na Constituição cede lugar ao princípio federativo de governo.

## ■ REFLEXÕES FINAIS: FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI

Qualquer que seja o caminho argumentativo que sustente o atual consenso sobre o problema da igualdade e da jurisprudência contraditória em matéria de direito comum, chega-se a uma delicada conclusão: o princípio da igualdade (e por que não o princípio da legalidade?) se dissolve em um princípio de igualdade perante a mesma jurisdição, como se o domínio territorial de validade dos códigos nacionais pudesse ser fragmentado para se adaptar plasticamente às diversas leituras das diferentes jurisdições, a menos que estas incorram em uma interpretação grosseiramente arbitrária que permita a intervenção da Corte.

Assim formulada, parece uma conclusão difícil de conciliar não apenas com os fundamentos teóricos dos sistemas baseados na codificação do direito nacional, mas também com os critérios de justificação do discurso moral liberal. Considere, por exemplo, que o próprio Nino reconheceu que, dadas as suposições universalistas de uma concepção liberal da sociedade, pertencer a uma nação não poderia ser considerado um fator moral relevante para o tratamento diferenciado: “não parece haver uma diferença moral relevante entre aqueles que entram na comunidade política pela maternidade ou por um aeroporto”.<sup>81</sup>, p. 421-422 Se isso implicava toda uma série de esforços de justificação para aceitar certas diferenças no tratamento de estrangeiros, por que deveríamos aceitar que cidadãos do mesmo país, regidos pela mesma lei material, possam ser tratados de forma diferente por jurisdições provinciais, por nenhuma outra razão que não seja uma determinada interpretação da Constituição? É possível justificar, do ponto de vista da moral liberal, que um princípio que diz respeito diretamente aos direitos individuais deva dar lugar a um princípio relacionado à distribuição de poder?

Do ponto de vista histórico-jurídico, não é meu objetivo determinar a posição teórica correta, nem propor uma solução alternativa. Estou interessado apenas em situar o problema em um horizonte de médio e longo prazo, a fim de ponderar os fatores tradicionais que influenciam tacitamente a aceitação da solução atual, bem como destacar seu caráter contingente. A esse respeito, a mudança de opinião entre os juristas do início e do final do século XX é indicativa. Se os primeiros pareciam compartilhar uma demanda geral para que a unidade da legislação fosse efetivamente realizada em uma unidade de jurisprudência, os últimos, com poucas exceções, parecem ter adotado uma visão que tendia a racionalizar a jurisprudência que a mais alta corte consolidou a partir de 1955. A atitude diferente, muito significativa entre os processualistas, pode ser observada nas conclusões do X Congresso Nacional de Direito Processual (Salta, 1979), no qual, ao contrário do que ocorreu na primeira metade do século, considerou-se que não era apropriado “promover a criação de uma Corte

---

<sup>81</sup> *Idem.*

Nacional de Cassação”, ao mesmo tempo em que se considerou necessário que ela existisse nas províncias e nos tribunais nacionais e federais.<sup>82, p. 807</sup> A divisão jurisdicional da lei, protegida em cada distrito por mecanismos diferentes e não unificados, foi assim consagrada.

É possível sugerir que, seguindo o argumento de Abásolo, essa mudança de opinião pode ter sido influenciada pelas diferentes concepções do papel do Estado nacional que prevaleceram em ambos os cenários. Esse argumento mereceria mais desenvolvimento, mas é uma hipótese plausível. A reforma de 1949, com a concessão de uma função de cassação à Corte, oferece uma boa indicação de que o então crescente protagonismo do Estado nacional ofereceu uma estrutura propícia para uma mudança que os juristas da época vinham pedindo nas décadas anteriores. Pelo contrário, as dificuldades envolvidas na reversão da leitura predominante da Constituição e as razões prudenciais que desencorajaram sua reforma, juntamente com o lugar hegemônico que o federalismo adquiriu no discurso político em tempos mais recentes, parecem influenciar o raciocínio da doutrina majoritária hoje. De qualquer forma, a mudança, por si só, é um indicativo de que uma leitura da Constituição mais favorável ao princípio da igualdade era possível. Colombo diria que acabamos por “naturalizar o erro”, acostumando-nos a ler decisões contraditórias sem que isso provoque reação dos juristas.<sup>83, p. 79</sup>

Pode-se supor, com resignação, que uma posição alternativa geraria consequências políticas excessivamente complexas devido ao suposto prejuízo às autonomias provinciais. Entretanto, esse argumento pragmático não torna mais razoável uma interpretação em desacordo com o princípio da igualdade, nem explica a aquiescência teórica dos juristas. É verdade que hoje existem argumentos válidos para sustentar que, em determinadas circunstâncias, uma interpretação diferenciada da lei é justificada. Assim, por exemplo, a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, exigem que certas características dos grupos étnicos sejam levadas em conta ao aplicar a lei geral do Estado a eles.<sup>84</sup> Mas esse não parece ter sido o caso em nossas jurisdições provinciais, cujos distritos não respondem a características étnicas distintas.

Por fim, pode-se argumentar que a razoabilidade da abordagem atual deriva do fato de que os direitos individuais são mais bem garantidos pelas jurisdições provinciais e que isso justifica um poder de interpretação diferenciado. Algumas opiniões apontaram, nesse sentido, que uma instância nacional de cassação implicaria aprisionar a capacidade criativa dos tribunais provinciais.<sup>85, p. 179</sup> Não posso avaliar aqui o compromisso com os direitos que os tribunais locais demonstraram em todas as províncias. Mesmo assim, isso não resolveria o problema da interpretação desigual da lei. Além disso, em um nível mais geral, vale a pena lembrar que o Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o cumprimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos pela Argentina observou com preocupação, em 2010, que “devido ao sistema

<sup>82</sup> Referência em HITTERS, *La casación nacional...*, cit. Na época desse artigo (1979), parecia claro que uma cassação em nível nacional só seria possível por meio de uma reforma constitucional (que não era considerada oportuna) ou, no máximo, por meio de pactos interprovinciais, *Idem*, p. 814.

<sup>83</sup> COLOMBO, *La Corte...*, cit., t. 1.

<sup>84</sup> Para todos, DE SOUSA SANTOS, Boaventura; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (ed.) *Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya-Yala: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

<sup>85</sup> MORELLO, “La Casación...”, cit.

federal de governo, muitos dos direitos estabelecidos no Pacto não são protegidos de maneira uniforme em todo o território nacional (Art. 2 do Pacto)”.<sup>86</sup>, p. 2

É possível, então, que o obstáculo ao desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional centrada nos direitos individuais e no valor axiomático do princípio da igualdade não esteja na criação de uma instância estatal centralizada, mas na fragmentação jurisdicional derivada da matriz sobre a qual o federalismo argentino foi construído. De uma perspectiva histórica mais ampla, a solução atual pode, portanto, ser vista como o eco distante de uma longa tradição que sempre foi mais sensível a razões de distribuição de poder do que a critérios de direitos individuais. A estratégia eclética de nossos constituintes não só teria combinado dois modelos alternativos em vigor, mas também teria implicado, em consonância com o que foi apontado para o primeiro constitucionalismo hispânico, uma combinação de elementos tradicionais com inovações típicas do discurso jurídico moderno.<sup>87</sup>, p. 99-162 Nesse delicado jogo de combinações, talvez a velha matriz integrada por jurisdições locais zelosas, com sua dinâmica de localização do direito, não tenha deixado de marcar a leitura atual da Constituição.

## REFERÊNCIAS

- ABÁSULO, Ezequiel. La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955). In: SANTIAGO, Alfonso. *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 481-525.
- ABÁSULO, EZEQUIEL. Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943). *Prudentia Iuris*, [S. l.], v. 54, p. 269-289, 2001.
- AGÜERO, Alejandro. Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 43, p. 341-392, 2014.
- AGÜERO, Alejandro. Ciudad y poder político en antiguo régimen. La tradición castellana. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; AGÜERO, Alejandro (coord.). *El Derecho Local en la periferia de la Monarquía Hispana, siglos XVI-XVIII*. Buenos Aires: INHIDE, p. 121-184.
- AGÜERO, Alejandro. De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas. In: AGÜERO, Alejandro *et al.* (coord.). *Jurisdicciones, soberanías administraciones*. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica, Córdoba-Zamora: UNC-Colegio de Michoacán, p. 441-476.
- AGÜERO, Alejandro. Local Law and Localization of Law. Hispanic legal tradition and colonial culture (16th – 18th centuries). In: MECCARELLI, M.; SOLLA SASTRE, J. (ed.). *Spatial and*

<sup>86</sup> NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Comité de Derechos Humanos, 98.º período de sesiones, “Examen de los informes presentados por los estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto”, New York, 2010, observación 8.

<sup>87</sup> GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, [S. l.], v. LXXXI, 2011.

- Temporal Dimensions for Legal History: Research experiences and Itineraries*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 101-129.
- AGÜERO, Alejandro. Law and criminal justice in the Spanish colonial order and the problematic enforcement of the legality principle in the early national law in Argentina. In: MARTYN, GEORGES et al. (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law*. Berlín: Duncker & Humblot, 2013, p. 229-251.
- ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina [1852]*. Buenos Aires: Losada, 1993.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, I Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956.
- BERALDI, Nicolás. La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba (1855-1883). 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2021.
- BERIZONCE, Roberto O. Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo. *Anais... 4*, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales: U.N.L.P., p. 193-212, 2011.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1976.
- BIDART CAMPOS, Germán. Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación. *El Derecho*, [S. l.], t. 78, 1978.
- BIDART CAMPOS, Germán. Jurisprudencia obligatoria. *La Ley*, [S. l.], 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición. Tomo II B. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída. *Código Procesal Penal de Córdoba*. Tomo II
- CARRIÓ, Genaro; CARRIÓ, Alejandro. *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- CASAGRANDE, Agustín. The concept of *Estado de Derecho* in the history of Argentinean Constitutionalism, *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 47, p. 169-206, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* (parte prima) [1920]. Opere Giuridiche. v. VI. Roma: Roma Tre Press, 2019.
- CALDERÓN, María Teresa; THIBAUD, Clément. *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia – Taurus, 2010.
- CALI, Américo. *Corte Nacional de Casación*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947.
- CLAVERO, Bartolomé. Antropología del sujeto de derechos en Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, [S. l.], v. 19, p. 99-128, 2013.

CLAVERO, Bartolomé. Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 24, p. 419-465, 1995.

COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943.

COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 8, p. 15-61, 2004.

DE LA RÚA, Fernando. *Consideraciones sobre el recurso de casación*. Universidad Nacional del Litoral: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1969. Disponible em: <https://hdl.handle.net/11185/4800>.

DE LA RÚA, Fernando. *La casación penal*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (ed.) *Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya-Yala: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

DIDIER, María M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas generales: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Buenos Aires: Universidad Austral, 2008.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *En torno al municipio de la Edad Moderna*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2005.

ENTIN, Gabriel. República y Federalismo en América del Sur, entre la Monarquía hispánica y las revoluciones de Independencia. In: DE FRANCESCO, ANTONINO, et al. (coord.), *Entre Mediterráneo y Atlántico*. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867. Santiago de Chile: FCE, 2014, p. 362-392.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madri: Trotta, 1996.

HITTERS, Juan Carlos. La casación nacional. Su estado actual. *Jurisprudencia Argentina*, [S. l.], p. 807-815, 1979-II.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2. de. La Plata: Platense, 1998.

GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. *Cádiz 1812*. La Constitución jurisdiccional, Madri: CEPC, 2007, p. 261-312.

GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, [S. l.], v. LXXXI, 2011.

GARRIGA, Carlos. El federalismo judicial mexicano, 1824-1835. In: ROJAS, Beatriz (ed.) *Procesos constitucionales mexicanos*. La Constitución de 1824 y la antigua constitución. México: Instituto Mora, 2017, p. 154-271.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; HERRERA, Marisa. Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias. *Rubinzal online*, [S. l.], Doctrina 66/2021, Disponible em: <https://rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2113534/>.
- HESPANHA, António Manuel. Depois do Leviathan. *Almanack brasiliense*, [S. l.], v. 5, p. 55-66, 2007.
- LEVAGGI, Abelardo. Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*, [S. l.], v. 9, p. 239-301, 1982.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tomo II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Tomo 1. 16. ed. Buenos Aires: Perrot, 1996.
- LORENTE, Marta. Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821). In: ANNINO, Antonio (coord.) *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: FCE, 2010, p. 293-383.
- MORELLO, Augusto. La Casación Nacional. Estado de la cuestión [La creación de un Tribunal Intermedio]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Sociales. *Anais [...]*, Segunda Época, v. XXXIII, n. 26, t. I, p. 165-187, 1988.
- NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- PASTOR, Daniel. La nueva imagen de la casación penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- POLLITZER, María. El Federalismo bajo revisión: preocupaciones, desafíos y propuestas desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1890-1916). *Revista de Historia Americana y Argentina*, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 271-302, DOI: <https://doi.org/10.48162/rev.44.008>, 2021.
- POLOTTO, Rosario. Geografía del Código. Codificación nacional y jurisdicción provincial: el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional. Argentina, mitad siglo XIX, principios del XX. *Prohistoria*, [S. l.], v. 40, p. 1-28, 2023.
- POLOTTO, Rosario. Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia La casación en la Argentina (1853-1936). *Rev. hist. derecho* [S. l.], n. 65, p. 3, 2023.
- PORTILLO VALDÉS, José M. *Revolución de Nación*. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812. Madri: CEPC, 2000.
- ROJAS, Beatriz. Los privilegios como articulación del cuerpo político, Nueva España (1750-1821). In: ROJAS, Beatriz (coord.) *Cuerpo político y pluralidad de derechos*. Los privilegios de las corporaciones novohispanas. México: CIDE – Instituto Mora, 2007, p. 45-84, p.78-79.
- SAMPAY, Arturo Enrique. Noción de Estado de Derecho. *La Ley*, [S. l.], t. 14, p. 64-69, 1939.
- SARTORIO, JOSÉ. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato*. Una genealogia storica. Bolonha: Il Mulino, 2020.

TARELLO, Giovanni. *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*. Genova: ECIG, 1976.

TANZI, HÉCTOR J. Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966). *IUSHISTORIA*, Revista Electrónica, [S. l.], v. 3, p. 1-169, 2006.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema*: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano. Buenos Aires: INHIDE, 1992.

ZIMMERMANN, Eduardo. *Los liberales reformistas*: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916. Buenos Aires: Sudamericana, 1995.

ZIMMERMANN, Eduardo. Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia. Argentina, siglo XIX. *Estudios Sociales, Revista Universitaria*, [S. l.], v. XXV, n. 48, p. 11-37, 2015.



# O DOUTORADO EM DIREITO NA UNIVERSIDADE LIBERAL ESPANHOLA (1847-1914)

PHD IN LAW AT THE SPANISH LIBERAL UNIVERSITY (1847-1914)

MANUEL MARTÍNEZ NEIRA\*

Tradução: FREDERICO PAGANIN GONÇALVES; Revisão: ALFREDO DE J. FLORES

## RESUMO

Aproveito a celebração do sexto workshop da rede Héliose para apresentar os resultados parciais de um projeto de pesquisa cujo objeto é o estudo quantitativo do doutorado em Direito na universidade liberal espanhola, de forma que se possa valorar melhor a relevância desse título na arquitetura pós-revolucionária do ensino superior. Junto a Aurora Miguel Alonso, diretora do projeto, levo anos realizando um catálogo dos discursos ou teses doutorais; pelo qual tivemos de recorrer distintos arquivos e bibliotecas, e depurar os dados uma ou outra vez. Como se depreende do que foi dito, as dificuldades não foram pequenas, pois se trata de um material disperso, que nem sempre se encontra adequadamente conservado ou catalogado, ao que não se há dado a importância que tem como fonte para conhecer, dentre outras coisas, as polêmicas e interesses doutrinários daquele momento.

**Palavras-chave:** História das universidades; ensino jurídico; doutorado em Direito; Espanha liberal; cultura jurídica liberal.

## ABSTRACT

I make use of the celebration of the sixth Héliose workshop to present the partial results of a research project which object is the quantitative study of the doctorate in Law in the liberal Spanish University, in a manner which it's possible to evaluate better the relevance of this title in the post-revolutionary architecture of the legal education. Along with Aurora Miguel Alonso, director of the project, I've been making for years a catalogue of speeches or doctoral thesis; for what we had to make use of different archives and libraries and analyze the data a few times. As a result of what was said, the difficulties were not small, due to it being scattered material, which cannot always be found adequately conserved or catalogued, for it hasn't received the importance it has as a source for knowing, among other things, the polemics and doctrinal interests of that moment.

**Keywords:** History of the Universities; legal education; doctorate in Law; liberal Spain; liberal legal culture.

\* Doutor em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid. Doutor em História pela Universidade de Valência. Professor Emérito da Universidade Carlos III de Madrid.  
[mmneira@der-pu.uc3m.es](mailto:mmneira@der-pu.uc3m.es)

Recebido em 6-12-2024 | Aprovado em 6-12-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota dos tradutores:** Versão original do texto, em língua espanhola: Martínez Neira, Manuel. El doctorado en derecho en la universidad liberal española (1847-1914). In: Brizzi. G.P., Frijhoff, W. *Digital academic history: Studi sulle popolazioni accademiche in Europa*. Bologna: Il Mulino, 2018. p. 119-133. Tradução



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A UNIVERSIDADE CENTRAL E O DOUTORADO; 2 OS ESTUDOS DO DOUTORADO; 3 PARA UMA VALORAÇÃO DO DOUTORADO NO PERÍODO LIBERAL; 4 UM OLHAR SOBRE OS DADOS QUANTITATIVOS; FONTES PRIMÁRIAS; BIBLIOGRAFIA; BIBLIOGRAFIA EM NOTAS DE TRADUÇÃO.**

### ■ INTRODUÇÃO

Aproveito a celebração do sexto workshop da rede Héléïse<sup>2(a)</sup>(a) para apresentar os resultados parciais de um projeto de pesquisa cujo objeto é o estudo quantitativo do doutorado em Direito na universidade liberal espanhola, de maneira que se possa valorar melhor a relevância desse título de grau na arquitetura pós-revolucionária do ensino superior. Junto a Aurora Miguel Alonso, diretora do projeto, levamos anos realizando um catálogo dos discursos ou teses doutorais, sendo que, para obtê-lo, tivemos de percorrer distintos arquivos e bibliotecas, e depurar os dados uma ou outra vez. Como se depreende do que foi dito, as dificuldades não foram pequenas, pois se trata de um material disperso, que nem sempre se encontra adequadamente conservado ou catalogado, e que, ao qual, não se deu a importância que merece como fonte para conhecimento, dentre outras coisas, das polêmicas e interesses doutrinários daquele momento.

O trabalho inicia em 1847 porque essa data corresponde a um novo plano de estudos que tornou obrigatória a impressão da tese que deveria ser lida no ato de investidura do título de doutor. Graças a essa impressão, a biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Madrid (hoje, *Universidad Complutense de Madrid*) pôde começar uma coleção de tomos factícios que recolhe as teses ordenadas por anos. Essa série, ainda que logo interrompida e – como mais tarde comprovado – nem sempre completa, permitiu-nos começar nosso trabalho pois, por meio desses discursos, foi-nos possível identificar o corpo de doutores nesses primeiros anos. Por isso, no tempo, foi a primeira fonte que tivemos.

---

de Frederico Paganin Gonçalves (Bacharel em Direito, UFRGS, com período de mobilidade acadêmica na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pelo autor para essa publicação. O acesso ao texto original se deu via o sistema E-Archivo da Universidad Carlos III de Madrid, que disponibiliza textos em livre acesso. Manuel Martínez Neira (1963) fez doutorado em Direito (Universidade Carlos III de Madrid, Prémio Extraordinário, 1994) e tem um doutorado europeu em História (Universidade de Valência, 2008). Leciona História do Direito na Universidade Carlos III de Madrid, onde é professor emérito. Seus trabalhos tratam de história da ciência e educação jurídica. Coordena duas coleções de monografias dedicadas à história do direito e à história das universidades. Por prêmios, recebeu o *Open Course Ware Award* (2013) e o *Yerun Open Science Awards* (2021). Página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=130833>.

<sup>2(a)</sup>(a) *Nota de tradução:* A *Héléïse* se trata de uma rede europeia de bases de dados históricos sobre Universidades, trabalhando com a coleta e análise de material para o estudo da História das Universidades e realizando encontros (“workshops”) anuais. O presente trabalho foi apresentado pelo autor no XI Workshop *Héléïse*, realizado em 20-22 de outubro de 2016 na cidade italiana de Perugia; o programa pode ser encontrado em: <<https://heloise.hypotheses.org/files/2024/10/Heloise-2016-Perugia-program1.pdf>>. Para mais informações sobre a rede *Héléïse*, cf.: Bermejo Castrillo, M. A.; El Khoury, T. Presentación. HÉLÖÏSE - Red europea de bases de datos históricos sobre universidades. *CIAN-Revista de Historia de las Universidades*, 19(1), p. 13-26, 02 jun. 2016.

Abandonando o plano de 1847, depois, em junho de 1853, o então reitor Marquês de Morante dispôs a existência de um livro que recolhera as atas do exercício de doutorado<sup>3</sup>. A partir desse momento, o livro de atas do grau de Doutor se converteu na fonte essencial; de fato, o trabalho que apresentamos se interrompe em novembro de 1914, porque, nessa data, conclui-se um dos livros de grau e o seguinte se encontra perdido. Como fonte suplementar, acudimos também às memórias da Universidade Central e ao próprio catálogo de teses da Biblioteca da Universidade Complutense de Madrid. Tentamos resolver as lacunas e contradições dessas fontes acudindo aos expedientes acadêmicos dos alunos. Talvez não seja ocioso recordar a importância de integrar esses distintos níveis de fontes. Não para dar a eles uma falsa coerência: em ocasiões, os documentos dos expedientes não só completam a informação que nos dão as fontes legais, senão que podem contradizê-las. Longe de ver uma incongruência nisso, trata-se de um convite a considerar a diferença entre o discurso oficial e o imaginário coletivo, e, portanto, a se esforçar em uma reconstrução historiográfica mais rica e matizada. Ademais, podemos dizer que essa dualidade nos revela as continuidades que se produzem para além das rupturas ou reformas pretendidas pelo projeto político que utiliza o Direito como instrumento de poder.

Para completar o catálogo, realizamos também uma busca exaustiva das teses doutorais pelas bibliotecas espanholas e, nesse caso, oferecemos informações dos exemplares impressos e manuscritos dessas.

Assim, para o período de 1847-1914 – o qual, por outro lado, coincide com o momento de esplendor do liberalismo europeu – levantamos 3.054 registros. Nem todos correspondem a teses doutorais aprovadas: o catálogo que oferecemos inclui também 70 teses suspensas, isto é, que não foram aprovadas. Se dividirmos essa cifra pelos 68 anos que compreendem o período do estudo, obtemos uma média de 45 teses por ano. Essa cifra média nos permitirá analisar o gráfico que mostra a evolução quantitativa, com a qual concluímos essas páginas.

Como explicaremos em seguida, nossa hipótese é que o doutorado foi a titulação em grau que melhor caracterizou a universidade liberal, pois que refletia de maneira mais acabada não somente sua essência elitista, senão também a luta pela uniformidade e pelos novos conhecimentos. Pois bem, apesar disso, foi por muitos anos um grau invisível, uma vez que não se sabia muito do desenvolvimento concreto de seu ensino, de suas cátedras, das atividades dos alunos, do corpo de doutores; nem sequer se tinha uma estimativa numérica de quantos alcançavam o doutoramento. Grande parte da dificuldade se encontrava na natureza das fontes: expedientes administrativos disseminados por distintos arquivos e não facilmente acessíveis. Então, com essa pequena contribuição, temos uma primeira identificação do corpo de doutores; sabemos os temas pelos quais se interessaram; podemos localizar seus trabalhos e seguir a evolução quantitativa do título acadêmico.

---

<sup>3</sup> *Reglamento interior de la Universidad Central, aprobado por Real orden de 4 de agosto de 1853*, art. 27: «En cada Facultad se llevarán los libros siguientes: Uno, copiador de los presupuestos de gastos aprobados. Otro, de asiento de las cantidades percibidas para los gastos del material y de su inversión. Otro, de inventario de los efectos destinados al servicio de la Facultad. Otro, de actas de los grados recibidos en la misma. Otro, de las actas del Claustro de la Facultad. Uno, de entrada y salida de las ordenes del Rector, y de las comunicaciones que se le dirijan». Cf.: MARTÍNEZ NEIRA, M. El reglamento interior de la Universidad Central de 1853. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 12, p. 53-104, 2009. Como seu próprio título indica, o livro veio a agrupar as atas que, até aquele momento, encontravam-se disseminadas nos distintos expedientes dos alunos, permitindo assim uma visibilidade da qual até então se carecia.

O desenvolvimento que se segue foi articulado nos seguintes pontos: o significado do doutorado na construção de um sistema universitário centralizado; a regulação desse título até 1857, data da primeira lei de instrução pública<sup>4</sup>; a proposta de critérios para avaliar os resultados da reforma; análise quantitativa.

## 1 A UNIVERSIDADE CENTRAL E O DOUTORADO

Como é sabido, no mundo corporativo do Antigo Regime, em que cada instituição contava com uma regulação própria, o doutorado significava – em geral – o ingresso na corporação, por meio do claustro de doutores, órgão representativo e governativo. Pelo fato de ser doutor por uma universidade (e não por outra), passava-se a formar parte de seu claustro e, assim, da própria instituição<sup>5</sup>. Para o exercício profissional, existia outro título, o de *licenciado*<sup>6(b)</sup>; e cumpridas as condições estatutárias, o *licenciado* poderia aspirar, sem intermediar novos cursos (é dizer, sem realizar novos estudos), à condição de doutor. É algo que foi motivo de reclamação como direito adquirido após a reforma liberal: “[ampliar] por muito mais tempo o prazo concedido aos que se graduaram como *licenciados* pelo método antigo, para que recebessem a *borla*<sup>7(c)</sup> sem nenhuma outra condição que aquela de fazer o depósito que a lei exige”<sup>8</sup>.

É evidente que, ao desaparecer a ordem corporativa e ser substituída pela nacional, a função cumprida por esse título deixou de ter sentido. Contudo, a criação de um sistema universitário nacional (isto é, unitário) reclamava outras necessidades para as quais o doutorado não apenas poderia prestar ajuda, senão que se perfilava como uma peça-chave. Concretamente, desde o princípio – em um parecer (*informe*) de 1813 que estabeleceu as diretrizes do modelo de universidade construído após a revolução<sup>9</sup> – o sistema foi pensado como coroadado por uma universidade central, à qual se reservava o lugar da ciência, frente às necessidades profissionais para cuja satisfação existiam as outras universidades. Na Universidade Central se dariam todas as doutrinas “com a ampliação e extensão

<sup>4</sup> Essa lei supõe o encerramento das primeiras experiências e a consolidação de um modelo que permanece até o final do século XIX, quando ocorre a sua crise.

<sup>5</sup> Daí a prática da incorporação em uma universidade de títulos recebidos em outra.

<sup>6(b)</sup> *Nota de tradução*: o título ou grau acadêmico de *licenciado*, muito comum no contexto espanhol, pode corresponder genericamente ao de bacharel no Brasil – quando se fala dos cursos jurídicos. Contudo, deve-se ressaltar que em várias áreas no país exista a diferença entre se fazer um bacharelado ou uma licenciatura: pensemos nas áreas em que há vinculação com a Educação, no Brasil, demandando a licenciatura – por exemplo, em História, são cursos distintos a licenciatura e o bacharelado, mesmo que seja comum o alunado terminar ambos os cursos em momentos próximos. Tratando-se da área jurídica no Brasil, comumente existe o bacharelado em ciências jurídicas e sociais.

<sup>7(c)</sup> *Nota de tradução*: a *borla* é um adereço, um barrete doutoral, que indica a conquista do título de doutor.

<sup>8</sup> *La Esperanza, periódico monárquico*, 03 febrero 1847. O fragmento foi tomado de um longo comentário ao Plano de 1845, publicado em tal periódico.

<sup>9</sup> *Informe de la junta creada por la regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de instrucción pública* (1813), em: ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 179-215.

correspondente a seu inteiro conhecimento, e onde poderiam ir a bebê-las os que tivessem a nobre ambição de adquiri-las por inteiro”<sup>10</sup>. Ademais, essa instituição:

é necessária também para a conservação e aperfeiçoamento do ensino nos estabelecimentos esparramados pelas províncias. Ali haverá sempre um centro de luzes a que acudir e um modelo sobressalente que imitar. Ali se aperfeiçoarão os métodos, serão analisadas as doutrinas, o bom gosto será criado. Ali, por fim, formam-se não só os melhores discípulos, mas também hábeis professores, servindo como escola normal de ensino público, em que se forma nesta arte tão difícil e necessária<sup>11</sup>.

Ou seja, desde o princípio a escala nacional reclamava, para dar uniformidade ao sistema (isto é, para neutralizar as forças locais), a existência – junto às universidades das províncias – de uma universidade central que funcionasse como escola normal, ou seja, que estivesse dedicada à ciência e à formação dos professores. Essa universidade era na realidade a única que merecia tal nome:

Também foi com razão objeto de contradições empenhadas o monopólio concedido à universidade de Madrid, sem títulos que o justifiquem, para a colação de grau de doutor e para a celebração dos concursos às cátedras que se chamam de escala e outras de inferior categoria. Nenhuma pessoa entendida desconhece quão odioso seja esse privilégio, em cuja virtude a universidade da corte resta autorizada em termos de ser realmente a única universidade da Espanha, assim como as demais restam reduzidas a ser algumas escolas muito secundárias<sup>12</sup>.

Arrazoado o qual dez anos depois o ministro Moyano reproduziu – quase ao pé da letra – na defesa parlamentar da lei de 1857:

Na Espanha até o ano 1824 existiram mais de 30 universidades: as vicissitudes dos tempos e o plano de 1824 as reduziram a 13; o plano de 1845 as reduziu a 10; e direi mais, não só as reduziu a somente 10, senão que real e verdadeiramente a uma, porque a rigor não há outra universidade que a de Madrid; as demais têm suas faculdades ou ramos de ensino, e poderiam muito bem se chamar colégios; porém, para não chocar com a opinião pública e não mortificar o amor próprio das localidades, são chamadas de universidades, ainda que em sua essência não lhes reste dessas mais que o nome<sup>13</sup>.

E assim, graças ao doutorado, a Universidade de Madrid se converteu em Central, funcionando como escola normal: tal foi o papel fundamental que desempenhou esse título no primeiro liberalismo espanhol e a justificação da preeminência da Universidade de Madrid:

<sup>10</sup> *Informe de la junta creada por la regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de instrucción pública* (1813), em: ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 204.

<sup>11</sup> *Loc. cit.*

<sup>12</sup> *La Esperanza, periódico monárquico*, 13 de abril de 1847.

<sup>13</sup> *Diario de las sesiones de Cortes*, legislatura 1857, núm. 38 (20 de junio de 1857), Madrid, 1883. p. 820.

Ainda que a universidade de Madrid não tenha tomado o nome de central, até esses últimos anos [1850], o que foi realmente desde 1845, não só pela maior extensão e importância que se deu nela aos estudos, senão porque se declarou ser a única na qual aquele título [doutoral] poderia receber-se<sup>14</sup>.

Assim se deveria entender, se levarmos em conta os distintos testemunhos de que dispomos; por exemplo, em maio de 1847, um *licenciado* candidato a doutor expôs em uma solicitação: “havendo cursado nessa Universidade Central todos os anos acadêmicos de sua carreira”. E pouco depois, em julho de 1848, em uma resenha publicada em *El Clamor Público*, podemos ler a seguinte expressão: “a universidade central dessa Corte”. Em nenhum desses dois anos, 1847 e 1848, a Universidade de Madrid tinha o título de central, mas o monopólio ou reserva que exercia sobre o doutorado lhe dava esse caráter, e, por isso, às vezes se usava essa denominação sem ter que se ater à denominação oficial.

## 2 OS ESTUDOS DO DOUTORADO

De igual forma que os graus de *bachiller* e de *licenciado*, o doutorado da universidade liberal estava precedido por um período de estudos. Com efeito, já no “*Reglamento general de instrucción pública*” de 1821 aparecia (art. 79) uma relação de cátedras, as quais constituíam os estudos de ampliação que só poderiam ser cursadas na Universidade Central: dentre outras, Direito político e público da Europa [“*Derecho político y público de Europa*”], Disciplina eclesiástica geral e da Espanha [“*Disciplina eclesiástica general y de España*”], História do Direito espanhol [“*Historia del derecho español*”]<sup>15</sup>.

Depois, em 1842, uma nova organização dos estudos de Ciência do Direito [jurisprudencia]<sup>16(d)</sup>(d) estabeleceu pela primeira vez a obrigatoriedade de alguns cursos específicos para o doutorado. Tratava-se em concreto de dois anos – o nono e décimo do curso – para os quais se criavam duas cátedras. Na primeira se estudava Direito natural e das gentes, tratados e relações diplomáticas da Espanha; na segunda, Princípios gerais de legislação, legislação universal comparada, codificação. Essa novidade foi sublinhada por Gil de Zárate quando, entre as mudanças introduzidas pela reforma de 1842, indicava: “a necessidade de fazer novos estudos para o título de doutor, coisa até então desusada na Espanha”<sup>17</sup>. Após serem aprovados esses cursos, sem intermédio de mais exercícios e com o prévio pagamento do depósito, procedia-se diretamente à investidura, onde se realizava o juramento e se recebiam as insígnias. Dessa maneira, por exemplo, no expediente do aluno Carlos Bahamonde Puga podemos ler que:

<sup>14</sup> GIL DE ZÁRATE, A. *De la instrucción pública en España*. Vol. I. Madrid: [s.n.], 1885. p. 186. Na realidade, já foi Central durante o Triênio liberal (1820-1823), ainda que tenha sido suprimida em seguida – cf., por exemplo: *Reglamento provisional para la organización de la Universidad Central* (1822). In: ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 393-399.

<sup>15</sup> *Reglamento general de instrucción pública decretado por las cortes en 29 de junio de 1821*. In: Araque Hontangas, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 286-287.

<sup>16(d)</sup>(d) Nota de tradução: no que se segue, onde se lê “Ciência do Direito”, traduziu-se do espanhol o termo tradicional de *jurisprudencia*, de origem latina [por *iurisprudencia*].

<sup>17</sup> GIL DE ZÁRATE, A. *De la instrucción pública en España*. Vol. III. Madrid: [s.n.], 1885. p. 189.

recebeu na Universidade de Madrid em 2 de agosto de 1843 o título de *licenciado* na faculdade de Direito [*jurisprudencia*] e o de doutor no dia 17 de setembro do mesmo ano, mediante o depósito de 3000 *reales*, único requisito que então se exigia para ser admitido à investidura de doutor; pois, conforme o art. 7º do Real decreto de 1º de outubro de 1842, os dois cursos superiores e voluntários para o legista, que mediavam desde o grau de *licenciado* ao de doutor, não se estabeleceram até o acadêmico de 1843 a 1844; e, por conseguinte, Bahamonde, bem como seus demais contemporâneos, recolhendo o título de doutor – quanto a receber dito título – para tanto só se necessitava acreditar o de *licenciado* e verificar o depósito dos 3000 *reales* que foi satisfeito pela metade para os fundos de Instrução pública e para distribuir os restantes 1500 *reales* entre os indivíduos do Claustro concorrentes à sua investidura<sup>18</sup>.

Em seguida, sobre a necessidade de novos estudos para concorrer ao grau de doutor, aprofundou o plano de estudos de 1845 a ponto de que se pode considerar como o verdadeiro pavimento da universidade liberal espanhola:

Na mais elevada esfera se apresentam os estudos que conduzem às regiões superiores da ciência; porém, sua aquisição está limitada a pouquíssimas pessoas que, ou bem por dedicar-se ao professorado necessitam mais vastos conhecimentos, ou bem guiadas pela ânsia do saber, aspiram a penetrar em seus mais recônditos arcanos. Para esses estudos reserva o novo plano o grau de *doctor*, que, deixando de ser um mero título de pompa, irá supor maiores conhecimentos e verdadeira superioridade nos que o consigam obter. Estender esse grau e os estudos que requer a todas as universidades seria um gasto, mais que impossível, desnecessário. Basta para isso uma universidade, e essa há de ser aquela na qual com maiores meios e com mais perfeição no ensino se reúnam todas as faculdades, todas as ciências, para formar um grande centro de luzes que a iguale com o tempo às mais célebres da Europa, convertendo-a em norma e modelo de todas as da Espanha. Essa universidade só pode existir na capital da monarquia<sup>19</sup>.

Com esse decreto se consagrou o monopólio que exerceu Madrid no doutorado por mais de um século<sup>20</sup>. Na faculdade de Direito o doutorado tinha a duração de um ano, no qual eram estudadas três matérias: Direito Internacional, Legislação Comparada e Métodos de Ensino da Ciência do Direito<sup>21</sup>. Concluído o curso, realizava-se o exame de grau que consistia em duas atividades: uma memória ou discurso, e uma lição oral<sup>22</sup>. Para o primeiro exercício, o graduando tomava pontos. Para esses efeitos, a faculdade tinha dispostas cem perguntas sobre os vários pontos que abarcavam as cadeiras do doutorado. O candidato tirava à sorte três perguntas e escolhia uma para compor, partindo dela, um discurso ou memória, cuja leitura duraria entre 45 e 60 minutos. O graduando tinha quatro dias para compor o discurso,

<sup>18</sup> Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3644, exp. 6. O fragmento recolhe o retorno do Reitor, datado de 23 de abril de 1856, em resposta a uma consulta.

<sup>19</sup> *Real decreto de 17 de septiembre de 1845*. Um fragmento do mesmo pode ser encontrado em: MARTÍNEZ NEIRA, M. *El estudio del derecho: Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 182 ss.

<sup>20</sup> Entre 1845 e 1953, salvo o período de liberdade de ensino que se viveu no sexênio democrático.

<sup>21</sup> Art. 36 do Plano de estudos de 1845.

<sup>22</sup> Art. 363 ss. do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios aprobado por Real decreto de 22 de octubre de 1845*.

depois era convocado para sua leitura e para contestar às objeções dos examinadores. Para preparar o segundo exercício, o candidato contava com uma hora: a lição versava sobre outro dos mesmos pontos<sup>23</sup>. Concluídos os exercícios, os censores procediam a qualificar por votação secreta<sup>24</sup>. A qualificação poderia ser de aprovado, reprovado ou suspenso. No caso de suspensão, poderia repetir o exercício.

Depois, dava-se a investidura do grau, que consistia em um ato solene no qual o novo doutor realizava um juramento e recebia as insígnias do grau (isto é, o capelo e a murça/mozeta [capa] da cor da faculdade correspondente – cor escarlate, no caso do Direito [jurisprudencia])<sup>25</sup>.

Art. 373. A investidura dos graus de *Licenciado* e Doutor se fará desse modo:

Em dia festivo se reunirá a faculdade a qual pertença o graduando, presidida pelo Reitor ou Decano em sua delegação. O graduando será introduzido na sala por dois Bedéis; aproxima-se à mesa da presidência; porá a mão no livro dos Santos Evangelhos; e o Secretário lerá em voz alta o juramento seguinte:

‘Juras por Deus e pelos Santos Evangelhos, obedecer à Constituição da monarquia sancionada em 23 de Maio de 1845, ser fiel à Rainha Dona Isabel II, e cumprir às obrigações que impõe o grau de (*Licenciado* ou *Doctor*) o [...] qual se lhe vai conferir?’. O graduando responderá ‘Sim, juro’ e o presidente dirá: ‘Se assim o fizer, Deus o premie; e, se não, que lhe demande’. Ato contínuo, o graduando se aproximará do presidente, que adirá: ‘Fazendo uso da autoridade que me é confiada, e em nome do Governo de S. M. a Rainha Dona Isabel II, os declaro (*Licenciado* ou *Doctor*) na faculdade de [...] por terem considerado, os Juizes do exame, que és digno dessa honra’: dito o qual, serão impostas as insígnias do grau. Em seguida, sentam-se todos os circunstantes, e o graduando sairá da sala acompanhado dos mesmos Bedéis.

Para maior ilustração, vejamos o expediente do doutor Durán y Cuervo, seguramente o primeiro a graduar-se conforme o plano de 1845<sup>26</sup>. Durán procedia do plano de 1842 e em 7 de novembro de 1845 apresentou um memorial no qual indicava que – após haver recebido o “grau de *licenciado* em Ciência do Direito [jurisprudencia] e aprovado com posterioridade os estudos especiais do nono e décimo curso de Ciência do Direito [jurisprudencia]”, pedia para realizar “os exercícios que de acordo com o novo plano de estudos são requeridos para obter o Doutorado”. É citado no 9 de novembro para tomar os pontos. Sacou os números 4, 33 e 3, e escolheu por esse último. Se lhe foi definido o dia 14 para o primeiro exercício.

No expediente, conserva-se um caderno de título “*Disertación para el ejercicio de Doctor del Licenciado D.n Francisco Durán y Cuerbo*”, que corresponde, segundo diz, ao “primeiro exercício de Durán y Cuervo para Doutor”. Está datada de 13 de novembro e lhe precede uma nota impressa que diz:

<sup>23</sup> Ainda que os dois exercícios sejam orais, no expediente pode conservar-se manuscrita a memória ou discurso, porém não a lição oral.

<sup>24</sup> Art. 366 ss. do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios aprobado por Real decreto de 22 de octubre de 1845*.

<sup>25</sup> Art. 373 do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios aprobado por Real decreto de 22 de octubre de 1845*.

<sup>26</sup> Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3923, exp. 12.

O *Licenciado* em Ciência do Direito [*jurisprudencia*] Don Francisco Durán y Cuerdo, aspirante ao grau de Doutor na mesma faculdade, dissertará em ato público sobre a seguinte proposição:

Concebem-se obrigações comuns a todos os homens, e, portanto, uma regra de conduta, um direito universal anterior a toda organização civil e a toda legislação positiva? Como se chama esse direito?

no dia 14 do presente mês de novembro de 1845 às 12 da manhã.

Na Universidade literária desta corte.

Sr. D.

Ainda que por vezes pudesse ser dispensada, a obrigação de realizar a investidura em dia festivo perdurou no tempo, seguramente se pretendesse com isso facilitar à assistência ao ato, tanto do claustro da faculdade, como dos convidados ao ato social. Assim, em 20 de junho de 1850, o reitor resolvia:

Em cumprimento da Real ordem de 13 do atual, que autoriza por graça ao exponente a receber a investidura do grau de doutor em Ciência do Direito no dia 22, apesar de não ser festivo como exige o regulamento, aponto para a investidura dito dia e hora de uma da tarde, e, ao efeito, passo essa instância ao Sr. Decano de Direito a fim de que se sirva dar as disposições convenientes para a celebração do mencionado solene ato<sup>27</sup>.

Contudo, a frivolidade da nova cerimônia foi um dos pontos da crítica que se fez ao plano de 1845:

Os claustros gerais deveriam tomar uma parte ativa na direção científica das universidades e especialmente exercer o direito de intervir na colação solene dos graus de doutor, sem prejuízo de que precedessem a ela os exames especiais do caso, com cuja exigência estamos conformes; porque, de outro modo, aqueles atos perdem toda a importância popular que deveria ter; e de festas populares que eram, até certo grau, restaram reduzidas a uma pobre cerimônia com pouco propósito de dar prestígio às pessoas de tal maneira condecoradas. Nossos antepassados foram muito sábios em acompanhar a investidura de doutor com grande e importante pompa<sup>28</sup>.

Esse plano de estudos foi modificado em 1847 e, no que concerne a esta análise, o exame de doutorado passou a ter um único exercício, que consistia em uma lição oral. Para sua realização, a faculdade preparava 50 pontos a serem sorteados, o candidato sacava três e elegia um. Contava com 24 horas para sua preparação, e nesse tempo permanecia incomunicável na universidade: se lhe proporcionavam livros. Concluído o tempo, entregava o texto ao decano e se colocava a postos para sua leitura, que deveria durar ao menos 45

<sup>27</sup> Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 4588, exp. 4.

<sup>28</sup> *La Esperanza, periódico monárquico*, 13 de abril de 1847.

minutos; depois deveria contestar as objeções<sup>29</sup>. Ao concluir o exercício, procedia-se à qualificação. Sendo aprovado, a secretaria estendia a ata de exame, que remitia ao governo da nação para a expedição do título<sup>30</sup>. A investidura do título se fazia da seguinte maneira<sup>31</sup>:

Art. 339. O título de Doutor se conferirá sempre individualmente da maneira que segue:

O candidato escreverá uma tese sobre um ponto qualquer da faculdade ou ciência, e a imprimirá entregando ao reitor, com a antecipação de oito dias, o suficiente número de exemplares para repartir ao claustro. Chegado o dia da cerimônia, depois de ser introduzido à sala pelo padrinho, como no caso da licenciatura, lerá o impresso que se distribuirá entre os circunstantes, tendo obrigação o graduando de sustentar sua tese, durante meia hora, contra os argumentos que lhe façam os catedráticos. Transcorrido o dito tempo que seja, o presidente lhe receberá o juramento e conferirá o grau com as insígnias, após o que se retirará acompanhado do padrinho e dos bedéis, depois de abraçar os doutores e de agradecer ao claustro.

A esse grau assistirão os doutores de todas as faculdades que o queiram, mediante aviso prévio à secretaria da universidade.

O primeiro doutor que se graduou conforme o plano de 1847 foi o *licenciado* Juan Moriano Arco, natural de Sevilla. Cumpridos os requisitos, apresentou em 13 de setembro a solicitação oportuna. No dia 20, tomou pontos para o exercício; sacou à sorte três e escolheu o primeiro para a lição, que era o número 1: “Sobre a importância do estudo do Direito internacional”. No dia 21 desenvolveu a atividade e foi aprovado por todos os votos. Depois, em 15 de outubro, entregou à secretaria geral “os exemplares impressos da tese que, conforme ao art. 339 do Regulamento, há de defender no ato solene da investidura do título de Doutor nessa Faculdade”. Tinham de passar ao menos seis dias para avisar aos catedráticos e inserir no diário o anúncio citando o claustro geral.

Finalmente, no domingo de 24 de outubro, prestou os juramentos e recebeu a investidura do título de doutor em mãos do senhor decano da faculdade, “prévias as formalidades que marca o Regulamento vigente de estudos”. No exemplar do discurso conservado na biblioteca da faculdade de Direito aparece ao final uma nota manuscrita a lápis, dificilmente legível, que diz<sup>32</sup>:

[Juan Moriano] tomou a borla no domingo 24 de outubro à uma da tarde e foi o primeiro que se graduou de acordo com o Plano de 1847. – Foi padrinho o Dr. D. Teodoro Moreno e lhe arguíram os catedráticos de 8º [Pedro] Sabau [catedrático de Direito Internacional] e [Manuel José] Pérez [catedrático de Legislação Comparada]. – Se lhe conferiu o título com o cerimonial da Universidade de Alcalá, pela entrega do barrete, espada, código, luvas e anel. Durou o ato hora e meia e a leitura do discurso 20 minutos.

<sup>29</sup> Art. 326 ss. do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios*, 1847.

<sup>30</sup> Art. 332 ss. do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios*, 1847.

<sup>31</sup> Art. 339 do *Reglamento para la ejecución del plan de estudios*, 1847.

<sup>32</sup> MORIANO ARCO, J. *Discurso sobre el origen del derecho de propiedad* [...]. Madrid: [s.n.], 1847. O discurso se encontra em um tomo factício que agrupa os discursos lidos na Faculdade, catalogado como “Biblioteca Universidad Complutense, D 50181”.

No discurso “pronunciado na Universidade de Madrid [...] no dia em que se lhe conferiu o título de Doutor em Ciência do Direito [*Jurisprudencia*]” podemos ler:

O novo regulamento prevê que o candidato escolha uma tese sobre qualquer das matérias da carreira. Porém, qual foi minha confusão ao passar os olhos sobre essa linha imensa que forma qualquer das partes daquelas! Quisera haver exposto à consideração de meus juízes uma dissertação sobre um ponto inteiramente novo, e que servisse não somente para cumprir uma das solenidades desse ato, senão ao mesmo tempo para ilustração de algum ponto científico de importância e de conhecida utilidade pública.

Duas funções do discurso parecem se depreender do dito pelo *licenciado* Moriano: dar solenidade ao ato e esclarecer algum ponto científico. Ao lermos um dos convites ao ato de investidura que foram conservados, captamos em seguida a solenidade do ato:

Na segunda-feira, dia 12 do corrente [junho de 1848] às doze da manhã, receberá a investidura de Doutor em Ciência do Direito o *licenciado* Don Manuel Serra. – O graduando suplica a V. [...] se digne a honrá-lo com sua assistência a tão solene ato, que se verificará na Universidade desta Corte. – A Universidade de encontra na rua *Ancha de S. Bernardo*, esquina à *de los Reyes*.

Ato que era anunciado na imprensa, onde se poderia indicar também quem era o padrinho<sup>33</sup>: “Amanhã, terça-feira às doze da manhã receberá a investidura de Doutor em Ciência do Direito o jovem advogado D. Vicente de Soto y Ginuesio. Será seu padrinho o doutor don Eustoquio Laso, catedrático da Universidade”. E uma vez ocorrido, poderia ser objeto de resenhas:

No último domingo [2 de julho de 1848] recebeu na universidade central desta Corte o distinguido jovem don Plácido Jove y Hevia a investidura de doutor em Ciência do Direito. A memória que com esse motivo leu *Sobre la confederación de los pueblos*, e que tivemos o prazer de ler depois, chamou justamente a atenção do auditório, não somente pela elevação de seu estilo, senão por sua elegância e pureza. Também agradeceu sobremaneira o eloquente discurso com que terminou o ato<sup>34</sup>.

Porém, desses anúncios, podemos também concluir outra coisa: que o discurso lido na realidade era considerado uma formalidade exigida pelo Regulamento vigente, ou ao menos assim se expressava:

Secretaria Geral de Universidade Literária de Madrid. – No domingo, dia 7 do corrente, à uma da tarde, verificar-se-á no edifício da faculdade de *jurisprudencia* (o *noviciado*, rua *Ancha de San Bernardo*) o ato solene da investidura do grau de doutor em dita faculdade, que receberá com as formalidades do regulamento don José

<sup>33</sup> *El Observador*, 28 de septiembre de 1848.

<sup>34</sup> *El clamor público, periódico del partido liberal*, 4 de julio de 1848.

María Cáceres y Girón. Madrid, 2 de novembro de 1847. – O secretário geral, Vitoriano Mariño<sup>35</sup>.

Expressão que também encontramos nas atas de grau; vejamos como exemplo a contida no seguinte expediente: “No dia firmado, prestou os juramentos e recebeu a investidura de Doutor das mãos do Sr. Decano da Faculdade, prévias as formalidades e requisitos que prevê o Regulamento vigente de Estudos”<sup>36</sup>.

Entre essas formalidades, incluía-se o discurso que deveria o candidato pronunciar e previamente repartir. Também nessa maneira de se expressar, denota-se o caráter acidental do discurso. Pelo que diz respeito aos requisitos, entendemos que se referem ao depósito de 3.000 *reales*, aspecto não menor, pois se tratava de uma quantidade enorme que, por um lado, mantinha o tom aristocrático do doutorado e, por outro, esse pagamento – junto a outros – fez com que a universidade do período chegasse a ser um negócio para o Estado. Assim expunha o ministro Moyano, referindo-se aos anos 1850-1852:

As universidades em pessoal e material custaram [...]. Total nesses três anos: custo de pessoal e material, 29.290.000 *reales*, e produto de ingressos 26.079.000 *reales*, mais ou menos; é dizer que deram ao Tesouro 2 milhões de *reales*, cobertas todas as atenções<sup>37</sup>.

À novidade incluída no plano de 1847 – a impressão do discurso –, o de 1850 (com seus dois regulamentos, de 1851 e 1852) adicionou que, antes da impressão do discurso, o mesmo deveria ser revisado pelo reitor<sup>3839(e)</sup>(e). Por outro lado, o regulamento de 1852 estabeleceu: “Art. 314. O grau de doutor será conferido sempre individualmente, a não ser no caso em que os candidatos fossem irmãos, aos quais se poderá conferir-lhes o título em um mesmo ato”.

É dizer, assim, que poderiam realizar a investidura com um único discurso, ainda que ambos os irmãos procedessem de faculdades distintas. Essa novidade nos diz algo sobre o adjetivo ou sobre o formal do discurso: quando dois irmãos aspiram ao grau de doutor, cada um se matricula pelo curso correspondente, cada um realiza os exercícios de titulação onde se demonstra conhecer as respectivas matérias que a compõem, porém, ao ser investidos, apenas um apresenta e lê um discurso. Por isso, se equiparamos esse discurso de investidura com o doutorado, encontramos-nos com o paradoxo de incluir nas teses de Direito algumas gestadas em outras faculdades<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Diario oficial de avisos de Madrid*, 4 de noviembre de 1847.

<sup>36</sup> Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3749, exp. 6, correspondente ao aluno Francisco de Paula Camacho y Castellanos.

<sup>37</sup> *Diario de las sesiones de Cortes*, legislatura 1857, núm. 38 (20 de junio de 1857), Madrid, 1883, p. 820.

<sup>38</sup> Sobre o particular, cf.: PETIT, C. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2014. p. 27 ss., 43 ss.

<sup>39(e)</sup> *Nota de tradução*: uma adaptação do primeiro capítulo da obra citada na nota acima, feita pelo próprio autor quando do convite à publicação do texto no Brasil, foi versada ao português; cf., para tal: PETIT, C. *O verbo do direito liberal*. Trad. Denis G. Rolla. Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 26-48, dez. 2018.

<sup>40</sup> Assim, Narciso Guillén y Tomás foi investido doutor em Direito em 10 de janeiro de 1859 com um discurso de título *La pila de Volta* [*Nota de tradução*: “A pilha voltaica”], lido por seu irmão José María, que foi investido doutor em Ciências.

De outra parte, a cerimônia de investidura do grau foi regulada minuciosamente pelo *Reglamento interior de la Universidad Central*<sup>41</sup>, aprovado por ordem real de 4 de agosto de 1853. A leitura dos artigos correspondentes (arts. 270-294) não faz senão corroborar o aspecto formal do discurso de investidura: por um lado, concede-lhe uma duração adequada a um ato social (entre 10 e 15 minutos) e idêntica ao discurso de apresentação do padrinho; por outro (e acabamos de o apontar), dispensa sua apresentação e leitura quando feito pelo outro irmão.

Finalmente, a lei de instrução pública de 1857, a chamada lei Moyano, com seu regulamento de 1859, introduziu outra novidade. Até esse momento, o discurso era sobre “um ponto qualquer da faculdade ou ciência” a ser escolhido pelo aluno. A partir de então, não obstante, esse deveria escolher um tema de um questionário e, por isso, após essa disposição, os títulos dos discursos acabam por ser repetitivos. O exercício para o grau de doutor e sua qualificação consistia na leitura e discussão de dito discurso<sup>42</sup>. Depois, procedia-se a investidura, na qual se voltava a ler o mesmo discurso, dessa vez impresso. A investidura conservada seu caráter de pompa, como indicava o art. 222: “poder-se-á dar à cerimônia toda a pompa que os graduandos queiram, porém, não se exigirá de nenhum que contribua forçosamente a isso, nem se permitirá refrescos ou obséquios nenhum dessa classe”.

### 3 PARA UMA VALORAÇÃO DO DOUTORADO NO PERÍODO LIBERAL

Porém, ademais da pompa, a regulação que arranca com a revolução exigia do candidato maiores conhecimentos. Teria ele? Muitas vezes se respondeu negativamente a essa questão. Amparando-se na leitura de alguns discursos e os comparando com as atuais teses doutorais – equiparando, assim, investidura e doutorado – alguns estudiosos concluíram pela natureza retórica e não-científica de semelhantes exercícios durante o Oitocentos: só no final do século XIX foi que esses autores apreciaram uma mudança ou um giro científico. Sem negar toda validade a tal proposta, podemos refletir sobre alguns aspectos que nos sirvam para matizá-lo.

Em primeiro lugar, considerando, como o fez Carlos Petit, que partimos de “uma tradição arraigada que coloca nas artes oratórias a sede do conhecimento humano”<sup>43</sup>. Isto é, dever-se-ia julgar tais discursos não pelo seu aparelho crítico, senão como manifestação retórica. Portanto, deve-se vê-los e os julgar de outra maneira.

Mas, voltemos ao primeiro doutor do catálogo, Juan Moriano, que, após receber a investidura de doutor, empreendeu a carreira acadêmica solicitando o título de regente de primeira classe. Em sua ata, diz:

<sup>41</sup> MARTÍNEZ NEIRA, M. El reglamento interior de la Universidad Central de 1853. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 12, p. 53-104, 2009.

<sup>42</sup> Assim, o discurso de Francisco Sauced Vázquez, “*De las pruebas judiciales en materia criminal*”, foi reprovado nos seguintes termos: “Esse discurso carece de extensão e profundidade necessárias em um tema tão importante. Não é suficiente para aspirar ao grau de doutor. – Madrid, 11 de junho de 1864 – Dr. La Fuente” [Miguel Alonso, A.; Calderón Rehecho, A. La colección de tesis doctorales de derecho en la Universidad Central: 1847-1868. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, v. 12, n. 1, p. 113, 2009, nota 15].

<sup>43</sup> PETIT, C. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2014. p. 24.

Don Juan Moriano y Arco, natural de Sevilha, da mesma província, de 23 anos de idade, doutor na faculdade de *jurisprudencia*, segundo o diploma que se exibiu, pelo qual resulta que recebeu dito título na Universidade de Madrid no dia 21 de setembro de 1847, apresentou-se a passar pelos exames que prefixa o capítulo 2º do título I da seção 4º do Regulamento aprovado por S. M. em 22 de outubro de 1845, para obter o título de *Regente de primera clase*; e, havendo sido aprovado por todos os votos, e tendo prestado o juramento de obedecer à Constituição política da Monarquia, ser fiel à Rainha Dona Isabel II, e cumprir bem às obrigações que correspondem aos Regentes de primeira classe, expede-se essa ata firmada pelos Examinadores e Secretário, que se passará ao Sr. Reitor para que por seu conduto seja elevada ao Governo de S. M. a fim de que lhe expeça o título correspondente. Madrid, 17 de dezembro de 1847.

É chamativo que se diga que recebeu o título no 21 de setembro, isto é, no dia em que realizou o exercício do grau, não o da investidura (que foi no dia 24). É só um exemplo, do qual encontramos muitos casos. O grau se recebia quando se aprovavam os exercícios, depois vinha a investidura, como algo solene e social, na qual sucediam os discursos (do aluno e do padrinho). O discurso do aluno poderia denominar-se de distintas maneiras (memória, tese); diferiam pouco ou nada do pronunciado na investidura do grau de *licenciado* (por mais que esse grau fosse profissional e não científico); tinha uma duração reduzida (15 minutos) e igual à do padrinho; quando se graduavam irmãos, só um podia pronunciá-lo. São todos dados que situam a investidura em seu lugar, o social.

Havia então maiores conhecimentos? Para responder, devemos prestar atenção ao exercício de grau e ao objeto desse exercício. Em termos essenciais, e apesar de tantas modificações, o exercício era a leitura de um programa, que deveria ser preparado, exposto e discutido. O programa estava composto por questões que não se davam na licenciatura, que desenvolviam matérias novas para aquele contexto (como a Filosofia do Direito, o Direito Internacional ou a História do Direito). Posteriormente, essas matérias passaram à licenciatura, de maneira que o doutorado atuou como vanguarda na formação do cânon de disciplinas tidas como necessárias ao jurista. Entre os catedráticos do doutorado – pelos quais passavam os futuros catedráticos – houve figuras eminentes como Giner de los Ríos ou Gómez de la Serna.

Por isso, em nossa opinião, a reforma liberal foi um sucesso, pois cumpriu com os dois objetivos que se havia marcado: centro de luzes e escola de professores. Outra coisa ocorreu após a crise da ordem liberal, quando as consequências da guerra franco-prussiana determinam o domínio do modelo alemão e propiciam um giro científico. Pois “faríamos mal em confundir essas intervenções cerimoniais com nossas modernas teses”<sup>44</sup>, p. 33: “seria um erro imperdoável desprezar, sobre a base de seu valor científico nulo, os discursos doutorais e as lições de abertura. [...] Ao fazê-lo, simplesmente estaríamos pedindo a nossos textos compromissos que nunca quiseram assumir”<sup>45</sup>, p. 33.

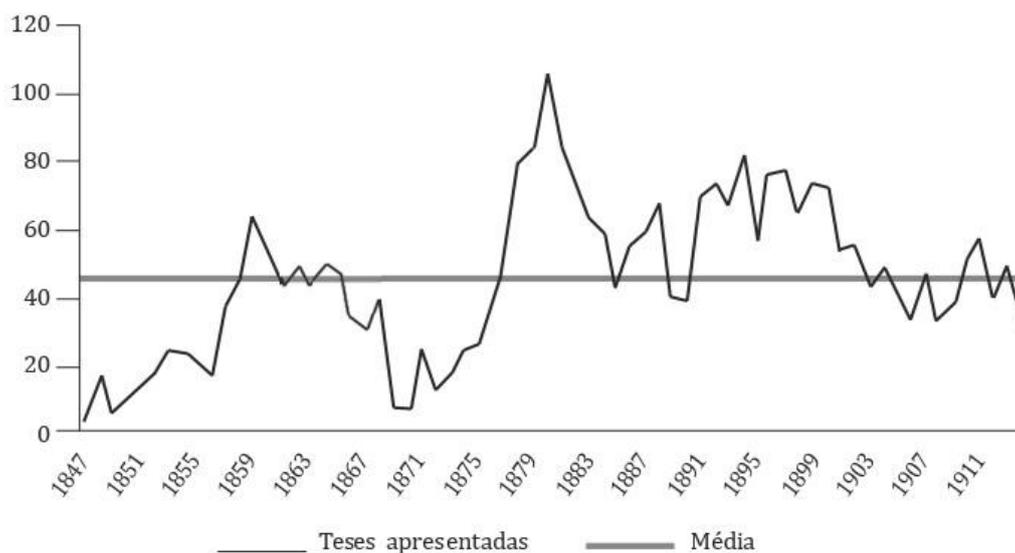
<sup>44</sup> PETIT, C. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2014.

<sup>45</sup> PETIT, C. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2014. p. 34.

#### 4 UM OLHAR SOBRE OS DADOS QUANTITATIVOS

Como apêndice, oferecemos um gráfico que sintetiza a evolução quantitativa do doutorado. Ano após ano, nos 68 analisados, mostram-se o número de aspirantes ao grau de doutor. Como já foi dito, do total de 3.054, só localizamos 70 “suspensos”. Uma linha nos indica a média dessa cifra total, 45 por ano. Por trás dessa média, aparecem claramente dois momentos: os primeiros anos do sistema, entre 1847 e 1856; e o período do sexênio democrático, 1868-1874, no qual se declarou a liberdade de ensino e Madrid perdeu o monopólio de que desfrutava para colacionar o grau de doutor. Pelo contrário, muito por cima aparecem os anos ao redor de 1880, talvez como outra consequência do sexênio: alunos que regularizaram o título depois desses anos revolucionários. No demais, parece que podemos dizer que os números são bastante estáveis. Isso demonstra que, para todo esse período liberal, o doutorado serviu ademais para caracterizar uma elite.

##### *Apêndice gráfico*



#### FONTES PRIMÁRIAS

Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3644, exp. 6.

Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3749, exp. 6.

Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 3923, exp. 12.

Archivo Histórico Nacional, *Universidades*, 4588, exp. 4.

*Diario de las sesiones de Cortes*, legislatura 1857, núm. 38 (20 de junio de 1857), Madrid, 1883. p. 820.

*Diario oficial de avisos de Madrid*, 4 de noviembre de 1847.

*El clamor público, periódico del partido liberal*, 4 de julio de 1848.

*El Observador*, 28 de septiembre de 1848.

*Informe de la junta creada por la regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de instrucción pública* (1813), em: ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 179-215.

*La Esperanza, periódico monárquico*, 03 de febrero de 1847.

*La Esperanza, periódico monárquico*, 13 de abril de 1847.

*Real decreto de 17 de septiembre de 1845*.

*Reglamento general de instrucción pública decretado por las cortes en 29 de junio de 1821*. In: Araque Hontangas, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 286-287.

*Reglamento interior de la Universidad Central, aprobado por Real orden de 4 de agosto de 1853*.

*Reglamento para la ejecución del plan de estudios aprobado por Real decreto de 22 de octubre de 1845*.

*Reglamento para la ejecución del plan de estudios*, 1847.

*Reglamento provisional para la organización de la Universidad Central* (1822). In: Araque Hontangas, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013. p. 393-399.

## BIBLIOGRAFIA

ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*. Madrid: Dykinson, 2013.

GIL DE ZÁRATE, A. *De la instrucción pública en España*. Vols. I-III. Madrid: [s.n.], 1885.

MARTÍNEZ NEIRA, M. *El estudio del derecho: Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2001.

MARTÍNEZ NEIRA, M. El reglamento interior de la Universidad Central de 1853. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 12, p. 53-104, 2009.

MIGUEL ALONSO, A.; CALDERÓN REHECHO, A. La colección de tesis doctorales de derecho en la Universidad Central: 1847-1868. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, v. 12, n. 1, p. 105-186, 2009.

MORIANO ARCO, J. *Discurso sobre el origen del derecho de propiedad* [...]. Madrid: [s.n.], 1847.

PETIT, C. *Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*. Madrid: Dykinson, 2014.

## BIBLIOGRAFIA EM NOTAS DE TRADUÇÃO



BERMEJO CASTRILLO, M. A.; El Khoury, T. Presentación. Héloïse – Red europea de bases de datos históricos sobre universidades. *CIAN-Revista de Historia de las Universidades*, v. 19 n. 1, p. 13-26, 2 jun. 2016.

PETIT, C. O verbo do direito liberal. Trad. Denis G. Rolla. Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 26-48, dez. 2018.





# EL PROCESO DE TUTORÍAS Y SU NECESIDAD IMPOSTER- GABLE EN LAS UNIVERSIDADES. FACULTAD DE DERE- CHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE GUERRERO

THE TUTORIAL PROCESS AND ITS URGENT NEED IN UNIVERSITIES. LAW  
SCHOOL OF THE AUTONOMOUS UNIVERSITY OF GUERRERO

SMIRNA R. GARIBAY\* | ROSALÍA P. DURÁN\*\* | PERLA ELIZABETH V. RAMOS\*\*\* | JULIANA S. CÁRDENAS\*\*\*\*

## RESUMO

La presente investigación versa sobre el proceso de tutorías. La orientación y la acción tutorial constituyen uno de los instrumentos más potentes para facilitar la transición a la universidad y promocionar a los estudiantes en la Educación Superior. Tuvo como objetivo describir el proceso de tutoría en la especialidad de Derecho desde las perspectivas de los tutores y los estudiantes. Se aborda desde un diseño descriptivo y transversal, con enfoque analítico mixto. La muestra estuvo compuesta por 100 estudiantes y 15 profesores tutores. Los resultados revelan que, tanto estudiantes como profesores están descontentos con el proceso de tutoría porque existen problemas en relación a la organización de las tutorías, con horarios de atención reducidos, incompatibilidad horaria con otras actividades académicas o no académicas, falta de presencia de los tutores en los horarios correspondientes, escaso desarrollo de la tutoría, con algunas sesiones al inicio de curso, pero una frecuencia y continuidad inferior a la deseable para responder a las necesidades del alumnado. Se concluye que, el proceso de tutorías se caracteriza por ser asistemático, inestable y desorganizado. El área personal es la menos orientada y los profesores argumentan no tener los recursos necesarios para poder ejercerlas de manera adecuada.

**Palavras-chave:** tutorías; universidad; áreas personal, profesional y académica.

## ABSTRACT

The present investigation deals with the tutoring process. Guidance and tutorial action constitute one of the most powerful instruments to facilitate the transition to university and promote students in Higher Education. Its objective was to describe the tutoring process in the Law specialty from the perspectives of tutors and students. It is approached from a descriptive and cross-sectional design, with a mixed analytical approach. The sample consisted of 100 students and 15 tutor teachers. The results reveal that both students and teachers are dissatisfied with the tutoring process because there are problems in relation to the organization of the tutorials, with reduced office hours, time incompatibility with other academic or non-academic activities, lack of presence of tutors in the corresponding schedules, little development of the tutorial, with some sessions at the beginning of the course, but a frequency and continuity less than desirable to respond to the needs of the students. It is concluded that the tutorial process is characterized by being unsystematic, unstable and disorganized. The personal area is the least oriented and the teachers argue that they do not have the necessary resources to be able to exercise them adequately.

**Keywords:** tutorials; university; personal areas; professional and academic.

\* Doutora em Direito pela Universidad Autónoma de Guerrero, México.  
*smro\_07@hotmail.com*

\*\* Mestre em Direito pela Universidad Autónoma de Guerrero, México.  
*11241@uagro.mx*

\*\*\* Doutora em Ciências Pedagógicas pela Universidad Autónoma de Guerrero, México.  
*ventura-eliza31@hotmail.com*

\*\*\*\* Doutora em Direito pela Universidad Autónoma de Guerrero, México.  
*06407@uagro.mx*

Recebido em 6-12-2024 | Aprovado em 6-12-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado.



## SUMÁRIO

### INTRODUCCIÓN; METODOLOGÍA; RESULTADOS Y DISCUSIÓN; CONCLUSIONES; LISTA DE REFERENCIAS

#### ■ INTRODUCCIÓN

Para Aguilera<sup>2</sup> la educación, proceso inexcusablemente requerido en la natural evolución del ser humano, permanece siempre incompleta, siempre falible en su esencial pretensión de encontrar mejores formas de vida para la humanidad. No pueden las personas eludir la actividad educativa. Es la esencia de su permanencia en el universo, la responsable de su actual realidad, la precursora de su proyección futura.

Para este autor, argumento que se comparte, la actividad educativa, entendida de esta forma, no puede ser un ejercicio de adoctrinamiento ni de sumisión de la persona al poder hegemónico de una sociedad dominante, pues tiene como misión fundamental el cambio continuo del ser humano hacia su perfeccionamiento constante, hecho que lleva ineludiblemente el de la humanidad.

Las universidades han tenido que plantearse nuevos enfoques de formación, debido a que el proceso de enseñanza-aprendizaje de profesionales, constituye un reto para estas, vislumbrando, sin lugar a dudas, un papel cada vez más protagónico del profesor, en la figura como tutor.

El proceso de formación de profesionales dentro del ámbito universitario, más que una necesidad social, constituye un reto para las universidades, debido a que se ven constantemente obligadas a rediseñar sus planes curriculares. Sus fundamentos se sustentan en las continuamente renovadas exigencias tecnológicas y en los cada vez más independientes grupos generacionales que forman parte del campus universitario como objetos y sujetos de ese proceso de formación.

Espinoza, Ley y Guamán<sup>3</sup> expresan que todo este escenario imprime una dinámica nunca antes vista a lo largo de la historia humana y más específicamente, en lo relacionado con la educación y formación de profesionales en las diferentes ramas del conocimiento. Por lo que las universidades han tenido que plantearse nuevos enfoques de formación, entre los que sobresalen, el acortamiento o reducción de ese tiempo de instrucción-enseñanza, aumento de la modalidad semipresencial y la formación a distancia, así como la asimilación e introducción consciente y planificada de las ventajas que ofrecen las tecnologías de la informática y las comunicaciones en dichos procesos formativos.

---

<sup>2</sup> AGUILERA, J. L. La tutoría universitaria como práctica docente: fundamentos y métodos para el desarrollo de planes de acción tutorial en la universidad. *Rev. Pro-Posições*, Campinas, v. 30, p. 1-27, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-6248-2017-0038>. Disponible em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/ypLYfVxFc9vqdZt9yfxkTph/?lang=es>.

<sup>3</sup> ESPINOZA, E. E.; LEY, N. V.; GUAMÁN, V. J. Papel del tutor en la formación docente. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, v. XXV, n. 3, p. 230-241, 2019. Disponible em: <https://www.redalyc.org/journal/280/28060161020/28060161020.pdf>.

Este escenario vislumbra, sin lugar a dudas, un papel cada vez más protagónico del profesor, en la figura que lo representa como tutor. Su función de acompañamiento desborda los muros institucionales, para expandirse a través de las redes de navegación y llegar al estudiante desde cualquier lugar y en el momento que este solicite la intervención orientadora y guía del profesor<sup>4</sup>, p.231.

Una universidad que responda a las necesidades y características del siglo XXI precisa de una revisión y adecuación de la tutoría y de la figura del tutor. La orientación y la acción tutorial constituyen uno de los instrumentos más potentes para facilitar la transición a la universidad y promocionar a los estudiantes en la Educación Superior. En cada modelo educativo, el papel del tutor universitario ha estado en función del objetivo de la formación; de forma que los modelos de tutoría están en consonancia con la misión asumida por la universidad<sup>5</sup>.

Múltiples autores han investigado el tema de la tutoría universitaria, coincidiendo en que esta juega un papel relevante en el desempeño de los estudiantes en este nivel educativo.

Lozano<sup>6</sup>, p.55 asevera:

El surgimiento de los sistemas tutoriales en la educación tiene muchos siglos, sin embargo, el sentido que en la actualidad se le da, está más vinculado a ser un sistema de acompañamiento y orientación eficiente que ofrece la institución, para que apoye a los estudiantes a mejorar su desempeño, enseñándoles a pensar, así como eliminar los actuales problemas de deserción, rezago escolar y con ello elevar la eficiencia terminal.

En la bibliografía analizada existe un amplio recorrido de la función tutorial en el contexto educativo universitario debido al impacto reconocido de la necesidad de estas funciones entre los profesores para ayudar a los estudiantes universitarios debido a los saltos cualitativos entre las formaciones preuniversitaria y universitaria.

Asegura Ordaz<sup>7</sup> que destacan investigadores de México y España por su tradición de desarrollar la tutoría en las universidades, para fortalecer el proceso formativo de los estudiantes y lograr la permanencia.

En México, la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior [ANUIES], propone el fortalecimiento de los servicios de tutoría y asesoría sistemática.

---

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> LÓPEZ MARTÍN, I.; GONZÁLEZ VILLANUEVA, P. La tutoría universitaria como espacio de relación personal. Un estudio de caso múltiple. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 36, n. 2, p. 381-399, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.36.2.291161>. Disponible en: <https://revistas.um.es/rie/article/view/291161>.

<sup>6</sup> LOZANO, M.; TORRES, R. M. *Evaluación y seguimiento del programa institucional de tutorías de la universidad pedagógica nacional*. 2005. Tese de Doutorado. Tesis en opción al título académico de Doctor en Ciencias Pedagógicas). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

<sup>7</sup> ORDAZ, M. *Concepción psicopedagógica del proceso de orientación: Estrategia para su implementación en la Universidad de Pinar del Río*. 2011. Pinar del Río: Universidad de Pinar del Río. Disponible en: <https://rc.upr.edu.cu>, 2011.

En la Licenciatura en Intervención Educativa del Instituto de Ciencias de la Educación, de la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca, se considera:

Una actividad docente que ayuda a la integración de la experiencia escolar y la vida cotidiana del alumno a partir de sus intereses y necesidades académicas para avanzar hacia su independencia y madurez (...) resolver problemas relacionados con la deserción, con el abandono de los estudios, el rezago y con la baja eficiencia terminal<sup>8, p. 1</sup>.

En esta línea de pensamiento se encuentran investigadores de la UNAM, quienes declaran que la tutoría es el acompañamiento y apoyo docente de carácter individual y grupal, ofrecido a los estudiantes como actividad de su currículo, para formarlos íntegramente como personas.

En la Universidad de Guadalajara: la tutoría es un proceso de apoyo y orientación al alumno para el desarrollo de potencialidades para la vida, siendo su finalidad el desarrollo humano, más allá de la exclusivamente académica<sup>9</sup>.

En la Universidad Autónoma de San Luis Potosí: “La tutoría es vista como un instrumento que puede potenciar la formación integral del alumno, además de constituir un recurso de gran valor para facilitar la adaptación del estudiante al ambiente escolar, mejorar sus habilidades de estudio y trabajo, abatir los índices de reprobación y rezago escolar, disminuir las tasas de abandono de los estudios y mejorar la eficiencia terminal”<sup>10, p. 35</sup>.

En estas revisiones se ha podido corroborar que los jóvenes que ingresan a las aulas, aunque son en su mayoría adultos en edades de 18 años o más, aún se encuentran en un proceso de maduración personal que los hace susceptibles a múltiples cambios: adaptarse a un nuevo ambiente, con nuevos colegas, exigencias, actividades y responsabilidades, entre otras.

Al respecto, se reconoce que la formación universitaria tiene implicaciones importantes en la formación y trayectoria personal, que impacta en el continuo cambio y desarrollo de la identidad.

La palabra “tutor” es de origen latino y se deriva del sustantivo “tutor”, del adjetivo “tutus” y del verbo “tutari”, es decir, “el que cuida, que apoya, protege, dando seguridad”, si se refiere al sustantivo, y si se refiere el verbo “proteger”, “defender”; con un sentido de cuidado, protección y/o vigilancia. Según Clerici y Da Re<sup>11</sup> la acción educativa está dirigida a las personas y se trata de una acción humana y social. A través de ella, el educador quiere que se produzca en los educandos cierta formación relacionada con la personalidad, es decir, el educador quiere que quien se educa sea “mejor”. Por tanto, la tutoría universitaria representa una de

<sup>8</sup> MENDOZA, J. J. Proyecto de tutorías en la Licenciatura en Intervención Educativa (LIE). [UNI-320] 6to. In: *Congreso Internacional de Educación Superior*. La Habana, Cuba. 2008, p. 11-15.

<sup>9</sup> Como se citó en Collazo, 2006.

<sup>10</sup> NAVA, J. *La orientación educativa*. [s. d.]. Disponible en: <http://investigacioneducativa.idoneos.com/index.php/349880>.

<sup>11</sup> CLERICI, R.; DA RE, L. Evaluación de la eficacia de un programa de tutoría formativa. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 37, n. 1, p. 39-56, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.37.1.322331>. Disponible en: <https://revistas.um.es/rie/article/view/322331>.

las medidas educativas más importante de los últimos años, la tutoría es una de las principales innovaciones educativas de las últimas décadas y es un método útil para reducir la brecha entre la calidad de la enseñanza y el número de alumnos matriculados en la universidad.

Martínez, Pérez y González<sup>12</sup> afirman que más allá de los compromisos institucionales y normativos que han llevado a la tutoría universitaria a constituirse como un derecho del alumnado y un factor de calidad, diferentes elementos de la universidad del siglo XXI hacen que su desarrollo sea inexcusable:

- La mayor diversidad entre el alumnado. La dimensión social se convierte en un objetivo prioritario que promueve la equidad en el acceso y en la finalización de los estudios a diversos grupos sociales.
- La creciente diversificación en los currículos universitarios, con una mayor cantidad de itinerarios formativos, prácticas curriculares, estudios de postgrado, posibilidad de obtener becas para el estudio en otras universidades, etc.
- Una mayor incertidumbre en relación con el futuro y la inserción profesional, que provoca que el alumnado universitario se enfrente a su futuro con inquietud y necesidad de mejorar los procesos de toma de decisiones.
- La creciente velocidad con la que se producen los cambios sociales, formativos y profesionales, hace cada vez más difícil que la educación superior se ajuste a las necesidades de su entorno<sup>13</sup>, p. 191-192.

Nadie duda que el alumnado universitario precisa alcanzar el grado de desarrollo madurativo suficiente para tomar decisiones, controlar el estrés, analizar sus propias capacidades, intereses y objetivos personales y profesionales, e innegablemente el apoyo por parte de sus tutores puede ser una herramienta adecuada y contextualizada.

Son diferentes áreas que deben desarrollarse desde esta posición: el ajuste personal en la transición a la universidad, apoyo en los procesos de maduración personal del alumnado, el favorecimiento de la participación social activa desde una ciudadanía crítica y comprometida, así como el desarrollo de competencias transversales. Para ello es preciso que el alumnado desarrolle algunas competencias clave en el desarrollo de la identidad personal: mejora del conocimiento de las propias fortalezas y debilidades, gestión emocional, diseño de objetivos y metas personales, entre otras.

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ, P.; PÉREZ, F. J.; GONZÁLEZ, N. ¿Qué necesita el alumnado de la tutoría universitaria? Validación de un instrumento de medida a través de un análisis multivariante. *Educación XX1*, Madrid, v. 22, n. 1, p. 189-213, 2019. DOI: 10.5944/educXX1.21302. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/706/70667730010/70667730010.pdf>.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ, P.; PÉREZ, F. J.; GONZÁLEZ, N. ¿Qué necesita el alumnado de la tutoría universitaria? Validación de un instrumento de medida a través de un análisis multivariante. *Educación XX1*, Madrid, v. 22, n. 1, p. 189-213, 2019. DOI: 10.5944/educXX1.21302. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/706/70667730010/70667730010.pdf>.

En reciente estudio Pantoja-Vallejo, Colmenero y Molero<sup>14</sup> llegan a la conclusión de que los estudiantes consideran que la tutoría sirve fundamentalmente para orientar la asignatura y su evaluación. No están lo suficientemente concienciados de la importancia de las tutorías más allá del asesoramiento técnico ceñido a las materias, limitándolas a la resolución de dudas de clase.

Es importante señalar que la tutoría entendida como proceso facilita el desarrollo académico en un contexto complejo en el que los currículos universitarios se han diversificado exponencialmente (optativas, itinerarios, prácticas, trabajos finales, etc.), junto con un cambio fundamental en las metodologías de enseñanza, que exigen al alumnado el empleo de estrategias de aprendizaje más elaboradas y un mayor nivel de protagonismo en comparación a las que empleaban en niveles previos. Martínez, Pérez y González<sup>15</sup> aseguran que la tutoría puede facilitar la adquisición de competencias transversales, que se erigen como uno de los pilares esenciales tanto para el desarrollo personal como para la futura empleabilidad de los egresados. En un contexto laboral en el que se le exigirá una importante capacidad de adaptación y de aprendizaje permanente, se hace imprescindible un adecuado dominio de competencias transversales.

A pesar de que la tutoría nace como modelo académico, se aprecia rápidamente que fue necesario incorporar lo personal, con el criterio estrecho de atender todo aquello que afecte el rendimiento académico o bien con el sentido más amplio, de atender lo personal para “preparar al estudiante para la vida y no sólo para lograr avances académicos”<sup>16</sup>, p. 24. En las universidades de hoy se amplía la concepción de la tutoría como asesoría y guía en los procesos investigativos, incluso como apoyo básicamente académico, para implementar modelos mucho más abarcadores y multifacéticos, que abarquen lo personal, familiar y social. Muchas universidades continúan declarando que realizan una tutoría académica, pero el objetivo tiende a encaminarse a que ésta constituya una poderosa influencia en la formación profesional y personal del estudiante permitiéndole alcanzar metas educativas profesionales y personales.

Vital es comprender que cada día se incrementa el número de naciones que apuestan por introducir en el ámbito educativo de pre y postgrado el tema del desarrollo personalógico de sus estudiantes dándole un matiz de integralidad a sus planes y programas de estudio. Como tendencia internacional se ofrece un modelo de formación en el que se aspira a formar un hombre que domine las leyes objetivas del desarrollo y sepa aplicarlas de modo creador a la organización y desarrollo de la sociedad en que vive. Estudios internacionales revelan que las agencias empleadoras en disímiles contextos con relación a sus nuevos trabajadores, declaran que las competencias técnicas concretas no eran más importantes que la habilidad subyacente para aprender el trabajo. Habilidades como capacidad de escuchar y comunicarse

<sup>14</sup> PANTOJA-VALLEJO, A.; COLMENERO, M.J.; MOLERO, D. Aspectos condicionantes de la tutoría universitaria. Un estudio comparado. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 40 n. 1, p. 33-49, 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.373741>. Disponible en: <https://revistas.um.es/rie/article/view/373741>.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ, P.; PÉREZ, F. J.; GONZÁLEZ, N. ¿Qué necesita el alumnado de la tutoría universitaria? Validación de un instrumento de medida a través de un análisis multivariante. *Educación XX1*, Madrid, v. 22, n. 1, p. 189-213, 2019. DOI: 10.5944/educXX1.21302. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/706/70667730010/70667730010.pdf>.

<sup>16</sup> COLLAZO, B. Modelo de tutoría integral para la continuidad de estudios universitarios en las sedes municipales. 2006. Tesis de doctorado. Ciudad de La Habana: Instituto Superior Politécnico José Antonio Echeverría, 2006.

verbalmente, adaptabilidad y capacidad de dar una respuesta creativa ante los contratiempos, autocontrol emocional en momentos de sobregrencias laborales, eficacia grupal e interpersonal, cooperación, capacidad de trabajar en equipo y habilidad para negociar las disputas, entre otras, son indicadores claves para mejorar continuamente la calidad y desempeño de sus colaboradores, lo que trae consigo sin lugar a dudas, la elevación de la efectividad competitiva de la empresa o institución laboral.

La Universidad Autónoma de Guerrero ha asumido el reto de una profunda transformación de manera integral, que abarcara lo académico, su estructura, su legislación y su vinculación con la sociedad. Lo cual implicaría en las formas de percibir el quehacer académico, introduciendo una nueva cultura organizacional entre la comunidad de profesores, estudiantes, investigadores, administrativos y directivos que permitiera viabilizar los grandes propósitos de una reforma universitaria.

En el ámbito académico y en congruencia con esta reforma integradora, a partir del año 2012, el Programa Educativo (PE) de Licenciatura en Derecho, da inicio al nuevo plan de estudios que entre sus principios orientadores se encuentra la educación integral que conducirá a los estudiantes al desarrollo de conocimientos, actitudes, habilidades y valores, en el plano intelectual, humano, social y profesional; la educación centrada en el estudiante, que significa promover la construcción de nuevos ambientes de aprendizaje propicios para la formación individualizada del estudiante mediante la tutoría que les ayude a tomar decisiones en cuanto a los ritmos, modos y tiempos en que cursará los programas educativos del plan de estudios, de acuerdo a un reglamento escolar y a sus necesidades, características, antecedentes académicos y posibilidades de dedicación, generando así un sentido de responsabilidad, libertad y mayor autonomía.

Se ha adoptado la implementación del programa de tutorías como una estrategia viable para promover la calidad del aprendizaje en la licenciatura. Se reconocen debilidades que atentan contra un avance significativo que impacte en la eficiencia terminal del estudiante con sentido social.

En el ámbito nacional, la Secretaría de Educación Pública e instituciones como la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, también han venido impulsando lineamientos referidos a promover la formación de profesores, la implementación de innovaciones educativas y de nuevos modelos curriculares flexibles e integradores, así como, el uso de las nuevas tecnologías (TIC's) y hasta la impartición del idioma inglés.

El Programa Institucional de Tutorías de la Universidad Autónoma de Guerrero es uno de sus programas estratégicos en la implantación del modelo curricular flexible, centrado en el aprendizaje y en el estudiante, teniendo como objetivo general es elevar la calidad del proceso educativo a través del acompañamiento y atención personalizada de los problemas que influyen en el desempeño y rendimiento escolar del estudiante, para mejorar el aprendizaje y desarrollo de valores, actitudes y hábitos que contribuyan a la integridad de su formación profesional y humana.

El Programa de Tutorías de Derecho establece como propósito su funcionamiento a partir de los tutores, como un acompañamiento permanente a los estudiantes durante su formación profesional, que contribuya a su formación integral en la profesión como abogados. Este acompañamiento es grupal o individual por parte del docente-facilitador que para ello cuenta

con el respaldo institucional. Se trata de evitar altos índices de reprobación, deserción y abandono escolar, garantizando la eficiencia terminal de quienes ingresan al programa educativo.

A pesar de tan altos propósitos académicos, en los últimos años se ha venido detectando que el proceso de tutorías se ha llevado a cabo de manera desbalanceada en cuanto a las áreas de orientación de las mismas, problemas en relación a la organización de las tutorías, con horarios de atención reducidos, incompatibilidad horaria con otras actividades académicas o no académicas, falta de presencia de los tutores en los horarios correspondientes, escaso desarrollo de la tutoría, con algunas sesiones al inicio de curso, pero una frecuencia y continuidad inferior a la deseable para responder a las necesidades del alumnado, dificultades en relación a la percepción de la necesidad e importancia de la tutoría y una escasa implicación del profesorado en la motivación e incentivación del alumnado para que acuda a las mismas.

Además, se han percibido de manera empírica relaciones interpersonales entre estudiantes que se expresan de manera inadecuada e irrespetuosa.

A partir de la problemática expuesta se plantea como **pregunta de investigación**: *¿Cómo se desarrolla el proceso de tutorías desde el Programa de Tutorías de Derecho, teniendo en cuenta el rol del tutor y el rol del estudiante?*

Y para dar respuesta a la interrogante investigativa se propone como **objetivo general de la investigación**: *Describir el proceso de tutoría en la especialidad de Derecho desde las perspectivas de los tutores y los estudiantes.*

## METODOLOGÍA

Para abordar el objetivo de esta investigación se plantea un diseño descriptivo y transversal, con un enfoque analítico mixto, empleando tanto análisis de corte cualitativo como cuantitativo.

**Transversal**: porque estudia el problema en un tiempo dado, las variables se miden en un único momento. **Descriptivo**: porque se describen las variables tal como se presentan en el área de estudio en una sola población y describe tendencias de un grupo o población. Busca especificar propiedades, características y rasgos importantes del fenómeno que se analice. Se describen las tendencias del grupo en estudio.

La estrategia metodológica asumida para dar cumplimiento al objetivo de la investigación se sistematizó mediante los métodos de investigación científica: *Histórico-Lógico, Análisis-Síntesis, Estadísticos*.

Mediante el método histórico se analiza la trayectoria concreta de la teoría, se estudia desde la revisión bibliográfica y documental cómo ha sido el desarrollo del fenómeno estudiado en los diferentes períodos de la historia. El método histórico (tendencial) está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica; para conocer la evolución y desarrollo del objeto de investigación se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales. Los métodos lógicos investigan las leyes generales y esenciales del funcionamiento y desarrollo del proceso poniendo de manifiesto la lógica interna del desarrollo de su teoría y halla el conocimiento más profundo de ésta, de su esencia (por qué la educación de la sexualidad se ha

desarrollado de una forma y no de otra). Los métodos lógicos expresan, en forma teórica, la esencia del objeto, la necesidad y la regularidad, explican la historia de su desarrollo.

Mediante el análisis y síntesis, se construyó el marco teórico referencial y permitió arribar a las conclusiones; En la presente investigación se utilizan serie de procedimientos que posibilitan la asimilación teórica de la realidad y que se adecuan a las condiciones en que se va a desarrollar el estudio. A saber: el análisis es un procedimiento teórico mediante el cual un todo complejo se descompone en sus diversas partes y cualidades. El análisis permite la división mental del todo en sus múltiples relaciones y componentes.

La síntesis establece mentalmente la unión entre las partes previamente analizadas y posibilita descubrir las relaciones esenciales y características generales entre ellas. La síntesis se produce sobre la base de los resultados obtenidos previamente en el análisis. Posibilita la sistematización del conocimiento.

El método estadístico, se empleó en la planificación, recolección, procesamiento y análisis de la información. Aquí estuvo la posibilidad de interpretar datos desde la cantidad que muestran las tendencias del fenómeno objeto de estudio en tanto proceso de la realidad, su estado inicial y su transformación como objetivo del estudio propiamente dicho. Se utilizó la estadística descriptiva, también conocida como “*estadística deductiva*”, es una disciplina que se basa en presentar un conjunto de datos, para que sean organizados, resumidos y descritos de una forma más sencilla. Trabaja en el tiempo presente, estructurando datos y revelando cómo se comporta la muestra en un determinado momento. Se encarga de describir datos relacionados con el estudio de una población y con el objetivo de sintetizar la muestra en análisis.

En los medios de presentación de la estadística descriptiva, los datos que se analizaron se presentaron a través de la tabulación y estructuración, que permitieron mostrar los resultados para su posterior evaluación. De este modo, la estadística descriptiva se apoyó en las medidas de tendencia central utilizando la *moda* para obtener los resultados.

*La moda* es el valor dentro del conjunto de datos que más se repite, el que tiene mayor frecuencia. El rango establece la proximidad de los datos del conjunto. Se calculó restando al dato mayor el dato menor. Por lo que se procedió a tener en cuenta dentro de las aplicaciones de instrumentos (encuesta) qué datos exactamente se repitieron con mayor asiduidad por parte de los estudiantes y profesores y se restó a la mayor cantidad de respuestas, la menor que se obtenía.

Fue necesario también utilizar la estadística inferencial, también conocida como “*estadística inductiva*”, se basó en analizar los datos de una población o muestra, para poder realizar predicciones o conclusiones, que están relacionadas con el posible comportamiento de un fenómeno en particular. Se trabajó considerando el futuro, mediante sus inferencias y estimaciones.

La estadística inferencial se enfoca en las probabilidades. Es decir, en sacar conclusiones sobre una determinada muestra, teniendo en cuenta el análisis de sus datos. La estadística inferencial intenta descubrir o inferir cosas que no se han hallado de manera explícita, al realizar la recopilación, procesamiento y organización de la información. Para llegar a estas conclusiones, la estadística inferencial en este estudio:

- Interpretó datos.
- Planteó hipótesis.
- Comparó la información.
- Realizó pruebas en base a los argumentos planteados.
- Elaboró sus predicciones.

La estadística inferencial argumenta sus resultados a partir de las muestras de una población. Para ello se usó la *frecuencia*. La frecuencia absoluta es el número de veces que un dato se repite dentro de un conjunto de datos. La forma de obtener la frecuencia absoluta no es otra que contando las veces que aparece el dato en el conjunto de datos.

La frecuencia es la medida del número de veces que se repite un fenómeno por unidad de tiempo, por lo que se tuvo en cuenta en las encuestas la cantidad de veces que un mismo dato se repetía, tanto por estudiantes como por tutores.

En la estadística utilizada para el procesamiento de la información obtenida de la aplicación de instrumentos, la *moda* es el valor que aparece con mayor *frecuencia* en el conjunto de datos obtenidos. La interpretación de los datos se realizó desde un posicionamiento mixto cuantitativo; los que fueron obtenidos a través de dos cuestionarios aplicados a estudiantes y tutores. La muestra 100 estudiantes, seleccionados aleatoriamente entre una población de 329 educandos matriculados en la carrera y uno a 15 docentes que desempeñan o han realizado el rol de tutor. Ambos instrumentos se fundamentan en los referentes teóricos anteriormente analizados y fueron validados por tres profesores titulares y cuatro auxiliares del colectivo pedagógico de la carrera, que además han fungido como tutores en diferentes momentos de su vida profesional.

Se elaboraron y aplicaron dos *Encuestas* relacionadas con el propio proceso de tutoría, cómo se está recibiendo (estudiantes) y cómo se está ejecutando (profesores). La primera a los *Estudiantes* con el objetivo de conocer si están recibiendo la tutoría que contribuya a su formación desde las diferentes áreas profesional, personal, y académica y los acompañe en el proceso de aprendizaje universitario.

La segunda a los *Profesores* para saber si están desarrollando la tutoría en el tiempo y con la calidad requerida, además de conocer la preparación para desempeñar tal responsabilidad que contribuya a la formación integral de sus estudiantes.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En cuanto a los resultados obtenidos en la *Encuesta realizada a los estudiantes* se conoció que del total de encuestados solo 9 manifestaron que han sido medianamente orientados (22%) y el 82% afirma que no poseen habilidades comunicativas adecuadas para relacionarse ni con la familia ni con nadie, pues no han sido orientados. Uno de los indicadores que esta investigación encontró más deficiente fue el relacionado con la asertividad y el saber manejar los conflictos interpersonales: solo el 15% asegura que medianamente ha sido orientado para aprender la habilidad de reconocer en la convivencia los límites propios y de

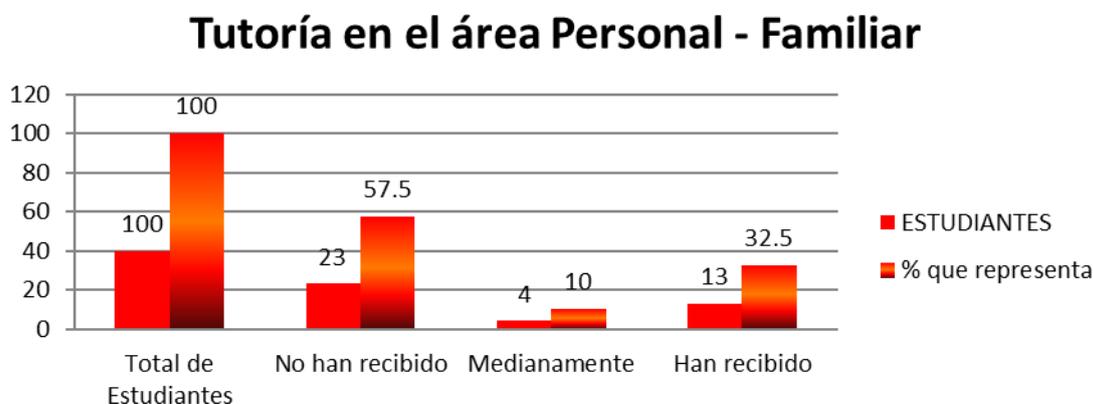
los demás, 14 estudiantes para un 35% expresan que han sido orientados ampliamente para desarrollar buenas estrategias de solución de problemas, el 84% dijo que no han sido orientados para ser tolerantes ante el respeto a la diferencia. De las habilidades que debe entrenar el tutor las más desfavorecidas son Manejo de ansiedad ante exámenes, Cómo elegir en situaciones de conflicto, Elaboración del proyecto de vida, Técnicas de relajación-control emocional, Cómo mejorar mi comunicación, Manejo de conflictos interpersonales, todas ellas con un 36% de orientación por parte de los profesores en pocas ocasiones. El 45% de la muestra manifiesta que el orientador los ha ayudado a resolver más problemas académicos que personales.

La mayoría de los estudiantes diagnosticados (29; 72%) aseguran que no poseen habilidades comunicativas como la Asertividad-manejo de conflictos interpersonales, Convivencia-límites, Estrategias de solución de problemas y solo 7 manifestaron tener Tolerancia ante la diferencia. el 91% de ellos afirman que no han sido orientados para desarrollar las habilidades relativas al aprendizaje (Planificación del tiempo, Manejo de ansiedad ante exámenes, Expresión oral). El 93% de la muestra manifiesta que los tutores no encuentran tiempo para atenderlos y no son ejemplo de relaciones afectivas adecuadas.

El 94% de los estudiantes manifiestan que el curso de Inducción del Programa Institucional de Tutoría de la Universidad debe ser renovado en la calidad de sus propuestas educativas y orientadoras, así como en la cantidad de horas que los tutores les dedican a sus estudiantes.

Figura 1.

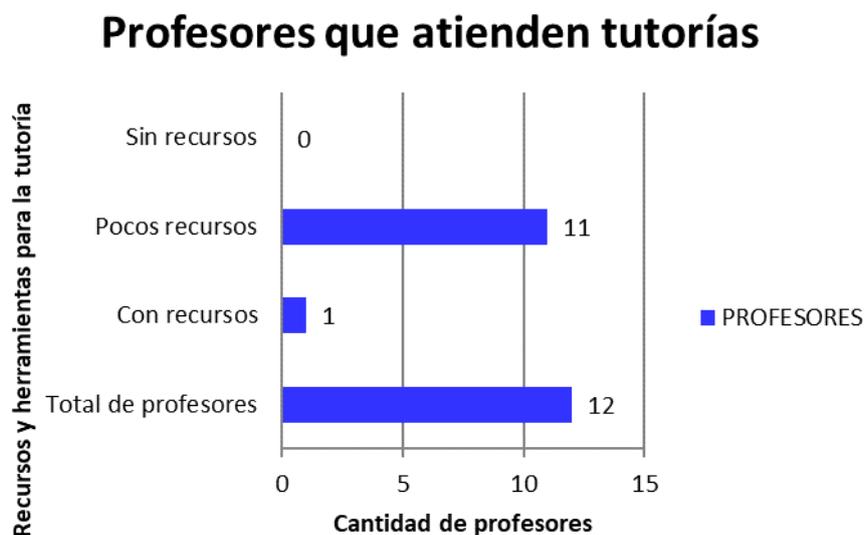
*Estado de la tutoría en el área personal.*



En cuanto a la *Encuesta para profesores* los resultados no son muy diferentes a los de los estudiantes pues el 88% declaró que no han recibido capacitación sobre orientación y/o tutoría, el 76% plantea que no posee materiales bibliográficos sobre orientación y/o tutoría y que no cuentan con instrumentos, técnicas, herramientas, para realizar la tutoría educativa. El 66% no conoce usted ningún documento o material que explique cómo realizar la orientación educativa.

Figura 2

*Posesión de recursos metodológicos y cognitivos para la tutoría*



En tanto ante esta interrogante:

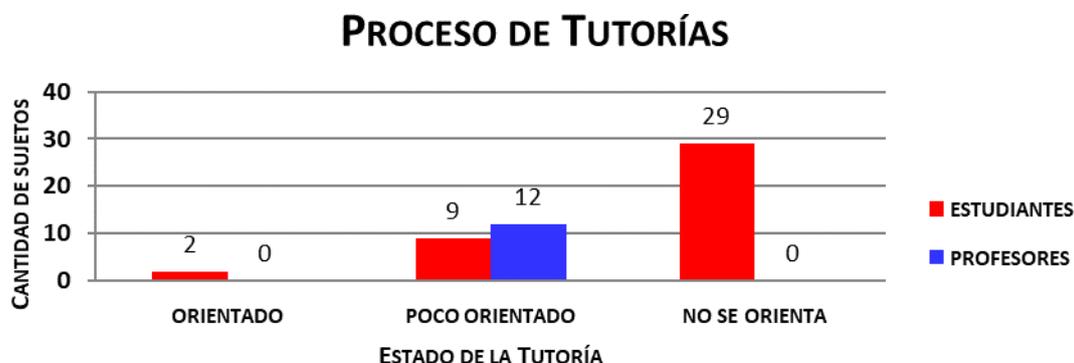
***La labor de orientación y tutoría que se realiza actualmente en la Universidad Ud. la considera:***

- |               |             |
|---------------|-------------|
| Desorganizada | Organizada  |
| Profunda      | Superficial |
| Asistemática  | Sistemática |
| Rígida        | Flexible    |
| Inestable     | Estable     |
| Dinámica      | Estática    |
| Interesante   | Aburrida    |
| Indeseada     | Deseada     |
| Persuasiva    | Imperativa  |

El resultado fue que el 72% declaró desorganizada, asistémica, inestable. En cuanto a la preparación que tiene como tutor para realizar la tutoría es deficiente.

Figura 3

Opinión de estudiantes y profesores con respecto a las tutorías



## ■ CONCLUSIONES

- Las tutorías educativas son una necesidad personal, profesional y del aprendizaje de los estudiantes para lograr la formación integral en sus estudios universitarios.
- Los resultados del estudio realizado a estudiantes y profesores tutores en la Universidad de Guerrero, Facultad de Derecho muestran que el proceso de tutorías es débil y se caracteriza por ser sistemático, inestable y desorganizado. El área personal es la menos orientada y los profesores argumentan no tener las herramientas, materiales y recursos necesarios para poder ejercerlas de manera adecuada.
- La realidad identificada conduce a los investigadores hacia el necesario diseño e implementación de propuestas innovadoras, transformadoras, que revolucionen el Programa Institucional de Tutorías de la Facultad de Derecho de la universidad de Guerrero.

## REFERENCIAS

AGUILERA, J. L. La tutoría universitaria como práctica docente: fundamentos y métodos para el desarrollo de planes de acción tutorial en la universidad. *Rev. Pro-Posições*, Campinas, v. 30, p. 1-27, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-6248-2017-0038>. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/pp/a/yplYfVxFc9vqdZt9yfxkTph/?lang=es>.

CLERICI, R.; DA RE, L. Evaluación de la eficacia de un programa de tutoría formativa. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 37, n. 1, p. 39-56, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.37.1.322331>. Disponible en: <https://revistas.um.es/rie/article/view/322331>.

COLLAZO, B. *Modelo de tutoría integral para la continuidad de estudios universitarios en las sedes municipales*. 2006. Tesis de doctorado. Ciudad de La Habana: Instituto Superior Politécnico José Antonio Echeverría, 2006.

ESPIÑOZA, E. E.; LEY, N. V.; GUAMÁN, V. J. Papel del tutor en la formación docente. *Revista de Ciencias Sociales*, Maracaibo, v. XXV, n. 3, p. 230-241, 2019. Disponible em: <https://www.redalyc.org/journal/280/28060161020/28060161020.pdf>.

LÓPEZ MARTÍN, I.; GONZÁLEZ VILLANUEVA, P. La tutoría universitaria como espacio de relación personal. Un estudio de caso múltiple. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 36, n. 2, p. 381-399, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.36.2.291161>. Disponible em: <https://revistas.um.es/rie/article/view/291161>.

LOZANO, M.; TORRES, R. M. *Evaluación y seguimiento del programa institucional de tutorías de la universidad pedagógica nacional*. 2005. Tese de Doutorado. Tesis en opción al título académico de Doctor en Ciencias Pedagógicas). Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

MARTÍNEZ, P.; PÉREZ, F. J.; GONZÁLEZ, N. ¿Qué necesita el alumnado de la tutoría universitaria? Validación de un instrumento de medida a través de un análisis multivariante. *Educación XX1*, Madrid, v. 22, n. 1, p. 189-213, 2019. DOI: 10.5944/educXX1.21302. Disponible em: <https://www.redalyc.org/journal/706/70667730010/70667730010.pdf>.

MENDOZA, J. J. Proyecto de tutorías en la Licenciatura en Intervención Educativa (LIE).[UNI-320] 6to. In: *Congreso Internacional de Educación Superior*. La Habana, Cuba. 2008, p. 11-15.

NAVA, J. *La orientación educativa*. [s. d.]. Disponible em: <http://investigacioneducativa.idoneos.com/index.php/349880>.

ORDAZ, M. *Concepción psicopedagógica del proceso de orientación: Estrategia para su implementación en la Universidad de Pinar del Río*. 2011. Pinar del Río: Universidad de Pinar del Río. Disponible em: <https://rc.upr.edu.cu>, 2011.

PANTOJA-VALLEJO, A.; COLMENERO, M.J.; MOLERO, D. Aspectos condicionantes de la tutoría universitaria. Un estudio comparado. *Revista de Investigación Educativa*, Barcelona, v. 40 n. 1, p. 33-49, 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.6018/rie.373741>. Disponible em: <https://revistas.um.es/rie/article/view/373741>.



# UMA CRÍTICA À DISSOCIAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA JURÍDICA

A CRITIQUE OF THE DISSOCIATION BETWEEN LEGAL THEORY AND PRACTICE

RAMON ISAC SALDANHA DE AZEVEDO E SILVA\* | ANDERSON SOUZA DA SILVA LANZILLO\*\*

## RESUMO

Este estudo examina a dicotomia entre teoria e prática no direito, tema debatido por filósofos e juristas ao longo do tempo. A pesquisa foca na distinção entre conhecimento teórico e prático, com a questão central: “A dogmática da ciência jurídica é diferente da prática jurídica?”. Utilizando uma abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, o estudo investiga a (in)existência de distinções mínimas entre teoria e prática e suas repercussões no direito, além de analisar a relação entre as fontes do direito e essa distinção. A hipótese inicial é que teoria e prática são indissociáveis no direito. A pesquisa destaca a importância de compreender como a teoria jurídica orienta a prática, sublinhando a necessidade de uma aplicação das leis que seja tanto rigorosa quanto adaptável. Os resultados indicam que as fontes do direito são predominantemente dogmáticas, e que o costume, embora empírico, precisa de linguagem jurídica para ter efeito. Conclui-se que prática e teoria são inseparáveis no direito, pois a teoria é a única que produz efeitos jurídicos. Qualquer prática que desconsidere as fontes do direito é vista como uma deturpação jurídica.

**Palavras-chave:** Teoria Jurídica; Prática Jurídica; Dogmática do Direito.

## ABSTRACT

This study examines the dichotomy between theory and practice in law, a topic debated by philosophers and jurists over time. The research focuses on the distinction between theoretical and practical knowledge, with the central question: “Is the dogmatics of legal science different from legal practice?”. Using a qualitative and hypothetical-deductive approach, the study investigates the (non)existence of minimal distinctions between theory and practice and their repercussions in law, as well as analyzing the relationship between the sources of law and this distinction. The initial hypothesis is that theory and practice are inseparable in law. The research highlights the importance of understanding how legal theory guides practice, emphasizing the need for the application of laws to be both rigorous and adaptable. The results indicate that the sources of law are predominantly dogmatic and that custom, although empirical, requires legal language to be effective. It is concluded that practice and theory are inseparable in law, as theory is the only one that produces legal effects. Any practice that disregards the sources of law is seen as a legal distortion.

**Keywords:** Legal Theory; Juridical Practice; Dogmatics of Law.

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor e Advogado.  
*ramon.saldanha.018@ufrn.edu.br*

\*\* Doutor em Estudos da Linguagem pela UFRN. Mestre em Direito pela UFRN. Professor da UFRN.  
*anderson.lanzillo@ufrn.br*

Recebido em 23-8-2024 | Aprovado em 25-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 (IN)EXISTÊNCIA DE DISTINÇÕES PRÁTICAS E TEÓRICAS; 1.1 CONCEITO DE PRÁTICA E TEORIA E OS PONTOS DE CONVERGÊNCIA ENTRE IMMANUEL KANT E HANS KELSEN; 1.2 JUÍZO ANALÍTICO E SINTÉTICO; 1.3 QUAL VEM PRIMEIRO: A PRÁTICA OU A TEORIA?; 1.4 DICOTOMIA; 1.5 ESSENCIALIDADE TEÓRICA NO DIREITO; 2 CAMPOS DO CONHECIMENTO DAS FONTES; 2.1 ANÁLISE SOBRE AS FONTES DO DIREITO; 2.2 A PRÁTICA PRODUZ CONHECIMENTO TEÓRICO?; 2.3 ADEQUAÇÃO DAS FONTES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Em discussões pouco aprofundadas, aceita-se com muita facilidade a ideia de que a prática jurídica é diferente da teoria. Essa divergência é frequentemente destacada por professores que, ao introduzir casos às discussões em sala de aula, evidenciam situações em que a prática renúncia abertamente a teoria jurídica que eles próprios lecionam aos seus alunos.

Não raro também, estudantes que já possuem experiência prática nos tribunais, mesmo aqueles com formações acadêmicas distintas corroboram essa percepção. Então, é muito mais fácil deglutir que a teoria é diferente da prática, do que propriamente fazer uma reflexão crítica mais sólida sobre o assunto.

O fato é que essa ideia não é particular da ciência jurídica, tampouco um incômodo novo. Inúmeros filósofos, ao longo da história, dedicaram-se a explorar essa dicotomia. Destacam-se, entre eles, figuras como Platão, Aristóteles e Immanuel Kant, além de jusfilósofos, como o renomado Hans Kelsen, todos reconhecidos por seus estudos profundos sobre o assunto.

A despeito das insinuações tradicionais, o presente estudo não visa somente contrapor-se a ideia do senso comum, mas estabelecer uma hipótese e testá-la a partir de questionamentos críticos sobre a máxima de que a prática não pode ser diferente da teoria na ciência jurídica.

Assim, estabeleceu-se como problemática: “a dogmática da ciência jurídica é diferente da prática jurídica?”. O resultado obtido ao longo dessa pesquisa mostra que o único instrumento possível para a execução prática do direito é, senão, o estudo teórico.

Não diferente disto, as fontes do direito são majoritariamente dogmáticas. Apesar do costume ser empírico e ter lugar entre as fontes do direito, para ser invocado, deve ser primeiramente subsumido formalmente em linguagem escrita.

Chegou-se a esta conclusão após cumprir os objetivos estabelecidos, especialmente o geral que é o de analisar a distinção entre a teoria e a prática, seguido dos objetivos específicos: i. examinar a (in)existência de distinções mínimas e analisar se produzem repercussão no direito tributário; e ii. analisar a relação entre as fontes do direito tributário e a (in)distinção entre a teoria e a prática jurídica.

A teoria jurídica não é apenas uma orientadora da atividade do jurista, é o seu principal e indispensável instrumento de trabalho, marcado pela Constituição Nacional do seu

respectivo estado soberano. Portanto, conforme ficará claro ao decorrer da leitura deste trabalho, diferente de outras ciências, o direito está sempre se comunicando entre o conhecimento dogmático (*a priori*) e empírico (*a posteriori*).

Portanto, este estudo é fundamentado na premissa de que a prática jurídica desprovida de uma base teórica sólida apresenta desafios significativos para a sociedade. Isso se deve especialmente à violação de princípios cruciais como o da segurança jurídica, o do devido processo legal e, mais importante, o da legalidade, todos sustentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso em mente, o capítulo um se dedica a investigar a necessidade de explorar as diferenças entre teoria e prática no direito, com o objetivo de analisar se essas distinções têm impactos significativos nessa área. Para isso, analisa-se as noções filosóficas relacionadas a esses conceitos e a importância da teoria para o direito, questionando-se a ideia de que a prática jurídica difere da teoria ensinada nas universidades. O objetivo é determinar se prática e a teoria podem ser cientificamente diferenciadas ou se convergem de maneira indissociável.

O capítulo dois, por sua vez, é destinado a uma análise sobre as fontes do direito, usando-as como critério material para uma resposta lógica a pergunta estabelecida na problemática. As reflexões foram baseadas no método de categorização de cada fonte dentro de algum dos campos do conhecimento.

A pesquisa desenvolveu-se pelo método qualitativo, visto que se buscou uma compreensão aprofundada acerca do fenômeno estudado a partir da interpretação de padrões e significados associados ao objeto de estudo. Quanto ao objetivo, ele foi de ordem descritiva tendo em vista que se explorou as características entre as duas classificações, sendo elas a prática e a teórica. A abordagem utilizada foi hipotético dedutiva, tendo em vista que se estabeleceu uma hipótese preliminar e submeteu-a a análise da ciência, para confirmá-la ou não.

Por fim, a pesquisa conclui que, na ciência do direito, a prática jurídica não pode ser dissociada da teoria, pois as fontes do direito são majoritariamente dogmáticas. Embora o costume, que é baseado no conhecimento empírico, possa parecer uma exceção, ele só adquire força jurídica quando é reconhecido e formalizado por uma norma (individual ou geral). Assim, mesmo o costume, para ter efeitos jurídicos, depende de sua integração na teoria jurídica. Portanto, a teoria permanece indispensável para a produção de efeitos legais, reafirmando a inseparabilidade entre prática e teoria no campo do direito.

## 1 (IN)EXISTÊNCIA DE DISTINÇÕES PRÁTICAS E TEÓRICAS

Este capítulo é embasado na imperiosa necessidade de explorar a presença ou ausência de diferenças substanciais entre teoria e prática, com o objetivo de averiguar se tais distinções, uma vez identificadas, acarretam impactos significativos no âmbito do direito.

Para chegar a tal observação, se faz necessária conhecer as noções filosóficas e até mesmo juris-filosóficas sobre os conceitos relacionados a teoria e prática. Além disso, é preciso examinar a importância da teoria para o direito e descobrir se este campo de conhecimento é interdependente do campo prático.

A motivação da pesquisa como um todo está envolvida no problema de se dizer que a prática jurídica se distingue da teoria lecionada no estudo jurídico. Assim, antes de fazer uma comparação crítica, faz-se necessário saber se é possível distinguir prática de teoria, ou se esses conhecimentos se confundem.

A partir dessas colocações tenta-se chegar a uma resposta satisfatória ao objetivo específico proposto de examinar a (in)existência de distinções mínimas entre teoria e prática e analisar se elas produzem efeitos no âmbito do direito.

### 1.1 Conceito de prática e teoria e os pontos de convergência entre Immanuel Kant e Hans Kelsen

Immanuel Kant, em sua obra "Crítica da Razão Pura" (originalmente publicada em 1781), introduz a natureza fundamental da relação entre o conhecimento teórico e o prático, aplicados respectivamente em diferentes domínios da compreensão humana. O objetivo central do autor é tecer uma análise sobre esses campos do saber e refletir sobre a possibilidade da metafísica ser considerada uma ciência.

O autor argumenta que o conhecimento pode ser adquirido tanto por meio da experiência sensorial quanto independentemente dela. Ele nomeia essas duas formas de conhecimento como juízo sintético *a posteriori*, para o conhecimento adquirido através da experiência, e juízo sintético (ou analítico) *a priori*, para o conhecimento adquirido de forma independente da experiência sensorial<sup>1</sup>, p. 61-63.

Neste contexto, Kant explora a ideia de que o conhecimento não aplicado representa a essência de sua análise crítica, destacando que a razão pura é a capacidade da mente para compreender e interpretar o mundo sem a necessidade de recorrer à experiência sensorial. Este tipo de conhecimento, segundo Kant, é exemplificado em campos como a matemática, a lógica e a hermenêutica, incluindo a interpretação jurídica, entre outros<sup>2</sup>, p. 62-63.

Esta distinção fundamental não apenas sublinha a complexidade da capacidade humana de conhecer, mas também abre caminho para um exame mais detalhado dos mecanismos subjacentes ao entendimento humano.

É neste contexto que o conceito de juízo sintético emerge como um pilar central, revelando-se crucial para desvendar os intrincados processos que governam a forma como os seres humanos integram e transcendem a experiência sensorial em busca de conhecimento. No tópico seguinte, será explorado em detalhe o conceito de juízo sintético e juízo analítico, elucidando sua importância e os modos como ele se manifesta no âmbito do conhecimento humano.

De todo modo, quando nos reportamos a razão pura de Kant, estamos diante de uma construção do conhecimento a partir de princípios racionais antes de qualquer experiência sensorial, conceito este que encontra um paralelo notável na "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen.

Isso porque, tal como Kant, Kelsen<sup>3</sup> sustenta que a caracterização de sua teoria como "pura" tem por finalidade garantir um olhar que se detenha exclusivamente sobre o Direito

<sup>1</sup>KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

(ou sobre a dogmática, no caso da teoria pura), descartando tudo que não pertença estritamente ao seu domínio.

Esse esforço visa isolar a ciência jurídica, eliminando influências externas à sua substância essencial<sup>4</sup>, p. 12, demonstrando assim uma afinidade conceitual entre as ideias de razão pura e a abordagem de Kelsen ao estudo do Direito.

Por fim, ambos autores, no que tange a natureza prática do conhecimento, Kant e Kelsen concordam que ela se constitui de saber empírico, que é adquirido através da experiência sensorial e refere-se à aplicação de teorias, conceitos e ideias em atividades concretas e situações reais<sup>5</sup>, p. 62.

## 1.2 Juízo Analítico e Sintético

Uma vez introduzidos os conceitos Kantianos de conhecimento *a priori* e *a posteriori*, resta analisar os conceitos de juízo analítico e sintético para que a compreensão dos próximos capítulos e subcapítulos seja naturalmente digerida.

O juízo analítico configura-se quando o predicado (a característica ou propriedade que estamos atribuindo ao sujeito) já está contido no conceito do sujeito. Ou seja, o predicado não adiciona nova informação ao sujeito, apenas esclarece algo que já estava implicitamente lá<sup>6</sup>, p. 68-71.

Exemplifica-se o juízo analítico a lição de que “um triângulo tem três lados”. Quando dizemos que um triângulo tem três lados, não estamos adicionando nova informação externa ao conceito de triângulo, estamos simplesmente esclarecendo ou explicando uma característica que é essencial e inerentemente parte do que significa ser um triângulo.

Por outro lado, os juízos sintéticos configuram-se quando o predicado adiciona uma nova informação ao sujeito, algo que não estava contido no conceito original do sujeito. Por exemplo: “esse vinho é muito saboroso”. A lição adiciona uma informação que não é naturalmente deduzida apenas pelo conceito de vinho<sup>7</sup>, p. 68-71.

*Figura 1: juízo analítico e sintético*

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>7</sup> *Idem*.



conhecimento, recebidas através dos sentidos humanos e a capacidade de conhecer que se refere a nossa cognição, ou seja, a compreensão do sentido através dos estímulos sensoriais <sup>9</sup>, p. 62.

Kelsen, por sua vez, aborda o conceito de um ato jurídico em duas dimensões fundamentais: inicialmente, destaca-se como um evento ou uma sequência de eventos que ocorrem concretamente no tempo e no espaço, podendo ser diretamente percebidos pelos sentidos. Posteriormente, ressalta a importância da análise da repercussão jurídica desse ato, ou seja, o significado atribuído a ele sob a perspectiva do Direito <sup>10</sup>, p. 13.

Assim, em uma primeira análise, poder-se-ia dizer que Kelsen e Kant convergem nesse sentido, pois Kelsen examina o jurídico como uma (in)consequência do empírico. Isso significa que os estímulos sensoriais podem ou não desencadear efeitos que repercutem na dogmática jurídica, sempre precedendo o jurídico. No mesmo sentido, Kant, como regra geral estabelece que a prática precede a teoria <sup>11</sup>, p. 62.

Vejam-se o exemplo de Kelsen: em uma reunião com diversos participantes, onde discursos são proferidos e algumas pessoas levantam as mãos enquanto outras não, ocorre um evento que, na interpretação de Kelsen <sup>12</sup>, p. 13, culmina na votação de uma lei, estabelecendo assim um novo preceito teórico: a criação de uma lei. Nesse exemplo, poder-se-ia dizer que a prática (levantar as mãos) fez surgir a teoria para o direito (a lei).

Não é o caso. Antes de proceder à votação de uma lei, é imprescindível que os legisladores realizem uma análise criteriosa sobre as motivações e os objetivos que sustentam a proposição dessa lei. Esse estudo, embora possa apresentar aspectos subjetivos, é fundamental para embasar a decisão legislativa, conferindo ao processo uma abordagem metodológica e profissional <sup>13</sup>, p. 13-14.

Nas palavras de Herrera, “o processo de conhecimento tem origem na intuição do observador” <sup>14</sup>, p. 07. Em sua ótica, a intuição seria um primeiro sentido acionado para a produção de conhecimento, seguido pelo raciocínio, da produção de inferências, da proposição e da premissa seguida. A transmissão desse conhecimento é o grande destaque da autora, visto que a linguagem teria especial protagonismo nesse aspecto <sup>15</sup>, p. 07.

No Direito Tributário, a experiência nessa disciplina não surge antes da teoria apenas porque o evento precede a sua descrição em linguagem competente. Ao contrário disso, a hipótese jurídica tributária (o tributo em si) já está previamente prescrita em lei. O contribuinte agiu ou deixou de agir conforme a norma prescreve, fazendo surgir uma obrigação tributária. Portanto, nesse caso, a teoria precede a prática.

Da mesma forma, no Direito Civil, podemos formular a hipótese de que, quem se obriga a transferir o domínio de um bem a outra pessoa mediante o recebimento de pagamento em dinheiro está celebrando uma compra e venda. Portanto, mesmo que se diga

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> HERRERA, Ana Paula da Costa. *A responsabilidade tributária e a instituição financeira*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>15</sup> *Idem*.

o contrário, a hipótese da compra e venda está estabelecida e regulada pelo Código Civil (artigo 481 do referido código).

O fato de ser comum, na prática, que as transações de compra e venda não sejam precedidas de pactuação de contrato escrito, não elimina a pré-existência de norma hipotética que se ajusta ao referido comportamento. Alinhada a isso, a conduta que não se subsume a nenhuma descrição teórico-jurídica é considerada não jurídica, enquanto a que viola a dogmática legal é antijurídica.

Em conclusão, as ideias de Kant revelam a compreensão de que o fato de todo conhecimento começar com a experiência não necessariamente implica que ele seja totalmente derivado dela. Isso permite a concepção de teorias que existem independentemente da verificação empírica. Kant enfatiza que, embora a experiência seja o ponto de partida para todo conhecimento em termos temporais, isso não exclui a possibilidade de se formular teorias antes da experiência prática, como exemplificado na área do Direito<sup>16, p. 62</sup>.

## Dicotomia

Immanuel Kant, em sua análise sobre a natureza do conhecimento, estabelece distinções fundamentais entre dois tipos principais: o conhecimento a *priori* e o conhecimento empírico, também conhecido como a *posteriori*. Ele argumenta que o conhecimento a *priori* se caracteriza pela sua necessidade e universalidade, aspectos que o definem por ser independente de qualquer experiência sensorial prévia<sup>17, p. 64</sup>.

Segundo Kant, a lógica é um exemplo paradigmático de conhecimento a *priori*, pois suas verdades são consideradas universais e necessárias, não derivadas de experiências do mundo exterior<sup>18, p. 64</sup>.

Por outro lado, o conhecimento empírico é aquele adquirido através da experiência, estando sujeito a variações e mudanças. Este tipo de conhecimento é marcado pela contingência, o que significa que os resultados obtidos podem variar de acordo com diferentes circunstâncias<sup>19, p. 64</sup>.

A universalidade atribuída ao conhecimento empírico é resultado de processos indutivos, o que o torna menos absoluto comparado ao conhecimento a *priori*. Kant esclarece que, embora a experiência possa nos mostrar que determinados fenômenos acontecem de forma consistente, ela não pode garantir que esses fenômenos sempre ocorrerão da mesma maneira no futuro<sup>20, p. 64</sup>.

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> *Idem*.

Essa distinção entre os dois tipos de conhecimento tem implicações significativas, especialmente no campo do direito, onde a precisão e a aplicabilidade das normas são de suma importância.

No âmbito jurídico, a implementação de procedimentos ou práticas que se desviam dos princípios dogmáticos estabelecidos, ou que não estão explicitamente previstos nas leis, demanda uma abordagem que seja capaz de se adaptar e responder à complexidade e à dinâmica das situações reais.

A inflexibilidade nessas situações pode ser contraproducente, uma vez que a falta de adaptabilidade e a rigidez excessiva podem não apenas falhar em abordar adequadamente casos específicos, mas também podem ameaçar a estabilidade e a previsibilidade necessárias para a manutenção da segurança jurídica.

Portanto, ao trazer à luz a distinção entre o conhecimento empírico e o *a priori*, Kant nos oferece uma perspectiva valiosa sobre a importância de equilibrar a aplicação rigorosa das leis com a necessidade de flexibilidade e adaptação no enfrentamento da variabilidade das circunstâncias humanas e sociais.

Essa compreensão sublinha a relevância de uma abordagem jurídica que reconheça e incorpore a dinâmica entre a universalidade das normas e a particularidade das situações individuais, enfatizando a necessidade de uma aplicação das leis que seja ao mesmo tempo firme e sensível ao contexto no qual é aplicada.

### 1.5 Essencialidade teórica no Direito

A investigação proposta aqui se debruça sobre a interdependência dos campos do conhecimento analítico *a priori* e sintético *a posteriori*, questionando se a ciência jurídica, em alguns casos, pode valer-se apenas do conhecimento prático para sua aplicação. As considerações exploradas neste capítulo mostraram que, em regra, a experiência precede a teoria, mas a teoria pode surgir independentemente do conhecimento prático (*vide* tópico 2.1).

Em suma, como regra associada à maioria dos campos de conhecimento, a teoria, enquanto conhecimento *a priori* fornece subsídios para que a prática, enquanto conhecimento *a posteriori* seja uma ferramenta de refinamento do conhecimento *a priori*. Contudo, é importante notar que a prática jurídica não pode ser vista como distinta da dogmática jurídica. A prática jurídica, embora constituída de conhecimento próprio, é na verdade a concretização da dogmática forense.

Conforme discutido por Hans Kelsen<sup>21, p. 3</sup>, um evento que ocorre no espaço e tempo e é perceptível pelos sentidos, pode ser compreendido como um ato jurídico, seja ele lícito ou ilícito. Este evento, em sua essência natural, é regido pela lei da causalidade e faz parte do sistema natural.

No entanto, não é essa natureza em si que o qualifica como jurídico. A transformação de um simples fato em um ato jurídico é realizada por meio da atribuição de um significado objetivo, conferido por uma norma que relaciona seu conteúdo ao fato, conferindo-lhe uma

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

interpretação jurídica específica. Portanto, é a norma que estabelece a significação jurídica de um evento, permitindo que ele seja avaliado sob essa perspectiva <sup>22, p. 3</sup>.

Então, pode-se dizer que um ato só é jurídico se a norma prescrever que ele é. Isso significa que, no âmbito do Direito, qualquer prática que não considere as fontes formais e materiais estabelecidas no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) está fundamentalmente desalinhada com a teoria jurídica adequada.

Dessa forma, torna-se evidente que, no contexto do Direito, a atenção é univocamente direcionada para um elemento central: a norma jurídica em sentido amplo. A prática que se desvia dessa norma constitui, em si, uma violação desta. No campo do Direito Administrativo, especificamente, o Poder Público é obrigado a seguir o princípio da legalidade, conforme estabelecido nos artigos 37, caput e 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que determina que a administração pública deve agir estritamente de acordo com o que é autorizado por lei.

Da mesma forma, o contribuinte é compelido a agir dentro dos limites do princípio da legalidade em seu aspecto penal, o que significa que ele não pode agir de maneira contrária ao que é proibido ou exigido por lei, conforme delineado no artigo 5º, XXXIX, e inciso II da Constituição Federal de 1988.

Este princípio é conhecido nos cânones do estudo linguístico, especificamente ao que se entende como modal deôntico <sup>23, p. 207</sup>, que também é objeto de estudo da Teoria Pura do Direito, onde Kelsen estabelece que o conceito de "norma" é empregado para expressar a expectativa de que algo deve ser realizado ou que uma pessoa deve agir ou não agir de certa forma <sup>24, p. 4</sup>.

Tais atos são considerados direcionados intencionalmente quando visam proibir, permitir ou mesmo conferir a alguém o poder de agir de determinada maneira, incluindo a capacidade de estabelecer novas normas. Portanto, uma norma não apenas ordena ou permite comportamentos, mas também pode habilitar indivíduos a regular a conduta de outros, potencializando a criação de novos padrões de comportamento <sup>25, p. 4</sup>.

Nesse sentido, quando o sujeito sonega tributos, está praticando a conduta tipificada no artigo 1º da Lei 4.729/65. Essa é uma deturpação a teoria jurídica. Ou seja, é a expressão sensorial em sentido oposto ao juízo sintético *a priori*. Do mesmo modo que a subtração ou a obstacularização do direito de um preso de se encontrar com seu advogado de forma reservada, constitui igualmente uma deturpação da aplicação teórica do direito.

Com isso conclui-se que, a prática jurídica é a concretização do conhecimento *a priori*, produzido com ou sem interferência dessa primeira; as fontes estabelecidas no art. 4º da LINDB são o único instrumento possível para a manifestação do direito; no campo do direito público, qualquer atitude do Poder Público que não se alinhe com o que autoriza expressamente, a lei, deve ser severamente desconsiderado, enquanto no direito privado, deve-se obedecer o que a lei proíbe, permite e obriga.

---

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> CASTILHO, Ataliba Teixeira; CASTILHO, Celia M. Advérbios modalizadores. In: ILARI, R. (org.) *Gramática do português falado*, v. II. Campinas: Unicamp/Fapesp, 1992, p. 199-247.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>25</sup> *Idem*.

## CONCLUSÃO

Nas ideias de Immanuel Kant, o conhecimento é categorizado em duas formas distintas: *a priori* e *a posteriori*. O conhecimento *a priori* é teórico, derivado de princípios que não dependem da experiência sensorial para serem validados (item 1.1).

Em contraste, o conhecimento *a posteriori* é prático e empírico, adquirido diretamente por meio das experiências sensoriais. Essa forma de saber não apenas se baseia na aplicação de teorias, conceitos e ideias, mas também se manifesta na execução de atividades concretas e na adaptação a situações reais (item 1.2).

Sobretudo no contexto do conhecimento *a posteriori* percebe-se uma aproximação das lições de Hans Kelsen com a filosofia de Kant notadamente no que se refere ao esforço de ambos de isolar a ciência às influências externas e explicar o fenômeno do empirismo. Kant quer responder se a metafísica é uma ciência autônoma enquanto Kelsen quer responder se o Direito pode ser uma ciência igualmente autônoma (item 1.1).

Além de definir o conhecimento *a posteriori* e *a priori*, o filósofo Kant explora os conceitos de juízo sintético e analítico. Observa-se que os juízos analíticos, como a afirmação de que "o triângulo tem três lados", não adicionam nada novo ao sujeito; o predicado apenas explicita o que já está implícito no sujeito<sup>26</sup>. Esses juízos são necessariamente "a priori", pois não dependem da experiência sensorial para serem validados, sendo universais e necessários.

Por contraste, o juízo sintético adiciona informações que não estão implícitas no sujeito e, por isso, geralmente dependem da experiência, alinhando-se ao conhecimento *a posteriori* (item 1.2).

Trouxe-se o exemplo do direito tributário que está intrinsecamente relacionado ao juízo sintético *a posteriori*. Neste campo, a legislação define um sujeito passivo e estabelece uma hipótese de incidência tributária como predicado. Essa hipótese é confirmada por meio de um conhecimento *a posteriori*, que ocorre quando uma conduta específica do sujeito passivo se enquadra na hipótese prevista, realizando a subsunção.

A lição de Kant é no sentido de que de modo geral não há uma linha temporal necessária sobre o início desses campos do conhecimento. A teoria pode preceder a prática, embora a regra seja que o conhecimento prático surja antes mesmo da teoria (item 1.2).

Nesse sentido, as características que distinguem a prática da teoria estão relacionadas à universalidade e necessidade do conhecimento analítico teórico, face a sua sujeição entre o sujeito e o predicado (triângulo tem três lados). Enquanto o conhecimento prático é marcado pela contingência, que é definida por sua volatilidade, podendo produzir diferentes resultados no campo prático, temos o exemplo do princípio da capacidade contributiva no campo tributário. Uma norma tributária aplica-se a dois sujeitos, predicados diferentes (item 1.3).

Finalmente, conclui-se que a dicotomia entre teoria e prática no direito se manifesta em dois cenários distintos. O primeiro cenário é a aplicação da teoria (fontes teóricas do direito) a um mesmo sujeito, mas com predicados diferentes. Um exemplo dessa discrepância

<sup>26</sup> BOTELHO, R. Juízo analítico "a priori" e juízo sintético "a posteriori" – Crítica da Razão Pura – Parte 2 (Figura). Disponível em: <https://rafaelbotelho.com/juizo-analitico-a-priori-e-juizo-sintetico-a-posteriori/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

entre teoria e prática é o princípio da capacidade contributiva tributária, conforme estabelecido no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, que impõe que os tributos devem ser graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

O segundo cenário é o caso o sujeito que pratica atos antijurídicos. Esse cenário está muito associado a procedimentos (processo). O prazo para interposição de um recurso é de quinze dias, mas é concedido aos advogados apenas dez dias, pois o juiz da comarca entende que, por não haver muitos casos tramitando naquela cidade, a celeridade deve ser prioridade. Nesse caso há uma deturpação da teoria, na prática.

Assim, o segundo cenário é antijurídico e anticientífico, pois o juízo sintético *a priori* não é aplicado. Nesse segundo cenário, portanto, não se pode dizer que a prática no direito é diferente da teoria, notadamente porque a prática não corrobora com a teoria, sendo passível de nulidade ou anulabilidade conforme o caso.

Quanto ao primeiro cenário, é sim possível responder afirmativamente que a prática é diferente da teoria, mas porque a prática é o fenômeno que afirma a teoria. Mas se na prática o legislador optar por não contemplar o princípio da capacidade jurídica? Nesse caso, incorre-se na aberração do segundo cenário, visto que a prática desconsidera a teoria, sendo passível de controle de constitucionalidade.

## 2. CAMPOS DO CONHECIMENTO DAS FONTES

No capítulo anterior, viu-se que a regra para o direito tributário é o que Kant chamou de juízo sintético “*a posteriori*”. Aquilo que é estabelecido pela teoria e confirmado (ou não) pela manifestação do sujeito no mundo fenomenológico.

Em suma, concluiu-se que a prática é essencialmente baseada na teoria, e que a prática que não se alinha com a teoria é antijurídica. Por ser antijurídica, não pode ser considerada jurídica, o que quer dizer que o que se faz diferente da teoria não é prática jurídica.

Em alguns casos, pode ser apenas a deturpação teórica. Exemplo: prazo para contestação no processo civil, ao invés de ser concedido quinze dias, é concedido dez dias. Mas pode acontecer de um ato ser totalmente antijurídico. Exemplo: a celebração de um contrato de compra e venda de imóvel por um menor de idade sem a assistência de seus representantes legais. No Direito Civil, a capacidade plena é um requisito fundamental para a validade dos atos negociais. Portanto, um contrato assinado por uma pessoa absolutamente incapaz, sem a devida autorização, seria nulo e considerado antijurídico.

Em vista disso, tem-se que o único instrumento do direito é a teoria. Mas o que é teoria para o direito? Se a prática jurídica é orientada pela teoria, dentro do que é estabelecido como modal deôntico, a teoria deve ser estritamente as fontes do direito.

Portanto, o presente capítulo tem a importante missão de conhecer as referidas fontes, dando-lhes uma conceituação jurisprudencial dentro da ótica Kantiana, categorizando cada fonte e associando-as aos campos do conhecimento.

### 2.1 Análise sobre as fontes do Direito

Para introduzir o assunto quanto as fontes do direito, faz-se necessário entender particularmente como a doutrina define a expressão em um contexto linguístico. Isso é fundamental para compreender a abordagem que adotaremos para o direcionamento das fontes em seus respectivos campos do conhecimento.

Como lecionam Figueiredo e Silva, o termo “fonte” e o termo “direito” possuem uma grande carga axiológica, o que não permite uma delimitação interpretativa objetiva <sup>27</sup>, p. 94. Estuda-se as fontes do direito como os elementos que dão origem à norma geral e abstrata, mas que também fundamentam a norma individual e concreta <sup>28</sup>, p. 94-97.

O termo “fonte” refere-se à origem do direito. O problema está na conjunção de “fontes” com “direito” pois este segundo termo tem uma amplitude mais aberta, o que permite ao intérprete qualificar “fontes do direito” como algo que transcende apenas a norma geral e abstrata <sup>29</sup>, p. 94-97.

No entanto, segundo Paulo de Barros <sup>30</sup>, p. 474 a noção de “fonte” abrange um aspecto fundamental do sistema jurídico ao focar o processo de enunciação do direito. Em uma visão estrita, entende-se por fontes as entidades autorizadas pelo sistema jurídico para a formulação de normas, além da atividade que elas desempenham ao criar tais normas.

Essa estrutura sugere uma hierarquia organizada em que nenhuma norma jurídica é incorporada ao direito positivo sem ser introduzida por uma norma preexistente, conhecida como “veículo introdutor de normas”. Portanto, as normas jurídicas sempre coexistem em pares, sendo uma introduzida e a outra introdutora <sup>31</sup>, p. 474.

A investigação das fontes do direito concentra-se principalmente na análise dos eventos e declarações que originam normas jurídicas. Isso ressalta a importância das exposições de motivos das legislações que não devem ser ignoradas devido ao seu papel crucial como indicadores do processo de formulação de normas <sup>32</sup>, p. 474.

Esses elementos são essenciais para guiar e apoiar os intérpretes do direito, permitindo que trabalhem com as fontes de maneira a distinguir o direito vigente evitando a redundância inerente à definição tradicional de fontes como meras autorreproduções do direito <sup>33</sup>, p. 474.

As fontes do direito podem ser classificadas em formais e materiais. As fontes formais referem-se aos mecanismos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a inserção de normas no sistema legal. Por outro lado, as fontes materiais estão associadas aos aspectos da realidade social que, ao serem hipoteticamente representadas em suposições normativas, geram novas diretrizes prescritivas que passam a fazer parte do direito vigente <sup>34</sup>, p. 475.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Filipe Borges de; SILVA, Maria Dos Remédios Fontes. O Neoconstitucionalismo e o Estudo das Fontes do Direito: O Novo CPC e a Consolidação da Jurisprudência na Concretização do Direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 90-108, jan/jun. 2018.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

Este último tipo, considerado como atos de enunciação, contribui para enriquecer e modificar o corpus jurídico existente, oferecendo novas perspectivas e abordagens dentro do sistema normativo<sup>35</sup>, p. 475.

Lourival Vilanova, por sua vez, esclarece que as normas relacionadas à organização e competência, bem como as do processo legislativo estabelecidas constitucionalmente, têm um papel ativo na transformação de eventos em fenômenos jurídicos<sup>36</sup>, p. 24.

Segundo essa visão, o que geralmente chamamos de "fontes do direito" são, na verdade, fatos jurídicos que originam normas. Esses fatos, ao serem submetidos a hipóteses fáticas, resultam na criação de normas que possuem uma certa hierarquia dentro do sistema jurídico. Essa interpretação destaca a dinâmica entre a realidade factual e sua codificação normativa, fundamental para a compreensão e aplicação do direito<sup>37</sup>, p. 24.

Ao retomar o raciocínio de Carvalho, vê-se que ele distingue fontes do Direito Positivo e fontes da Ciência do Direito. Em sua visão, as fontes do direito positivo são entendidas como eventos que ocorrem no contexto social, e podem incluir tanto fatos sociais quanto naturais que envolvem sujeitos de direito, sendo reconhecidos como fontes quando se alinham às normas válidas do sistema jurídico<sup>38</sup>, p. 95.

Por outro lado, as fontes da Ciência do Direito abrangem todos os elementos que contribuem para a compreensão do fenômeno jurídico considerado como linguagem prescritiva. Este campo engloba várias disciplinas como Sociologia, História, Antropologia, Política e Psicologia do Direito, cada qual com metodologias próprias para isolar seu objeto de estudo<sup>39</sup>, p. 95.

Para o presente estudo, é necessária apenas a compreensão das fontes do Direito Positivo, pois está-se tratando especificamente da problemática relacionada a prática jurídica *stricto sensu* estritamente ligada à concepção de "Teoria Pura do Direito".

A lição de Carvalho e Vilanova, no entanto, refere-se às fontes do direito positivo. Como foi visto no início deste capítulo, a conotação dada a "fontes do direito" abrange não só o direito enquanto norma geral e abstrata, mas também norma individual.

Nesse sentido, apesar de Carvalho, assim como Tomazini e Vilanova convergirem no sentido de que "a doutrina não é fonte do direito positivo", pois "seu discurso descritivo não altera a natureza prescritiva do direito. Ajuda a compreendê-lo, entretanto não o modifica"<sup>40</sup>, p. 96, não significa dizer que a doutrina não é fonte do "direito".

Endossa-se a teoria de que as fontes do direito são mais amplas do que as fontes do direito positivo, conforme o próprio teor do artigo 4º da LINDB que dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá conforme analogia, costumes e princípios gerais do direito.

A doutrina não é mencionada *ipsis litteris* no contexto do artigo mencionado, e ela pode não provocar repercussões na gênese da norma, mas observa-se que, na aplicação da norma individual e concreta, é fundamental para o julgador entender os critérios objetivos e

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

subjetivos de proporcionalidade, até mesmo para aplicar o exemplo que foi utilizado sobre a capacidade contributiva no âmbito do direito tributário.

Para atingir tal entendimento quanto à proporcionalidade, é necessário o estudo da dogmática jurídica dentro das reflexões filosóficas da doutrina. Sendo assim, a doutrina é tida como fonte do direito na acepção individual e concreta.

Diante dessa premissa, no tópico a seguir, será feita uma associação entre as fontes do direito em um sentido amplo e os campos do conhecimento, conforme foram estudados nos capítulos anteriores, em relação aos conceitos de juízo sintético e analítico, *a priori* e *a posteriori*.

## 2.2 A prática produz conhecimento teórico?

Quando nos reportamos à prática antecedendo a teoria, notadamente em relação à produção de normas, estamos falando de fatores sociais que impulsionam o surgimento de uma fonte do direito (lei, doutrina, jurisprudência, analogia e princípios gerais do direito). Nesse caso, convém ponderar que, na maioria dos casos, fatores sociais são motivadores da norma.

Aliás, na lição de Paulo de Barros, o costume tem característica eminentemente factual e só gera efeitos jurídicos se for integrado a norma por meio de um processo legislativo legítimo <sup>41</sup>, p. 91. A exemplo disso, o surgimento de criptomoedas, que gerou a necessidade de regulamentação tributária dessas moedas.

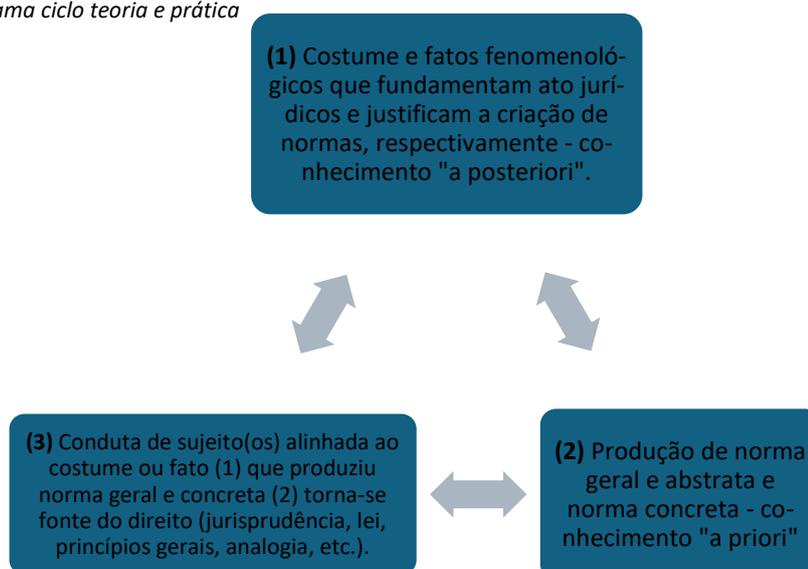
Em outra acepção, pode-se constatar a prática antecedendo a teoria sob uma visão fundamentalmente de aplicação das fontes do direito à norma individual concreta. Nessa acepção em particular, o costume pode ser utilizado como fundamento para decisões judiciais, ou mesmo para compor a causa de pedir que justifica o ingresso em juízo.

Em ambos os casos, a prática produz posteriormente um conhecimento teórico que, ao ganhar repercussão jurídica, ciclicamente torna-se antecessor do conhecimento prático.

---

<sup>41</sup> *Idem*.

Figura 2: Diagrama ciclo teoria e prática



Fonte: autoria própria

Portanto, conforme a lição de Kant (vide tópico 1.3) aliada à teoria de Kelsen, a regra é que a produção do conhecimento comece pela experiência sensorial. Existem matérias nas quais a prática não pode ser experimentada, mas essa aceção não é muito comum no campo do conhecimento jurídico.

Assim, a prática produz conhecimento teórico. Esse conhecimento, por sua vez, passa a preceder a prática, tornando-se uma relação cíclica que só termina com um novo conhecimento teórico refutando o conhecimento teórico anteriormente produzido pela prática.

## 2.3 Adequação das fontes

### 2.3.1 Contextualização

Como foi dito anteriormente, além das espécies entendidas como “fontes do direito positivo” por Lourival Vilanova e Paulo de Barros, deve-se entender as fontes como instrumentos de manejo do direito.

A prática constitui o uso desses instrumentos como fundamentação teórica para a adoção de determinados atos jurídicos.

Observou-se anteriormente que o conhecimento pode ser *a priori* (teórico) e *a posteriori* (prático). Foi demonstrado também que há uma intersecção entre esses dois campos de estudo, sobretudo no direito, quando se diz que o juízo sintético *a posteriori* se traduz pela necessidade de confirmação da teoria na prática.

A dogmática do direito, sobre a qual se debruçou no presente estudo, é o que Paulo de Barros categorizou como “fontes do direito positivo”. Ele corrobora o ensinamento de Lourival Vilanova de que a doutrina não pode ser tida como “fontes do direito positivo” pois

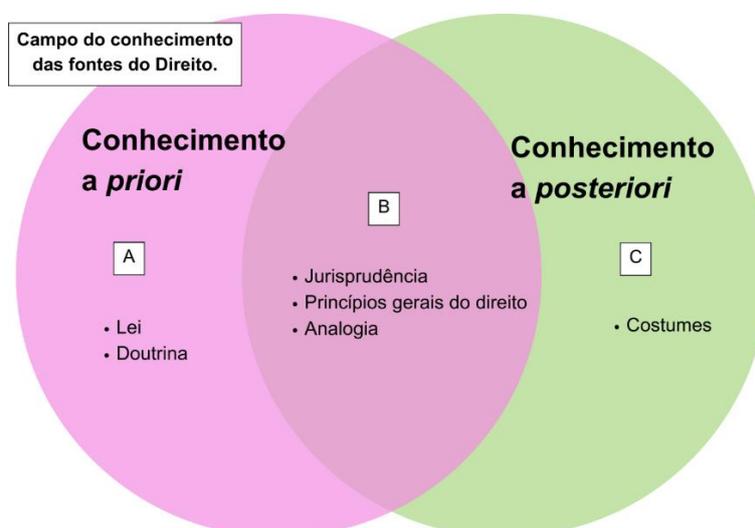
“não emite proposição modal deôntica, porque não lhe cabe permitir, ou obrigar, ou proibir”  
42, p. 82.

No tópico anterior, foi mostrado que, apesar disso, a doutrina deve ser estudada como fonte do direito na acepção da norma individual e concreta, pois é dela que derivam definições como proporcionalidade e razoabilidade – as quais, na nossa compreensão, emitem modais deônticos.

Dito isto, entende-se que as fontes do direito (em geral) são: lei, doutrina, jurisprudência, princípios gerais do direito, costume e analogia. No presente tópico temos como foco a compreensão do campo do conhecimento de cada uma dessas fontes.

Abaixo associou-se cada uma das fontes aos campos de conhecimentos lecionados por Kant e estudados no Capítulo 2 do presente trabalho. Diante disso observou-se que apenas o costume é uma fonte cujo conhecimento é produzido por saber estritamente empírico.

Figura 3: Diagrama de Venn - fontes do direito e a adequação entre experiência e teoria



Fonte: autoria própria.

Contudo, para esclarecer melhor as premissas estabelecidas na categorização das fontes do direito, é necessária uma análise detalhada da definição de cada uma dessas fontes, o que será feito a seguir nos tópicos 2.3.2, 2.3.3 e 2.3.4.

### 2.3.2 [A] Legislação e Doutrina

Segundo Tercio Sampaio Ferraz, a dogmática analítica contemporânea considera a noção de legislação crucial para entender as fontes do direito, especialmente no contexto do

<sup>42</sup> VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2023.

direito de origem romanística, como o direito europeu continental e nos países latino-americanos<sup>43</sup>, p. 338.

De modo geral, a legislação envolve a criação de normas jurídicas por atos competentes que são sancionadores, isto é, estabelecem normas soberanas dentro do ordenamento jurídico, como no caso de uma lei sancionada pelo Presidente da República<sup>44</sup> p. 338.

Além disso, a legislação não atua de maneira isolada, mas está interligada a outras normas e procedimentos regulados por atos competentes, culminando nas normas constitucionais. Assim, o reconhecimento da legislação como fonte do direito está fundamentado na hipótese racionalizadora de um ato fundante que dá origem a um conjunto de normas primárias, a Constituição<sup>45</sup>, p. 339.

A Constituição, enquanto norma primária, é igualmente reconhecida como lei fundamental, estabelecendo as bases do sistema jurídico. Portanto, a legislação é entendida como o produto de um ato competente sancionador que cria normas soberanas escritas, as quais podem se manifestar na forma de leis, decretos, regulamentos, códigos e consolidações<sup>46</sup>, p. 338-354.

Adoutrina, por sua vez, embora não seja formalmente obrigatória e não seja considerada por diversos autores como fonte do direito positivo, funciona como fonte indireta<sup>47</sup>, p. 365. A doutrina, juntamente com a jurisprudência e a lei podem contribuir para o desenvolvimento de padrões jurídicos e fórmulas interpretativas gerais.

A premissa estabelecida para associar a legislação e a doutrina ao conhecimento *a priori* é de que elas guardam em sua concepção, idealizações de comportamentos imediatos, que, antes de ter vigor (serem sancionadas), não produzem repercussões práticas. Sendo estritamente teóricas, são apenas especulações ideais da conduta humana.

### 2.3.3 [B] Jurisprudência, princípios gerais do direito e analogia

A jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais que servem como referência para a interpretação e aplicação das leis. No sistema anglo-saxônico, essas decisões têm caráter vinculante, obrigando tribunais inferiores a seguirem os precedentes estabelecidos por tribunais superiores<sup>48</sup>, p. 361-364.

No sistema romanístico, como no Brasil, a jurisprudência não tem o mesmo caráter vinculante, mas exerce uma função interpretativa importante, orientando a aplicação das leis

<sup>43</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

<sup>44</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

e ajudando a suprir lacunas legais. Recentemente, algumas decisões no Brasil ganharam força vinculante devido a mudanças no Código de Processo Civil <sup>49</sup>, p. 361-364.

A premissa para considerar a jurisprudência como uma conjunção de conhecimento *a priori* e *a posteriori* baseia-se no fato de que ela incorpora princípios teóricos que são aplicados a situações concretas. A jurisprudência não só interpreta e aplica a lei, mas também cria uma base teórica através da repetição de decisões judiciais que moldam e influenciam o sistema jurídico.

Portanto, a jurisprudência pode ser vista como um ponto de interseção entre o conhecimento teórico, representado pelos princípios e normas jurídicas, e o conhecimento prático, evidenciado pela aplicação concreta dessas normas em casos reais.

Os princípios gerais de direito são vestígios do direito natural, e há diferentes interpretações sobre sua origem, seja na equidade ou nos preceitos romanos. Embora sejam considerados aplicáveis na solução de conflitos, não são normas, mas sim princípios que estruturam o sistema jurídico, conferindo-lhe coesão às normas. Como premissas do raciocínio jurídico, são mencionados de forma indefinida e, posteriormente especificados em normas gerais com caráter jurisprudencial <sup>50</sup>, p. 366.

Esses princípios, ao contrário das fontes tradicionais do direito, como a legislação e costume, atuam como metalinguagem e não formam um conjunto rigoroso, mas são compostos de tópicos comuns, o que lhes confere um caráter mais flexível e menos definido <sup>51</sup>, p. 367.

Para chegar à conclusão de que os princípios gerais são uma conjunção de conhecimento *a priori* e *a posteriori* necessita-se de reflexão mais delicada. Os princípios se fundam em uma norma teórica, mas possuem uma carga axiológica muito maior do que uma norma comum, podendo ser aplicada de forma distinta no tempo e no lugar.

Sendo os princípios gerais do direito volitivos e subjugados a diferentes critérios que incluem a jurisprudência e o próprio costume como parâmetros de aplicação, eles devem ser considerados como conhecimentos *a priori* e *a posteriori*.

Por outro lado, a analogia no direito é uma fonte que se baseia na ideia de tratar casos semelhantes de forma igual. Quando dois casos são semelhantes em termos de efeitos jurídicos, o intérprete pode aplicar a norma de um caso a outro caso não expressamente previsto pela lei <sup>52</sup> p. 467.

Nessa perspectiva, vê-se que a analogia depende de um acontecimento empírico e teórico para que seja evocada. O acontecimento empírico é o fato jurídico que é vertido em norma individual e concreta, que, por sua vez, torna-se aplicável a um caso concreto porque advém de uma aplicação teórica; razão pela qual concluiu-se se tratar de conhecimento que possui interseção entre conhecimento *a priori* e *a posteriori*.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

### 2.3.4 [C] Costume

O costume é uma fonte do direito que se baseia na tradição e no uso contínuo. Ele não é promulgado como uma lei, mas se forma ao longo do tempo. A autoridade do costume repousa na crença de que algo deve ser feito, pois sempre foi feito dessa maneira. Existem dois requisitos para que algo seja considerado um costume: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade<sup>53</sup>, p. 357.

No entanto, a distinção entre simples uso e costume não é sempre clara. A convicção de que o costume é obrigatório não se explica apenas pela ideia de seu caráter obrigatório. Portanto, o costume é uma fonte do direito que se baseia na tradição e na prática social, mas sua força compulsória pode variar<sup>54</sup>, p. 358.

Dessa forma, o costume, como única fonte estritamente empírica, se fundamenta no fato de que é produzida unicamente pela repetição de condutas coletivas, tendo naturalmente como matéria-prima os sentidos humanos, que levam a formação de uma convicção de obrigatoriedade. Por isso, trata-se de conhecimento *a posteriori*.

## ■ CONCLUSÃO

A presente pesquisa busca responder se a dogmática da ciência jurídica difere da prática jurídica. A primeira premissa é que a prevalência da lei como ciência estritamente dogmática e fonte prioritária na tradição *civil law* leva à conclusão de que a prática não se distingue da teoria. A segunda premissa é que a maioria das fontes está no campo dogmático, muitas precedendo o costume conforme a ordem estabelecida pelo art. 4º da LINDB, o que também sugere que a prática não difere da teoria.

No entanto, essas duas premissas isoladas não resolvem a questão de pesquisa, pois o costume parece se dissociar das outras fontes do direito tributário, podendo indicar que a prática se distingue da teoria. Contudo, essa é uma premissa “fraca”. Embora o costume provenha de conhecimento empírico, para produzir plenos efeitos jurídicos, ele necessita de uma norma que o reconheça como fonte do direito, seja ela geral e abstrata ou individual e concreta. Isso não implica que o costume seja conhecimento *a priori*.

O costume não é conhecimento *a priori*, pois sua concepção não se baseia em uma teoria expressa em linguagem, mas apenas na prática de sua existência (uso dos sentidos). Por exemplo, o costume de pagar um tributo em uma data não prevista em lei se convalida pela ausência de sanções fiscais. Nesse caso, o costume não se tornou teórico por meio de linguagem competente, mas ainda é uma fonte do direito.

A conclusão é que as fontes do direito são, em grande parte, dogmáticas. Apenas o costume é um conhecimento estritamente empírico, que, no entanto, para ser evocado, depende de sua conversão em linguagem competente, conferindo-lhe repercussão jurídica.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Idem*.

Portanto, a prática não pode ser dissociada da teoria, pois na ciência do direito, apenas a teoria pode produzir efeitos jurídicos.

## REFERÊNCIAS

BOTELHO, R. *Juízo analítico "a priori" e juízo sintético "a posteriori"* – Crítica da Razão Pura – Parte 2 (Figura). Disponível em: <https://rafaelbotelho.com/juizo-analitico-a-priori-e-juizo-sintetico-a-posteriori/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTILHO, Ataliba Teixeira; CASTILHO, Celia M. Advérbios modalizadores. In: ILARI, R. (org.) *Gramática do português falado*, v. II. Campinas: Unicamp/Fapesp, 1992, p. 199-247.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FIGUEIREDO, Filipe Borges de; SILVA, Maria Dos Remédios Fontes. O Neoconstitucionalismo e o Estudo das Fontes do Direito: O Novo CPC e a Consolidação da Jurisprudência na Concretização do Direito. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 90-108, jan/jun. 2018.

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

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad.: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERRERA, Ana Paula da Costa. *A responsabilidade tributária e a instituição financeira*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2023.



# DISTRIBUIÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS EM UNIVERSIDADES FEDERAIS RURAIS (2016-2023)

DISTRIBUTION OF INDIVIDUAL PARLIAMENTARY AMENDMENTS IN RURAL FEDERAL UNIVERSITIES (2016-2023)

ADAILSON PINHO DE ARAÚJO\* | ANA CLÁUDIA DE S. VALENTE\*\* | LIZZIANE S. Q. F. DE OLIVEIRA\*\*\*

## RESUMO

Desde 2015, o orçamento impositivo determina a obrigatoriedade de execução das emendas parlamentares individuais no orçamento anual. Essas emendas, decididas livremente, podem beneficiar entidades de interesse pessoal dos parlamentares. Apesar das críticas, elas têm ganhado espaço e, com o regime fiscal de 2016, passaram a ser uma fonte adicional de recursos para instituições públicas. Passada quase uma década de sua implementação, as dinâmicas de distribuição desses recursos tornaram-se um campo de estudo relevante. No entanto, poucos estudos analisaram como ocorre a destinação dessas emendas para universidades, sendo ainda mais escassas as pesquisas focadas nas quatro universidades federais rurais existentes. Este estudo, de natureza descritiva, tipo documental e abordagem mista, analisa como deputados e senadores destinaram emendas individuais a essas instituições entre 2016 e 2023, a fim de suprir a lacuna identificada. Os principais resultados demonstraram que há uma tendência alocativa para ações na área de reestruturação, expansão e modernização das universidades e, em alguns casos, a distribuição de mais verbas por emendas impositivas não está tão associada ao maior número de deputados federais por Estado. A pesquisa contribui para o avanço das reflexões no campo do orçamento impositivo e sua relação com a educação superior, sugerindo novas agendas de pesquisa.

**Palavras-chave:** Orçamento impositivo; Emendas parlamentares individuais; Educação superior; Universidades federais rurais.

## ABSTRACT

Since 2015, the mandatory budget has made it compulsory to implement individual parliamentary amendments in the annual budget. These amendments, freely decided, can benefit entities of personal interest to parliamentarians. Despite criticism, they have been gaining ground and, with the 2016 tax regime, have become an additional source of funds for public institutions. Almost a decade after their implementation, the dynamics of the distribution of these resources have become a relevant field of study. However, few studies have analyzed how these amendments are allocated to universities, and even fewer studies have focused on the four existing rural federal universities. This study, of a descriptive nature, documentary type and mixed approach, analyzes how deputies and senators allocated individual amendments to these institutions between 2016 and 2023, in order to fill the gap identified. The main results show that there is a tendency to allocate funds to actions in the area of restructuring, expanding and modernizing universities and that, in some cases, the distribution of more funds through tax amendments is not so closely associated with the greater number of federal deputies per state. The research contributes to the advancement of reflections in the field of the mandatory budget and its relationship with higher education, suggesting new research agendas.

**Keywords:** Mandatory budget; parliamentary amendments; higher education; Federal rural universities.

\* Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Especialista em Orçamento, Governança e Gestão de Riscos no Setor Público pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador vinculado ao Observatório do Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP) e ao Laboratório de Métodos Quantitativos em Direito da Ufersa (MQD-Lab).

*adailson.araujo@alunos.ufersa.edu.br*

\*\* Mestra em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Doutoranda em Administração pela UnB.

*anaclaudias.valente@gmail.com*

\*\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Associada da UFERSA.

*lizziane@ufersa.edu.br*



Recebido em 21-8-2024 | Aprovado em 13-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 ORÇAMENTO PÚBLICO E EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS; 2 INDICAÇÃO E EXECUÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES; 2.1 EMENDAS PARLAMENTARES NA EDUCAÇÃO SUPERIOR E RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS; 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS; 4 ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS: EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS E SUA DISTRIBUIÇÃO ENTRE UNIVERSIDADES FEDERAIS RURAIS; 4.1 QUANTIDADE DE EMENDAS INDIVIDUAIS EXECUTADAS; 4.2 VALOR AUTORIZADO VS VALOR EXECUTADO; 4.3 OS PARLAMENTARES FEDERAIS; 4.4 EMENDAS INDIVIDUAIS E AÇÕES NAS UNIVERSIDADES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## ■ INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instituiu, pela primeira vez, a concepção sistêmica em matéria orçamentária, sem desprezar os princípios tradicionais do orçamento público, mas superando o seu uso meramente contábil para transformá-lo em um instrumento de planejamento a favor do desenvolvimento social e da efetivação dos direitos fundamentais<sup>1</sup>. Nessa linha, um novo conjunto de normas complexas foi previsto para regulamentar o processo decisório do ciclo orçamentário e da distribuição dos recursos federais: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), todas ligadas hierarquicamente em diferentes etapas e sob a autoridade de elaboração do Poder Executivo<sup>2</sup>.

Por meio de emendas ordinárias à LOA, o Poder Legislativo também participa do ciclo do orçamento público a partir da deliberação sobre a alocação de recursos que financiarão importantes políticas públicas durante o ano<sup>3</sup>. A controvérsia em torno da elaboração, autorização e execução do orçamento reside na possibilidade de o Poder Executivo não executar aquilo que foi originalmente previsto na peça orçamentária, seja por meio de remanejamentos de dotações ou de cancelamentos de despesas, ocasionando um desvirtuamento histórico desse instrumento de planejamento<sup>4</sup>.

O orçamento impositivo surge como uma resposta ao amplo quadro de remanejamento de recursos públicos historicamente vivenciado e alterou o *modus operandi* da relação entre os poderes da República, na medida em que o Poder Executivo deve executar a programação orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo por meio das chamadas

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Lizziane Souza Queiroz Franco de. *Orçamento público na história do constitucionalismo brasileiro: a Lei 4.320/64 e a permanência do projeto político institucional militar na Constituição de 1988*. 2019. Tese - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

<sup>2</sup> PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 265–301, 2002.

<sup>3</sup> REBOUÇAS, Antônio Helder Medeiros. *A impositividade das emendas parlamentares ao orçamento à luz do princípio constitucional do planejamento público: um exame sob as perspectivas da “resposta correta” e do “direito como integridade” em Dworkin e das pré-compreensões em Gadamer*. 2014. Tese - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O orçamento público no Estado constitucional democrático e a deficiência crônica na gestão das finanças públicas no Brasil. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 183–212, 2017.

emendas parlamentares individuais ou impositivas indicadas no escopo de cada orçamento anual<sup>5 6 7</sup>. Apesar das críticas, esses mecanismos de repasses financeiros têm ganhado cada vez mais espaço no orçamento, considerando que sua consolidação data de 2015, quando foram positivados na Constituição Federal, instituindo um modelo de orçamento obrigatório, ao menos no percentual das emendas de deputados federais e senadores, servindo também para o financiamento de instituições públicas<sup>8 9 10 11</sup>.

Decorrida quase uma década de sua implementação, as emendas parlamentares individuais compõem um campo de análise vasto na literatura, uma vez que é possível observar sua distribuição por áreas ou setores estratégicos, verificando onde reside o interesse dos parlamentares federais, bem como a partir do impacto que elas causam nas finanças dos órgãos que as recebem. Já existem pesquisas que correlacionam o gasto por emendas em áreas como saúde<sup>12 13 14</sup>, educação<sup>15 16 17</sup>, ciência e tecnologia<sup>18</sup>, e desenvolvimento regional<sup>19</sup>.

<sup>5</sup> LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 26, p. 5–16, 2003.

<sup>6</sup> LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737–776, 2005.

<sup>7</sup> PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento impositivo: viabilidade, conveniência e oportunidade*. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1549>. Acesso em: 6 abr. 2024.

<sup>8</sup> BAIÃO, Alexandre Lima. *Emendas orçamentárias individuais: efeitos eleitorais, condicionantes da execução e qualidade do gasto público*. 2016. Tese - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

<sup>9</sup> BORGES, Wilson José. *Orçamento impositivo: considerações trazidas pela alteração no modelo orçamentário brasileiro a partir da Emenda Constitucional no 86, de 17 de março de 2015*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2017.

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Vilma Pereira; TONELLI, Dany Flavio; CAETANO, Eduardo Ferreira da Silva. Emendas parlamentares no Ministério da Educação: governança ou desgovernança no financiamento das universidades federais? *SciELO Preprints*, [S. l.], 2024.

<sup>11</sup> MENEZES, David Curtinaz; PEDERIVA, João Henrique. Orçamento impositivo: elementos para discussão. *Administração Pública e Gestão Social*, Brasília, v. 7, n. 4, p. 178–186, 2015.

<sup>12</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, [S. l.], v. 27, n. 71, p. e0004, 2019.

<sup>13</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria *et al.* As emendas parlamentares no orçamento federal da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, [S. l.], v. 28, n. 12, p. 2267–2279, 2012.

<sup>14</sup> MEDINA, Silvana Aparecida *et al.* Alocação das emendas parlamentares individuais: correção de assimetria em saúde ou ganho político? *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 98–125, 2023.

<sup>15</sup> DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending? 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

<sup>16</sup> KROTH, Darlan Christiano; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. O impacto dos gastos públicos municipais sobre a qualidade da educação: uma análise de variáveis instrumentais entre 2007 e 2011. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 53, p. 327–355, 2019.

<sup>17</sup> SILVA, Argemiro César do Vale Verde de Lima e. *Emendas parlamentares orçamentárias como mecanismo de financiamento da educação pública: uma análise no período de 2015 a 2021*. 2023. Dissertação - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2023.

<sup>18</sup> TAVARES, Raquel Pereira. *Orçamento impositivo de emendas parlamentares individuais: análise comparativa da execução orçamentária de 2012 a 2015 no âmbito do MCTIC*. 2016. Monografia - Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2016.

<sup>19</sup> SANTOS, Brenna; REIS, Ulisses. A interferência do orçamento secreto na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional (2020-2022). *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 8, n. 15, p. 189–209, 2024.

Com a instituição de um regime fiscal que limita os gastos públicos pelo período de vinte anos<sup>20 21 22 23</sup>, por meio da Emenda Constitucional nº 95/2016, as emendas parlamentares individuais passaram a servir como fonte adicional de recursos para diversas instituições<sup>24</sup>, como as universidades federais<sup>25 26</sup>.

Apesar de já existirem pesquisas que estudem o financiamento por emendas de forma geral indiretamente no Ministério da Educação<sup>27</sup>, na Universidade de Brasília (UnB)<sup>28</sup> e na Universidade Federal Fluminense (UFF)<sup>29</sup>, não há achados que foquem esforços analíticos no conjunto das quatro universidades federais rurais existentes ou isoladamente em cada uma delas, a saber: Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA), Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

Isso posto, o presente trabalho visa suprir essa lacuna a partir da seguinte questão de pesquisa: como se deu a distribuição de recursos do orçamento impositivo em universidades federais rurais? O objetivo geral é analisar como os deputados federais e senadores distribuíram os recursos de emendas parlamentares individuais nessas instituições de ensino superior (IES), entre 2016 e 2023. No intuito de alcançar o objetivo geral previamente estabelecido, se faz necessário cumprir os seguintes objetivos específicos: a) levantar a quantidade de emendas impositivas executadas em cada universidade; b) relacionar os autores das emendas individuais e os valores executados; c) categorizar as áreas beneficiadas pelo financiamento promovido por meio do orçamento impositivo; e d) comparar os padrões de distribuição de recursos de emendas parlamentares individuais entre as instituições analisadas.

Este trabalho é um estudo de natureza descritiva e tipo documental, de abordagem qualitativa e quantitativa, com recorte transversal, que utilizou as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, bem como informações do portal SIGA Brasil, do Senado Federal,

<sup>20</sup> AGUIAR, Simone Coêlho. *Análise das restrições orçamentárias decorrentes da Emenda Constitucional nº 95/2016 nos gastos com educação*. 2019. Tese - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Viviane Amorim de. *Emenda Constitucional 95 e seu impacto sobre o Orçamento da UnB*. 2019. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

<sup>22</sup> DAMASCENO, Stephany Cecília Rocha. *Seguridade Social, Ajuste Fiscal e a dinâmica das Emendas Parlamentares na democracia capitalista: um retrato do Distrito Federal*. *Intellèctus*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 115–137, 2023.

<sup>23</sup> SOUZA JÚNIOR, José Ronaldo de C. *et al.* A Política Fiscal e o teto dos gastos públicos. *Carta de Conjuntura*, Brasília, n. 44, 1–16, 2019.

<sup>24</sup> SOUZA, Mateus Versieux de. *Emendas parlamentares como fonte adicional de recursos educacionais: uma análise da sua representatividade em gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, em estados nordestinos, de 2007 a 2017*. 2022. Tese - Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2022.

<sup>25</sup> DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. *Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending?* 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

<sup>26</sup> FERNANDES, Gisele Souza da Silva; OLIVEIRA, Antonio José Barbosa de. *Alocação de recursos orçamentários provenientes de emendas parlamentares: o caso da Universidade Federal Fluminense*. *Revista Práticas em Gestão Pública Universitária*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 26–50, 2023.

<sup>27</sup> CAVALCANTI, Vilma Pereira; TONELLI, Dany Flavio; CAETANO, Eduardo Ferreira da Silva. *Emendas parlamentares no Ministério da Educação: governança ou desgovernança no financiamento das universidades federais?* *SciELO Preprints*, [S. l.], 2024.

<sup>28</sup> DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. *Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending?* 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

<sup>29</sup> FERNANDES, Gisele Souza da Silva; OLIVEIRA, Antonio José Barbosa de. *Alocação de recursos orçamentários provenientes de emendas parlamentares: o caso da Universidade Federal Fluminense*. *Revista Práticas em Gestão Pública Universitária*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 26–50, 2023.



para a coleta de dados. A análise e o tratamento foram feitos a partir do cruzamento entre quatro variáveis de interesse (quantidade de emenda individuais, valor autorizado e executado, parlamentares federais e ações das emendas individuais), que serviram como indicadores comparativos ao longo do tempo e por universidade, a fim de atender aos objetivos propostos e responder ao problema da pesquisa.

A pesquisa se justifica pela contribuição potencial para avançar na identificação de tendências na distribuição de recursos de emendas parlamentares individuais em IES rurais, o que pode enriquecer a literatura e auxiliar na gestão orçamentária universitária.

## 1 ORÇAMENTO PÚBLICO E EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS

O orçamento público pode ser definido, modernamente, como um instrumento de planejamento a favor do poder público, considerado parte de um arranjo institucional e de relações de poder que refletem processos decisórios baseados em regras definidoras do papel de cada ator envolvido em sua elaboração no Estado de Direito, visando a previsão dos gastos e o controle das contas do governo<sup>30 31 32</sup>.

No processo orçamentário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 determinou a prerrogativa exclusiva do Poder Executivo de iniciar toda e qualquer proposta de legislação orçamentária, que se divide em planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, embora haja a previsão de um sistema de freios e contrapesos, em que um poder controla a atuação do outro<sup>33 34</sup>. Ao Poder Legislativo compete apreciar, aprovar e fiscalizar o orçamento aprovado, apesar de o espaço de discussão se limitar à apresentação de emendas ordinárias aos textos, que, em geral, eram superficiais<sup>35</sup>.

As emendas ordinárias referem-se à prerrogativa dos membros das Casas Legislativas de interagirem com projetos de leis não necessariamente de sua autoria, para incluir, alterar ou suprimir artigos, adequando-os aos interesses de seus representados<sup>36</sup>. Nota-se que as emendas ordinárias apresentadas à LOA podem ser tanto individuais como coletivas; estas últimas quando apresentadas por Comissões ou bancadas de legisladores, e, em qualquer caso, devem estar de acordo com o PPA, a LDO e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Por

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Dayane Rossy Pereira de. *Mudança institucional e emendas ao orçamento da União: avaliando o impacto da EC no 86 de 2015 (Orçamento Impositivo Flexível)*. 2019. Dissertação - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Lizziane Souza Queiroz Franco de. *Orçamento público na história do constitucionalismo brasileiro: a Lei 4.320/64 e a permanência do projeto político institucional militar na Constituição de 1988*. 2019. Tese - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

<sup>32</sup> SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento Impositivo e Relação entre Poderes no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 31, p. 339–396, 2020.

<sup>33</sup> FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 303–344, 2002.

<sup>34</sup> SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento Impositivo e Relação entre Poderes no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 31, p. 339–396, 2020.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Dayane Rossy Pereira de. *Mudança institucional e emendas ao orçamento da União: avaliando o impacto da EC no 86 de 2015 (Orçamento Impositivo Flexível)*. 2019. Dissertação - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

<sup>36</sup> MELLO, Luiz Henrique Duarte Pereira de. *A relação entre os poderes executivo e legislativo quanto às emendas individuais ao orçamento*. 2012. Monografia - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2012.

conta disso, é por meio dessas emendas que o Poder Legislativo participa do processo decisório em torno das escolhas orçamentárias.

Apesar disso, persiste uma divergência na literatura acerca da natureza das leis de orçamento público, que se traduz no questionamento sobre a natureza do próprio orçamento: autorizativo ou impositivo<sup>37 38 39</sup>. Na primeira corrente, o orçamento público é visto apenas como uma autorização para realizar os gastos públicos, isto é, uma permissão para que determinada programação seja executada<sup>40</sup>. Nesse modelo, a programação é definida pelo Executivo e autorizada pelo Legislativo, garantindo ampla margem de manobra e execução facultativa<sup>41 42</sup>. Na segunda possibilidade, não se admite a inexecução das despesas previstas na LOA e o parlamento ganharia papel mais ativo na definição do gasto público, haja vista a necessidade de cumprimento integral da peça orçamentária<sup>43 44</sup>.

Essas divergências teóricas também foram objeto de interesse do Legislativo, uma vez que os debates acerca da necessidade de um orçamento impositivo não são recentes no Congresso Nacional. Desde os anos 2000 diversas proposições tramitaram na perspectiva de incluí-lo na Constituição Federal de 1988<sup>45</sup>, sob a justificativa que o orçamento público possui caráter meramente autorizativo, no qual parte das despesas previstas na LOA são passíveis de contingenciamento pelo Poder Executivo<sup>46 47 48</sup>, resultado em conflitos entre os dois poderes.

Apesar da técnica do contingenciamento das despesas estar prevista na LRF e servir como uma forma de garantia do equilíbrio financeiro e fiscal, caso haja frustração das receitas realizadas no bimestre<sup>49</sup>, a insatisfação do Poder Legislativo persistiu na perspectiva de alterar o caráter do orçamento público, aproximando-o de um modelo obrigatório, ao menos em

<sup>37</sup> LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 26, p. 5–16, 2003.

<sup>38</sup> PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento impositivo: viabilidade, conveniência e oportunidade*. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1549>. Acesso em: 6 abr. 2024.

<sup>39</sup> REBOUÇAS, Antônio Helder Medeiros. *A impositividade das emendas parlamentares ao orçamento à luz do princípio constitucional do planejamento público: um exame sob as perspectivas da “resposta correta” e do “direito como integridade” em Dworkin e das pré-compreensões em Gadamer*. 2014. Tese - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>40</sup> ARAÚJO, Adailson Pinho de; OLIVEIRA, Lizziane Sousa Queiroz Franco de. Orçamento impositivo municipal: análise de sua adoção pelo município de Mossoró/RN. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 870–898, 2024.

<sup>41</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria *et al.* As emendas parlamentares no orçamento federal da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, [S. l.], v. 28, n. 12, p. 2267–2279, 2012.

<sup>42</sup> GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 39, p. 61–72, 2010.

<sup>43</sup> MARTINS, Urá Lobato. Orçamento impositivo brasileiro: reflexão sobre os avanços e as limitações decorrentes da Emenda Constitucional n. 86/2015. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 382–398, 2016.

<sup>44</sup> MENDES, Barbara Castro de. *Orçamento impositivo no Brasil: uma análise das implicações de sua adoção pela União*. 2015. Monografia - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2015.

<sup>45</sup> LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 26, p. 5–16, 2003.

<sup>46</sup> GUIMARÃES, Duanne Emanuel Leal. Orçamento impositivo: o viés político na alocação de recursos das emendas individuais. *Revista de Ciências Contábeis*, [s. l.], v. 11, n. 21, p. 81–99, 2020.

<sup>47</sup> MARTINS, Urá Lobato. Orçamento impositivo brasileiro: reflexão sobre os avanços e as limitações decorrentes da Emenda Constitucional n. 86/2015. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 382–398, 2016.

<sup>48</sup> PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento impositivo: viabilidade, conveniência e oportunidade*. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1549>. Acesso em: 6 abr. 2024.

<sup>49</sup> GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 39, p. 61–72, 2010.

determinados percentuais, principalmente por meio da adoção das emendas parlamentares impositivas. Os defensores do orçamento impositivo, com efeito, advogam pelo fortalecimento das Casas Legislativas, o que resultaria no reequilíbrio de forças institucionais<sup>50</sup>, além de evocar o argumento da profissionalização da atividade financeira do Estado<sup>51</sup>.

As diferentes versões em debate para um orçamento impositivo se estendiam desde uma versão extrema, em que o Governo deveria cumprir integralmente a programação orçamentária definida pelos parlamentares, uma versão intermediária, na qual o gestor público deveria pedir autorização ao parlamento para executar os programas, e ainda um modelo menos rígido pelo qual o Executivo deveria cumprir apenas parte do planejado na peça orçamentária<sup>52</sup>.

Nesse contexto, inicialmente, sob o Governo Dilma Rousseff (2011-2016), o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 86, em 17 de março de 2015, alterando os artigos 165, 168 e 198 da Constituição Federal a fim de tornar obrigatória a execução de emendas individuais à lei orçamentária até o limite de 1,2% da receita corrente líquida (RCL) realizada no ano anterior. Desse total, 50%, ou seja, 0,6% da RCL, seriam aplicados na área de saúde<sup>53 54</sup>.

A aprovação do orçamento impositivo nos moldes alhures fez parte de uma tendência mais ativa dos congressistas, quando passaram a exercer maiores taxas de ativismo legislativo, colocando o Poder Executivo em posição de defesa<sup>55</sup>. Interpretada, assim, como uma vitória, o Legislativo consagrou a figura das emendas individuais ou impositivas<sup>56</sup>, havendo a discricionariedade de cada deputado federal ou senador deliberar individualmente acerca da aplicação de sua cota pessoal<sup>57</sup>. Por conta dessa inovação, o Poder Legislativo tende a depender menos do Poder Executivo, haja vista que a execução das programações deve ocorrer de forma obrigatória e equitativa<sup>58 59 60</sup>.

<sup>50</sup> SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento Impositivo e Relação entre Poderes no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 31, p. 339–396, 2020.

<sup>51</sup> PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento impositivo: viabilidade, conveniência e oportunidade*. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1549>. Acesso em: 6 abr. 2024.

<sup>52</sup> LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 26, p. 5–16, 2003.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Dayane Rossy Pereira de. *Mudança institucional e emendas ao orçamento da União: avaliando o impacto da EC no 86 de 2015 (Orçamento Impositivo Flexível)*. 2019. Dissertação - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

<sup>54</sup> SANTOS, Sérgio Ricardo Silva dos. *Orçamento impositivo: o que mudou?* 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

<sup>55</sup> DINIZ, Vítor de Almeida. *PEC do orçamento impositivo: um sonho que virou realidade?* 2016. Tese - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

<sup>56</sup> CAPELLINI, Gustavo de Almeida. *Execução de emendas parlamentares e orçamento impositivo brasileiro*. 2018. Tese - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

<sup>57</sup> SANTOS, Sérgio Ricardo Silva dos. *Orçamento impositivo: o que mudou?* 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

<sup>58</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; LUBKE, Mariane Yuri Shiohara. Impedimentos à execução do orçamento impositivo e o prejuízo ao planejamento da atividade do Estado. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 7, n. 1, p. 83–112, 2020.

<sup>59</sup> CARRA, César Augusto. O orçamento impositivo aos estados e aos municípios. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 73–90, 2015.

<sup>60</sup> SILVA, Adeildo Telles da; GUIMARÃES, André Rodrigues. Orçamento público e financiamento das universidades federais no Brasil. *Cadernos de Pós-graduação*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 106–117, 2022.

Sob o Governo Jair Messias Bolsonaro (2019-2022), a impositividade de parte do orçamento foi estendida também às emendas de bancada, seguida de um fortalecimento do papel do relator da LOA, em um mecanismo de transferências de recursos denominado “orçamento secreto”, pelo qual essa autoridade poderia incluir emendas que demandavam execução prioritária por parte do Poder Executivo<sup>61</sup>. Posteriormente, em dezembro de 2022, um dos desdobramentos da vitória de Luiz Inácio Lula da Silva foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 126, popularmente chamada de “PEC da Transição” que garantiu, além de recursos ao novo governante eleito, aumento no valor das emendas individuais, antes de 1,2% para 2% da RCL realizada no ano anterior, em benefício ao próprio parlamento.

Visto o histórico das emendas individuais no Brasil, observa-se que a literatura relaciona a previsão daquelas sob dois argumentos básicos: pela separação de poderes própria do presidencialismo, e pela necessidade de reeleição dos parlamentares interessados<sup>62</sup>. No primeiro caso, observa-se a ausência de mecanismos para garantir o apoio político para a agenda legislativa do Poder Executivo, por isso o governante necessita liberar recursos para execução das dotações previstas nas emendas individuais<sup>63 64</sup>. O segundo argumento parte da conexão eleitoral para a justificação do orçamento impositivo, pois o parlamentar precisaria demonstrar à sua base benefícios tangíveis, no modelo identificado como “voto pessoal”, em que o eleitor retribui o voto em reconhecimento aos serviços prestados<sup>65</sup>.

Com efeito, a necessidade de impositividade às emendas individuais pressupõe conflito entre os poderes, uma vez que essa busca resultou na ampliação da participação legislativa nas decisões de alocação do orçamento público, algo que anteriormente não ocorria<sup>66</sup>, ademais de ser visto como uma forma de efetivação das promessas eleitorais vinculadas aos parlamentares. Embora não tenha sido constatada relação sistemática entre execução de emendas individuais e apoio à agenda do presidente ao menos em votações nominais no plenário do Congresso Nacional<sup>67</sup>, há resultados que sugerem que parlamentares de partidos

---

<sup>61</sup> MELO, Carlos Ranulfo. Democracia, direita e “Lula 3”: a eleição de 2022 e seus desdobramentos. *Caderno CRH*, Salvador, v. 37, p. e024002, 2024.

<sup>62</sup> LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737–776, 2005.

<sup>63</sup> PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 265–301, 2002.

<sup>64</sup> SANTOS, Maria Helena de Castro; MACHADO, Érica Massimo; ROCHA, Paulo Eduardo Nunes de Moura. O jogo orçamentário da União: relações Executivo-Legislativo na terra do pork-barrel. In: DINIZ, E.; AZEVEDO, S (org.). *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. 1. ed. Brasília: Editora da UnB/ENAP, 1997. v. 1.

<sup>65</sup> CAIN, Bruce; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. *The personal vote: Constituency service and electoral independence*. Nova Iorque: Harvard University Press, 1987.

<sup>66</sup> REBOUÇAS, Antônio Helder Medeiros. *A impositividade das emendas parlamentares ao orçamento à luz do princípio constitucional do planejamento público: um exame sob as perspectivas da “resposta correta” e do “direito como integridade” em Dworkin e das pré-compreensões em Gadamer*. 2014. Tese - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>67</sup> VASSELAI, Fabricio; MIGNOZZETTI, Umberto G. O Efeito das Emendas ao Orçamento no Comportamento Parlamentar e a Dimensão Temporal: Velhas Teses, Novos Testes. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, p. 817–853, 2014.

de ministros de Estado são os mais beneficiados pelo instrumento<sup>68 69</sup>, que o gasto por emendas se concentra no foco municipal por meio de transferências aos governos locais<sup>70</sup> e a aprovação universal de emendas não possui discussão adequada<sup>71</sup>.

Diante disso, verifica-se serem amplas as perspectivas de abordagem das emendas individuais, seja no âmbito da relação existente entre os poderes e seus conflitos, seja no processo de indicação, aprovação e, especialmente, de execução desses recursos orçamentários<sup>72</sup>.

Pelo exposto, denota-se, outrossim, que o processo de ativismo legislativo iniciado em 2015 está estabelecido e opera anualmente pela indicação de emendas individuais à LOA. Tanto que o próprio Senado Federal, por meio de sua Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle, lançou no SIGA Brasil o Painel Emendas, destinado exclusivamente ao acompanhamento da execução das emendas parlamentares ao longo dos anos. Porém, como será exposto, após revisão de literatura sobre o tema da indicação e execução das emendas individuais, não há estudos que se concentrem nas universidades federais rurais.

## 2 INDICAÇÃO E EXECUÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES

Emendas parlamentares concretizam a indicação de despesas públicas no limite de 2% do orçamento global projetado na LOA, a fim de atender demandas específicas da base eleitoral<sup>73</sup>. O fluxo desses recursos ocorre desde a proposição parlamentar, passando por diferentes níveis da burocracia estatal do Governo Federal, até a execução por meio de transferências intergovernamentais, constituindo um importante marcador para explorar o funcionamento do sistema político e burocrático brasileiro<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; JUCÁ, Ivan Chaves. A execução das emendas orçamentárias individuais: papel de ministros, cargos de liderança e normas fiscais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 25, p. 47–86, 2018.

<sup>69</sup> BATISTA, Mariana. A Conexão Ministerial: governo de coalizão e viés partidário na alocação de emendas parlamentares ao orçamento (2004-2010). *Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 3–16, 2015.

<sup>70</sup> BAIÃO, Alexandre Lima. *Emendas orçamentárias individuais: efeitos eleitorais, condicionantes da execução e qualidade do gasto público*. 2016. Tese - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

<sup>71</sup> SOUZA, Fernando Sanchez de. *Representatividade vs. gastos públicos: um estudo das emendas parlamentares individuais ao orçamento*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Presbiteriana Mackenzie, Higienópolis, 2018.

<sup>72</sup> CASTRO, Barbara Mendes de. *Orçamento impositivo e emendas parlamentares individuais: uma análise das implicações da adoção da Emenda Constitucional no 96/2018 pelo Estado de Minas Gerais*. 2021. Dissertação - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2021.

<sup>73</sup> CAVALCANTI, Vilma Pereira; TONELLI, Dany Flavio; CAETANO, Eduardo Ferreira da Silva. Emendas parlamentares no Ministério da Educação: governança ou desgovernança no financiamento das universidades federais? *SciELO Preprints*, [S. l.], 2024.

<sup>74</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, [S. l.], v. 27, n. 71, p. e0004, 2019.

A literatura tem buscado mapear, em alguma medida, quais áreas ou setores estão sendo beneficiados por meio desses recursos ao longo do tempo. Tavares<sup>75</sup> comparou a execução orçamentária tanto de emendas ordinárias como individuais no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação entre 2012 e 2015, observando, entre outras considerações, que 70% dos recursos foram executados. Contudo, a autora destaca que o orçamento impositivo ainda exige diversas mudanças na relação entre os poderes a fim de concretizar a redistribuição de responsabilidades.

Em outra perspectiva, Bento<sup>76</sup> realizou a análise quantitativa da eficácia das emendas individuais registradas no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV) entre 2014 e 2016, confrontando a quantidade de beneficiários indicados e a utilização efetiva do recurso transferido. Os principais resultados encontrados revelam que 2014 foi o ano com maior indicação de beneficiários, número de emendas e recursos indicados, com diminuição em quase 50% quando comparados ao ano de 2015 e leve retomada em 2016. Isso sugere que os atores envolvidos em cada poder ainda estavam em momentos de se apropriarem das novidades do orçamento impositivo.

O papel dos ministros e de seus partidos políticos também foi foco de atenção na literatura, principalmente pelos achados de Baião, Couto e Jucá<sup>77</sup> e Batista<sup>78</sup>, ao confirmarem a hipótese de que a execução de emendas é maior quando o deputado proponente é do mesmo partido do ministro responsável pela dotação orçamentária específica, em comparação com aquelas em que inexistente tal alinhamento partidário. Além disso, os primeiros autores demonstraram que membros e líderes partidários da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional têm uma taxa maior de execução de suas emendas individuais<sup>79</sup>.

Aliado a isso, os achados de Bonfim e Sandes-Freitas<sup>80</sup> sugerem o domínio do Poder Executivo no tempo de liberação das emendas individuais em todas as etapas do ciclo financeiro, seja pela utilização do contingenciamento de despesas ou inscrição em restos a pagar, seja pela exclusão de emendas com problemas técnicos, a partir da análise de dois períodos distintos: antes e depois da constitucionalização do orçamento impositivo. Os

<sup>75</sup> TAVARES, Raquel Pereira. *Orçamento impositivo de emendas parlamentares individuais: análise comparativa da execução orçamentária de 2012 a 2015 no âmbito do MCTIC*. 2016. Monografia - Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2016.

<sup>76</sup> BENTO, Edercio Marques. *Análise quantitativa das emendas parlamentares: estudo de caso dos beneficiários do orçamento impositivo registradas no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV*. 2017. Monografia - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

<sup>77</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; JUCÁ, Ivan Chaves. A execução das emendas orçamentárias individuais: papel de ministros, cargos de liderança e normas fiscais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 25, p. 47–86, 2018.

<sup>78</sup> BATISTA, Mariana. A Conexão Ministerial: governo de coalizão e viés partidário na alocação de emendas parlamentares ao orçamento (2004-2010). *Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 3–16, 2015.

<sup>79</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; JUCÁ, Ivan Chaves. A execução das emendas orçamentárias individuais: papel de ministros, cargos de liderança e normas fiscais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 25, p. 47–86, 2018.

<sup>80</sup> BONFIM, Raul Wesley Leal; SANDES-FREITAS, Vítor Eduardo Veras de. Quem controla o orçamento? Apontamentos sobre o timing de liberação das emendas orçamentárias individuais. *CAOS – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, João Pessoa, v. 2, n. 23, p. 139–156, 2019.

autores destacam que o controle majoritário do Governo se estende mesmo após a inclusão das emendas impositivas na Constituição Federal.

Na esfera do desenvolvimento regional, Santos e Reis<sup>81</sup> argumentam que as emendas de relator impactaram a execução de políticas públicas na área no período de 2020 a 2022. Os autores constataram que a administração do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR) seguiu prioridades diversas daquelas previstas nas peças orçamentárias, chegando a comprometer até 40,72% do orçamento para execução das emendas de relator, concluindo que essa modalidade de transferência, aliada à falta de transparência, compromete a implementação de políticas previamente planejadas<sup>82</sup>.

Na área da saúde, a qualidade do gasto público foi objeto de análise por autores como Baptista *et al.*<sup>83</sup>, Baião, Couto e Oliveira<sup>84</sup> e Medina *et al.*<sup>85</sup>. Os primeiros apontam que as emendas parlamentares na área da saúde são mais importantes em anos de restrição orçamentária e possuem grau de execução diferenciado em cada PPA, explicado possivelmente por contextos políticos específicos. Além disso, destacam a natureza conflituosa da liberação dos recursos para esta área, gerando práticas que comprometem a eficiência do gasto e o fortalecimento dos investimentos federais.

Os segundos autores argumentam que os recursos de emendas individuais em saúde possuem foco em programações municipais<sup>86</sup>, conforme já sinalizado por Baião<sup>87</sup>, argumentando ainda que a primeira Emenda Constitucional que tratou sobre orçamento impositivo já previa que 50% do montante deveria ser destinado a essa área. Contudo, ao separar municípios com maior carência de recursos, percebeu-se que estes são os que menos recebem emendas parlamentares, revelando que critérios relacionados à situação da saúde municipal importam pouco para a decisão dos congressistas.

Por outro lado, Medina *et al.*<sup>88</sup> analisaram a relação entre destinação de emendas individuais na saúde e sua relação de ganho político ao parlamentar. Constatou-se que fatores políticos e técnicos, como indicadores sociais e de saúde, podem impulsionar a alocação de verbas ao nível local, pelos quais se infere que os parlamentares estão preocupados em corrigir

<sup>81</sup> SANTOS, Brena; REIS, Ulisses. A interferência do orçamento secreto na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional (2020-2022). *Revista Jurídica da UFRSA*, Mossoró, v. 8, n. 15, p. 189–209, 2024.

<sup>82</sup> SANTOS, Brena; REIS, Ulisses. A interferência do orçamento secreto na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional (2020-2022). *Revista Jurídica da UFRSA*, Mossoró, v. 8, n. 15, p. 189–209, 2024.

<sup>83</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria *et al.* As emendas parlamentares no orçamento federal da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, [S. l.], v. 28, n. 12, p. 2267–2279, 2012.

<sup>84</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, [S. l.], v. 27, n. 71, p. e0004, 2019.

<sup>85</sup> MEDINA, Silvana Aparecida *et al.* Alocação das emendas parlamentares individuais: correção de assimetria em saúde ou ganho político? *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 98–125, 2023.

<sup>86</sup> BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, [S. l.], v. 27, n. 71, p. e0004, 2019.

<sup>87</sup> BAIÃO, Alexandre Lima. *Emendas orçamentárias individuais: efeitos eleitorais, condicionantes da execução e qualidade do gasto público*. 2016. Tese - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

<sup>88</sup> MEDINA, Silvana Aparecida *et al.* Alocação das emendas parlamentares individuais: correção de assimetria em saúde ou ganho político? *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 98–125, 2023.

assimetrias do sistema público de saúde ao mesmo tempo em que negociam políticas públicas locais em busca do voto pessoal<sup>89</sup> ou de uma relação clientelista.

Outra perspectiva adotada para analisar o processo de indicação e execução de emendas individuais diz respeito às chances de um município recebê-las, bem como os efeitos desse recebimento. Segundo Cate<sup>90</sup>, emendas enviadas a prefeitos com alinhamento ideológico ao parlamentar federal possuem valores superiores às demais, corroborando os achados de Baião<sup>91</sup>. A partir de 2017, a competição eleitoral municipal tornou-se um fator relevante para o recebimento por meio de emendas. A autora destaca ainda que a arrecadação própria, por exemplo, por meio de impostos, tem relação negativa com o recebimento de emendas individuais.

Assim, a revisão destaca a ausência de estudos sobre o processo de indicação e execução de emendas individuais nas universidades federais rurais. Por isso, é importante investigar como essas emendas são alocadas nesse contexto específico, a fim de compreender melhor a distribuição desses recursos e seus impactos.

## 2.1 EMENDAS PARLAMENTARES NA EDUCAÇÃO SUPERIOR E RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Em 2016, por meio da Emenda Constitucional nº 95, instituiu-se o novo regime fiscal com o objetivo de dar sustentabilidade às despesas públicas ao mesmo tempo em que ancora as expectativas dos agentes econômicos e de mercado. Nesse regime, o teto de gastos primários estabelece um limite, por Poder e por órgão autônomo, que corresponde ao gasto do ano anterior corrigido pela inflação<sup>92</sup>. Esse arcabouço representa um desafio em matéria de políticas públicas, pois se a trajetória das despesas é crescente, influenciada por fatores demográficos e de arrecadação, o teto de gastos primários impõe uma redução nas despesas discricionárias<sup>93</sup>.

Nessa sistemática, de limitação de despesas públicas, muitas entidades da administração pública indireta – como as universidades federais –, buscam a alternativa das emendas parlamentares como complemento às suas demandas orçamentárias e de despesas discricionárias<sup>94</sup>. Essas emendas podem ser classificadas como individuais, de bancada, de

<sup>89</sup> CAIN, Bruce; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. *The personal vote: Constituency service and electoral independence*. Nova Iorque: Harvard University Press, 1987.

<sup>90</sup> CATE, Lidia Ten. Quem recebe e que diferença fazem: emendas orçamentárias nos municípios brasileiros pós EC 86/2015 (2015-2019). *Opinião Pública*, Campinas, v. 29, n. 3, p. 792–826, 2023.

<sup>91</sup> BAIÃO, Alexandre Lima. *Emendas orçamentárias individuais: efeitos eleitorais, condicionantes da execução e qualidade do gasto público*. 2016. Tese - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

<sup>92</sup> DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. *Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending?* 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

<sup>93</sup> SOUZA JÚNIOR, José Ronaldo de C. *et al.* A Política Fiscal e o teto dos gastos públicos. *Carta de Conjuntura*, Brasília, n. 44, 1–16, 2019.

<sup>94</sup> CAVALCANTI, Vilma Pereira; TONELLI, Dany Flavio; CAETANO, Eduardo Ferreira da Silva. Emendas parlamentares no Ministério da Educação: governança ou desgovernança no financiamento das universidades federais? *SciELO Preprints*, [S. l.], 2024.

comissão ou de relatoria<sup>95</sup> e, em todos os casos, se submetem a normas rígidas fixadas pela Constituição Federal de 1988, pela Lei Complementar n.º 101/2000 e pela Lei n.º 4.320/1964.

No que se refere à educação superior, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 208, inciso V, que o dever do Estado com essa modalidade será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística. Logo em seguida, no artigo 211, é ressaltado que é de competência da União a organização do sistema e financiamento das instituições de ensino públicas federais. Para a sua manutenção, ficou estabelecido o investimento da receita resultante de impostos, de no mínimo 18%. Apesar da existência dessa vinculação, o montante recebido ainda é insuficiente<sup>96</sup>.

Outra forma de destinação de recursos é justamente por meio das emendas parlamentares individuais, tanto que o próprio Ministério da Educação edita anualmente uma Cartilha Orientativa sobre a temática<sup>97</sup>. Em 2024, as principais ações que podem ser objeto de emenda são: expansão, reestruturação e modernização das instituições federais de ensino superior; reconstrução e modernização do Museu Nacional; ampliação e reestruturação de instituições militares de ensino superior; funcionamento das universidades federais; assistência aos estudantes das universidades federais; fomento às ações de graduação; pós-graduação; pesquisa e extensão, entre outras<sup>98</sup>.

Assim, o orçamento impositivo tem sido um tema de relevância crescente no contexto político brasileiro. Sua implementação visa garantir maior autonomia ao Poder Legislativo sobre a destinação de recursos públicos, influenciando diretamente áreas-chave como o financiamento da educação superior<sup>99</sup>.

As pesquisas que relacionam emendas e universidades federais são eficazes em demonstrar as áreas favorecidas pelos parlamentares no subtema da educação superior. Dória<sup>100</sup>, por exemplo, em estudo sobre as emendas destinadas à UnB entre 2008 e 2022, identificou cento e trinta e sete emendas individuais, treze de bancada e uma de comissão, totalizando quase R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais) no período. Entre as ações a que se esses recursos se destinaram, 60% foram para o financiamento de pesquisa, ensino, extensão ou projetos de edificações. Outrossim, Fernandes e Oliveira<sup>101</sup> identificaram que as emendas impositivas na UFF são utilizadas para amenizar os efeitos do novo regime fiscal, tanto que o comportamento da universidade se volta para essa captação, o que resultou em

<sup>95</sup> VESELY, Thiago Andriago. *Emendas orçamentárias como instrumento de coordenação no legislativo brasileiro*. 2012. Monografia de Especialização - Câmara dos Deputados, Brasília, 2012.

<sup>96</sup> KROTH, Darlan Christiano; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. O impacto dos gastos públicos municipais sobre a qualidade da educação: uma análise de variáveis instrumentais entre 2007 e 2011. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 53, p. 327–355, 2019.

<sup>97</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Cartilha Orientativa de Emendas Parlamentares MEC 2024*. Brasília: MEC, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/media/publicacoes/emendas-parlamentares-mec-2024.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> SOUZA, Mateus Versieux de. *Emendas parlamentares como fonte adicional de recursos educacionais: uma análise da sua representatividade em gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, em estados nordestinos, de 2007 a 2017*. 2022. Tese - Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2022.

<sup>100</sup> DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. *Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending?* 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

<sup>101</sup> FERNANDES, Gisele Souza da Silva; OLIVEIRA, Antonio José Barbosa de. Alocação de recursos orçamentários provenientes de emendas parlamentares: o caso da Universidade Federal Fluminense. *Revista Práticas em Gestão Pública Universitária*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 26–50, 2023.

mais de R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) de recursos entre os anos de 2019 e 2022.

Embora existam pesquisas sobre emendas individuais no âmbito das universidades federais, como demonstrado anteriormente, ainda há uma lacuna no estudo sobre as universidades federais rurais, que esta pesquisa busca abordar.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta pesquisa é caracterizada como documental de natureza descritiva, uma vez que seu objetivo é a descrição das características de um fenômeno ou fato, ou seja, como ocorre a distribuição das emendas parlamentares individuais em universidades federais rurais. Segundo Gil<sup>102</sup> e Marconi e Lakatos<sup>103</sup>, pesquisas dessa natureza também objetivam descobrir se há associações entre variáveis distintas de um mesmo comportamento ou situação.

A abordagem do estudo foi mista, ou seja, tanto qualitativa quanto quantitativa. Primeiramente, a pesquisa qualitativa adota um enfoque interpretativista, no qual os fatos sociais devem ser entendidos a partir da perspectiva daqueles que o vivenciam. A abordagem quantitativa, por outro lado, adota um enfoque positivista, mais próximo às ciências naturais, ao utilizar atributos mensuráveis para descrever as causas do fenômeno. Portanto, justifica-se a necessidade de instrumentalização de ambas, uma vez que há dados que só podem ser analisados sob uma das duas abordagens<sup>104 105 106</sup>.

Os dados originais para a composição da base de dados da pesquisa foram obtidos no site do SIGA Brasil, do Senado Federal. Este sistema é amplamente utilizado como ferramenta de trabalho em diversos órgãos federais e estaduais, proporcionando acesso rápido a informações gerenciais relevantes e imediatas nas áreas de planejamento, orçamento, fiscalização e controle, integrando diversas bases de dados dos Poderes Executivo e Legislativo<sup>107</sup>. Seu objetivo é, portanto, favorecer o empoderamento da sociedade por meio da transparência e controle social do gasto público<sup>108</sup>.

Desde agosto de 2023, o SIGA Brasil disponibiliza o Painel Emendas, contendo dados dos recursos das emendas parlamentares individuais aprovadas, autorizadas e executadas desde 2015, permitindo o detalhamento e visualização dessas operações entre a aprovação no Congresso Nacional e o beneficiário do pagamento. A disponibilidade oficial dos dados

<sup>102</sup> GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

<sup>103</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

<sup>104</sup> RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>105</sup> GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

<sup>106</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

<sup>107</sup> BASTOS, Helena Assaf. SIGA Brasil: tecnologia da informação a serviço da eficiência, transparência e controle social do gasto público. *Senatus*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 87–91, 2009.

<sup>108</sup> REGLY, Tainá; SOUZA, Rosali Fernandez. Aspectos visuais e informacionais dos Dados Governamentais Abertos disponibilizados pelo SIGA Brasil. *Revista Científica da UEM: Série Letras e Ciências Sociais*, Maringá, v. 4, n. 1, p. 1–1, 2024.

permite, além de um imperativo de transparência, uma análise qualitativa e quantitativa dos montantes executados ao longo do tempo nas universidades federais rurais.

Em junho de 2024, aplicaram-se filtros temporais, da Unidade Orçamentária (UO) ajustada e do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) ao Painel Emendas para montar a base de dados em formato tabular. O recorte temporal abrangeu o período entre 2016, um ano depois da constitucionalização das emendas individuais, e 2023, último ano com exercício financeiro e orçamentário já encerrado. A UO ajustada englobou as quatro universidades de interesse.

A base de dados foi importada para o *Google Sheets* e, após a padronização e o tratamento de algumas variáveis, foram selecionadas as colunas necessárias para a análise comparativa entre as IES. Para testar a associação entre duas variáveis de interesse, o coeficiente de correlação de Pearson, via *software RStudio*, foi selecionado como a técnica estatística mais apropriada devido à natureza dos dados e robustez contra desvios moderados das premissas.

Como o principal objetivo é analisar como os deputados federais e senadores distribuíram os recursos de emendas parlamentares individuais nessas instituições de ensino superior, os gráficos foram criados para apresentar dados de cada universidade de interesse, utilizando os indicadores de comparação definidos pela natureza descritiva da pesquisa. Isso resultou em quatro variáveis que serão exploradas na próxima seção.

Para a construção de análises quantitativas e qualitativas mais precisas, foi aplicado aos valores em reais de todas as emendas a atualização pelo índice oficial de inflação do Brasil (IPCA) do mês de junho de 2024. Para fins de compreensão, os resultados serão apresentados e discutidos a seguir.

#### **4 ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS: EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS E SUA DISTRIBUIÇÃO ENTRE UNIVERSIDADES FEDERAIS RURAIS**

Considerando o volume dos dados, principalmente os quantificados, torna-se indispensável organizá-los e agrupá-los em gráficos, a fim de apresentá-los de forma mais funcional, clara e imediata. É o que se expõe.

##### **4.1 QUANTIDADE DE EMENDAS INDIVIDUAIS EXECUTADAS**

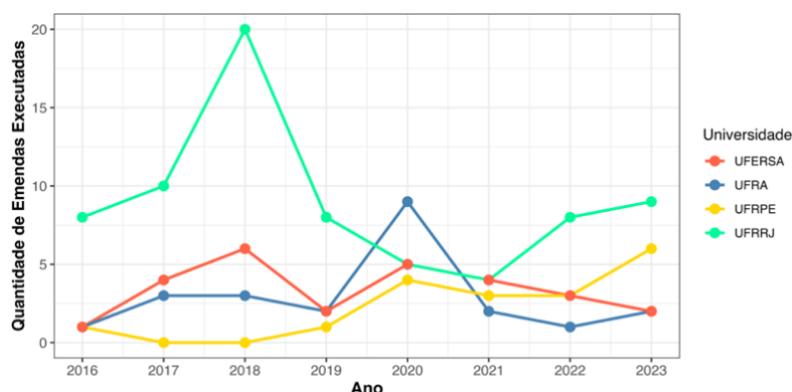
O primeiro indicador comparativo foca na quantidade de emendas individuais executadas pelas IES rurais. Essa análise é importante porque permite observar picos e quedas de recebimento, isto é, em quais anos os parlamentares federais mais encaminharam recursos para essas instituições.

A análise quantitativa das emendas recebidas ao longo do tempo pode demonstrar o grau de inclinação que cada legislador federal dispõe para incluir as IES em suas agendas de orçamento impositivo, num cenário de inúmeros atores e entidades que podem potencialmente ser beneficiados.

Por isso, mais do que entender os números individualizados de cada universidade, há a necessidade de compará-los em perspectiva. O Gráfico 1 parte dessa necessidade, permitindo visualizar a evolução de cada IES ao longo do tempo na variável de quantidade de emendas executadas.

Gráfico 1

*Quantidade de emendas individuais executadas por universidade entre 2016-2023*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) a partir de dados coletados no SIGA Brasil.

Inicialmente, no que se refere à UFRA, percebe-se um pico isolado de emendas executadas em 2020, seguido por uma queda no ano seguinte e que persistiu até 2023, quando apenas dois repasses foram executados.

Em atenção à região Nordeste, observa-se que a UFRPE vivenciou o nascimento do orçamento impositivo sem um número relevante de emendas individuais recebidas, inclusive não as contabilizando em 2017 e 2018. Apesar de um aumento não expressivo em 2020, nos dois anos seguintes, verifica-se uma nova queda.

A UFERSA, por outro lado, experimentou números positivos nos primeiros anos de implementação das emendas individuais, atingindo o seu maior número na série histórica em 2018. Contudo, a partir de 2020, o número tem caído ano a ano.

Denota-se que o baixo número de emendas a partir de 2021 da UFERSA é compartilhado entre a UFRA. Uma hipótese pode estar relacionada à pandemia de SARS-CoV-2 (COVID-19), em que possivelmente os parlamentares federais focaram seus recursos na pauta da saúde pública, a despeito das universidades federais rurais de seus Estados.

Na região Sudeste, semelhante às demais IES, a UFRRJ apresentou uma baixa não consistente a partir de 2020, com aumento rápido entre 2022 e 2023, de acordo com o Gráfico 1. Além disso, entre 2017 e 2018 houve aumento de 200% das emendas individuais recebidas e executadas, sugerindo um grau acentuado de interesse dos parlamentares por essa instituição.

Por fim, o ano com o maior número de emendas executadas foi 2018, novamente por conta da UFRRJ, embora a UFRPE não tenha registrado nenhuma emenda recebida. Em segundo lugar, tem-se o ano de 2020, quando a UFRA registrou o maior número e elevou o

montante geral. Assim, as quatro universidades federais rurais receberam, entre 2016 e 2023, o número total de 140 emendas individuais.

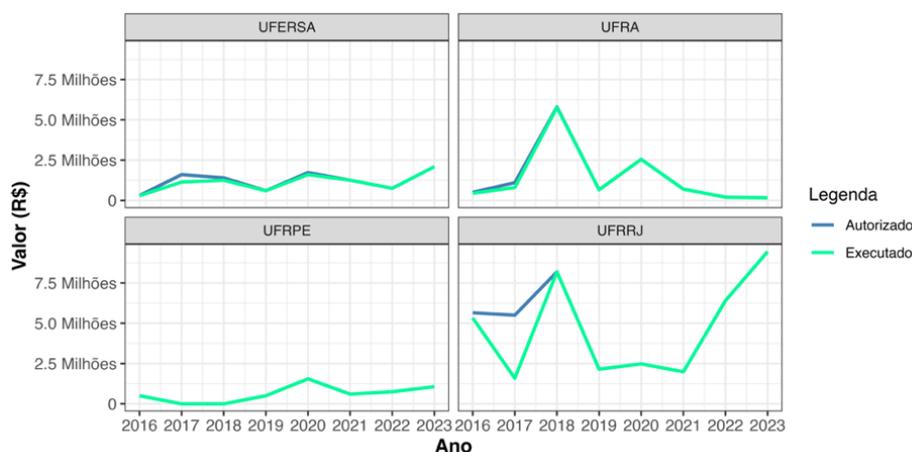
#### 4.2 VALOR AUTORIZADO VS VALOR EXECUTADO

O segundo indicador comparativo diz respeito ao valor autorizado para a despesa das emendas individuais e ao valor efetivamente executado. A autorização, nesse contexto, refere-se à possibilidade de a despesa ser realizada, caso não existam impedimentos de ordem técnica. Significa, portanto, autorização do Poder Executivo para a consecução do gasto. Já a execução está relacionada à utilização efetiva dos créditos consignados na fase de autorização, envolvendo o empenho, a liquidação e o pagamento. Nos termos utilizados pelo SIGA Brasil, a execução é a última fase do ciclo da emenda parlamentar.

Diante disso, procedeu-se à análise comparativa dos valores das emendas individuais autorizadas e efetivamente executadas nas universidades federais rurais. O Gráfico 2 sintetiza os achados.

Gráfico 2

*Evolução do valor de emendas individuais autorizados e executados por ano em cada universidade*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) a partir de dados coletados no SIGA Brasil.

Preliminarmente, percebe-se bom planejamento e uso das emendas individuais destinadas à UFRA, pois, em 2016 e a partir de 2018, o valor autorizado é igual ao valor executado. O único ano que foge à regra é 2017, quando a execução foi menor do que o inicialmente autorizado.

Na UFRPE, observa-se, uma precisa execução de todos os valores repassados e autorizados, considerando a ocorrência de sobreposição das linhas. Como já demonstrado anteriormente, não houve repasse de emendas nos anos de 2017 e 2018.

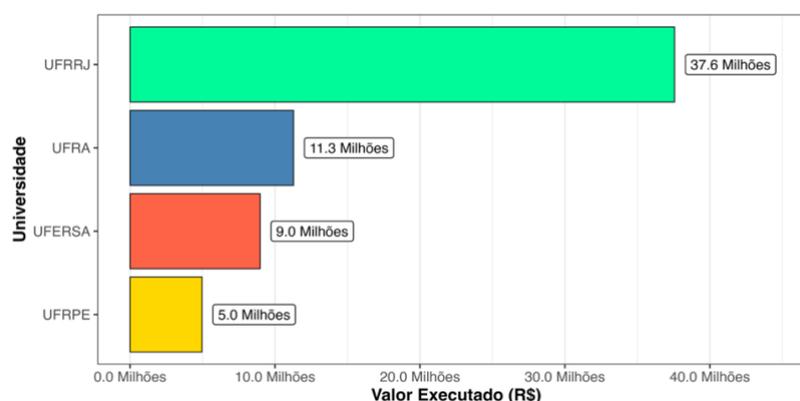
A UFRRJ possui importantes dissonâncias entre o valor autorizado e o executado nos dois anos iniciais da análise. Em 2017, autorizou-se R\$5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), mas apenas R\$1.592.318,00 (um milhão, quinhentos e noventa e dois mil, trezentos e dezoito reais) foram executados. Nos anos seguintes, os gastos autorizados e executados estiveram em perfeita sincronia.

Em outra perspectiva, a UFERSA é a IES rural com a maior inconsistência entre os valores autorizados e executados em cada, uma vez que há persistência desse fator em 2017, 2018, 2020 e 2021, de acordo com o Gráfico 2.

Novamente, faz-se necessário observar em perspectiva o recebimento e a execução das quatro universidades federais rurais em análise. Justifica-se a utilização, aqui, apenas do valor da execução tendo em vista que nessa modalidade o crédito foi efetivamente utilizado pela IES. A UFRRJ executou o maior montante na série histórica analisada, um valor quase oito vezes mais elevado que a última instituição com menos recursos executados, a UFRPE, assim demonstrado no Gráfico 3.

Gráfico 3

*Montante de emendas individuais executadas entre 2016-2023 por universidade*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) a partir de dados coletados no SIGA Brasil.

A UFRA se localiza em segundo lugar como a universidade federal rural que mais executou recursos de emendas parlamentares no período de interesse da pesquisa, seguida pela UFERSA com R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) executados.

#### 4.3 OS PARLAMENTARES FEDERAIS

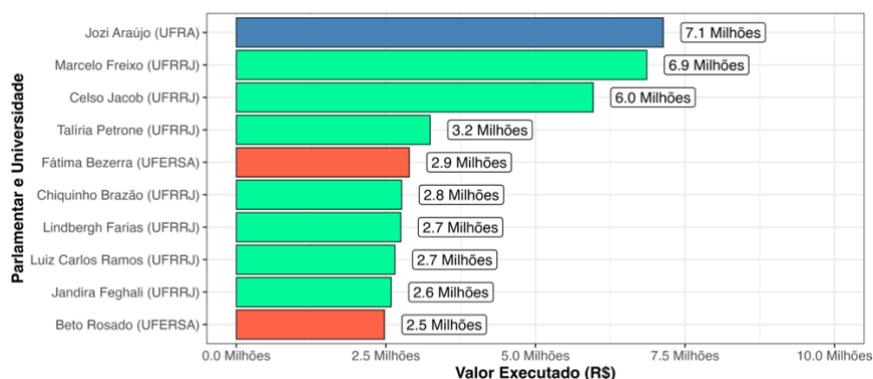
O terceiro indicador comparativo diz respeito à inclusão dos parlamentares federais, tanto de deputados federais como senadores. Essa forma de análise se justifica pela equidade de recursos que cada um deles possui ao longo das legislaturas, conforme a Constituição Federal estabeleceu. Portanto, um deputado federal ou um senador de Pernambuco possui, a cada ano, o mesmo montante de emendas que um deputado ou uma senadora fluminense. Dessa forma, é possível considerá-los iguais nesse aspecto, o que possibilitou analisar a relação

entre parlamentar e o montante de emendas individuais executadas em cada universidade federal rural associada ao seu respectivo Estado.

Outro adendo diz respeito que foi analisado comparativamente os dez maiores montantes de emendas individuais recebidas ao longo do período de interesse nas quatro universidades federais rurais em conjunto, o que resultou no Gráfico 4.

Gráfico 4

*Dez maiores montantes executados por parlamentar e respectiva universidade federal rural associada entre 2016-2023*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) a partir de dados coletados no SIGA Brasil.

A partir disso, percebe-se que a UFRA lidera por conta do montante executado pela deputada federal Jozi Araújo. Ocupando sete entre as dez posições, os deputados federais fluminenses garantiram que a UFRRJ fosse a IES com mais repasses no período, com Marcelo Freixo em segundo lugar. A UFERSA ocupa respectivamente a quinta e última posição, com a senadora Fátima Bezerra e o deputado federal Beto Rosado.

Considerando que o número de senadores é igual em todos os Estados, buscou-se o número de deputados federais para verificar se há relação entre a quantidade de deputados federais por Estado e o montante de emendas impositivas destinadas às universidades federais rurais de cada Estado entre 2016 e 2023. O Rio de Janeiro elege o maior número de deputados federais a cada quatro anos (46), enquanto o Rio Grande do Norte elege o menor número (8). Em segundo e terceiro lugar tem-se Pernambuco (25) e Pará (17). Além de analisar o número de deputados federais, os montantes das emendas individuais de cada universidade federal rural foram calculados, conforme já demonstrado no Gráfico 1.

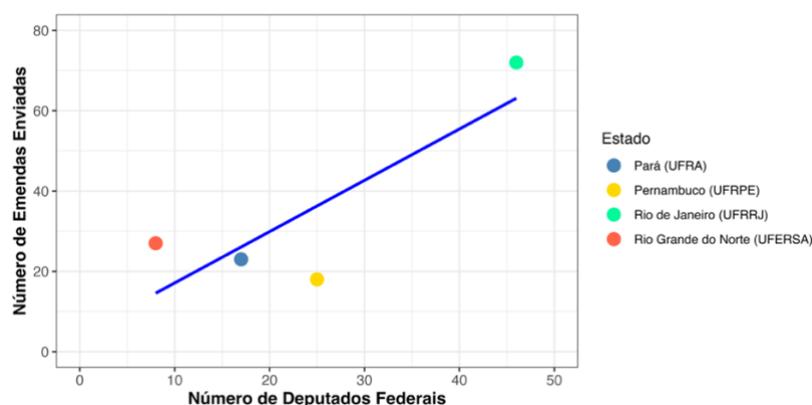
Para testar a associação entre o número de deputados federais por Estado e o número de emendas impositivas destinadas às universidades federais rurais entre 2016 e 2023, foi utilizado o coeficiente de correlação de Pearson no *software RStudio*. O teste é uma medida estatística que avalia o nível e a direção da relação linear entre duas variáveis contínuas, variando entre -1 e 1<sup>109</sup>.

<sup>109</sup> FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto. *Correlação de Pearson: um guia descomplicado*. 1. ed. Recife: Editora do Autor, 2024.

Os resultados do teste indicaram um coeficiente de correlação de Pearson de  $r = 0.831$ , indicando uma correlação positiva forte entre o número de deputados federais e o número de emendas parlamentares. No entanto, o valor  $p$  ( $p$ -value) obtido foi de 0.169, o que não permite rejeitar a hipótese nula de ausência de correlação ao nível de significância de 5%. O intervalo de confiança de 95% para o coeficiente de correlação foi de -0.646 a 0.996, sugerindo uma grande incerteza devido ao pequeno tamanho da amostra (apenas quatro universidades federais rurais e quatro Estados), conforme o Gráfico 5.

Gráfico 5

*Correlação entre o número de deputados federais e o número de emendas enviadas às IES rurais entre 2016-2023*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) via *software RStudio*.

Por conta disso, embora a magnitude do coeficiente de correlação sugira uma associação forte, a análise estatística não confirmou uma correlação significativa devido ao elevado valor  $p$  ( $p$ -value) e ao amplo intervalo de confiança. Isso sugere que as variáveis analisadas são, em alguma medida, independentes, ou seja, a distribuição de emendas impositivas não está associada de forma tão significativa ao número de deputados federais por Estado durante o período analisado e nas universidades de interesse. Esse resultado contradiz, portanto, a hipótese do senso comum de que uma base maior de deputados poderia garantir mais recursos para as universidades federais.

Isso é percebido a partir da análise entre o número de parlamentares do Rio Grande do Norte e os de Pernambuco, considerando que a UFERSA recebeu mais repasses por emendas mesmo possuindo uma base de apenas oito deputados federais, enquanto a UFRPE recebeu R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), conforme o Gráfico 3, mesmo possuindo em sua base territorial vinte e cinco legisladores, três vezes mais que na primeira IES.

O Gráfico 4 reforça os resultados do coeficiente de correlação de Pearson conduzido anteriormente, pela ausência da UFRPE entre os dez parlamentares e universidades com maiores montantes, mesmo possuindo vinte e cinco deputados federais.

#### 4.4 EMENDAS INDIVIDUAIS E AÇÕES NAS UNIVERSIDADES

O quarto indicador comparativo diz respeito ao papel das emendas individuais nas universidades, ou seja, para o que foram propostas no ambiente universitário. Pelo grande número de emendas analisadas, optou-se por simplificar os números em percentuais, nas categorias de ações observadas no SIGA Brasil no período de 2016 a 2023.

As ações observadas foram categorizadas em quatro paradigmas. O primeiro se refere ao fomento às ações de graduação, pós-graduação, pesquisa e extensão, que inclui despesas como concessão de bolsas para programas e projetos de pesquisa, implementações de ações educativas e incentivo à participação de congressos e seminários científicos<sup>110</sup>.

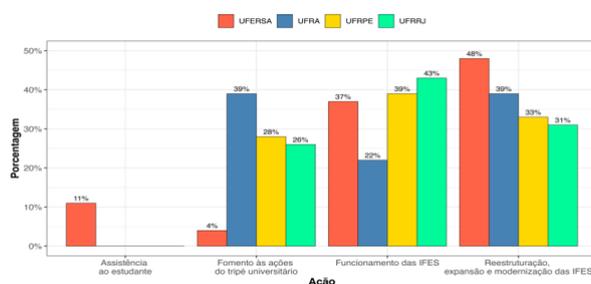
O segundo se refere ao funcionamento das universidades federais, em que é possível o financiamento para aquisição de equipamentos, mobiliários, material permanente, pagamento de serviços terceiros e aquisição de acervo bibliográfico científicos<sup>111</sup>. Já o terceiro paradigma se relaciona à expansão, reestruturação e modernização das instituições federais de ensino superior, em que foco é ampliação da Rede Federal de Ensino Superior por meio da construção de novos laboratórios, blocos de sala de aula, unidades acadêmicas etc.<sup>112</sup>.

Por fim, o quarto paradigma de ação se refere à assistência aos estudantes das universidades federais, no qual as emendas individuais podem financiar programas como o Plano Nacional de Assistência Estudantil (PNAES) e despesas em moradia, alimentação e suporte à inclusão digital<sup>113</sup>.

Esses quatro paradigmas de ação foram separados por cada universidade federal rural no período de interesse, resultando no Gráfico 6. A partir dele, é possível perceber que apenas a UFRSA recebeu emendas para ação de assistência ao estudante, o que equivaleu em seu contexto a 11% da quantidade recebida. A UFRSA também foi a IES que menos recebeu verbas para o fomento às ações do tripé universitário da graduação e pós-graduação, totalizando apenas 4%.

Gráfico 6

*Percentual por tipo de ação das emendas individuais em cada universidade federal rural entre 2016-2023*



Fonte: Produzido pelos autores (2024) via *software RStudio*.

<sup>110</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Cartilha Orientativa de Emendas Parlamentares MEC 2024*. Brasília: MEC, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/media/publicacoes/emendas-parlamentares-mec-2024.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

Verifica-se que o foco dos parlamentares está direcionado para ações de reestruturação, expansão e modernização das IFES, o que correspondeu a 48% de emendas na UFERSA e 39% na UFRA apenas para esta ação. Em segundo lugar, verbas direcionadas ao funcionamento das IFES, em que a UFRRJ recebeu o volume mais expressivo, concentrado em 43% dentro de sua realidade. Merece atenção que assistência aos estudantes é a ação menos contemplada pelos parlamentares quando do envio de emendas para universidades federais rurais, e, quando elas existem, são reduzidas ao Nordeste e em apenas uma universidade.

Com isso, a partir da divisão temática efetuada, foi possível identificar que nas universidades federais rurais, a distribuição de recursos do orçamento impositivo possui algumas características específicas, a começar por uma tendência alocativa de emendas individuais para áreas ligadas ao espaço físico ou estrutural das próprias universidades, ligados à modernização e funcionamento. Isso pode indicar que a maior dificuldade dessas instituições ocorre em tais setores, justificando a atuação dos parlamentares a despeito de outras necessidades também observadas, como financiamento do tripé acadêmico e apoio à permanência dos discentes.

## ■ CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou investigar como os deputados federais e senadores distribuíram seus recursos de emendas parlamentares individuais para quatro universidades federais rurais entre 2016 e 2023. A partir de quatro indicadores comparativos, foi possível obter resultados atinentes à quantidade de emendas individuais, valor autorizado e executado em cada ano, aos parlamentares federais envolvidos no beneficiamento das IES e sobre quais ações foram contempladas em cada instituição.

Os dados demonstram que a UFRRJ, com a maior bancada de deputados federais, foi a universidade federal rural que mais recebeu e executou emendas ao longo do período investigado, embora o coeficiente de correlação de Pearson tenha sugerido que a distribuição dos valores das emendas impositivas não está tão associada ao número de deputados federais por Estado. Esse argumento justifica o fato de a UFRPE ter recebido o menor número de emendas, mesmo possuindo a segunda maior bancada entre todas as IES analisadas.

Entre os dez parlamentares que mais executaram emendas nessas IES, tem-se a deputada federal Jozi Araújo, com um montante de mais de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) enviados à UFRA. Percebeu-se, ainda, que a UFERSA foi a única que recebeu emendas para a ação de assistência ao estudante, ao passo que a ação mais beneficiada de maneira geral foi a de reestruturação, expansão e modernização das universidades.

Por outro lado, as limitações encontradas estão relacionadas à dificuldade de estabelecer correlações ou causalidades mais específicas e precisas, devido ao número reduzido de universidades federais rurais existentes. Isso se deve, na maioria, ao baixo volume de emendas recebidas. No período analisado, essas universidades receberam apenas 140 emendas individuais, um número insuficiente para proporcionar uma análise estatisticamente mais relevante, o que foi confirmado pelos resultados do teste estatístico conduzido no *software RStudio*.

Apesar dessas limitações, a pesquisa contribui para as reflexões no campo de estudos do orçamento impositivo e sua relação com a distribuição de emendas individuais a áreas importantes, como é o caso da educação superior. A partir dos resultados, é possível avançar em outras agendas que identifiquem tendências na associação entre parlamentares, emendas impositivas e outras universidades federais, inclusive com lentes voltadas para as dificuldades de captação desses recursos em um contexto de crescente limitação do investimento público.

É possível, ainda, em estudos futuros, comparar a relação da distribuição de recursos entre IES rurais e não rurais do mesmo Estado, a fim de verificar se há subfinanciamento, a exemplo de UFERSA e Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), UFRPE e Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), UFRA e Universidade Federal do Pará (UFPA) ou UFRRJ e Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Simone Coêlho. *Análise das restrições orçamentárias decorrentes da Emenda Constitucional nº 95/2016 nos gastos com educação*. 2019. Tese - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

ARAÚJO, Adailson Pinho de; OLIVEIRA, Lizziane Sousa Queiroz Franco de. Orçamento impositivo municipal: análise de sua adoção pelo município de Mossoró/RN. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 870–898, 2024.

BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; JUCÁ, Ivan Chaves. A execução das emendas orçamentárias individuais: papel de ministros, cargos de liderança e normas fiscais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 25, p. 47–86, 2018.

BAIÃO, Alexandre Lima; COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Quem ganha o quê, quando e como? Emendas orçamentárias em Saúde no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, [S. l.], v. 27, n. 71, p. e0004, 2019.

BAIÃO, Alexandre Lima. *Emendas orçamentárias individuais: efeitos eleitorais, condicionantes da execução e qualidade do gasto público*. 2016. Tese - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria *et al.* As emendas parlamentares no orçamento federal da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, [S. l.], v. 28, n. 12, p. 2267–2279, 2012.

BASTOS, Helena Assaf. SIGA Brasil: tecnologia da informação a serviço da eficiência, transparência e controle social do gasto público. *Senatus*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 87–91, 2009.

BATISTA, Mariana. A Conexão Ministerial: governo de coalizão e viés partidário na alocação de emendas parlamentares ao orçamento (2004-2010). *Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 3–16, 2015.

BENTO, Edercio Marques. *Análise quantitativa das emendas parlamentares: estudo de caso dos beneficiários do orçamento impositivo registradas no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV*. 2017. Monografia - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

BLANCHET, Luiz Alberto; LUBKE, Mariane Yuri Shiohara. Impedimentos à execução do orçamento impositivo e o prejuízo ao planejamento da atividade do Estado. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 7, n. 1, p. 83–112, 2020.

BONFIM, Raul Wesley Leal; SANDES-FREITAS, Vítor Eduardo Veras de. Quem controla o orçamento? Apontamentos sobre o timing de liberação das emendas orçamentárias individuais. *CAOS – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, João Pessoa, v. 2, n. 23, p. 139–156, 2019.

BORGES, Wilson José. *Orçamento impositivo: considerações trazidas pela alteração no modelo orçamentário brasileiro a partir da Emenda Constitucional no 86, de 17 de março de 2015*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Cartilha Orientativa de Emendas Parlamentares MEC 2024*. Brasília: MEC, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/media/publicacoes/emendas-parlamentares-mec-2024.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

CAIN, Bruce; FERREJOHN, John; FIORINA, Morris. *The personal vote: Constituency service and electoral independence*. Nova Iorque: Harvard University Press, 1987.

CAPELLINI, Gustavo de Almeida. *Execução de emendas parlamentares e orçamento impositivo brasileiro*. 2018. Tese - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CARRA, César Augusto. O orçamento impositivo aos estados e aos municípios. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 73–90, 2015.

CASTRO, Barbara Mendes de. *Orçamento impositivo e emendas parlamentares individuais: uma análise das implicações da adoção da Emenda Constitucional no 96/2018 pelo Estado de Minas Gerais*. 2021. Dissertação - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2021.

CATE, Lidia Ten. Quem recebe e que diferença fazem: emendas orçamentárias nos municípios brasileiros pós EC 86/2015 (2015-2019). *Opinião Pública*, Campinas, v. 29, n. 3, p. 792–826, 2023.

CAVALCANTI, Vilma Pereira; TONELLI, Dany Flavio; CAETANO, Eduardo Ferreira da Silva. Emendas parlamentares no Ministério da Educação: governança ou desgovernança no financiamento das universidades federais? *SciELO Preprints*, [S. l.], 2024.

DAMASCENO, Stephany Cecília Rocha. Seguridade Social, Ajuste Fiscal e a dinâmica das Emendas Parlamentares na democracia capitalista: um retrato do Distrito Federal. *Intellèctus*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 115–137, 2023.

DINIZ, Vítor de Almeida. *PEC do orçamento impositivo: um sonho que virou realidade?* 2016. Tese - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

DÓRIA, Pedro Henrique Rocha. *Emendas parlamentares destinadas à UnB: financiamento à educação superior ou pork barrel spending?* 2022. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

FERNANDES, Gisele Souza da Silva; OLIVEIRA, Antonio José Barbosa de. Alocação de recursos orçamentários provenientes de emendas parlamentares: o caso da Universidade Federal Fluminense. *Revista Práticas em Gestão Pública Universitária*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 26–50, 2023.

- FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto. *Correlação de Pearson: um guia descomplicado*. 1. ed. Recife: Editora do Autor, 2024.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 303–344, 2002.
- GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos As legis*, Brasília, n. 39, p. 61–72, 2010.
- GUIMARÃES, Duanne Emanuel Leal. Orçamento impositivo: o viés político na alocação de recursos das emendas individuais. *Revista de Ciências Contábeis*, [S. l.], v. 11, n. 21, p. 81–99, 2020.
- KROTH, Darlan Christiano; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. O impacto dos gastos públicos municipais sobre a qualidade da educação: uma análise de variáveis instrumentais entre 2007 e 2011. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 53, p. 327–355, 2019.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 26, p. 5–16, 2003.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737–776, 2005.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- MARTINS, Urá Lobato. Orçamento impositivo brasileiro: reflexão sobre os avanços e as limitações decorrentes da Emenda Constitucional n. 86/2015. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 382–398, 2016.
- MEDINA, Silvana Aparecida *et al.* Alocação das emendas parlamentares individuais: correção de assimetria em saúde ou ganho político? *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 98–125, 2023.
- MELLO, Luiz Henrique Duarte Pereira de. *A relação entre os poderes executivo e legislativo quanto às emendas individuais ao orçamento*. 2012. Monografia - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2012.
- MELO, Carlos Ranulfo. Democracia, direita e “Lula 3”: a eleição de 2022 e seus desdobramentos. *Caderno CRH*, Salvador, v. 37, p. e024002, 2024.
- MENDES, Barbara Castro de. *Orçamento impositivo no Brasil: uma análise das implicações de sua adoção pela União*. 2015. Monografia - Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2015.
- MENEZES, David Curtinaz; PEDERIVA, João Henrique. Orçamento impositivo: elementos para discussão. *Administração Pública e Gestão Social*, Viçosa, v. 7, n. 4, p. 178–186, 2015.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O orçamento público no Estado constitucional democrático e a deficiência crônica na gestão das finanças públicas no Brasil. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 183–212, 2017.

OLIVEIRA, Dayane Rossy Pereira de. *Mudança institucional e emendas ao orçamento da União: avaliando o impacto da EC no 86 de 2015 (Orçamento Impositivo Flexível)*. 2019. Dissertação - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

OLIVEIRA, Lizziane Souza Queiroz Franco de. *Orçamento público na história do constitucionalismo brasileiro: a Lei 4.320/64 e a permanência do projeto político institucional militar na Constituição de 1988*. 2019. Tese - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

OLIVEIRA, Viviane Amorim de. *Emenda Constitucional 95 e seu impacto sobre o Orçamento da UnB*. 2019. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 265–301, 2002.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Orçamento impositivo: viabilidade, conveniência e oportunidade*. 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1549>. Acesso em: 6 abr. 2024.

REBOUÇAS, Antônio Helder Medeiros. *A impositividade das emendas parlamentares ao orçamento à luz do princípio constitucional do planejamento público: um exame sob as perspectivas da “resposta correta” e do “direito como integridade” em Dworkin e das pré-compreensões em Gadamer*. 2014. Tese - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

REGLY, Tainá; SOUZA, Rosali Fernandez. Aspectos visuais e informacionais dos Dados Governamentais Abertos disponibilizados pelo SIGA Brasil. *Revista Científica da UEM: Série Letras e Ciências Sociais*, Maringá, v. 4, n. 1, p. 1–1, 2024.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Brena; REIS, Ulisses. A interferência do orçamento secreto na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional (2020-2022). *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 8, n. 15, p. 189–209, 2024.

SANTOS, Maria Helena de Castro; MACHADO, Érica Massimo; ROCHA, Paulo Eduardo Nunes de Moura. O jogo orçamentário da União: relações Executivo-Legislativo na terra do pork-barrel. In: DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de (org.). *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: Editora da UnB/ENAP, 1997. v. 1.

SANTOS, Núbia Cristina Barbosa; GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento Impositivo e Relação entre Poderes no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 31, p. 339–396, 2020.

SANTOS, Sérgio Ricardo Silva dos. *Orçamento impositivo: o que mudou?* 2019. Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

SILVA, Adeildo Telles da; GUIMARÃES, André Rodrigues. Orçamento público e financiamento das universidades federais no Brasil. *Cadernos de Pós-graduação*, São Paulo, v. 21, n. 2, p. 106–117, 2022.

SILVA, Argemiro César do Vale Verde de Lima e. *Emendas parlamentares orçamentárias como mecanismo de financiamento da educação pública: uma análise no período de 2015 a 2021*. 2023. Dissertação - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2023.

SOUZA JÚNIOR, José Ronaldo de C. *et al.* A Política Fiscal e o teto dos gastos públicos. *Carta de Conjuntura*, Brasília, n. 44, 1–16, 2019.

SOUZA, Fernando Sanchez de. *Representatividade vs. gastos públicos: um estudo das emendas parlamentares individuais ao orçamento*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Presbiteriana Mackenzie, Higienópolis, 2018.

SOUZA, Mateus Versieux de. *Emendas parlamentares como fonte adicional de recursos educacionais: uma análise da sua representatividade em gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, em estados nordestinos, de 2007 a 2017*. 2022. Tese - Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2022.

TAVARES, Raquel Pereira. *Orçamento impositivo de emendas parlamentares individuais: análise comparativa da execução orçamentária de 2012 a 2015 no âmbito do MCTIC*. 2016. Monografia - Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2016.

VASSELAI, Fabricio; MIGNOZZETTI, Umberto G. O Efeito das Emendas ao Orçamento no Comportamento Parlamentar e a Dimensão Temporal: Velhas Teses, Novos Testes. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, p. 817–853, 2014.

VESELY, Thiago Andriago. *Emendas orçamentárias como instrumento de coordenação no legislativo brasileiro*. 2012. Monografia de Especialização - Câmara dos Deputados, Brasília, 2012.



## ADI Nº 5.595 E O DESFINANCIAMENTO DA SAÚDE

ADI Nº 5.595 AND THE DEFUNDING OF HEALTH

VITOR COMÁSSIO PAULA LIMA\* | DANILLO HENRIQUE NUNES\*\* | SEBASTIÃO SÉRGIO SILVEIRA\*\*\*

### RESUMO

O trabalho investiga o desfinanciamento do Sistema Único de Saúde e promove análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, além de correlacionar o metaprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente na ratio decidendi da ação de controle concentrado em comento. Sob o método dedutivo e por meio de revisão de literatura, traz à luz noções conceituais históricas e contemporâneas sobre o Direito à Saúde como um mandamento constitucional consagrador do próprio Direito à Vida, tanto na dimensão dos direitos humanos como constitucional e infraconstitucional. O objetivo principal é analisar os reflexos deste julgamento bem como seus efeitos práticos no efetivo direito à saúde e na concreção de políticas públicas decorrentes dele, prestadas pelo Estado – aqui como Ente federativo em sentido amplo, já que União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências constitucionais, devem prestar assistência à saúde, um dos tripés da Seguridade Social. Ao final, conclui-se que o desfinanciamento do SUS pelos seus próprios gestores configura grave óbice de exercício efetivo do direito à saúde e do próprio direito à vida.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde; Vedação do Retrocesso Social; SUS; Desfinanciamento.

### ABSTRACT

The work investigates the defunding of the Unified Health System and promotes analysis of the Direct Action of Unconstitutionality No. 5,595, in addition to correlating the meta-principle of the Dignity of the Human Person, present in the ratio decidendi of the concentrated control action in question. Using the deductive method and through a literature review, it brings to light historical and contemporary conceptual notions about the Right to Health as a constitutional commandment enshrining the Right to Life itself, both in the dimension of human rights, constitutional and infra-constitutional. The main objective is to analyze the consequences of this judgment as well as its practical effects on the effective right to health and on the implementation of public policies resulting from it, provided by the State – here as a federative entity in a broad sense, since the Union, Member States, Federal District and Municipalities, within the scope of their constitutional powers, must provide health care, one of the tripods of Social Security. In the end, it is concluded that the defunding of the SUS by its own managers constitutes a serious obstacle to the effective exercise of the right to health and the right to life itself.

**Keywords:** Right to Health; Prohibition of Social Regression; SUS; Definancing.

\* Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Advogado.  
*vtorcomassio1@gmail.com*

\*\*Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto.  
Professor universitário e Advogado.  
*dhnunes@hotmail.com*

\*\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Promotor de Justiça de Ribeirão Preto. Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto e do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.  
*sebastiao\_silveira@hotmail.com*

Recebido em: 09-01-2024 | Aprovado em: 22-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E POLÍTICA DE ESTADO; 1.1 DA NOÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E DE DIREITO À SAÚDE A PARTIR DE 1945; 1.2 DAS DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS PARA CONCREÇÃO DO DIREITO À SAÚDE; 2 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: IDEÁRIO CONSTITUCIONAL E REALIDADE FÁTICA; 2.1 DE MAIOR PROGRAMA DE SAÚDE ÀS DIFICULDADES NA SUA EFETIVAÇÃO; 2.2 DA NECESSIDADE DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE EM MATÉRIA DE SAÚDE; 3 (DES)FINANCIAMENTO DA SAÚDE: PARÂMETROS DE SUBSISTÊNCIA DO SUS COMO POLÍTICA DE ESTADO; 3.1 DO (DES)FINANCIAMENTO DA SAÚDE: ESTADO E SOCIEDADE DE MÃOS DADAS; 3.2 APONTAMENTOS DE POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA CONSOLIDAÇÃO DO SUS COMO POLÍTICA DE ESTADO EFETIVA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O trabalho investiga o desfinanciamento do Sistema Único de Saúde – adiante chamado também de SUS – e promove análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, além de correlacionar o metaprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, presente na *ratio decidendi* da ação de controle concentrado em comento.

Não obstante, sob o método dedutivo e por meio de revisão de literatura, traz à luz noções conceituais históricas e contemporâneas sobre o Direito à Saúde como um mandamento constitucional consagrador do próprio Direito à Vida, tanto na dimensão dos direitos humanos como constitucional e infraconstitucional. Ora, são indissociáveis os direitos e sua correlação inerentes já que para estar vivo e se manter vivo é preciso, presumidamente, que se tenha gozo e fruição de saúde e que a tenha em plenitude.

O objetivo principal é investigar e analisar os reflexos deste julgamento bem como seus efeitos práticos no efetivo direito à saúde e na concreção de políticas públicas decorrentes dele, prestadas pelo Estado – aqui como Ente federativo em sentido amplo, já que União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências constitucionais, devem prestar assistência à saúde, um dos tripés da Seguridade Social.

Ademais, outro princípio que se fez presente e justifica a presente pesquisa é o da Vedação do Retrocesso Social já tratado pelo STF e consagrado na jurisprudência constitucional do país que elegeu como política de Estado o sistema de saúde único, plural, universal, inclusivo e descentralizado.

### 1 DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E POLÍTICA DE ESTADO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adiante tratada como CRFB/88, consagrou o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado já no *caput* do art. 1º, positivando os direitos fundamentais sociais a partir da Dignidade da Pessoa Humana e insertos no art. 6º, *caput*, além de espalhados por todo o texto constitucional, reconhecendo

a força normativa de suas disposições<sup>1</sup>, sendo que nesse modelo de Estado o Poder Público é quem tem a incumbência de efetivação destes direitos, mediante a implementação de políticas públicas, o que evidencia ainda a forte influência do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo<sup>2</sup>. Ante a necessidade de prestação positiva pelo Poder Público para efetivação dos direitos fundamentais sociais, verifica-se a emergência de diversas políticas públicas, as quais são definidas por Maria Paula Dallari Bucci como: “(...) programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>3</sup>, p. 241.

O estudo do direito à saúde no Brasil se depreende da CF/88 ser a saúde um direito fundamental social, tendo em vista sua previsão no artigo 6º, *caput*<sup>4</sup>, do texto constitucional, demandando do Estado um dever-fazer ou dever-prestar para sua concretização, ante sua previsão no artigo 196<sup>5</sup>, no qual se verifica ser um direito de todos os cidadãos e dever do Estado. Diante da força normativa programática dada às disposições constantes na CF/88, aqui inclusas as normas sobre saúde, verifica-se uma preocupação do constituinte em buscar a garantia de acesso a este direito de forma integral, prezando pela máxima efetividade do mesmo. Tratando-se de direito fundamental social, percebe-se que a saúde está abarcada pela lógica prevista no artigo 5º, §1º<sup>6</sup>, na medida em que normas de direitos fundamentais são dotadas de máxima eficácia e efetividade possível, ainda que se esteja a abordar uma norma de cunho prestacional, pelo que se permite concluir que a saúde possui a característica da aplicação imediata quando de seu não cumprimento pelo Poder Público. Assim, Sarlet e Figueiredo sustentam que o direito à saúde pode assumir uma dimensão positiva e negativa, na medida em que podem exigir do Estado uma atuação positiva ou uma abstenção estatal, protegendo e resguardando o titular contra eventual violação pelo Poder Público.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>2</sup> BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 83–105, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 11 nov. 2022.

<sup>3</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>4</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>5</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 11 nov. 2022.

Ademais, conforme salientam João Paulino de Oliveira Neto e Cid Augusto da Escóssia Rosado, os direitos fundamentais – aqui inclusa a saúde – não podem ser entendidos de forma desconectada de sua realidade, nem considerados apenas sob uma perspectiva jurídica ou normativa, devido ao seu status constitucional, pelo que se entende ser crucial compreender os direitos fundamentais a partir de seu contexto histórico e como marcos de um processo civilizatório, analisando-os dentro de sua trajetória histórica. Assim, eles vão além da ordem jurídica, sendo também instrumentos de transformação social, carregando um importante conteúdo histórico e civilizatório<sup>8</sup>. Destaque-se ainda que a saúde é direito de relevância pública, na forma do que se depreende do artigo 197<sup>9</sup>, sendo considerado um bem essencial para o indivíduo, assumindo a posição de direito humano e fundamental. Nessa perspectiva, pode-se analisar que a saúde é também um direito coletivo, o que exige do Poder Público a adoção de meios aptos a controle a disseminação de um vírus, como é o caso da vacinação obrigatória, por exemplo.

Nesse sentido, ante a ampla internacionalização e positivação, percebe-se que a saúde apresenta uma característica de direito fundamental social e humano, pressupondo uma atuação positiva dos Poderes Públicos para sua efetivação por meio da realização de políticas públicas, podendo ser também considerada uma política de Estado.

### 1.1 Da noção de proteção integral e de direito à saúde a partir de 1945

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), verifica-se uma resposta no plano internacional objetivando uma proteção dos direitos humanos, mediante a positivação destes em diversos documentos internacionais. Após tais eventos, verifica-se que o direito à saúde se encontra dentre os direitos humanos, apresentando uma conceituação e proteção diferenciada, deixando de ser entendida como uma mera aversão ao conceito de doença.<sup>10</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>11</sup>, a qual foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 217 A, em 10 de dezembro de 1948, inaugurou este processo de retomada e proteção dos direitos humanos, o que representou um importante avanço jurídico<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> ROSADO, Cid Augusto da Escóssia; OLIVEIRA NETO, João Paulino de. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016. *Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (REJUR)*, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 116-138, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/6957>. Acesso em 15 out. 2024.

<sup>9</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>10</sup> OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 nov. 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 04.dez.2022

<sup>12</sup> TORRONTGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. 2010. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/pt-br.php>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Ainda no que diz respeito ao plano internacional, destaca-se a importância dada à saúde no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, internalizado no direito brasileiro por meio do Decreto federal nº 592, de 6 de julho de 1992 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já introjetado no ordenamento pátrio nos termos do Decreto federal nº 591, também de 06 de julho de 1992, bem como a Declaração de Viena de 1993, em que a proteção da saúde enquanto um direito humano fundamental social ganhou enorme destaque, sendo que ainda forma delimitadas formas de cooperação entre os Estados que este direito fosse assegurado aos indivíduos. Cumpre mencionar que no preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se depreende o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto um princípio-matriz dos signatários do Pacto, sendo que o indivíduo pressupõe uma garantia mínima de direitos para que se alcance a mencionada dignidade. Analisando historicamente, é perceptível o reconhecimento internacional adquirido pela saúde, tendo em vista sua positivação como direito humano fundamental social em diversos documentos legais, o que evidencia sua importância, sendo que deveria ser promovida e efetivada por meio da cooperação internacional entre os Estados.

Como visto, no direito estrangeiro, a garantia do direito à saúde ao cidadão foi ganhando destaque, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em solo brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1934<sup>13</sup> foi a pioneira a falar em saúde, mas não havia uma positivação que garantisse este direito.<sup>14</sup>

Em 1977, foi criado o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), para atendimento exclusivo às pessoas que possuíam carteira de trabalho. Já no ano de 1979 foi implantado o PIASS (Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento), que visa ampliar ações de saúde e saneamento em regiões mais afastadas das metrópoles.<sup>15</sup>, p. 25 No ano de 1993, em virtude da Lei nº 8.689, quase três anos após a promulgação da Lei nº 8.080/90, que regulamentou o Sistema Único de Saúde - SUS, o INAMPS foi extinto, sendo suas funções, competências, atividades e atribuições absorvidas pelas instâncias federal, estadual e municipal do SUS.

As Constituições Brasileiras anteriores a 1988 não garantiam o direito à saúde, enquanto um direito social ou fundamental, na medida em que cabia ao Estado cuidar da assistência pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário.<sup>16</sup> Diante dessas circunstâncias, emergiu o que ficou conhecido por Movimento da Reforma Sanitária, o qual se fortaleceu ao criticar de forma aberta as opções políticas do Estado, com o fito de reverter a lógica até então existente sobre a assistência à saúde, o que

<sup>13</sup> Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;

II - cuidar da saúde e assistência públicas.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 23-42, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/5794>. Acesso em: 10 nov. 2022.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 23-42, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/5794>. Acesso em: 10 nov. 2022.

influenciou fortemente a VIII Conferência Nacional da Saúde, o qual se mostrou como o tratamento jurídico constitucional da saúde, enquanto um direito.<sup>17</sup>

Ao prever o acesso universal ao sistema público de saúde, entende-se que o constituinte originário visa assegurar um direito público subjetivo aos cidadãos em geral, no qual há incontestável responsabilização do Estado em prestar serviços de saúde, dependendo os recursos públicos necessários para a concreção, pelo que cabe ao Poder Público concretizar a saúde por meio de implementação das políticas públicas, tendo em vista que o direito à saúde é um direito público subjetivo dos cidadãos.<sup>18</sup> Ademais, A constituição moderna desempenha um papel crucial ao organizar as relações políticas e limitar o poder do Estado. Ela se torna um elemento central do Estado legislativo, legitimada pelo poder do povo. Assim, a constituição reflete os valores fundamentais da sociedade e tem caráter soberano, ligada aos movimentos de independência de uma nação<sup>19</sup>.

Além de um direito público subjetivo, verifica-se a caracterização do direito à saúde como humano e fundamental que deve ser garantido de forma integral.

## 1.2 Das diretrizes contemporâneas internacionais e nacionais para concreção do direito à saúde

No cenário atual, destacam-se os mecanismos de cooperação internacional em saúde pública, sendo que este princípio regra do direito público, enquanto uma operação foi impulsionada pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), o que restou consagrado pela Declaração do Milênio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, a qual articulou, de forma expressa, a cooperação internacional e direitos humanos, dando destaque para o direito à saúde.<sup>20</sup>

Dentre os principais órgãos que possuem atuação voltada para a proteção e cooperação na área da saúde, destacam-se a OMS – Organização Mundial de Saúde agência da Organização das Nações Unidas e a OPAS – Organização Panamericana de Saúde. Segundo Nicole Rinaldi de Barcellos e Augusto Bacele Bidinotto, a OPAS foi criado com o objetivo de orientar os esforços estratégicos na colaboração entre os Estados-membros e parceiros, promovendo a equidade na saúde, combate às doenças, bem como a elevação e melhora na

<sup>17</sup> OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma. *A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde*. 2017. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31092>. Acesso em: 03 nov. 2022.

<sup>18</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>19</sup> SILVA, Henrique Alves da. Incorporando os valores e direitos fundamentais à constituição: uma análise da efetividade na conservação da Amazônia legal no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (REJUR)*, Mossoró, v. 5, n. 10, p. 213-228, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/10801>. Acesso em 14 out. 2024.

<sup>20</sup> TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. 2010. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/pt-br.php>. Acesso em: 02 nov. 2022.

expectativa de vida dos povos das Américas.<sup>21</sup> Por sua vez, a OMS visava “estabelecer planos e diretrizes de saúde para o mundo, incluindo prevenção, proteção e tratamento de doenças, acesso global à assistência médica.”<sup>22, p. 17</sup>

Roberta de Freitas Campos ainda destaca, dentre os mecanismos de cooperação internacional em saúde, que emergem a atuação de redes para atuação e cooperação integrada na área sanitária, as quais visam disseminar a estratégia de cooperação técnica com apoio da internet, congregando instituições de ensino e pesquisa com instituições gestoras do sistema de saúde.<sup>23</sup> Dentre as várias redes mencionadas por Campos, destaca-se: a Rede Internacional de Educação de Técnicos em Saúde (RETS); a Rede Pan-Amazônica de CT&IS; Rede de Toxicologia da América Latina e Caribe (RETOXLAC); e a Rede Interamericana de Laboratórios de Análise de Alimentos (RILAA).<sup>24, p. 97</sup>

A RETS consiste numa articulação entre instituições e organizações envolvidas com a formação e qualificação de pessoal técnico da área da saúde nas Américas e Caribe, Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (Palop) e Portugal, objetivando o fortalecimento dos sistemas nacionais de saúde.<sup>25, p. 97</sup> Já a Rede Pan-Amazônica de CT&IS foi proposta por instituições brasileiras de ensino e pesquisa a fim de discutir questões estruturantes relacionadas ao desenvolvimento científico e tecnológico na Região Amazônica.<sup>26, p. 97</sup>

A RETOXLAC tem por objetivo prover aos profissionais da Região um foro para intercâmbio de informação, geração de conhecimento e solução de problemas relacionados com substâncias químicas.<sup>27, p. 97</sup> Por fim, a RILAA visa “promover a garantia de inocuidade e qualidade dos mantimentos na região das Américas para prevenir as doenças por eles transmitidas; proteger a saúde do consumidor; e facilitar o comércio promovendo e fortalecendo o desenvolvimento e interação dos laboratórios analíticos dentro do marco dos programas nacionais integrados de proteção alimentar”<sup>28, p. 98</sup>. Além dos órgãos internacionais, a criação de redes de cooperação também é demasiadamente importante, tendo em vista que tem por objetivo promover a integração e disseminação do conhecimento em saúde, o que evidencia que as diretrizes nacionais e internacionais apontam também para investimento na educação em saúde para proteger este importante direito humano fundamental.

## 2 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: IDEÁRIO CONSTITUCIONAL E REALIDADE FÁTICA

Previsto pelo Decreto de nº 94.657, de 20 de julho de 1.987, o Programa dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) pode ser considerado o precursor do sistema

<sup>21</sup> DE BARCELLOS, N. R.; BIDINOTTO, A. B. Aspectos jurídicos da cooperação internacional em saúde pública: um encontro necessário entre saúde, direito e relações internacionais. Campos Neutros - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais, Rio Grande, RS, v. 2, n. 2, p. 8–25, 2021. DOI: 10.14295/cn.v2i2.12316. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/cn/article/view/12316>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 17.

<sup>22</sup> *Op. cit.*

<sup>23</sup> CAMPOS, Roberta de Freitas. A Rede Iberoamericana de Direito Sanitário: uma proposta para se avançar na garantia do direito à saúde. Tempus: Actas de Saúde Coletiva, Brasília, v. 7, n. 1, p. 91-106, abr. 2013. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/42613>. Acesso em 17 nov. 2022.

<sup>24</sup> *Op. cit.*

<sup>25</sup> *Op. cit.*

<sup>26</sup> *Op. cit.*

<sup>27</sup> *Op. cit.*

<sup>28</sup> *Op. cit.*

público de saúde como entendido hoje, ainda que seja ato revogado desde 1991. Como destacado por Oshiro<sup>29</sup>, a VIII Conferência Nacional de Saúde teve papel de destaque na formação do texto constitucional, sendo discutidas as diversas da área sanitária que se resumiam em: unificação das ações e serviços de saúde; organização administrativa descentralizada e integrada; direito à saúde garantido a todos os brasileiros sem necessidade de cumprimento de algum requisito; princípios e diretrizes únicos e financiamento por todos os entes federativos.

Tendo em vista que se tratava de um programa federal, a definição de aplicação dos recursos transferidos pela União aos estados membros podiam ser traçada levando em consideração os custos globais das ações e serviços de saúde.<sup>30, p. 66-67</sup> A CRFB/88 atribui ao Poder Público o dever de efetivação da saúde, enquanto um direito de todos, conforme se depreende da leitura do artigo 196. Como visto, pressupõe-se uma atuação coordenada que vise a concreção deste direito por meio da implementação de políticas públicas.

A Lei nº 8.080/90 que institui o SUS - Sistema Único de Saúde instituiu, em âmbito nacional, o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual consiste na principal política pública de saúde do Brasil, tendo em vista seu alcance e importância para os cidadãos, sendo que dela decorrem inúmeras outras políticas para que se proceda ao fornecimento dos serviços em saúde. O Poder Público deve assegurar a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, partindo daí, a concepção de um Sistema Único de Saúde (SUS) organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral (BRASIL, 1990).

Considerando a unicidade de direção do SUS, bem como diante da ideia de descentralização político-administrativa prevista no artigo 7º, inciso IX<sup>31</sup>, da Lei nº 8.080/90, surgem as redes públicas de saúde, havendo pontos de coordenação em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal). Para elaboração de políticas públicas de saúde ligadas ao Sistema Único de Saúde, observa-se o ciclo político acima descrito, inserindo-se um novo componente, que é o planejamento e orçamento ascendente, partindo-se do nível local para o federal, com oitiva dos Conselhos de Saúde e atendimento das orientações emanadas das Conferências de Saúde, sendo ambas instâncias colegiadas existentes em cada nível da federação, que foram criadas pela Lei nº 8.142/90.

A Lei nº 8.080/1990, considerando a unicidade de direção do SUS, conforme o art. 198, I<sup>32</sup>, da CF/88, preceitua que haverá descentralização político-administrativa, havendo pontos de coordenação em cada esfera de governo (federal, estadual e municipal). Luísa Alves

<sup>29</sup> OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma. *A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde*. 2017. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31092>. Acesso em: 03 nov. 2022.

<sup>30</sup> CUNHA, Luísa Rodrigues Alves da. *Concretização do direito à saúde, políticas públicas e judicialização*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Ribeirão Preto. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unaerp.br/handle/12345/328>. Acesso em: 12 nov. 2022.

<sup>31</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo;

<sup>32</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

Rodrigues da Cunha destaca que, visando assegurar a composição paritária dos Conselhos de Saúde, bem como alcançar a pretendida descentralização, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 453 no ano de 2012, a qual disciplinou que as cadeiras dos mencionados conselhos deverão ser ocupadas na proporção de: 50% (cinquenta por cento) preenchidas por entidades e movimentos representativos dos usuários, 25% (vinte e cinco por cento) ocupadas por entidades representativas dos trabalhadores da área da saúde e os restantes 25% (vinte e cinco por cento) destinadas aos representantes de governo e prestadores de serviços privados conveniados ou sem finalidade lucrativa.<sup>33, p. 66-67</sup>

Daí decorre a descentralização do sistema, tendo a Norma Operacional Básica 01/93 uma grande contribuição, tendo em vista que a partir dela surgiu, à nível federal, a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), composta por representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), e no nível estadual, as Comissões Intergestores Bipartite (CIB), da qual participam tanto os dirigentes das Secretarias Estaduais de Saúde, quanto os representantes do Conselho dos Secretários Municipais de Saúde (COSEMS).<sup>34, p. 67</sup>

É inegável que o SUS se apresenta como uma política pública de saúde demasiadamente ampla, descentralizada e que promove atendimento integral à população, o que impõe ao Poder Público árdua tarefa na concretização do direito à saúde.

## 2.1 De maior programa de saúde às dificuldades na sua efetivação

A grande problemática da efetivação da saúde reside no fato de ser este direito garantido de forma ampla pelo constituinte. Celso Barberato e Zaiden Geraide Neto, reconhecendo as dificuldades que permeiam a implementação do direito à saúde na era do neoconstitucionalismo, alegam que os problemas envolvendo a saúde no cenário brasileiro decorrem polissemia do termo “direito”, tendo em vista os vários significados que possui. Diante disso, a tese do policentrismo apresentada que incide sobre o direito à saúde pode ser confirmada.<sup>35</sup> Corroborando este entendimento, veja-se a posição adotada por Felipe Rangel de Souza Machado:

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) constitui um dos principais avanços em relação ao desenvolvimento de políticas públicas do Estado de caráter universalista. Apesar da tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos, implementada no bojo do processo de remodelação neoliberal do Estado brasileiro a partir do governo Collor de Mello, o SUS, ao contrário de outros setores, manteve-se como uma política consistente<sup>36, p. 75</sup>

<sup>33</sup> CUNHA, Luísa Rodrigues Alves da. *Op. cit.*

<sup>34</sup> *Op. Cit.*

<sup>35</sup> BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 32, n.2 p.107-126, dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 12 nov. 2022.

<sup>36</sup> MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 73-91, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Destaque-se ainda que a força normativa concedida à Constituição vise à concreção da saúde enquanto um direito fundamental social em seu máximo alcance, observando-se a dignidade da pessoa humana. Peter Harbele<sup>37</sup>, p. 89 afirma sobre a acepção axiológica da Dignidade da Pessoa Humana:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um status activus processualis), bem como por meios ideais e materiais.

Verifica-se, assim, o dever do Estado é amplo, o que dificulta o cumprimento e a concreção deste direito, pelo que emergem ações judiciais, onde os cidadãos visam alcançar a concreção da saúde. No cenário atual, verifica-se uma transição da ideia tradicional de efetivação da saúde pelo Executivo e Legislativo para o Judiciário. Verifica-se um aumento massivo das ações que versam sobre a saúde, tendo em vista que, conforme dados compilados pelo Conselho Nacional de Justiça, houve um aumento 130% das demandas sobre saúde de 2008 a 2017.<sup>38</sup> Tal fato decorre, principalmente, pela ineficiência do Poder Público em efetivar o direito à saúde por meio das políticas públicas.

O Poder Público, por sua vez, invoca a cláusula da reserva do possível em sua defesa nesses tipos de processos, a qual se vale do argumento de impossibilidade orçamentária de cumprir com o dever constitucional de dar máxima efetividade e alcance às políticas públicas de saúde. A reserva do possível é definida como “uma condição de restrição fática caracterizada pela escassez de recursos públicos ponderada em situações concretas que envolvam direitos sociais prestacionais”<sup>39</sup>, p. 99 Ana Paula de Barcellos<sup>40</sup> relata que o advento da reserva do possível perpassa o debate sobre a limitação dos recursos disponíveis, ante as numerosas necessidades da população, principalmente nas demandas que versem sobre atendimento em saúde – especificamente em relação aos medicamentos de alto custo que demandam um tratamento de alta complexidade. Nessa perspectiva, a autora ressalta a existência de um limite orçamentário, o que, por consequência, pode frustrar algumas aspirações emanadas da população, tendo em vista que o Estado não possui recursos

<sup>37</sup> HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>38</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019. 172 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/515>. Acesso em: 03 nov. 2022.

<sup>39</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. *As Restrições em Torno da Reserva do Possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>40</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

suficientes para suas infinitas necessidades, bem como os diversos ajustes fiscais pelos quais passa o país.

Inclusive, Jarbas Ricardo Almeida Cunha destaca a existência e inter-relação do que chamou de direito constitucionalizado à saúde e o direito judicializado à saúde, sendo que a crescente judicialização das políticas públicas de saúde promoveu uma verdadeira alteração do seu planejamento e implementação, concluindo que os integrantes do Poder Judiciário devem estar abertos ao diálogo institucional construtivo, visando alcançar o objetivo de efetivação do SUS.<sup>41</sup> Inclusive, no que tange ao diálogo institucional no Brasil, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto alertam que:

a teoria dos diálogos institucionais, no Brasil, possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques<sup>42</sup>

Além da alta judicialização, verifica-se que o Sistema Único de Saúde, enquanto uma política pública, também apresenta problemas de financiamento para a estruturação e funcionamento eficaz dos serviços, diante da dependência dos fundos públicos. Segundo Herberth Costa Figueiredo, “A descentralização da organização do SUS ainda ocorre de modo limitado e limitante, uma vez que o financiamento continua pendente em termos quantitativos em relação ao montante dos recursos disponíveis, como também em termos qualitativos no que se reporta à estabilidade e tipo de fontes de recursos.”<sup>43</sup>, p. 90, o que evidencia os problemas financeiros. Por fim, Márcia Araújo Sabino de Freitas e Maria Rizeide Negreiros de Araújo uma forma de “segmentação que impacta diretamente na organização e efetividade do sistema, que é a promovida por diferenças político-partidárias.”<sup>44</sup> Segundo as autoras:

não raro essas forças interferem na governabilidade do sistema, impedindo um pensamento comum voltado para as necessidades do SUS e da saúde da população por priorizar benefícios a políticos ligados a um partido e malefícios a opositores. Os municípios são particularmente muito sensíveis a essas forças, pois dependem

<sup>41</sup> CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)*. 2020. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38898>. Acesso em: 16 nov. 2022.

<sup>42</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>. Acesso em 17 nov. 2022

<sup>43</sup> FIGUEIREDO, Herberth Costa. *A saúde como direito fundamental: abordagem contextualizada no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=74772>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>44</sup> FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizeide Negreiros de. As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p. 21. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5739>. Acesso em: 16 nov. 2022.

fortemente das transferências de recursos federais em razão de sua arrecadação tributária não ser bastante diante de seus gastos<sup>45, p. 21-22</sup>

Percebe-se que são diversos os motivos que dificultam a implementação e concreção do SUS, sendo que o presente trabalho não se presta a apresentar um rol taxativo de empecilhos à consecução do objetivo constitucional, limitando-se a apontar a alguns dos diversos problemas enfrentados por esta importante política pública de saúde.

## 2.2 Da necessidade de garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade em matéria de saúde

Enquanto um conceito jurídico, a dignidade da pessoa humana possui uma caracterização ampla e de difícil delimitação, pelo que não pode ser tratada de forma simples ou resumida, o que dificulta sua caracterização.<sup>46</sup> Após os eventos da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a dignidade da pessoa humana ganhou enorme destaque, tendo em vista os atos desumanos e cruéis praticados no período, sendo a dignidade elevada a princípio-regra e reconhecida em vários tratados internacionais em diversos países do mundo. Robert Alexy leciona que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”<sup>47, p. 90</sup>. Neste ponto, cumpre diferenciar princípio de regra. Humberto Ávila os diferencia:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>48, p. 129</sup>

Os princípios e as regras são razões para juízos concretos do “dever-ser”, ainda que não tenham a mesma natureza, pelo que se pode concluir que ambos consistem em duas espécies de normas. Ingo Wolfgang Sarlet destaca ainda que os princípios constitucionais estão interligados com os direitos fundamentais, uma vez que ambos integram “o núcleo

<sup>45</sup> *Op. cit.*

<sup>46</sup> SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; FACHIN, Zulmar. O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Fundamento Para O Estado Contemporâneo: Um Olhar Sob O Viés Dos Direitos Da Personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 7, n. 3, p. 311-340, 2019. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/610>. Acesso em: 17 nov. 2018.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias”<sup>49</sup>, p. 62.

No cenário brasileiro, após um período ditatorial, nasce a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a qual consagra, em seu artigo 1º, o perfil político-constitucional do Estado Democrático de Direito. Mediante a consagração expressa da dignidade no artigo 1º, inciso III, a CRFB/88, ou Constituição Cidadã determina que a pessoa possui um fim em si mesma, possuindo responsabilidade sobre sua vida, o que implica a não imposição de vontade de terceiros em tomadas de decisões. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana reconhece o indivíduo como um ser moral e que possui a capacidade fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas. Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>50</sup>, p. 60

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana se apresenta como algo indissociável do cidadão, uma qualidade intrínseca de todo indivíduo, devendo ser respeitada pelo Poder Público quando da elaboração de uma lei ou uma política pública.

Tendo em vista sua positivação constitucional, verifica-se, portanto, que a dignidade humana, para além de um valor moral, deve também ser reconhecida como um valor tipicamente jurídico, dotado de normatividade, o que impõe aos poderes públicos o dever de respeito e proteção da dignidade dos indivíduos, promovendo os meios necessários para que se alcance uma vida digna. Nesse sentido, lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

A dignidade da pessoa humana, como aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir desse valor e princípio que todos os demais princípios (assim como as regras) se protejam e recebem os impulsos para os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é o único valor a cumprir tal função e nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especialmente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana.<sup>51</sup>, p. 71

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Diante do exposto, permite-se concluir que a dignidade da pessoa humana, enquanto um metaprincípio constitucional constitui a base para todo o arcabouço jurídico-normativo, sendo incontroverso que o direito à saúde não se afasta do conceito de dignidade humana. Pelo contrário, deve ser compreendido em sua plenitude, intensidade e dignidade. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana não consiste apenas em um postulado filosófico, na medida em que se apresenta como um mandamento norteador do ordenamento jurídico, possuindo, como já defendido, uma natureza dúplice. No entendimento de Barcellos<sup>52</sup>, p. 288, o primeiro momento de constituição da dignidade humana se materializa pela garantia do direito fundamental à saúde e à educação, por oferecer condições iniciais para que o cidadão possa construir sua dignidade de forma autônoma.

Existindo esta ligação entre a dignidade humana e a efetividade do direito à saúde, verifica-se que esta consiste em um direito fundamental social corolário deste importante princípio constitucional. No mais, pode-se concluir que a saúde é garantida por meio do acesso universal e igualitário, conforme previsão da CRFB/88, em claro prestígio do constituinte ao princípio da igualdade, o qual consiste em dar o mesmo tratamento às pessoas que se encontram em situações análogas, nele compreendido os exames diagnósticos, acomodações, dentre outros.

Ao prever o acesso universal, o constituinte quis alcançar todos os cidadãos brasileiros num sistema, não garantindo a absorção por esse sistema somente àqueles que fossem economicamente hipossuficientes, fazendo valer os princípios e objetivos constitucionais. Completando, ainda, sobre o acesso universal ao sistema público de saúde, o constituinte originário visa assegurar um direito público subjetivo à sociedade como um todo, no qual há incontestável responsabilização do Estado em prestar serviços de saúde, dispendendo os recursos públicos necessários para a concreção. Sendo assim, cabe ao Poder Público concretizar a saúde por meio de implementação das políticas públicas, tendo em vista que o direito à saúde é um direito público subjetivo dos cidadãos, sendo garantida de forma igualitária, universal e integral. É válido dizer ainda que o direito à saúde, enquanto um direito fundamental social, possui íntima relação com o mínimo existencial, posto que este “pressupõe a aplicabilidade de um rol mínimo de direitos garantidores da subsistência humana”<sup>53</sup>. Nesse sentido, o mínimo existencial também dialoga com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que “esse “mínimo” é a matriz do princípio da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua importância, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III)”<sup>54</sup>, p. 89.

Ocorre que, ao prever o acesso universal e integral, entende-se que o constituinte originário não limita a efetivação da saúde à garantia do mínimo existencial, tendo em vista que o Poder Público se obriga a fornecer desde o serviço de saúde mais simples ao mais complexo, na forma delimitada pela CRFB/88, o que pressupõe um investimento pesado em políticas sanitárias para consolidação das ações realizadas pelo SUS.

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>53</sup> SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>54</sup> *Op. cit.*

### 3 (DES)FINANCIAMENTO DA SAÚDE: PARÂMETROS DE SUBSISTÊNCIA DO SUS COMO POLÍTICA DE ESTADO

Conforme se depreende do artigo 196 da CRFB/88, verifica-se que o Estado possui o dever de efetivação do direito à saúde “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”<sup>55</sup> A própria CRFB/88 instituiu fontes de receita permanentes para financiar a seguridade social e o sistema único de saúde<sup>56</sup>. No mais, estabeleceu investimentos mínimos em ações e serviços públicos de saúde<sup>57</sup>. Leciona Sebastião Sérgio da Silveira:

Tais compromissos constitucionais estão a exigir a criação de condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por isso, a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços, nem que isso tenha ser feito através da custosa via judicial<sup>58, p. 207</sup>

Diante dos diversos objetivos delineados na CRFB/88, verifica-se uma árdua tarefa imposta ao Poder Público. Como já mencionado, os serviços de saúde foram garantidos a partir de uma noção de proteção integral e igualitária, não existindo uma limitação no mínimo existencial. No que tange à saúde e seu financiamento, bem como diante das disposições do artigo 198 da CRFB/88, emerge o art. 5º da Lei Complementar Federal nº 141<sup>59</sup>, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta a matéria, dispôs sobre a aplicação de recursos mínimos pela União.

Donde de extrai o entendimento que a norma em comento impede retrocessos no montante anual de recursos a serem investidos no SUS. Considerando a essencialidade dos serviços de saúde, mesmo em cenário econômico negativo, deve-se preservar o montante de aplicação de recursos mínimos pela União relativo ao exercício anterior.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 86/2015, em seu artigo 2º estabeleceu novo regime de gasto mínimo no plano federal para ações e serviços públicos em saúde, correspondente a 15% da receita corrente líquida da União, mas não de imediato, fixando subpisos progressivos de 13,2% para o exercício de 2016; 13,7% para 2017; 14,1% para 2018; 14,5% para 2019; 15% a partir de 2020. Vale salientar que o artigo 2º desta emenda

<sup>55</sup> Artigo 196 da CRFB/88.

<sup>56</sup> Artigos 195 e 198, § 1º e 2º, da CRFB/88

<sup>57</sup> Artigos 167, IV e 198, § 2º e § 3º, da CRFB/88

<sup>58</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O direito fundamental à saúde: o acesso à medicamentos no SUS. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 18, p. 206-214, 2011. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/53>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>59</sup> Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. [...] § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

constitucional foi posteriormente revogada pela Emenda Constitucional nº 95/2016, porém, mesmo com a revogação a norma continua a operar efeitos abstratos sobre o ordenamento infraconstitucional, tendo em vista que os efeitos contidos na norma são projetados para o futuro. Denota-se da análise da ADI nº 5.595, que o objetivo principal desta ação é a proteção do direito à saúde e à vida, bem como busca evitar o retrocesso social, tendo em vista a grave mudança ocasionada no cenário do financiamento do sistema único de saúde.

Entende-se que os pisos estabelecidos pelo artigo 2º pela Emenda Constitucional nº 86/2015 configuram redução do financiamento da saúde de modo a violar esse direito fundamental. De igual modo, entende-se que o artigo 3º da mencionada emenda promove decréscimo do financiamento da saúde de modo a violar esse direito fundamental ao incluir, no cômputo do montante mínimo aplicado em saúde, as despesas com saúde custeadas com os royalties da exploração de petróleo e gás natural, antes tidas como fonte adicional não incluída no piso. Inclusive, o novo regime fiscal iniciado pela Emenda Constitucional nº 95/2016 “congela gastos primários por um período de 20 anos, afetando diretamente o financiamento das áreas de saúde e educação”<sup>60</sup>. Nesse sentido, entende-se que as Emendas nºs 86/2015 e 95/2016 usam de pano de fundo a crise econômica vivenciada na época para promover reajustes de investimentos em políticas públicas, o que afeta frontalmente a destinação das verbas orçamentárias à saúde pública.

Em interessante trabalho de análise sobre a alocação de recursos na área da saúde, Fabiola Sulpino Vieira alerta que, após detida análise sobre como se deu o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) de 2010 a 2019, caso não haja uma mudança significativa da forma de análise e alocação dos recursos, o Brasil corre o risco de efetivamente não conseguir cumprir metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 3 da Agenda 2030, compromisso assumido pelos 193 Estados-membros da ONU.<sup>61</sup> Aduz Vieira que de houve uma:

diminuição no gasto público per capita em saúde do Brasil sofreu redução nos últimos anos e é muito baixo em comparação ao de países com sistema universal de saúde. E as perspectivas não são boas, pois a posição brasileira em contexto internacional tende a piorar sob a EC 95. Já se observa aumento da participação das famílias na despesa com o consumo final de bens e serviços de saúde, que passou de 53,5%, em 2010, para 56,8% em 2017<sup>62</sup>, p. 8

Verifica-se que, ante a crise econômica vivenciada, a solução encontrada pelo Poder Público é justamente instituir mecanismos que diminuam significativamente a verba destinada às políticas públicas de saúde. Ao comentar sobre a Emenda Constitucional nº 95/2016 e o novo regime fiscal, Romão destaca o retrocesso em matéria sanitária que acomete o Brasil:

<sup>60</sup> ROMÃO, Ana Luísa Pereira Agudo. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 86-106, 2019. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i1p86-106. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164206>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>61</sup> VIEIRA, Fabíola Sulpino. Health financing in Brazil and the goals of the 2030 Agenda: high risk of failure. *Revista de Saúde Pública*, [S. l.], v. 54, p. 127, 2020. DOI: 10.11606/s1518-8787.2020054002414. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/180617>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>62</sup> *Op. cit.*

O novo regime fiscal não apenas representa uma medida de austeridade nunca antes colocada em prática por qualquer país no mundo, como também representa uma significativa redução no financiamento dos direitos sociais. Um congelamento de 20 anos nos gastos primários do Estado significa um atraso de 20 anos nas políticas públicas de saúde.<sup>63, p. 103</sup>

Portanto, notadamente no cenário atual um possível retrocesso social no que diz respeito ao investimento em políticas públicas de saúde, o que escancara ainda mais a problemática do financiamento do SUS, bem como evidencia a violação à garantia deste importante direito fundamental social. No julgamento da ADI nº 5595, considerando o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, o STF tratou da improcedência da mencionada ação, declarando a constitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC nº 86/2015, sob o argumento de que o legislador originário possui a competência para “regular o financiamento da saúde pública, fixando e reavaliando periodicamente os patamares mínimos de investimento” nos dizeres do Ministro Alexandre de Moraes. O referido Princípio do Retrocesso Social já fora reconhecido pelo STF no julgamento do ARE nº 639.337SP<sup>64</sup> de relatoria do Ministro Celso de Melo que tratou de lecionar:

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

Cumprе mencionar que, no que diz respeito ao financiamento da saúde, o artigo 55 do ADCT<sup>65</sup> determina que trinta por cento do orçamento da Seguridade Social seria destinado ao setor da saúde, porém isto não foi devidamente observado e realizado, tendo-se por notório que há um claro quadro de desfinanciamento, ou financiamento ineficiente, como já mencionado acima. No julgamento da ADPF nº 45, que acabou por mudar a jurisprudência em matéria de controle de políticas públicas, o STF conceituou, ainda que forma sintética, o que seria o mínimo existencial e a reserva do possível. Segundo Na forma delineada pelo Ministro

<sup>63</sup> ROMÃO, Ana Luísa Pereira Agudo. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 86-106, 2019. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i1p86-106. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164206>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>64</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> Acesso em: 04 dez. 2022.

<sup>65</sup> Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Celso de Melo, o mínimo existencial está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, sendo um de seus elementos fundamentais. Por sua vez, segundo o mencionado Ministro:

os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Depreende-se então que a reserva do possível, em matéria de orçamento público, deve servir ao mínimo existencial, sendo que este, conforme já defendido, não pode limitar a efetivação do direito à saúde em patamares mínimos. Portanto, a reserva do possível jamais poderia se sobrepor ao mínimo existencial sob pena de ferimento da dignidade da pessoa humana. Na medida em que o SUS é mantido por meio de recursos públicos, garante-se e se protege o direito à saúde, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, o que decorre do próprio comando constitucional insculpido no artigo 196 da CRFB/88.

Ocorre que, no julgamento da ADI nº 5.595, os Ministros do STF apresentaram argumentos que não se atentam para as graves dificuldades econômicas que passa o SUS, no que toca ao seu financiamento, deixando, inclusive, de considerar os impactos que a emenda 86/2015 ocasiona para o setor público de saúde. Vale dizer que este ponto de tensão orçamentária pode se agravar ainda mais, conforme se depreende da tese defendida no voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual votou pela improcedência da ação, de que o piso constitucional da saúde (recursos mínimos) pode ser alterado "por não haver cláusula pétrea que preserve um modelo específico de financiamento da saúde".<sup>66</sup>

Barroso defende que a medida que se caracterizaria como uma violação da cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do artigo 60 seria aquela medida "que uma vez aprovada atingiria o seu núcleo essencial, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito". Ora, nesse sentido, verifica-se que tentar a ADI nº 5595 busca justamente frear o possível retrocesso social que ocasiona a Emenda Constitucional nº 86/2015. Por outro lado, dentre os votos pela procedência da ação, destaca-se o voto de Rosa Weber que ressalta que "enquanto os indicadores sociais revelarem que a satisfação do direito à saúde permanece no país abaixo de níveis de excelência, qualquer redução no seu financiamento afronta o compromisso da Carta Política com a prevalência do direito fundamental à saúde"<sup>67</sup>.

Analisando comparativamente os votos que defendiam a procedência da ação, verifica-se que houve uma clara preocupação em resguardar e buscar um orçamento adequado para o SUS, em estrita observância ao que dispõe o artigo 196 da CRFB/88. Por outro lado, os votos que defendiam pela improcedência apresentam certo consenso que, ante a não caracterização do retrocesso social. Nos dizeres de Dias Toffoli “a norma atacada não feriu o núcleo essencial do direito social à saúde, na forma protegida pela art. 196 da Constituição

<sup>66</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5056708>. Acesso em: 04.dez.2022.

<sup>67</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5056708>. Acesso em: 04.dez.2022.

Federal.”<sup>68</sup> De igual modo, os Ministros que votaram pela improcedência também destacam a impossibilidade de limitação do poder constituinte derivado, tendo em vista a regra prevista na lei complementar. Nesse sentido, no âmbito da análise do controle de constitucionalidade, verifica-se, no entendimento destes Ministros, que inexistente violação da CRFB/88.

O núcleo essencial da saúde, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana jamais poderiam sofrer uma limitação de cunho orçamentário. Entende-se que houve um evidente retrocesso social quando do entendimento pela improcedência da ADI nº 5595, tendo em vista que não houve um posicionamento do STF para evitar o agravamento do quadro de subfinanciamento do SUS e do direito à saúde em âmbito nacional.

### 3.1 Do (des)financiamento da saúde: Estado e sociedade de mãos dadas

A CRFB/88 também inova na área da saúde ao permitir, expressamente, atuação da iniciativa privada na assistência à saúde, dando-se destaque e preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, as quais prestaram por meio de convenio ou contrato público, serviços de forma complementar ao SUS.<sup>69</sup>

Destaca-se a importância dessas entidades para o sistema de saúde brasileiro, conforme observado por Carolina Lopes Zanatta e Mário César Scheffer, no ano de 2019 “as instituições filantrópicas foram responsáveis por 42% das internações realizadas no âmbito do SUS e possuíam 38% dos leitos destinados ao SUS no país”<sup>70</sup>, p. 3. Atualmente, verifica-se uma clara coparticipação destas entidades com a sociedade, visando justamente ajudar o SUS a se consolidar como política pública, tendo em vista que, mediante o convênio ou contrato público, essa instituição privada presta o serviço público como se fosse um ente público.

A Lei n. 9.637/1998 regulamenta as normas sobre colaboração entre as Organizações Sociais e o Poder Público para fins de realização de serviços públicos por longos períodos. A partir da edição da mencionada lei, os Estados e Municípios também promulgaram leis próprias para as Organizações Sociais, estabelecendo uma cooperação dessa natureza em sua base territorial. Com a qualificação da organização social, que funciona como um requisito para permitir a habilitação de contratar com o Estado pode-se citar, além do estabelecimento de parcerias com a Administração Pública, a “permissão de uso de bens públicos móveis e imóveis e a cessão de servidores públicos à Organização Social, com ônus para origem”.<sup>71</sup>, p. 89. Nesse sentido, verifica-se que a forma de subsidiar a Organização Social difere das entidades sem fins lucrativos.

Os recursos financeiros são alocados para a Organização Social, na forma pactuada no contrato de gestão, visando fomentar e promover a atividade finalista da Administração Pública, a qual transfere os recursos visando esse objetivo. Seria como uma transferência da

<sup>68</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5056708>. Acesso em: 04.dez.2022.

<sup>69</sup> Artigo 199, caput e §1º da CRFB/88.

<sup>70</sup> ZANATTA, C. L.; SCHEFFER, M. C. Flexibilização legislativa para a certificação de hospitais sem fins lucrativos no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 21, 2021. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2021.164726. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164726>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>71</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde. Brasília: CONASS, 2018. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/alternativas-de-gerencia-de-unidades-publicas-de-saude/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

obrigação inicial do Estado que se vale da parceira para efetivamente cumprir com seus deveres.<sup>72, p. 90</sup> Vale destacar ainda que a saúde é um direito dotado de relevância pública, conforme sua positivação na CRFB/88.

Os serviços de saúde, públicos e privados, são igualmente dotados de relevância pública, conforme preceitua o texto constitucional. Ocorre que, o papel de destaque na efetivação da saúde decorre da própria carta constitucional, mas isso não descarta, conforme destaca Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira “a possibilidade de contribuição advinda do engajamento da sociedade, inclusive por meio de uma mudança cultural a favor da mobilização política”.<sup>73, p. 124</sup> Nesse ponto, a autora entende que, mediante o engajamento da sociedade, consagrasse a diretriz constitucional de participação da comunidade no SUS é uma das principais ferramentas a serem desenvolvidas no serviço público de saúde<sup>74, p. 124</sup> Ainda assim, evidencia-se a incapacidade do Estado de se organizar sozinho na atuação prestacional na área da saúde, na medida em que se vale de diversos convênios com as Organizações Sociais para prestar os serviços. Nesse aspecto, o problema do financiamento da saúde também atinge as Organizações Sociais.

### 3.2 Apontamentos de possíveis soluções para consolidação do SUS como política de Estado efetiva

O SUS é a mais importante política pública de saúde, sendo delineado e construído no auge do período de redemocratização do Brasil, mediante a vinculação de objetivos, princípios e diretrizes que dialogam com o propósito de participação social e concreção dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Inclusive, Freitas e Araújo defendem que nos trinta anos de sua existência:

o jovem e desacreditado SUS, além de já ter salvado inúmeras vidas e comprovado sua competência em melhorar as condições de saúde da população, nos ensinou que a sociedade civil pode propor, com êxito, a proteção de novos direitos e também grandes mudanças na administração pública, “de baixo para cima”.<sup>75, p. 31</sup>

A ideia e difusão de informações sobre o funcionamento do SUS, visando uma maior participação e engajamento da sociedade são objetivos a ainda serem alcançados, o que permitiria a construção de uma noção sobre saúde coletiva. Diante do problema de financiamento já mencionado anteriormente, entende-se pela possível necessidade de inversão da lógica orçamentária, principalmente no que diz respeito à arrecadação financeira, tendo em vista o caráter coletivo da saúde, sendo esta uma política universal voltada para

<sup>72</sup> *Op. cit.*

<sup>73</sup> PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. *Direito à saúde: entre o dever estatal e a participação privada*. 2018. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/36829>. Acesso em: 17 nov. 2022.

<sup>74</sup> *Op. cit.*

<sup>75</sup> FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizioneide Negreiros de. As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p. 21. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5739>. Acesso em: 16 nov. 2022.

toda a sociedade brasileira, pelo que não faz sentido arrecadar recursos apenas a partir das contribuições sobre folha de salário<sup>76</sup>. Aduz Herberth Figueiredo:

A base de financiamento da Seguridade Social, e por via de consequência da saúde, não pode continuar fundamentada apenas na economia formal e no salário, pois o setor público de saúde para ampliar o serviço de assistência médica a toda sociedade necessita vincular a produtividade das prestações à rentabilidade das contribuições financeiras dos longos setores sociais.<sup>77, p. 92</sup>

Vale dizer que a escassez de recursos financeiros é sempre aventada como matéria de defesa do Poder Público na via judicial, ainda que tais argumentos não consigam surtir grandes efeitos, tendo em vista a evidente corrupção e ineficiência da gestão pública na administração dos recursos. Ainda assim, entende-se que o Estado pode adotar algumas medidas que potencialize a arrecadação dos recursos. Conclui-se pela possibilidade de mudança nas bases de financiamento das políticas públicas de saúde, principalmente do Sistema Único de Saúde, o que pode ser eficaz, bem como ajudar na retomada de protagonismo do Poder Público para efetivar o direito à saúde.

Vanice Lírio do Valle, em estudo sobre planejamento orçamentário e políticas públicas, defende que a atuação pública se encontra dissociada do planejamento orçamentário, justamente por se utilizar de método coercitivo de implementação das políticas, pelo que se faz necessária a adoção de métodos indutivos no desempenho das funções<sup>78</sup>. Nesse sentido, a autora defende que se faz necessário o investimento em métodos indutivos, uma vez que o Poder Público trabalha para uma sociedade que apresenta demandas complexas, de modo que “(...) a diversidade de estratégias, o experimentalismo, o abdicar da lógica de uma única solução possível são elementos que não de ser abarcados como admissíveis – desde que num contexto de ação planejada, a revelar tenha sido fruto de deliberação racional e de ponderação de risco”<sup>79, p. 123</sup>. Portanto, faz-se necessário o investimento em métodos diferentes de financiamento e investimento para a área da saúde.

Por fim, como defende Jarbas Ricardo Almeida Cunha, faz-se necessário o aprimoramento e ampliação do diálogo institucional entre o Judiciário e os “militantes sanitaristas”, visando a concreção do SUS.<sup>80</sup> Outro fato que se evidencia atualmente é justamente a necessidade de maior investimento em políticas públicas, que retomem um aumento do investimento per capita, para que os serviços oferecidos atinjam a integralidade e universalidade. Nessa perspectiva, verifica-se algumas das possibilidades de visam a efetivação concreta do SUS enquanto uma política de Estado, tendo em vista que se trata de

<sup>76</sup> FIGUEIREDO, Herberth Costa. *A saúde como direito fundamental: abordagem contextualizada no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=74772>. Acesso em: 13 nov. 2022.

<sup>77</sup> *Op. cit.*

<sup>78</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250/35889>. Acesso em 14 nov. 2022.

<sup>79</sup> *Op. cit.*

<sup>80</sup> CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)*. 2020. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38898>. Acesso em: 16 nov. 2022.

uma importantíssima política pública da área sanitária, a qual não pode se sujeitar a retrocessos e abstenções, devendo ser encarada como um dever constitucional de grande importância.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 e a possibilidade de desfinanciamento do Sistema Único de Saúde foram os principais objetos analisados pelo presente trabalho.

Em verdade, a referida análise deu-se com a verificação da Saúde como um Direito Humano e também como Direito Fundamental inserto na CRFB/1988. Não bastasse, fez-se doutrinária e legislativa correlação dos institutos com o metaprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, observando a evolução de tal direito desde a perspectiva pós-Guerra, em 1945, incluindo aí, o surgimento dos principais órgãos de defesa e manutenção da saúde como a Organização Mundial de Saúde, agência da Organização das Nações Unidas criada para este fim.

Em seguida, a verificação repousou sobre o distanciamento contemporâneo entre o ideário do SUS – como maior programa de saúde do mundo às dificuldades na sua efetivação, ou seja, demonstrou-se que o patamar do mínimo existencial que é o mínimo do acesso à saúde, fica constrangido quando ocorre o desfinanciamento do programa – que é política de Estado e não de governo no Brasil – pelo seu próprio gestor, quais sejam, os Entes federativos. Ao final, pode-se entender que os repasses mínimos para a manutenção dos serviços, ações e programas de saúde têm sido insuficientes para a concretização deste direito, alcançando de modo mais prejudicial às comunidades mais pobres. Denota-se, então, da análise da ADI nº 5.595, que o objetivo principal deste trabalho foi alcançado, qual seja, o de que a referida ação constitucional buscava a proteção do direito à saúde e à vida, bem como busca evitar o retrocesso social, tendo em vista a grave mudança ocasionada no cenário do financiamento do sistema único de saúde.

Importante ressaltar que o mesmo entendimento já era assentado pela Corte Constitucional na ADPF nº 45 que parametrizou o mínimo existencial como limitador à reserva do possível. Assim, entende-se que – em conflito evidente de direitos humanos e fundamental – que é o caso da concreção e efetivação do Direito à Saúde e do próprio Direito à Vida, deve prevalecer o primeiro em detrimento do segundo.

Afinal, a legislação internacional e a constitucional, bem como a infraconstitucional compreendem de modo pacífico que o bem da vida que é a própria vida – e aqui, vida em plenitude de exercício – é a consagração da Dignidade da Pessoa Humana e que o SUS é o meio para efetivação deste direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 32, n.2 p.107-126, dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 83–105, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019. 172 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/515>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Alternativas de Gerência de Unidades Públicas de Saúde*. Brasília: CONASS, 2018. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/alternativas-de-gerencia-de-unidades-publicas-de-saude/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Sousa Dabés. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 23-42, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/5794>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534/27218>. Acesso em 17 nov. 2022

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)*. 2020. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38898>. Acesso em: 16 nov. 2022.

CUNHA, Luísa Rodrigues Alves da. *Concretização do direito à saúde, políticas públicas e judicialização*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unaerp.br//handle/12345/328>. Acesso em: 12 nov. 2022.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. *A saúde como direito fundamental: abordagem contextualizada no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=74772>. Acesso em: 13 nov. 2022.

FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizeide Negreiros de. As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p. 21. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5739>. Acesso em: 16 nov. 2022.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 73-91, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118>. Acesso em: 12 nov. 2022. MOREIRA, Alinie da Matta. *As Restrições em Torno da Reserva do Possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OSHIRO, Glaucio Ney Shiroma. *A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde*. 2017. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31092>. Acesso em: 03 nov. 2022.

PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. *Direito à saúde: entre o dever estatal e a participação privada*. 2018. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/36829>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ROMÃO, Ana Luísa Pereira Agudo. O financiamento da saúde frente ao novo regime fiscal. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 86-106, 2019. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i1p86-106. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164206>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ROSADO, Cid Augusto da Escóssia; OLIVEIRA NETO, João Paulino de. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016. *Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (REJUR)*, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 116-138, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/6957>. Acesso em 15 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358>. Acesso em: 16 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais &*

*Justiça*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 171–213, 2007. Disponível em:

<https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Henrique Alves da. Incorporando os valores e direitos fundamentais à constituição: uma análise da efetividade na conservação da amazônia legal no Brasil. *Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (REJUR)*, Mossoró, v. 5, n. 10, p. 213-228, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/view/10801>. Acesso em 14 out. 2024.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. O direito fundamental à saúde: o acesso à medicamentos no SUS. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 18, p. 206-214, 2011. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/53>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; FACHIN, Zulmar. O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Fundamento Para O Estado Contemporâneo: Um Olhar Sob O Viés Dos Direitos Da Personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, v. 7, n. 3, p. 311-340, 2019. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/610>. Acesso em: 17 nov. 2018.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. 2010. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/pt-br.php>. Acesso em: 02 nov. 2022.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250/35889>. Acesso em 14 nov. 2022.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Health financing in Brazil and the goals of the 2030 Agenda: high risk of failure. *Revista de Saúde Pública*, [S. l.], v. 54, p. 127, 2020. DOI: 10.11606/s1518-8787.2020054002414. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/180617>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ZANATTA, C. L.; SCHEFFER, M. C. Flexibilização legislativa para a certificação de hospitais sem fins lucrativos no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 21, 2021. DOI:

10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2021.164726. Disponível em:  
<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164726>. Acesso em: 17 nov. 2022.





# RECALL ELEITORAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PELO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO

BRAZILIAN ELECTORAL RECALL: AN ANALYSIS THROUGH THE COMPARATIVE LAW METHOD

JOÃO PAULO JACOB\*

## RESUMO

O estudo examina a viabilidade da implementação do mecanismo de recall no Brasil, utilizando o método do direito comparado. A problemática central envolve compreender se o Brasil possui condições políticas e jurídicas para adotar esse mecanismo, considerando as experiências de outros países, especialmente da América Latina e da Califórnia. O objetivo principal é avaliar os desafios e oportunidades que o recall pode oferecer no contexto brasileiro, incluindo as implicações para a estabilidade política e governança. A metodologia consiste na análise comparativa de legislações e sistemas eleitorais internacionais que já aplicam o recall, além de revisão bibliográfica de casos e teorias relevantes. O trabalho conclui que, embora o recall possa fortalecer a democracia ao aumentar a responsabilização dos eleitos, sua implementação no Brasil enfrenta desafios legais e políticos, como a necessidade de reformas constitucionais e o risco de uso partidário do mecanismo.

**Palavras-chave:** Recall, Democracia, Direito Comparado, Participação Cidadã.

## ABSTRACT

The study examines the feasibility of implementing the recall mechanism in Brazil using the comparative law method. The central issue revolves around understanding whether Brazil has the political and legal conditions to adopt this mechanism, considering the experiences of other countries, especially from Latin America and California. The primary objective is to assess the challenges and opportunities that the recall can offer within the Brazilian context, including its implications for political stability and governance. The methodology includes a comparative analysis of international legislation and electoral systems that already apply the recall, alongside a bibliographic review of relevant cases and theories. The study concludes that, although the recall may strengthen democracy by increasing accountability of elected officials, its implementation in Brazil faces legal and political challenges, such as the need for constitutional reforms and the risk of partisan misuse of the mechanism.

**Keywords:** Recall, Democracy, Comparative Law, Citizen Participation.

\* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Advogado. Membro Fundador e do Instituto Amazonense de Direito Administrativo (IADA). Secretário Geral e Executivo da Escola Superior da Magistratura (ESMAM).

*joaopaulojacob\_@hotmail.com*



Recebido em: 26-07-2024 | Aprovado em: 14-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O RECALL CALIFORNIANO; 2 A AMÉRICA LATINA EM EVIDÊNCIA; 3 DIREITO COMPARADO; 3.1 VENEZUELA; 3.2 EQUADOR; 3.3 COLÔMBIA; 3.4 BOLÍVIA; 4 POSSIBILIDADE DO RECALL NO BRASIL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

É inegável a relevância do tema no contexto democrático atual, explorando a implementação do mecanismo de *recall* no sistema político brasileiro, com base em uma análise comparativa com outros países. O problema central da pesquisa é: seria viável a adoção do instrumento do *recall* no atual modelo presidencial brasileiro? Para abordar essa questão, é necessário observar a relação entre os eleitores e seus representantes e o papel do *recall* como possível solução ou sintoma de crises democráticas.

A hipótese deste estudo é que a implementação do *recall* no Brasil seria possível, mas encontraria desafios significativos no que diz respeito a questões legais, como a necessidade de uma reforma constitucional, e políticas, como o risco de uso partidário do mecanismo para desestabilizar governos. Além disso, há de se considerar a fragilidade institucional em determinadas regiões do país, onde a introdução de um mecanismo como o *recall* poderia gerar instabilidade política.

A justificativa deste trabalho reside na necessidade de explorar mecanismos que possibilitem uma maior participação dos eleitores no processo de tomada de decisões políticas, diante da crescente desconfiança nas instituições e nos processos eleitorais tradicionais. A implementação do *recall* seria uma forma de fortalecer a democracia e proporcionar aos eleitores uma ferramenta para exigir maior accountability de seus representantes. O estudo se justifica, portanto, pelo potencial de contribuir para o aprimoramento do sistema democrático brasileiro.

O *recall* também chamado de voto destituente é “o direito através do qual os cidadãos votam com a finalidade de revogar um mandato individual deferido, encerrando o seu exercício antes do termo funcional regular, por responsabilidade política não-penal.”<sup>1</sup>, p. 155. Importante ressaltar que “não se trata de medida casuística, em atendimento às intempéries da conjuntura política nacional, porquanto é prática rotineira em democracias modernas, como a norte-americana e as europeias.”<sup>2</sup>, p. 73

As limitações da representação política tradicional no Brasil, somadas a crises de confiança nas instituições democráticas, incentivam a busca por mecanismos mais diretos de participação, como plebiscitos, referendos e o *recall*.

A força e estabilidade das instituições dependem de sua validação na mente das pessoas. Uma vez rompido o vínculo subjetivo entre o que os cidadãos querem e as ações dos representantes, ocorre a crise da legitimidade política, em outras palavras, o sentimento majoritário de que os atores do sistema político não representam os cidadãos. É o que

<sup>1</sup> SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>2</sup> TEMER, Michel. *Democracia e cidadania*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Fernando Henrique Cardoso chama de “hiato entre as aspirações da população e a capacidade das instituições políticas de responder às exigências da sociedade.”<sup>3</sup>, p. 73

A Constituição Federal brasileira reconhece o poder soberano do povo, que pode ser exercido tanto de maneira direta quanto indireta, através de mecanismos como o sufrágio universal e o voto secreto, além de plebiscitos e iniciativas populares. Nesse contexto, o *recall*, um mecanismo de democracia direta, oferece aos cidadãos a possibilidade de remover representantes eleitos antes do término de seus mandatos, caso estes não atendam às expectativas.

O objetivo geral da pesquisa é avaliar a viabilidade de implementação do *recall* no Brasil. Especificamente, busca-se: (i) analisar as experiências internacionais de *recall* e seus resultados; (ii) identificar os desafios legais e políticos para a implementação desse mecanismo no Brasil; e (iii) avaliar as possíveis consequências de sua adoção para a estabilidade política e a governança no país. A metodologia empregada inclui a análise comparativa de legislações, revisão de experiências internacionais e uma abordagem crítica sobre a realidade brasileira.

Com base na análise da aplicação do *recall* em países vizinhos e nas normativas internacionais, este estudo pretende não apenas verificar a possibilidade jurídica de adoção desse mecanismo no Brasil, mas também discutir os potenciais impactos na governabilidade e na estabilidade política. A conclusão aponta que, embora o *recall* tenha potencial para fortalecer a democracia e responsabilizar os eleitos, sua implementação no Brasil encontra obstáculos significativos, tanto no aspecto legal quanto político.

A metodologia empregada no estudo é de caráter dedutivo, baseada na análise comparativa de experiências internacionais e na revisão de literatura especializada. Serão analisados os aspectos legais e políticos do *recall*, bem como as implicações de sua adoção para a governança e a estabilidade política no Brasil. O estudo também incluirá a análise descritiva e crítica das realidades de outros países, com o intuito de extrair lições que possam ser aplicadas no contexto brasileiro.

Importante destacar a utilização do método de Direito comparado que busca examinar semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos de diferentes países. Ele é essencial para entender contextos jurídicos estrangeiros e pode ser utilizado na reforma de sistemas legais internos. O estudo de direito comparado permite comparar ordenamentos jurídicos distintos, identificando analogias e divergências para aproximar ou reconciliar legislações. Além disso, o método também investiga os fatores históricos e culturais que moldam as soluções normativas de cada país.

Um debate relevante envolve a natureza do direito comparado: se ele seria uma ciência autônoma ou apenas um método. José Afonso da Silva defende que a microcomparação constitucional é uma técnica eficaz para comparar aspectos específicos de textos constitucionais, como regras ou instituições<sup>4</sup>. René Davi destaca que o direito comparado

---

<sup>3</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. *Crise e reinvenção da política no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado. In: SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.). *Metodología del derecho comparado*. Cidade do México: UNAM, 2005. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10708>. Acesso em: 11 mar. 2024.

ajuda tanto a melhorar o direito nacional quanto a compreender outros povos e suas legislações.<sup>5, p. 4</sup>

Corroboram, ainda, as lições de Francisco Ovídio ao destacar que "a pesquisa jurídica comparativa contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento do conhecimento jurídico", que tem como o objetivo "possibilitar uma melhor compreensão do espírito que anima as instituições jurídicas, as técnicas vigentes na época e responder indagações existentes no tocante à gênese dos sistemas jurídicos primitivos".<sup>6</sup>

Importante acentuar que a escolha de estados e países que adotam o instituto do *recall* neste trabalho, se deu pela possibilidade de analisar onde se encontra mais solidificado, como na Califórnia, bem como possibilitar o exame, quase sempre renegado à um segundo plano, deste instituto na América Latina, haja vista, muitos pontos de encontro com aspectos sociais e econômicos, sobretudo geográficos, com o Brasil. Como assevera Pierre Legrand<sup>7, p. 55</sup>, "os estudos jurídicos comparativistas dizem respeito à alteridade (um outro discurso-no-direito) muito mais do que à correção.", concluindo que "são as predileções do comparativista que presidirão sua seleção dos traços."

O desenvolvimento do artigo se dará em etapas. Inicialmente, será feita uma revisão das experiências internacionais com o *recall*, seguida de uma análise dos desafios e das questões legais para sua implementação no Brasil. Por fim, o estudo discutirá os impactos potenciais na governança e na estabilidade política, com base em uma avaliação crítica das especificidades do contexto político brasileiro. A conclusão trará uma síntese dos achados e refletirá sobre a viabilidade e os riscos da adoção do *recall* no Brasil.

## 1 O RECALL CALIFORNIANO

No final do século XIX e início do século XX, especialmente na Califórnia, o mecanismo de revogação de mandatos, agora conhecido como *recall*, ganhou destaque como uma ferramenta para combater abusos econômicos, notavelmente os praticados pela Southern Pacific Railroad, refletindo também as influências das ideias políticas do período. Contrariando a literatura que atribuía a origem do *recall* exclusivamente à Suíça, essa prática tinha precedentes nos Estados Unidos desde o século XVII, influenciada também pelo contato de estudantes americanos com as ideias de Karl Marx na Europa<sup>8, p. 62</sup>.

O *recall*, juntamente com outros mecanismos de participação popular como o referendo e o plebiscito, foi adotado como estratégia pelos progressistas para enfrentar o poder dos grandes grupos econômicos. Até 1900, o *recall* era pouco implementado, mas Los Angeles<sup>9, p.</sup>

<sup>5</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>6</sup> OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 161-166, 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Acesso em 20 fev. 2024.

<sup>7</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>8</sup> ÁVILA, Caio Márcio de Brito. *Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro*. 2009.

<sup>9</sup> AIETA, Vânia Siciliano. O *recall* e o voto destituente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 164, jul./set. 2002.

<sup>161</sup> se tornou um marco ao inserir esse mecanismo em suas leis orgânicas municipais, influenciada pelos interesses da Southern Pacific Railroad. Em 1911, a Califórnia consolidou o uso do referendo, da iniciativa legislativa popular e do recall em sua legislação.

O processo de recall é uma ferramenta que permite aos eleitores revogar o mandato de um funcionário público antes do término de seu período no cargo. Esse processo inicia-se quando um cidadão ou um grupo de cidadãos elabora uma petição, que deve ser assinada por um número mínimo de eleitores – geralmente, 25% dos votantes da última eleição, embora esse percentual varie de acordo com as leis de cada Estado. A petição, que inclui as razões para a revogação, é então submetida a um funcionário competente, como o secretário de Estado em casos estaduais ou um funcionário municipal ou do condado para assuntos locais.<sup>10</sup>, p. 77

Em 2003, o governador da Califórnia, Gray Davis, enfrentou um processo de *recall* devido à insatisfação dos eleitores com sua gestão, marcada por crises energéticas e má administração financeira. O processo foi impulsionado por Darrell Issa, membro do Congresso dos EUA, que financiou a campanha e obteve mais de 1,6 milhão de assinaturas, superando as 897.158 necessárias para convocar a eleição de *recall*. Na votação, 55,4% dos eleitores decidiram pela remoção de Davis. Arnold Schwarzenegger, entre os 135 candidatos para substituí-lo, venceu a eleição com 48,6% dos votos.

Em 2021, o governador da Califórnia, Gavin Newsom, enfrentou um *recall* impulsionado pela insatisfação dos eleitores com sua gestão, especialmente em relação à pandemia de COVID-19. Os críticos de Newsom questionaram suas ordens de fechamento de empresas e escolas, além de problemas como a crise dos sem-teto, os altos impostos e o elevado custo de vida no estado. O movimento de *recall* conseguiu coletar mais de 2 milhões de assinaturas, superando o mínimo necessário de 1,5 milhão para convocar a eleição.

Na votação de *recall*, os eleitores tiveram que responder a duas perguntas: se Newsom deveria ser removido do cargo e, em caso afirmativo, quem o substituiria. Entre mais de 40 candidatos, o locutor conservador Larry Elder se destacou. No entanto, em 14 de setembro de 2021, os eleitores decidiram por uma ampla margem — cerca de 64% — manter Newsom no cargo, rejeitando o *recall*. Esse caso reflete a complexidade dos processos de *recall*, que podem ser impulsionados por uma variedade de insatisfações políticas e sociais, mas nem sempre resultam na remoção dos governantes.

As regras específicas para o recall, incluindo o quórum necessário para a destituição e para a eleição subsequente, variam significativamente. A Constituição Estadual da Califórnia, por exemplo, adota uma abordagem que diferencia o quórum necessário para a revogação de um oficial de Estado – exigindo apenas 12% dos votos da última eleição para o cargo – e para a revogação de Senadores e membros da Assembleia, onde se exige 20% dos votos da última eleição. Em todos os casos, para que a revogação seja confirmada, é necessária a maioria absoluta dos votos no referendo de recall.

---

<sup>10</sup> GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. *Da crise governamental no Brasil o recall e o juízo político: mecanismos de responsabilidade político-eleitoral*. Uma proposta de instrumentos de enfrentamento de crises políticas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

## 2 AMÉRICA LATINA EM EVIDÊNCIA

Nas sociedades onde a democracia política é introduzida gradualmente, especialmente aquelas com um setor popular pouco organizado e partidos políticos fracos, o resultado tende a ser um ambiente restritivo que, ao menos temporariamente, pode intensificar as desigualdades sociais e econômicas existentes. Contudo, quando o setor popular se apresenta de forma mais forte e unificada, especialmente durante a liberalização ou o colapso de regimes autoritários, os conflitos e debates se tornam mais significativos, potencializando uma transição mais rápida para a democracia e até avanços em direção à socialização.

A transição para a democracia é complexa e não linear, marcada por competições por espaço e poder em vez de consenso prévio sobre valores democráticos. A democracia emerge de impasses e dissensões, dependendo da interação estratégica entre atores com interesses e ideais divergentes. O processo é cheio de incertezas e suspeitas, e apenas após a transição, com a aprendizagem e a tolerância dos compromissos contingentes, é que se pode esperar uma consciência mais confiável dos interesses convergentes e uma atitude menos cética em relação aos propósitos e ideais alheios<sup>11, p. 116</sup>.

Para Santos<sup>12, p. 55</sup>, existem duas formas de integrar democracia participativa e representativa: coexistência e complementaridade. Coexistência refere-se à convivência entre diferentes métodos de administração e desenhos institucionais, onde a democracia representativa opera em nível nacional e a participativa, em nível local, com certas características participativas já observadas em democracias de países desenvolvidos. Complementaridade implica uma integração mais intensa entre as duas formas, onde o governo reconhece que práticas participativas, o acompanhamento público das ações governamentais e a deliberação pública podem substituir em parte os processos representativos tradicionais.

O objetivo é combinar o fortalecimento da democracia local com a renovação cultural e institucional que enfatiza a diversidade cultural e a inclusão social. Arranjos participativos possibilitam a conexão entre argumentação e justiça distributiva e a transferência de poder do nível nacional para o local, e da esfera política formal para os próprios mecanismos participativos, instando a democracia representativa a incorporar questões de reconhecimento cultural e inclusão social no debate político-eleitoral.

A situação política e social na América Latina enfrentou uma tendência comum de decomposição do Estado e deslegitimação dos representantes políticos, com a perda de centralidade ou colapso de partidos políticos em vários países, como Peru e Venezuela. Surgiram figuras políticas externas, como Chávez na Venezuela e Correa no Equador, prometendo maior participação direta da cidadania em detrimento do poder legislativo.

<sup>11</sup> O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER. *Transições do Regime Autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, 1988.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Descontentamento popular em países como Brasil, Venezuela, Equador e Argentina contribuiu para a queda de presidentes ao longo dos anos<sup>13</sup>, p. 512.

Em resposta, diversas constituições e legislações nacionais e locais deram início a reformas políticas que incluíram mecanismos de participação e controle cidadão, visando complementar as instituições representativas tradicionais com formas alternativas de intervenção direta da cidadania na tomada de decisões públicas e no monitoramento dos governantes. Essas inovações foram particularmente notáveis no nível subnacional, ajudando a revitalizar a democracia local.

Os mecanismos participativos criados permitiram aos cidadãos maior envolvimento na formulação e adoção de políticas, além da capacidade de monitorar e potencialmente sancionar ações dos governantes. Estes mecanismos introduziram elementos de democracia direta, como deliberação, apresentação de propostas e votação, dentro de um sistema de governo representativo. O objetivo dessas reformas é diminuir a distância entre representantes e representados, aproximando a tomada de decisões dos cidadãos e fortalecendo a democracia através de uma maior participação cidadã.

Para Serrafiero e Eberhardt<sup>14</sup>, p. 518, as principais funções e possíveis efeitos do que se pode atribuir à revocatória de mandato, especialmente a presidencial, surgem com os seguintes pontos: Esse mecanismo oferece a possibilidade de destituir funcionários eleitos antes do final de seu mandato, se assim for decidido pela cidadania, incentivando a vigilância constante sobre a gestão dos representantes. A revogação flexibiliza os mandatos fixos, contribui para equilibrar o poder em sistemas com tendências ao hiperpresidencialismo e atua como uma forma de responsabilidade vertical, obrigando os governantes a prestarem contas de suas ações e omissões.

Além disso, modifica a dinâmica da representação política ao permitir a punição dos representantes durante seu mandato, inclusive por não cumprimento de promessas eleitorais, aproximando-se da noção de "mandato imperativo". Este mecanismo também é apresentado como uma solução para resolver crises institucionais sem quebrar o marco democrático, democratizando o regime presidencial ao fazer com que tanto a eleição quanto a destituição de representantes dependam diretamente do voto cidadão.

Logo, mostra-se um instrumento de participação direta adaptável ao modelo presidencial que impera no contexto sul-americano das recentes democracias.

### 3 DIREITO COMPARADO

#### 3.1 Venezuela

A participação cidadã e o exercício da soberania na Constituição Bolivariana da Venezuela se manifestam tanto no âmbito político quanto no social e econômico. No terreno

---

<sup>13</sup> SERRAFERO, Mario Daniel; EBERHARDT, Maria Laura. Presidencialismo y Revocatoria de mandato presidencial en América Latina. *Política y Sociedad*, Madri, v. 54, n. 2, p. 497-519, out. 2017. Disponível em <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/50998>. Acesso em: 11 mar. 2024.

<sup>14</sup> SERRAFERO, Mario Daniel; EBERHARDT, Maria Laura. Presidencialismo y Revocatoria de mandato presidencial en América Latina. *Política y Sociedad*, Madri, v. 54, n. 2, p. 497-519, out. 2017. Disponível em <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/50998>. Acesso em: 11 mar. 2024.

político, os cidadãos dispõem de uma ampla gama de ferramentas para exercer sua influência e tomar decisões. Entre estas, incluem-se a eleição de representantes públicos, a realização de referendos, consultas populares e a possibilidade de revogar mandatos daqueles que foram eleitos, caso seja considerado necessário. Além disso, promove-se a participação direta por meio de iniciativas legislativas, constitucionais e a formação de assembleias e cabildos abertos, cujas decisões têm caráter vinculante.

No âmbito social e econômico, incentiva-se o envolvimento cidadão através da autogestão, cogestão, criação e participação em cooperativas de diversos tipos, incluindo as financeiras, caixas de poupança e empresas comunitárias. Estas formas de organização são baseadas em princípios de cooperação mútua e solidariedade, buscando uma maior equidade e justiça social.

Por força do artigo 72 da Constituição venezuelana, todos os cargos de eleição popular são revogáveis, e passada a metade do período para o qual foram eleitos, os cidadãos podem solicitar um referendo para revogar o mandato de seus representantes, se assim considerarem necessário. Para que a revogação seja efetiva, necessário que um número igual ou maior de eleitores que elegeram o funcionário ou funcionária tenha votado a favor da revogação, desde que comparecido ao referendo um número de eleitores igual ou superior a vinte e cinco por cento dos eleitores inscritos, procedendo-se imediatamente a preencher a falta absoluta, que é requisito disposto na Constituição e na lei.

As faltas absolutas, descritas no artigo 233 da Constituição venezuelana, para a figura do Presidente República venezuelano são sua morte, sua renúncia, ou sua destituição decretada por sentença do Supremo Tribunal de Justiça; sua incapacidade física ou mental permanente certificada por uma junta médica nomeada pelo Supremo Tribunal de Justiça e com aprovação da Assembleia Nacional; o abandono do cargo, declarado como tal pela Assembleia Nacional, assim como a revogação popular de seu mandato.

Quando ocorrer a falta absoluta do Presidente eleito ou Presidenta eleita antes de tomar posse, proceder-se-á a uma nova eleição universal, direta e secreta dentro dos trinta dias consecutivos seguintes. Enquanto se elege e toma posse o novo Presidente ou a nova Presidenta, encarregar-se-á da Presidência da República o Presidente ou Presidenta da Assembleia Nacional. Se a falta absoluta do Presidente ou da Presidenta da República ocorrer durante os primeiros quatro anos do período constitucional, proceder-se-á a uma nova eleição universal, direta e secreta dentro dos trinta dias consecutivos seguintes. Enquanto se elege e toma posse o novo Presidente ou a nova Presidenta, encarregar-se-á da Presidência da República o Vice-presidente Executivo ou a Vice-presidenta Executiva. Nos casos anteriores, o novo Presidente ou Presidenta completará o período constitucional correspondente. Se a falta absoluta ocorrer durante os últimos dois anos do período constitucional, o Vice-presidente Executivo ou a Vice-presidenta Executiva assumirá a Presidência da República até completar dito período.

Eberhardt explica que o pedido de recall não prescinde de justificativa, uma vez que o instrumento não é fruto de arbitrariedade, mas uma consequência lógica do princípio da soberania popular<sup>15</sup>, p. 72.

<sup>15</sup> EBERHARDT, Maria Laura. La Revocatoria de Mandato en Venezuela y su diseño institucional: el caso Hugo Chávez (2004). *Revista Brasileira de Sociologia*, Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 59–92, 2016.

### 3.2 Equador

No contexto dos direitos políticos equatorianos, os cidadãos têm a prerrogativa de revogar o mandato de autoridades eleitas, exercendo assim uma forma direta de participação democrática. Este mecanismo permite que, após o primeiro ano e antes do último ano do mandato da autoridade em questão, os eleitores possam iniciar um processo de revogação se assim o desejarem. Importante ressaltar que, durante o mandato de uma autoridade, só é possível realizar um único processo de revogação.

Para que o pedido de revogação seja válido e possa avançar, é necessário que este seja apoiado por, no mínimo, dez por cento dos eleitores registrados no cadastro eleitoral pertinente à jurisdição da autoridade. No caso específico da Presidência da República, o apoio necessário aumenta para quinze por cento dos inscritos no registro eleitoral. Esse requisito de apoio mínimo garante que apenas solicitações de revogação com um significativo respaldo popular possam ser consideradas, refletindo o compromisso com a estabilidade institucional e o respeito à vontade da maioria expressa nas urnas.

O Conselho Nacional Eleitoral, uma vez que aceite a solicitação apresentada pela cidadania, convocará em um prazo de quinze dias um referendo, consulta popular ou revogação do mandato, que deverá ser realizado nos sessenta dias seguintes. Para a revogação da Presidenta ou Presidente da República, nesse caso, será necessária a maioria absoluta dos votantes. No caso de revogação do mandato, a autoridade questionada será afastada de seu cargo e será substituída por quem corresponder de acordo com a Constituição.

No âmbito democrático equatoriano, eleitoras e eleitores têm a capacidade de revogar o mandato de autoridades eleitas por popularidade, caso estas não cumpram com seu plano de trabalho, com as disposições legais relativas à participação cidadã, ou com outras funções e obrigações estabelecidas na Constituição da República e na legislação específica para cada cargo eletivo.

A solicitação para revogar um mandato só pode ser feita após o primeiro ano de gestão da autoridade e antes do último ano do mesmo. Durante o período de gestão de uma autoridade, apenas um processo de revogação do mandato pode ser conduzido. Essa solicitação pode ser apresentada por eleitoras e eleitores registrados na circunscrição eleitoral da autoridade cujo mandato se deseja revogar. Uma pessoa ou entidade política pode apresentar a solicitação de revogação apenas uma vez.

Os requisitos para admitir uma solicitação de revogação incluem a verificação da identidade do proponente, a confirmação de que este exerce seus direitos de participação, a demonstração de que não está inabilitado por qualquer motivo legal e a especificação clara e precisa dos motivos para solicitar a revogação, que servirão de base para a coleta de assinaturas e o processo de revogação. No processo de admissão, a autoridade em questão será notificada com uma cópia da solicitação e terá sete dias para contestar formalmente a solicitação por não atender aos requisitos de admissibilidade. O Conselho Nacional Eleitoral (CNE) terá sete dias para aceitar ou negar a solicitação de revogação.

Para que uma solicitação de revogação seja considerada legítima, ela deve ser apoiada por um percentual proporcional do número de eleitores registrados no cadastro eleitoral da respectiva circunscrição, variando de acordo com o tamanho da circunscrição, desde vinte e

cinco por cento (25%) para circunscrições com até 5.000 eleitores até dez por cento (10%) para circunscrições com mais de 300.000 eleitores. No caso da Presidenta ou Presidente da República, é necessário o apoio de pelo menos quinze por cento (15%) dos inscritos no registro eleitoral nacional. Caso a solicitação de revogação não atenda aos requisitos estabelecidos pela lei, será negada pelo Conselho Nacional Eleitoral.

Além disso, as autoridades executivas de cada nível de governo são proibidas de impulsionar, promover ou participar de campanhas de revogação do mandato dos órgãos legislativos e vice-versa, garantindo assim a integridade e a imparcialidade do processo de revogação.

### 3.3 Colômbia

A Constituição Política da Colômbia menciona sucintamente em seu artigo 103 que a revocatória de mandato é mecanismo de participação do povo no exercício da soberania, tal como o voto, o plebiscito, o referendo, a consulta popular, o cabildo aberto e a iniciativa legislativa.

Sua regulamentação reside na lei colombiana 133 de 1994. O artigo 6º define a revocatória de mandato como direito político, por meio do qual os cidadãos encerram o mandato que conferiram a um governador ou a um prefeito.

Para dar início a esse processo, é necessário que um grupo de cidadãos, representando não menos que 40% do total de votos válidos emitidos na eleição do respectivo mandatário, apresente um pedido formal ao Registrador Civil correspondente, solicitando a convocação de uma votação para a revogação do mandato. Esse pedido só pode ser feito após o primeiro ano de mandato do governante e antes do último, e apenas uma vez durante o período de gestão.

O processo de revogação só pode ser iniciado após a verificação de que os signatários do pedido de revogação efetivamente votaram na eleição da autoridade em questão. A solicitação para a revogação deve detalhar as razões para tal, baseando-se na insatisfação geral da população ou no não cumprimento do programa de governo proposto.

Uma vez aprovada a solicitação e emitida a certificação correspondente, o Registrador Civil tem cinco dias para informar a autoridade em questão sobre o pedido de revogação. Posteriormente, os cidadãos da entidade territorial respectiva serão convocados para a votação dentro de um prazo não superior a dois meses, contados a partir da emissão da certificação.

O Registrador Civil é responsável por coordenar com as autoridades eleitorais a divulgação, promoção e realização da votação, conforme as regras estabelecidas na legislação. Para que a revogação do mandato de governadores e prefeitos seja efetivada, é necessário que 60% dos votantes na votação específica para a revogação aprove a medida, e que esse número de votos represente também 60% dos votos registrados no dia da eleição do mandatário. Apenas aqueles que votaram na eleição original podem participar da votação de revogação.

Caso o mandato do governador ou prefeito não seja revogado na votação, não será possível tentar uma nova revogação durante o restante do seu período de mandato. Qualquer cidadão que cumpra os requisitos constitucionais e legais pode se inscrever como candidato nas eleições, exceto o mandatário que renunciou ou teve seu mandato revogado.

Após a votação e a divulgação dos resultados, o Registrador Nacional do Estado Civil comunicará ao Presidente da República ou ao governador respectivo para que procedam à remoção do cargo do governador ou prefeito revogado. A revogação do mandato é executada imediatamente após a conclusão do processo. Eleições serão convocadas dentro de 30 dias após a certificação dos resultados da votação para escolher um sucessor. Durante o período entre a revogação e a posse do novo mandatário, um substituto do mesmo grupo, partido ou movimento político do mandatário revogado será nomeado.

O substituto deverá seguir o programa de governo estabelecido para o período em questão. O Presidente da República tem a autoridade para decidir sobre o adiamento das eleições em caso de grave perturbação da ordem pública, conforme as normas eleitorais vigentes.

### 3.4 Bolívia

No ordenamento jurídico boliviano, a Constituição Política estabelece em seu artigo 11 que são mecanismos de participação cidadã direta o referendo, a iniciativa legislativa cidadã, a revocatória de mandato, a assembleia, o cabildo e a consulta prévia.

O mandato da Presidenta ou do Presidente do Estado pode ser encerrado por diversos motivos, entre eles: morte, renúncia formalizada perante a Assembleia Legislativa Plurinacional, ausência ou impedimento definitivo, condenação penal irrecorrível e revogação do mandato.

No caso específico de revogação do mandato, a Presidenta ou o Presidente do Estado deve deixar o cargo imediatamente. Nessa situação, a pessoa que ocupa a Vice-Presidência assume a Presidência de forma interina e tem a responsabilidade de convocar, sem demora, novas eleições presidenciais. Estas eleições devem ser organizadas e realizadas em um prazo máximo de noventa dias. Este procedimento assegura a continuidade administrativa e a governança do Estado, garantindo que a liderança do país seja rapidamente restabelecida de acordo com as normas constitucionais e legais vigentes.

Por previsão constitucional do artigo 240, qualquer pessoa que ocupe um cargo eletivo pode ter seu mandato revogado, com exceção dos membros do Órgão Judicial, conforme estabelecido pela legislação. Para que a revogação de um mandato seja solicitada, é necessário que tenha transcorrido pelo menos metade do período do mandato. Importante ressaltar que a revogação não pode ocorrer durante o último ano de exercício no cargo.

O processo de referendo revogatório pode ser iniciado por iniciativa popular, desde que solicitado por, no mínimo, quinze por cento dos eleitores registrados na circunscrição eleitoral que elegeu o servidor público em questão. A revogação do mandato de um servidor público deve seguir os procedimentos estabelecidos pela legislação.

Uma vez que a revogação do mandato seja efetivada, a pessoa afetada deve deixar o cargo imediatamente, sendo sua substituição providenciada conforme a legislação aplicável. Vale destacar que a revogação de mandato pode ocorrer apenas uma vez durante cada período constitucional do cargo eletivo em questão. Este mecanismo de revogação serve como uma ferramenta de controle democrático, permitindo aos eleitores a possibilidade de retirar do cargo aqueles que, segundo sua avaliação, não estão cumprindo adequadamente com suas funções ou obrigações.

#### 4. POSSIBILIDADE DO RECALL NO BRASIL

Primeiramente, parte-se do pressuposto de que a Constituição Federativa da República do Brasil prevê três mecanismos de participação direta: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. A democracia brasileira, portanto, é configurada como representativa, participativa e pluralista, com a proteção de direitos e garantias individuais fundamentais e a separação de poderes sendo inalteráveis por emendas constitucionais.

Amartya Sen<sup>16</sup> concebe a democracia não como um modelo único de governo, mas como um conjunto diversificado de princípios e práticas adaptáveis a diferentes contextos. Ele observa que as manifestações da democracia podem variar amplamente entre os países, refletindo a natureza dinâmica das culturas que são capazes de absorver valores democráticos. A democracia, segundo Sen, é intrinsecamente ligada ao pluralismo de opiniões e ao fomento de debates e diálogos abertos.

Lorencini e Gundim argumentam que o recall é um mecanismo eficaz para garantir a responsabilidade dos governantes, pois respeita a legitimidade democrática e supera as dificuldades de avaliar resultados e competências. Assim como no voto, não se exige do eleitor uma justificativa objetiva para a revogação do mandato, permitindo-lhe uma total liberdade de avaliação. Eles destacam que, apesar do recall ter um significativo impacto político, ele não se foca em má condutas do governante, mas sim em sua capacidade de enfrentar desafios e alcançar resultados, mantendo assim a governabilidade do país<sup>17</sup>, p. 387.

Eberhardt defende a neutralidade partidária na implementação do recall, argumentando que sem ela, o mecanismo poderia se desviar de seu propósito original de monitorar e punir o mau desempenho dos governantes. Alerta que, se mal regulamentado, o recall poderia ser usado como ferramenta de disputa política, transformando-se em uma competição intra-elite, ao invés de servir como um mecanismo de democracia direta para responder a crises de legitimidade<sup>18</sup>, p. 145.

<sup>16</sup> SEN, Amartya. Democracy As a Universal Value. *Journal of Democracy*, Glendale, v. 10, n. 3, p. 3-17, julho de 1999.

<sup>17</sup> LORENCINI, Bruno César; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. O Recall e sua viabilidade como solução ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 373-406, jan./jun. 2017.

<sup>18</sup> EBERHARDT, María Laura. Revocatoria de mandato en América Latina: ¿democracia directa o democracia electoral?. *FORUM. Revista Departamento Ciencia Política*, [S. l.], v. 16, p. 117-150, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.15446/frdcp.n16.76858>. Acesso em 20 fev. 2024.

Abranches<sup>19</sup>, p. 341 propõe que, no sistema presidencialista, o equivalente ao voto de desconfiança parlamentar seja o recall, permitindo aos eleitores destituir um presidente com o qual estejam insatisfeitos. Ele sugere que o processo seja iniciado com a aprovação de uma maioria qualificada das duas Casas do Congresso, resultando no afastamento temporário do presidente e do vice-presidente. Durante este período, a Presidência ficaria a cargo do presidente do Supremo Tribunal Federal, evitando assim o uso indevido das estruturas do Executivo e do Legislativo para influenciar o resultado do referendo, sem permitir campanhas de marketing que possam afetar a decisão.

Em todos os modelos apresentados do direito comparado, a revocatória de mandato é iniciada e conduzida por meio da participação direta dos cidadãos. Esse processo geralmente começa com a coleta de assinaturas de um determinado percentual do eleitorado, demonstrando um nível de descontentamento popular que justifica a realização de um referendo revocatório.

Um elemento comum é a exigência de coletar assinaturas de um percentual específico do eleitorado para que o processo de "recall" possa prosseguir. Esse percentual varia de acordo com a jurisdição, mas serve como um limiar inicial para demonstrar apoio suficiente ao processo de revogação. Por exemplo, na Venezuela, é necessário o apoio de um percentual do eleitorado registrado na circunscrição do funcionário público; na Califórnia, o número necessário de assinaturas varia de acordo com o cargo e o tamanho do eleitorado.

Após a coleta e verificação das assinaturas, a próxima etapa comum é a realização de um referendo ou eleição revogatória, onde os eleitores decidem se o funcionário em questão deve ser removido do cargo. Este é o ponto culminante do processo de "recall", colocando a decisão final nas mãos do eleitorado.

Embora os critérios específicos variem, todos esses modelos estabelecem condições sob as quais o processo de revocatória pode ser iniciado. Isso pode incluir limitações sobre quais cargos são elegíveis para "recall", restrições de tempo (por exemplo, um funcionário deve ter cumprido uma fração do seu mandato antes que um "recall" possa ser iniciado), e outros requisitos legais.

Em todos os modelos, a revocação bem-sucedida de um mandato resulta na remoção do funcionário público do cargo. Dependendo da legislação, o processo para substituir o funcionário pode variar, incluindo a possibilidade de eleições especiais ou nomeações temporárias até a próxima eleição regular.

A revocatória de mandato em cada um desses contextos é fundamentada em disposições legais ou constitucionais, refletindo um compromisso com a democracia direta e a responsabilidade dos funcionários públicos perante os eleitores. Essa base legal assegura que o processo de "recall" seja conduzido de maneira transparente e justa, de acordo com regras pré-estabelecidas.

O histórico do *recall* no Brasil revela uma tentativa constante de adotar o mecanismo de revogação de mandatos, especialmente nas constituições estaduais no final do século XIX, embora nunca tenha sido incorporado às Constituições Federais. Estados como Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina chegaram a prever o *recall*, mostrando um interesse

---

<sup>19</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

inicial na responsabilização política direta, mas o conceito não foi desenvolvido em âmbito nacional.

A primeira tentativa de introduzir um mecanismo semelhante no cenário federal ocorreu durante a Assembleia Nacional Constituinte que culminou na Constituição de 1988. O constituinte Lysâneas Maciel propôs uma emenda que visava instituir o "voto destituente", ou seja, a possibilidade de revogação de mandatos eletivos pelo eleitorado. A proposta previa que eleitores poderiam impugnar mandatos por abuso de poder econômico, corrupção, e outras transgressões eleitorais, revogando o mandato por meio de voto popular. No entanto, essa emenda não foi incluída no texto final da Constituição de 1988.<sup>20</sup>, p. 164-165

Após a promulgação da Constituição, diversas Propostas de Emenda à Constituição (PECs) tentaram implementar o *recall*. A PEC 80/2003, do Senador Antônio Carlos Valadão, foi uma das primeiras, introduzindo o conceito de revogação coletiva e individual de mandatos, embora sem detalhar as regras específicas. Já a PEC 82/2003, do Senador Jéfferson Peres, propunha um "plebiscito de confirmação de mandato", que permitiria aos eleitores revogarem o mandato de prefeitos, governadores, senadores e presidentes, desde que ao menos 10% do eleitorado subscrevesse a petição. Apesar de inovadoras, ambas as PECs foram arquivadas sem avanço.

A Proposta de Emenda Constitucional 73/2005, apresentada pelo Senador Eduardo Suplicy com apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), trouxe uma abordagem mais formalizada, estabelecendo que a revogação do mandato presidencial e de congressistas seria possível mediante referendo popular. Essa proposta, porém, exigia a coleta de assinaturas de 2% do eleitorado nacional para convocar o referendo, um desafio considerável. Além disso, a proposta permitia a dissolução da Câmara dos Deputados e a convocação de novas eleições. No entanto, a PEC foi arquivada em 2011, quando o mandato do Senador Suplicy terminou.

Em 2010, a PEC 447/2010, proposta pelo Deputado Rodrigo Rollemberg, introduziu a ideia de uma "petição destituente", que permitiria aos eleitores iniciarem um processo de *recall* mediante coleta de assinaturas, seguida de um plebiscito para confirmar a destituição. A PEC, que previa a destituição de governadores, prefeitos e outros mandatários, foi arquivada sem grandes avanços.

O debate em torno do *recall* ganhou novo fôlego após o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff em 2016, com a introdução de novas PECs (16/2016, 17/2016 e 37/2016) que buscavam regulamentar o *recall* presidencial. Essas propostas apresentavam diferentes exigências quanto ao número de assinaturas e procedimentos para destituir o presidente, governadores e prefeitos, mas divergiam em questões essenciais, como os prazos para convocar novas eleições e as razões específicas para iniciar o processo de *recall*. O quadro comparativo dessas PECs mostra a complexidade e as divergências sobre como implementar o mecanismo de forma eficaz e justa.

A proposta mais recente, a PEC 332/2017, da Deputada Federal Renata Abreu, previa que qualquer ocupante de cargo eletivo, em qualquer nível da federação, poderia ser submetido a *recall* mediante coleta de 5% de assinaturas do eleitorado da circunscrição eleitoral. Se a petição fosse aceita, a justiça eleitoral organizaria um plebiscito, e, caso os votos

<sup>20</sup> AIETA, Vânia Siciliano. O recall e o voto destituente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 164, jul./set. 2002.

válidos confirmassem a destituição, novas eleições seriam convocadas. A PEC destaca-se por trazer um mecanismo mais acessível e menos burocrático, mas ainda não foi aprovada.

Embora o Brasil tenha passado por inúmeras tentativas de adotar o *recall*, o mecanismo ainda enfrenta desafios legais e políticos que impedem sua implementação. O *recall* tem potencial para aumentar a responsabilidade dos eleitos, mas a falta de consenso sobre suas regras e a complexidade de aplicá-lo em um sistema presidencialista tornam sua adoção um tema de debate contínuo.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos modelos de *recall* em países como Venezuela, Califórnia, Colômbia, Equador e Bolívia evidencia a complexidade e diversidade dessa ferramenta de participação popular. Embora o mecanismo seja amplamente utilizado em contextos internacionais como uma forma de responsabilizar os representantes eleitos, sua aplicação varia em aspectos como exigências legais, número de assinaturas e procedimentos de convocação, refletindo as especificidades de cada contexto político e jurídico. No entanto, a base comum entre todos esses modelos é clara: trata-se de um mecanismo de democracia direta, permitindo aos cidadãos não apenas eleger, mas também destituir seus representantes quando acreditam que estes não estão cumprindo adequadamente suas funções.

No caso da América Latina, o contexto histórico pós-1990, marcado por reformas constitucionais que fortaleceram a democracia participativa, tem sido fértil para a adoção de instrumentos como o *recall*. Países como Equador e Bolívia adotaram o mecanismo dentro de suas constituições, refletindo um movimento em direção à maior participação cidadã e ao controle mais direto sobre os eleitos. Essas reformas têm sido impulsionadas pela necessidade de construir instituições mais inclusivas e representativas, em resposta a uma história de instabilidade política e concentração de poder. O *recall*, nesse sentido, serve não apenas para responsabilizar os governantes, mas também como uma forma de reequilibrar as relações de poder entre o Estado e a sociedade.

A implementação do *recall* no Brasil, no entanto, requer uma análise cuidadosa das condições políticas e jurídicas do país. O mecanismo não está previsto na Constituição de 1988, o que exigiria uma emenda constitucional para sua inclusão. Além disso, a criação de uma legislação complementar seria essencial para detalhar os procedimentos, limites e garantias necessárias para sua aplicação. Nesse cenário, seria fundamental estipular critérios rigorosos para evitar abusos, como o uso do *recall* por motivações políticas de curto prazo ou por grupos específicos que buscam desestabilizar adversários políticos.

Um dos principais desafios para a adoção do *recall* no Brasil reside na maturidade democrática do país e na capacidade de suas instituições de gerenciar um processo tão diretamente participativo. O Brasil, embora tenha evoluído significativamente em termos de participação democrática, ainda enfrenta problemas crônicos relacionados à corrupção, abuso de poder e desconfiança nas instituições. Nesse sentido, a introdução do *recall* poderia tanto fortalecer a democracia ao aumentar a responsabilização dos eleitos quanto gerar instabilidade política, especialmente se o mecanismo for utilizado de forma leviana ou sem o devido amparo institucional.

Outro ponto a ser considerado é a necessidade de engajamento e educação política da população para que o *recall* seja utilizado de forma responsável. A participação cidadã ativa é uma premissa básica para o sucesso de mecanismos como o *recall*, mas essa participação deve ser informada e baseada em uma compreensão clara das consequências desse tipo de intervenção no processo político. Sem esse entendimento, há o risco de que o *recall* se transforme em um instrumento de disputa partidária, enfraquecendo ainda mais a confiança nas instituições democráticas.

A análise de casos como o da Califórnia, onde o *recall* foi utilizado tanto para remover governadores quanto para influenciar eleições, demonstra que o sucesso desse mecanismo depende de um equilíbrio delicado entre regulamentação jurídica e cultura política. Na Venezuela, por exemplo, o *recall* foi introduzido como uma medida de democratização, mas sua eficácia tem sido questionada devido às tensões políticas e à polarização do país. A Colômbia, por sua vez, tem utilizado o *recall* em contextos locais, demonstrando que, com uma regulamentação adequada, o mecanismo pode ser uma ferramenta eficaz de accountability.

No Brasil, o *recall* poderia servir como um instrumento de ajuste direto na relação entre eleitores e eleitos, permitindo que crises de legitimidade sejam tratadas de forma institucionalizada. No entanto, para que o mecanismo seja eficaz, seria necessário um robusto arcabouço legal que protegesse o processo de manipulações e garantisse sua integridade. A introdução do *recall* no Brasil também deve levar em conta as particularidades do sistema político brasileiro, que é baseado em um presidencialismo de coalizão, e as complexidades inerentes à governança em um país de grande diversidade política, social e econômica.

Outro ponto importante seria a necessidade de considerar o impacto do *recall* na estabilidade política do país. Em um contexto de polarização e crises recorrentes, a implementação de um mecanismo de destituição poderia gerar incertezas adicionais, impactando negativamente a governabilidade. Por outro lado, se bem regulamentado, o *recall* poderia aumentar a confiança da população nas instituições e oferecer uma saída institucional para momentos de crise, reduzindo o risco de soluções autoritárias.

Desta forma, a adoção do *recall* no Brasil teria o potencial de reforçar a democracia e responsabilizar os eleitos de maneira mais direta. No entanto, para que isso ocorra de forma eficaz, é imprescindível que o país passe por um processo de amadurecimento institucional e político, acompanhando a criação de mecanismos legais que garantam a lisura e transparência do processo. A experiência internacional mostra que o *recall* pode ser uma ferramenta poderosa, mas sua implementação requer cautela, planejamento e uma visão clara de seus objetivos e desafios.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AIETA, Vânia Siciliano. O recall e o voto destituínte. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 164, jul./set. 2002.

- CARDOSO, Fernando Henrique. *Crise e reinvenção da política no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EBERHARDT, Maria Laura. La Revocatoria de Mandato en Venezuela y su diseño institucional: el caso Hugo Chávez (2004). *Revista Brasileira de Sociologia*, Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 59–92, 2016.
- EBERHARDT, María Laura. Revocatoria de mandato en América Latina: ¿democracia directa o democracia electoral?. *FORUM. Revista Departamento Ciencia Política*, [S. l.], v. 16, p. 117-150, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.15446/frdcp.n16.76858>. Acesso em 20 fev. 2024.
- GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. *Da crise governamental no Brasil o recall e o juízo político: mecanismos de responsabilidade político-eleitoral*. Uma proposta de instrumentos de enfrentamento de crises políticas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.
- LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- LORENCINI, Bruno César; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. O Recall e sua viabilidade como solução ao Brasil. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 373-406, jan./jun. 2017.
- O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER. *Transições do Regime Autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, 1988.
- OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 161-166, 1984. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Acesso em 20 fev. 2024.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SEN, Amartya. Democracy As a Universal Value. *Journal of Democracy*, Glendale, v. 10, n. 3, p. 3-17, julho de 1999.
- SERRAFERO, Mario Daniel; EBERHARDT, Maria Laura. Presidencialismo y Revocatoria de mandato presidencial en América Latina. *Política y Sociedad*, Madri, v. 54, n. 2, p. 497-519, out. 2017. Disponível em <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/50998>. Acesso em: 11 mar. 2024.
- SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado. In: SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.). *Metodología del derecho comparado*. Cidade do México: UNAM, 2005. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10708>. Acesso em: 11 mar. 2024.
- TEMER, Michel. *Democracia e cidadania*. São Paulo: Malheiros, 2006.



# VOTO ADOLESCENTE: EXAME DA CAMPANHA DE INCENTIVO AO ALISTAMENTO ELEITORAL DO TRE/SC (2022)

TEEN VOTING: EXAMINATION OF THE TRE/SC CAMPAIGN TO INCENTIVE VOTER REGISTRATION (2022)

CRISTIANO LANGE DOS SANTOS\* | ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO\*\*

## RESUMO

O tema do artigo é a participação adolescente nos processos eleitorais brasileiros e as políticas de incentivo desenvolvidas pela Justiça Eleitoral, em especial o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC). O objetivo geral é examinar as transformações na participação de adolescentes brasileiros no processo eleitoral. O problema definido para o artigo é: verificar em que medida as políticas de incentivo ao alistamento eleitoral de adolescentes desenvolvido pela Justiça Eleitoral são eficazes? A hipótese é a de que as campanhas institucionais desenvolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) combinadas com as facilidades para se fazer o alistamento eleitoral, por conta das Tecnologias de Comunicação e Informação (TICs) modificaram o interesse de jovens pela política e a democracia. Adota-se a perspectiva metodológica do ciclo de políticas públicas, com recurso à pesquisa documental e bibliográfica. A linha conclusiva do trabalho é que as campanhas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e, em especial, em especial, o programa “Meu primeiro título #Boravotar” desenvolvido pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina, combinadas com as facilidades de alistamento, modificaram o quadro de queda de alistamento eleitoral pelos adolescentes.

**Palavras-chave:** participação; adolescentes; incentivo ao voto; políticas públicas; Justiça Eleitoral.

## ABSTRACT

The theme of the article is adolescent participation in Brazilian electoral processes and the incentive policies developed by the Electoral Justice, the Superior Electoral Court (TSE) and the Santa Catarina Regional Electoral Court (TRE/SC). The general objective is to examine the transformations in the participation of Brazilian adolescents in the electoral process. The problem defined for the article is: to verify to what extent policies to encourage electoral registration of teenagers developed by the courts are effective? The hypothesis is that the institutional campaigns developed by the Superior Electoral Court (TSE) and the Regional Electoral Court of Santa Catarina (TRE/SC) combined with the facilities for voter registration, due to Communication and Information Technologies (ICTs) have changed young people's interest in politics and democracy. The methodological perspective of the public policy cycle is adopted, using documental and bibliographic research. The concluding line of work is that the campaigns of the Superior Electoral Court (TSE) and, especially, the program “My first title #Boravotar” developed by the Regional Electoral Court (TRE/SC) of Santa Catarina, combined with the enlistment, changed the drop in voter registration among teenagers.

**Keywords:** participation; teenagers; incentive to vote; public policy; Electoral justice.

\* Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) com período sanduíche na Universidade de Burgos na Espanha (bolsa CAPES). Colaborador Externo do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC.

*cristiano.advg@gmail.com*

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/ Espanha). Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC.

*andrecustodio@unisc.br*

Recebido em: 30-04-2024 | Aprovado em: 01-11-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES NOS PROCESSOS ELEITORAIS: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE VOTO ADOLESCENTE; 2 A BAIXA PARTICIPAÇÃO DOS ADOLESCENTES NOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS ELEITORAIS E A INVISIBILIDADE DO VOTO ADOLESCENTE NA AGENDA PÚBLICA; 3 PROGRAMAS DE INCENTIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL: CAMPANHAS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE) E TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA (TRE/SC) AO VOTO ADOLESCENTE; 3.1 O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS CAMPANHAS “JOVEM ELEITOR” E “#BORA VOTAR!”: CAMPANHAS DE INCENTIVO NO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA NACIONAL; 3.2 TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA (TRE/SC) E A CAMPANHA “MEU PRIMEIRO TÍTULO #BORAVOTAR”; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## ■ INTRODUÇÃO

O tema do artigo é a participação adolescente nos processos eleitorais brasileiros e as políticas de incentivo desenvolvidas pela Justiça Eleitoral, em especial o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC).

A queda na participação dos pleitos eleitorais das juventudes<sup>1</sup> têm se constituído em uma preocupação recorrente nos setores da sociedade nas democracias contemporâneas, em especial, pela Justiça Eleitoral, que é a instância competente para tratar do tema das eleições.

O objetivo geral é examinar as transformações na participação de adolescentes brasileiros no processo eleitoral. Já os objetivos específicos são: i) expor o processo de reconhecimento constitucional do voto adolescente no Brasil; ii) examinar como a Justiça Eleitoral atua para incentivar a participação de adolescentes nos processos eleitorais; iii) verificar como os programas de incentivo e campanhas desenvolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral tem impactado sobre o comportamento de adolescentes na emissão do título eleitoral e seus resultados nas taxas de abstenção eleitoral, em especial, o programa “Meu primeiro título #Boravotar” desenvolvido pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina.

Cumprir registrar que o voto é resultado do processo de cadastramento eleitoral, feito junto à Justiça Eleitoral, como elemento preparatório e habilitador da participação no pleito eleitoral. As poucas pesquisas no âmbito nacional que se detêm a investigar as juventudes que se vinculam a partidos políticos e/ou formas convencionais de participação revelam que o engajamento político, embora ocorra em menor número com os jovens, eles acontecem permanentemente.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A juventude é um público heterogêneo e eminentemente complexo, razão pela qual é preciso compreender quais seus desejos, problemas e dilemas, a fim de se desenhar políticas públicas capazes de permitir dialogar com suas linguagens e reduzir os impactos que lhes afetam. Diante dessa questão terminológica e complexa, este artigo, sempre que possível, denominará “as juventudes”, utilizando-se do plural com o fim de reafirmar a diversidade e a multiplicidade que os jovens expressam na contemporaneidade.

<sup>2</sup> As principais referências sobre o tema podem ser consultadas em: BRENNER, Ana Karina. *Militância de jovens em partidos políticos: um estudo de caso com universitários*, 2011. 307 f. Tese (Doutorado em Educação) Programa de Pós-Graduação em Educação. Faculdade de Educação. Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, 2011. Dis-

O problema definido para o artigo é: verificar em que medida as políticas de incentivo ao alistamento eleitoral de adolescentes desenvolvido pela Justiça Eleitoral são eficazes?

A hipótese que busca responder à problematização é a de que as campanhas institucionais desenvolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC), combinadas com as facilidades para se fazer o alistamento eleitoral por conta das Tecnologias de Comunicação e Informação (TICs), modificaram o interesse de jovens pela política e a democracia.

Adota-se a perspectiva metodológica do ciclo de políticas públicas com recurso à pesquisa documental e bibliográfica. Para tanto, examina-se os números, a partir das eleições de 2012, acerca do voto adolescente, tendo como fonte os dados públicos fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Santa Catarina, obtidos no portal do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no setor de estatísticas da Justiça Eleitoral e, complementarmente, junto à Lei de Acesso à Informação (LAI)<sup>3</sup>.

## 1 A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES NOS PROCESSOS ELEITORAIS: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO DE VOTO ADOLESCENTE

Interessante mencionar que, após mais de vinte e um anos de regime de exceção (1964-1985), o Brasil começou a viver a abertura democrática parafraseando Bobbio (1992) uma nova “era de direitos”. É importante ressaltar que, em termos legislativos, a década de 1980/90 foi de expansão geral de direitos, uma vez que os inúmeros movimentos sociais fizeram intensas articulações e mobilizações para assegurar direitos na Constituição Federal de 1988, notadamente direitos fundamentais, individuais e sociais, e garantir a implementação de uma gramática básica dos direitos civis e políticos.

Dentre eles, o movimento estudantil mobilizou-se para pressionar a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, com vistas a garantir o voto facultativo aos adolescentes de 16 e 17 anos. O lema da mobilização era: “Chegou a nossa vez, voto aos 16!” A intensa mobilização nacional, por parte de jovens ligados a partidos políticos, movimentos

---

ponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10082011-144625/publico/ANA\\_KARINA\\_BRENNER.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10082011-144625/publico/ANA_KARINA_BRENNER.pdf) Acesso em: 15 out. 2022. SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil – A socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. CASTRO, Lucia Rabello de. Participação política e juventude: do mal estar à responsabilização frente ao destino comum. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 253-268, jun, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/13910> Acesso em: 16 set. 2016. CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Quebrando mitos: juventude, participação e políticas. Perfil, percepções e recomendações da 1ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Juventude. Brasília: RITLLA, 2009. Disponível em: <https://registrojuventude.files.wordpress.com/2011/02/livro-quebrando-mitos.pdf> Acesso em: 05 jun. 2020. OKADO, Toshiaki Archangelo; RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Condição juvenil e a participação política no Brasil. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, Curitiba, v. 4, n., p. 53-78, 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42810> Acesso em: 11 set. 2022.

<sup>3</sup> Por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), nos protocolos 43091114135036 e 56952023163658 foram solicitados dados sobre os programas “Jovem Eleitor” e “Bora Votar. Eu vou porque eu posso” junto ao Tribunal Superior Eleitoral. No entanto, a resposta ao primeiro protocolo foi que a pandemia impossibilitou a divulgação das informações, tendo em vista a descontinuidade dos serviços eleitorais e que as informações são complexas e de difícil apuração. Já no segundo pedido, as informações solicitadas foram respondidas de forma parcial, não satisfazendo os questionamentos dos autores, o que teve que ser reiterado à Ouvidoria do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

estudantis e movimentos eclesiais de base vinculadas à Igreja Católica, resultou na inclusão de Emenda discutida e inserida no texto da Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

O constituinte Hermes Zanetti (PMDB/RS) defendeu a inclusão do voto na forma facultativa aos 16 anos na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)

foi dos países onde o direito ao voto e a legislação eleitoral sempre foram dos mais avançados do mundo. É importante, neste momento, recordarmos a evolução do direito ao voto em relação à idade, nas diferentes Constituições brasileiras. Em 1824, passaram a ter direito ao voto os brasileiros, do sexo masculino, que tivessem uma receita mínima de cem mil réis e que, pelo menos, tivessem 25 anos de idade. Em 1891, a idade foi reduzida para 21 anos e, em 1934, a idade para o direito do exercício do voto foi reduzida para 18 anos. Eu queria lembrar aos colegas Constituintes que o jovem brasileiro de 18 anos, em 1934, evidentemente, pelas circunstâncias daquele momento, não tinha, nem de longe, as condições de compreensão crítica, de entendimento, de informação, de capacidade de avaliação, como tem hoje o jovem de 16 anos, quando a maioria deles terminou o curso fundamental, muitos já concluíram o 2º Grau e muitos deles já estão na Universidade brasileira.<sup>5</sup>

Sua defesa ao longo dos debates da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), assim como a articulação política das entidades como a União Brasileira de Estudantes Secundaristas (UBES) e da União Nacional dos Estudantes (UNE), que ao longo do processo ganhou força e contagiou os jovens, garantiu o apoio dos demais constituintes para inserir tal inovação na Constituição Federal de 1988.<sup>6</sup>

É preciso registrar que o voto adolescente não estava previsto no embrião da Constituição Federal de 1988, nem no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos<sup>7</sup>, muito menos era uma pauta debatida mais profundamente na sociedade.

Dessa forma, em termos constitucionais, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 14, facultou a possibilidade de jovens votarem e serem votados, a partir dos 16 anos e tornou obrigatório o voto para os maiores de 18 até os 70 anos.

Tratou-se de uma novidade constitucional, uma vez que permitiu aos adolescentes de 16 e 17 anos a opção de decidir em votar ou não, assim como aos maiores de 18 anos a

<sup>4</sup> “Maior de 16 conquista de vez o direito de votar”. CORREIO BRAZILIENSE. *Maior de 16 conquista de vez o direito de votar*. 17 ago. 1988. Disponível em: 1988\_10 a 19 de Agosto\_ 126a.pdf (senado.leg.br). Acesso em: 29 out 2022.

<sup>5</sup> BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). 1988. Brasília: [DF]. 1988, p. 2.398. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

<sup>6</sup> É interessante resgatar o histórico das mobilizações das entidades juvenis para garantir o voto facultativo aos 16 anos. Nesse sentido é possível consultar os Anais do Diário da Assembleia Nacional Constituinte assim como os acervos existentes sobre o período de formulação da Constituição Federal de 1988. A emenda do voto facultativo obteve o apoio de 355 constituintes, recebeu 98 votos contrários e 38 abstenções na votação da matéria ocorrida em 02 de março de 1988.

<sup>7</sup> A Comissão Afonso Arinos, composta por cinquenta personalidades jurídicas e políticas, foi instituída pelo Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, pelo ex-presidente José Sarney, para elaborar um anteprojeto de Constituição, o que acabou por não ser encaminhado ao Congresso Nacional. Texto do anteprojeto disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/afonsoarinos.pdf> Acesso em: 18 nov. 2022.

obrigatoriedade de expressar sua opinião, posição marcada pelo ato de votar, para contribuir de acordo com seus saberes e experiências na escolha dos seus representantes.

Do mesmo modo em termos de inovação constitucional, a inclusão do artigo 227 na Constituição Federal de 1988, que adotou a teoria da proteção integral, pode ser considerado um marco jurídico porque assegurou às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais, assim como colocou-as com absoluta prioridade de tratamento, atribuindo-lhe a responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado com o dever de proteger e cuidar. Além do mais, esse dispositivo recomendou a regulamentação de estatuto próprio, que viria a ser a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Posteriormente, no âmbito internacional, aprovou-se a Convenção dos Direitos da Criança (1989) e retomou-se as disposições que continham os direitos e as liberdades asseguradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e nos Pactos Internacionais. Por um lado, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), nos artigos 23 e 24, trata da responsabilidade tripartite, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade no estabelecimento de medidas que garantam a condição da criança. Por outro, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no artigo 10, quer proteger a família, as mães e todas as crianças e adolescentes contra qualquer exploração econômica e social.

No Brasil a Convenção dos Direitos da Criança (CDC) foi promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Em seu artigo 12, a Convenção estabeleceu que os Estados Parte “devem assegurar a criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.”

Evidencia-se uma simetria entre as legislações a fim de proteger e garantir os direitos de crianças e adolescentes, notadamente a progressão dos direitos civis e políticos.

Dessa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem romper com as práticas assistencialistas, ao garantir uma nova abordagem sobre a criança e o adolescente, e adotar outro paradigma, respeitador dos direitos e garantias individuais, orientando-se à proteção das crianças e adolescentes, que é a teoria da proteção integral.

No campo internacional, é interessante registrar que o Brasil assinou a Convenção Ibero-Americana sobre os Direitos da Juventude (CIDJ), aprovada em 2005 e em vigor desde 2008. Esta convenção é resultado de resolução aprovada na XII Conferência Ibero-Americana de Ministros da Juventude, realizada em Guadalajara, no México, em 2005.<sup>8</sup> (OIJ-UNFPA, 2012)

Trata-se de uma declaração que possui 44 artigos, envolvendo a proteção jurídica dos jovens, com o reconhecimento dos capítulos envolvendo os Direitos Cívicos e Políticos, Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Mecanismos de Promoção e Normas de Interpretação. Reconhece-se especificamente diversos direitos, muitos dos quais já estavam garantidos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

---

<sup>8</sup> A convenção é uma articulação do Organismo Internacional de Juventude (OIJ), que é um organismo multilateral de integração e cooperação mútua entre os países envolvendo a juventude. Os países integrantes são os seguintes: Brasil, Argentina, Chile, Bolívia, Costa Rica, Colômbia, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Observa-se que os processos históricos com a inserção de marcos normativos importantes no ordenamento jurídico brasileiro contribuíram para afirmação dos direitos das juventudes, dentre os quais, o direito de votar, previsto no artigo 14, §1º, II, c, e artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a teoria da proteção integral como referência na afirmação do direito de crianças e adolescentes.

## 2 A BAIXA PARTICIPAÇÃO DOS ADOLESCENTES NOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS ELEITORAIS E A INVISIBILIDADE DO VOTO ADOLESCENTE NA AGENDA PÚBLICA

A proposta é examinar os indicadores do voto adolescente nos processos eleitorais brasileiros, nos últimos dez anos, a partir dos dados quantitativos obtidos junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

É importante registrar que os dados estatísticos se referem à inscrição do título de eleitor nos cartórios eleitorais, a partir da eleição de 2012, uma vez que a metodologia utilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi modificada, uma vez que ele categorizava por camadas de idades, entre 14 e 18 e 19 a 24 anos.

Vale destacar que o alistamento é a primeira fase do processo eleitoral no qual compreende a qualificação e a inscrição do eleitor para adquirir os direitos políticos de votar e ser votado. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem aproximadamente 10 milhões de jovens entre 16 e 17 anos.<sup>9</sup> Desses, somente 2.114.946 tiraram seu título de eleitor para exercer seu direito ao voto, que é facultativo nesta idade.<sup>10</sup> Pode-se destacar os dados das últimas eleições presidenciais, que registram números baixos no que tange à participação eleitoral de jovens, em especial, de adolescentes de 16 e 17 anos.

Tabela 1 - Porcentagem do eleitorado adolescente por ano de eleição (2012-2022) no Brasil.

Ano	16 anos	17 anos	% sobre o total de eleitores do país
2012	0,83	1,26	2,09
2014	0,34	0,81	1,15
2016	0,58	1,03	1,61

<sup>9</sup> Dados apresentados pelo BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pirâmide Etária. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18318-piramide-etaria.html>. Acesso em: 16 maio 2022.

<sup>10</sup> Dados obtidos do Sistema de Estatística do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Disponível em: [Sistema de Estatísticas Eleitorais - SEE \(tse.jus.br\)](https://www.tse.jus.br/Sistema-de-Estatisticas-Eleitorais-SEE). Acesso em: 10 nov. 2022.

2018	0,27	0,68	0,95
2020	0,16	0,53	0,69
2022	0,52	0,84	1,36

Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Ainda assim, é possível perceber pela Tabela 1 que há uma redução gradativa no comparecimento às urnas dos adolescentes de 16 e 17 anos a cada eleição. Adolescentes de 16 e 17 anos têm, cada vez mais, realizado a inscrição eleitoral para exercer o direito ao voto, diminuindo o número de jovens eleitores nos últimos pleitos eleitorais. Este cenário é uma constante e tem prevalecido praticamente em todos os Estados brasileiros, sem exceção.

Em 2020, a Justiça Eleitoral atingiu a marca de 0,69% do eleitorado, com adolescentes de 16 e 17 anos, registrando a menor participação eleitoral deste grupo de jovens desde 2002.<sup>11</sup> Em 2018, alcançou-se o segundo pior índice de participação de adolescentes desde 2002, no patamar de 0,95% do eleitorado brasileiro. Em 2014, nas eleições gerais, o país contava com 1.638.751 jovens eleitores de 16 e 17 anos. Em 2012, eram 2.902.621 adolescentes eleitores, no mesmo recorte etário, o que evidencia uma drástica redução do eleitorado.

Já no Estado de Santa Catarina, que é objeto de análise, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, há atualmente 320 mil adolescentes entre 16 e 17 anos, representando 6,15% do eleitorado do Estado.

Tabela 2 - Eleitores adolescentes de 16 anos por ano de eleição de Santa Catarina (2012-2022).

Ano	16 anos		Total
	Feminino	Masculino	
2014	5.876	5.248	11.124
2016	9.646	9.907	19.553
2018	3.756	4.298	8.054
2020	2.072	2.101	4.173
2022	10.160	7.934	18.094

Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

<sup>11</sup> Dados obtidos do Sistema de Estatística do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Disponível em: [Sistema de Estatísticas Eleitorais - SEE \(tse.jus.br\)](https://www.tse.jus.br/sistema-de-estatisticas-eleitorais-see) Acesso em: 10 nov. 2022.

Identifica-se uma oscilação considerável, com baixas e instabilidades, acerca do interesse de adolescentes de 16 e 17 anos em exercer o seu direito ao voto, tal como demonstram as Tabelas 1, 2 e 3.

Os dados da Tabela 2 revelam uma oscilação do número de adolescentes que se alistaram na Justiça Eleitoral catarinense para exercer o direito ao voto. Além da oscilação, é possível identificar o recorte de gênero, que as mulheres têm se alistado em maior número do que os homens. (Tabela 2). É possível ainda observar que, a cada dois anos, entre uma eleição e outra, o número de alistamentos foi reduzido pela metade, no segmento de adolescentes de 16 anos.

A Tabela 2 também é bastante significativa, uma vez que demonstra o decréscimo da participação dos adolescentes de 16 e 17 anos, no período compreendido nas duas eleições anteriores (2018 e 2020). Por outro lado, essas eleições foram marcadas por características muito específicas, na medida em que a primeira aconteceu no auge da Operação Lava-Jato (2018) e a segunda se contabilizou pela pandemia do coronavírus (COVID-19), o que pode ter afastado os adolescentes em participar dos pleitos eleitorais.

Tabela 3- Eleitores adolescentes de 17 anos por ano de eleição de Santa Catarina (2012-2022).

Ano	17 anos		Total
	Feminino	Masculino	
2014	13.262	12.435	25.697
2016	18.810	18.989	37.799
2018	10.449	1.1404	21.853
2020	7.060	6.873	13.933
2022	15.390	12.376	27.766

Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Já pela Tabela 3, é possível perceber um decréscimo considerável do número de alistamentos de adolescentes de 17 anos, entre as eleições de 2012 a 2022.

Além disso, as Tabelas 2 e 3 também evidenciam a redução do número de jovens eleitores entre 16 e 17 anos nas eleições de 2014, 2018 e 2020, uma vez que a condição facultativa do voto faz com que os adolescentes adiem a responsabilidade de votar. “O futuro

do País, a conjuntura política, participar da democracia por meio do voto, isto são preocupações que podem ser adiadas.”<sup>12</sup>

Vale destacar o interesse maior com recorte de gênero das mulheres que têm se apresentado em maior número no alistamento eleitoral, nas duas faixas etárias, tanto dos 16 quanto dos 17 anos. (TABELA 2 e 3) Em certa medida representa: o amadurecimento precoce sobre questões sociais e preocupação com o coletivo; ii) a maior maturidade política das mulheres sobre o contexto democrático.

O aumento do número de abstenção eleitoral, o descrédito das instituições públicas, a desconfiança nos partidos políticos e nas demais instituições do Estado, em uma sociedade complexa como a brasileira, são apenas alguns dos elementos que explicam o desinteresse do adolescente em votar nas eleições.

Esse contexto de desinteresse pela política na sua modalidade convencional não é um sentimento que se desenvolve somente no Brasil, mas tem se reproduzido basicamente com as mesmas características, nos mais diversos países de regime democrático, seja ele desenvolvido ou não, como demonstram as pesquisas na Espanha<sup>13</sup>, no México<sup>14</sup>, na Argentina<sup>15</sup> e na Colômbia (ACOSTA, 2011).

Vale dizer que, a partir do declínio dos alistamentos eleitorais, comprovado por dados estatísticos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) relativos ao público infantojuvenil de 16 e 17 anos, fez com que a Justiça Eleitoral compreendesse a necessidade de intervir no processo, a fim de modificar o quadro de desinteresse dos adolescentes na participação das urnas e estimular o voto adolescente, que não é mandatário.

Observa-se, portanto, que a queda do número de alistamento eleitoral de adolescentes representa uma questão que requer políticas públicas de estímulo ao voto, especialmente em situações complexas em que o modelo representativo democrático pode sofrer crises. Ainda assim, verifica-se que o tema do voto adolescente, pelo fato de ser facultativo, se apresenta com um tema de menor relevância na agenda governamental que vem sendo excluído gradativamente ao longo dos anos.

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Pesquisa qualitativa e quantitativa: jovens 16 a 20 anos: 2017*. Brasília: [s.n.], 2017. p. 10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3510>. Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>13</sup> Na Espanha podem ser consultadas as seguintes referências sobre o tema da modalidade não convencional: ANDUIZA, Eva; BOSCH, Agustí. *Comportamiento político y electoral*. Barcelona: Ciencias Sociales Ariel, 2012. SUBIRATS, Joan. *Ya nada será lo mismo: Los efectos del cambio tecnológico en la política, los partidos y el activismo juvenil*. Madrid: Centro Reina Sofia sobre Adolescencia y Juventud & Telefónica, 2015. Disponível em: <https://igop.uab.cat/2015/07/24/ya-nada-sera-lo-mismo/>. Acesso em: 6 out. 2022. BENEDICTO, Jorge. La ciudadanía juvenil: Un enfoque basado en las experiencias vitales de los jóvenes. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Calle, v. 14 n. 2, p. 925-938, 2016.

<sup>14</sup> No México, a principal referência sobre o tema é Rossana Reguillo, no qual pode-se destacar as últimas duas pesquisas mais recentes. REGUILLO, Rossana. *Culturas juveniles. Formas políticas del desencanto*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012. REGUILLO, Rossana. *Paisajes insurrectos. Jóvenes, redes y revueltas en el otoño civilizatorio*. Barcelona: NED Ediciones, 2017.

<sup>15</sup> Na Argentina duas referências são especiais, a obra de Andrés Kozel e de Pablo Vommaro. KOZEL, Andrés. *Los jóvenes y la política. Modulaciones de un escepticismo general*. p. 195 - 220, La juventud es más que una palabra. Buenos Aires: Biblos, 1996. VOMMARO, Pablo Ariel. La disputa por lo público en América Latina. Las juventudes en las protestas y en la construcción de lo común. *Nueva Sociedad*, n. 251, mai-jun, p. 55-69, 2014. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/la-disputa-por-lo-publico-en-america-latina-las-juventudes-en-las-protestas-y-en-la-construccion-de-lo-comun/>. Acesso em: 11 out. 2022.

### **3 PROGRAMAS DE INCENTIVO AO VOTO ADOLESCENTE DA JUSTIÇA ELEITORAL: CAMPANHAS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE) E TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA (TRE/SC)**

#### **3.1 O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS CAMPANHAS “JOVEM ELEITOR” E “#BORA VOTAR!”: CAMPANHAS DE INCENTIVO NO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA NACIONAL**

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), é o órgão máximo da Justiça Eleitoral e exerce papel fundamental na construção e no exercício da democracia brasileira. De acordo com a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 118 o Tribunal Superior Eleitoral é o órgão da Justiça Eleitoral.

As principais competências do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estão previstas nos artigos 22 e 23 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965). Estão dispostas dezoito atribuições, dentre os quais o de “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

Pode-se dizer que, embora o Tribunal Superior Eleitoral seja uma estrutura da Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, há a possibilidade de iniciativa na formulação e desenho de políticas públicas, tendo em vista os dispositivos previstos no artigo 23 do Código Eleitoral.

Além do mais, a Lei n. 13.488, de 06 de outubro de 2017, no seu artigo 93-A, que alterou a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabeleceu a obrigatoriedade de promover propagandas institucionais, em rádio ou televisão, destinada a incentivar a participação feminina e de jovens na política.<sup>16</sup>

Esta previsão, em especial, representa a obrigação normativa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em cumprir administrativamente a normatização do direito, de modo a executar os comandos normativos dispostos. Para tanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) vem realizando, desde 1992, o programa Jovem Eleitor, que busca conscientizar os adolescentes sobre a importância do voto de modo a estimular a participação do público infantojuvenil nas eleições. (BRASIL, 2022)

O programa “Jovem Eleitor”, compreende visitas às escolas, das redes municipais, estaduais e federais, com o objetivo de informar alunos sobre a importância do voto aos 16 anos. Para tanto, servidores da Justiça Eleitoral ministram palestras, contendo vídeos educativos e distribuição de cartilhas e materiais.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> “Art. 93-A. O Tribunal Superior Eleitoral, no período compreendido entre 1o de abril e 30 de julho dos anos eleitorais, promoverá, em até cinco minutos diários, contínuos ou não, requisitados às emissoras de rádio e televisão, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina, dos jovens e da comunidade negra na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro.”

<sup>17</sup> Informações obtidas por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), no protocolo 43091114135036 sobre o programa “Jovem Eleitor” junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Com um formato lúdico e linguagem conectada com a realidade juvenil, são ministradas palestras, assim como são apresentados vídeos educativos, entrega de cartilhas associadas a atividades de diálogos entre os próprios jovens sobre a importância do voto consciente.

Além dessas ações, o Tribunal Superior Eleitoral (2018) ampliou suas ações para criar programas sociais a fim de compreender qual é o comportamento do jovem eleitor sobre temas como política, eleições e participação na democracia. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) promoveu pesquisa quanti-qualitativa com 2.511 jovens entre 16 e 17 anos, eleitores ou não, e jovens entre 18 e 20 anos<sup>18</sup>

com o objetivo de avaliar a percepção dos jovens sobre eleições, política e participação na democracia, assim como a comunicação dos órgãos da Justiça Eleitoral com esse público específico, foram realizadas pesquisas qualitativas por meio da discussão em grupos representativos dos jovens brasileiros, além de pesquisas quantitativas por meio de entrevistas aplicadas com amostras representativas desse mesmo segmento da população.<sup>19</sup>

A pesquisa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) demonstrou que o jovem eleitor, em particular, tem a tendência de identificar-se com questões que lhe afetam diretamente e temas relativos ao seu contexto, como os projetos concernentes à escolarização e ao fomento do emprego.<sup>20</sup>

É importante registrar que, nos últimos três anos, a ação de visita escolar do programa “Jovem Eleitor” foi suspensa, em razão da pandemia decorrente do coronavírus (COVID-19) uma vez que as aulas foram interrompidas, o que inviabilizou a manutenção das visitas e o prosseguimento das ações da Justiça Eleitoral. As ações da Justiça Eleitoral são previstas no Calendário Eleitoral, como normativa de organização e planejamento, divididas em anos eleitorais (pares) e não eleitorais (ímpares).<sup>21</sup>

No ano de 2021 (ano ímpar), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aplicou a Resolução n.22.656, de 4 de dezembro de 2007, que dispõe sobre o cronograma de ações das unidades de comunicação social dos tribunais eleitorais em ano não eleitoral para licitar a campanha Jovem Eleitor, orçada com valor final de R\$129.500,00 por meio do Edital de Sessão Pública TSE nº 66/2021.<sup>22</sup> Neste mesmo ano, em 1º de setembro, os Tribunais começaram a se organizar para implantar a campanha Jovem Eleitor, tanto no âmbito nacional, quanto no regional, nas sedes estaduais.

Por sua vez, no ano de 2022 (ano par), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aplicou a Resolução n.22.657, de 4 de dezembro de 2007, que dispõe sobre o cronograma de ações das

<sup>18</sup> As cidades que participaram da pesquisa foram: Guarapuava/PR, Maceió/AL, Palmeira dos Índios/AL, Belém/PA, Curitiba/PR, Hortolândia/SP, Várzea Paulista/SP, Lauro de Freitas/BA, Alagoinhas/BA, Jaraguá do Sul/SC, Diamantina/MG, Curvelo/MG, Belo Horizonte/MG, Goiânia/GO e Rio Verde/GO.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Pesquisa qualitativa e quantitativa: jovens 16 a 20 anos: 2017*. Brasília: [s.n.], 2017. p. 02. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3510> Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Pesquisa qualitativa e quantitativa: jovens 16 a 20 anos: 2017*. Brasília: [s.n.], 2017. 158 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3510> Acesso em: 25 set. 2022.

<sup>21</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Calendário Eleitoral*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/calendario-eleitoral/calendario-eleitoral> Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>22</sup> Informações obtidas por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), no protocolo 52023163658 sobre o programa “Bora Votar. Eu vou porque eu posso” junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

unidades de comunicação social dos tribunais eleitorais em ano não eleitoral, para licitar parte da Campanha "4 de maio", orçada por meio do Edital de Sessão Pública TSE Nº 1/2022, com o fim de estimular o alistamento de jovens, cujo valor final foi de R\$179.000,00.<sup>23</sup> Nesse ano, a programação do calendário estabelecia que em 1 de abril até 30 de julho o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deveria promover, em até cinco minutos diários, propaganda institucional destinada a incentivar a participação feminina, dos (das) jovens e da comunidade negra na política.

Já no ano anterior à eleição de 2022, apresentou-se a campanha "Bora votar. Eu vou porque eu posso" com o fim de estimular o voto consciente de jovens de 16 e 17 anos. A ideia do Tribunal Superior Eleitoral é transmitir a mensagem de que o Brasil pertence a toda a população brasileira e que os jovens podem fazer a diferença por meio do voto.

Vale consignar que, embora a Lei n. 13.488, de 06 de outubro de 2017 seja valiosa do ponto de vista da afirmação do voto adolescente, ela se limitou a designar propagandas institucionais, em rádio e televisão, com a finalidade de estimular a participação juvenil no campo político-partidário, ignorando, por sua vez, que as novas mídias, notadamente, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) são as principais fontes de consumo e informação das juventudes.

Evidencia-se, assim, por parte do legislador, enorme desconhecimento dos hábitos e comportamentos das novas gerações no que diz respeito ao tema da socialização política e consumo de informações políticas. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) corrigiu a omissão do legislador e acertou ao reproduzir as peças e conteúdo da campanha "#Bora votar. Eu vou porque eu posso" nas suas plataformas e redes sociais, no *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *YouTube*, *Flickr* e *LinkedIn*. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) também inovou ao produzir conteúdo específico para as plataformas do *TikTok* e *Kwai*, ambos aplicativos com maior ascensão entre as novas gerações.

Essa medida, aparentemente simples, mas altamente inclusiva, garantiu que os jovens possam se aproximar dos conteúdos produzidos pela Justiça Eleitoral, uma vez que transmitem a mensagem de acordo com a linguagem, mais acessível e menos burocrática, dos próprios jovens sobre os temas da cidadania e voto consciente.

Tanto é que a campanha idealizada pela Secretaria de Comunicação Social (SECOM) do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi veiculada nas emissoras de rádio e televisão, mas também nas mídias sociais (*Twitter*, *Instagram*, *Facebook* e *Spotify*) da Justiça Eleitoral, de modo a contemplar as preferências do consumo de informações da população adolescente.

O objetivo era atingir os adolescentes de 15 a 17 anos para fazer o alistamento eleitoral e conscientizar as demais camadas jovens sobre a importância do voto consciente para democracia.

As peças publicitárias foram produzidas com a mensagem de que votar é um exercício de cidadania que fortalece a democracia e que os jovens podem ser partícipes desse processo. Nelas, procurou utilizar a linguagem mais próxima dos adolescentes, assim como abordou a diversidade das juventudes de modo a contemplar os três públicos distintos (dos 15 que completam 16 anos até outubro, 16 e 17 anos). Por esse motivo, a campanha foi

<sup>23</sup> Informações obtidas por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), no protocolo 52023163658 sobre o programa "Bora Votar. Eu vou porque eu posso" junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

protagonizada pela juventude negra, parda, indígenas e branca, em situações cotidianas, contemplando a diversidade das juventudes no Brasil.

Dentro da programação, foi instituída a “Semana do Jovem Eleitor”, designada para os dias 14 a 18 de março de 2022, contendo programação especial a fim de estimular o alistamento eleitoral de adolescentes de 16 e 17 anos, em que o voto não é obrigatório.

Para tanto, uma das ações contidas na programação foi o *tuitaço* que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) convocou para mobilizar a juventude sobre a importância do processo eleitoral. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) incentivou aos participantes a usar a *hashtag* #RolêDasEleições no Twitter com uma mensagem de incentivo ao voto adolescente.<sup>24</sup>

De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que se baseou nos dados da plataforma Twitter, foram postadas mais de 6,8 milhões de publicações sobre o tema da campanha durante a ação, o que segundo eles, alcançou aproximadamente mais de 88 milhões de usuários. Além disso, a taxa de engajamento, que é a maneira de medir o quanto há interação do seu público com as postagens feitas nas redes sociais, revela o potencial mobilizado nas redes sociais na semana do eleitor.

Ainda, a Secretaria de Comunicação e Multimídia (SECOM) do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) criou uma página no portal da Justiça Eleitoral dedicada ao jovem eleitor contendo, em linguagem própria, caracterizada pelo uso de gírias, direcionada a jovens e adolescentes, diversos *banners* com informações específicas sobre o processo eleitoral, como tirar o título de eleitor e quem pode tirá-lo.

Esses números ajudam a explicar o fenômeno de alistamento eleitoral na eleição de 2022. Destaque-se, nesse sentido, que o número de adolescentes de 16 e 17 anos inscritos para votar foi o maior das duas últimas eleições.

Como observado, a campanha desenvolvida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) reverteu o quadro geral de queda no interesse do adolescente em retirar seu título eleitoral. Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), somente na programação da “Semana do Jovem Eleitor”, entre 14 e 18 de março de 2022, foram contabilizados mais de 100 mil alistamentos eleitorais do público de 16 e 17 anos.

Além do mais, a Tabela 03 mostra que, se comparada à eleição presidencial anterior (2018), houve um acréscimo de 51%, somente na faixa etária de 16 e 17 anos, passando de 0,95 % do total de eleitores para 1,3% do total do eleitorado.

Como revela a Tabela 1, 1,36% do eleitorado brasileiro é composto por adolescentes de 16 e 17 anos, o que equivale a 2,1 milhões de jovens aptos a votar. Na eleição de 2018, eram 1,4 milhão, evidenciando-se assim um enorme crescimento no interesse do adolescente.<sup>25</sup> Houve, portanto, um incremento de 51,38% em relação à eleição presidencial de 2018.

<sup>24</sup> Pode-se mencionar os diversos perfis de influenciadores digitais que voluntariamente participaram das atividades, além do Flamengo e Corinthians, os dois clubes de futebol mais populares, que representam, respectivamente, 21% e 16% da população brasileira. Além disso, outras personalidades se vincularam à campanha “Bora votar. Eu vou porque eu posso”, tais como Anitta, Zeca Pagodinho, Fernanda Montenegro, Carlinhos Brown, Bruna Marquezine, Luiza Sonza, Juliette, Gil do Vigor.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Jovem Eleitor: seu voto tem superpoderes*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/jovem-eleitor/>. Acesso em: 25 set. 2022.

Examinando somente a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, é possível verificar o êxito das campanhas publicitárias que estimulam o interesse do adolescente em votar no processo eleitoral de 2022.

### **3.2 TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA (TRE/SC) E A CAMPANHA “MEU PRIMEIRO TÍTULO #BORAVOTAR”**

Os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao verificarem a queda das inscrições eleitorais de 16 e 17 anos, têm desenvolvido campanhas de conscientização junto ao público adolescente a fim de estimular o voto. Nesse aspecto, os tribunais regionais eleitorais (TREs), responsáveis diretos pela administração do processo eleitoral nos Estados e nos municípios, têm desenvolvido parcerias, convênios e contratos para garantir os índices mínimos de participação dos adolescentes nos pleitos eleitorais.

Cumprir destacar o significativo papel que é desenvolvido pela Justiça Eleitoral no sentido de fortalecer a democracia, com programas e ações públicas a serem desenvolvidas a fim de estimular a transparência, o voto e o processo político-democrático na sociedade.

Muito embora a intenção do legislador tenha sido verdadeira, é preciso ir além das campanhas publicitárias, que possuem um enfoque limitado e restrito, para se pensar em uma política em que possa problematizar qual o papel das instituições de Estado, do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas interrogar também que relações as instituições e poderes têm entre si na produção da política em benefício da população e qual a relação desta composição política com os direitos de juventude.

Acerca deste problema é possível identificar as diversas ações, campanhas e programas executados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em parceria com os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), com o fim de estimular a participação dos jovens nas eleições, seja como votantes, no alistamento eleitoral, seja como candidatos.

Pode-se destacar a iniciativa regionalizada do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Santa Catarina, coordenada pela Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina (Ejesc), desenvolvendo a campanha “Meu primeiro título #Boravotar”, com vistas a aproximar ainda mais os jovens do processo eleitoral.

Trata-se de uma reprodução, de forma regionalizada, da campanha nacional desenvolvida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com algumas variações e peculiaridades, dentre as quais a participação de juízes e desembargadores eleitorais em escolas públicas para debater com os adolescentes sobre a importância do voto e do alistamento eleitoral.

No caso da campanha da Justiça Eleitoral de Santa Catarina, dividiu-se a programação em três etapas: i) campanha publicitária, tal como disposto no artigo 93-A da Lei n. 13.488, de 06 de outubro de 2017; ii) visita *in loco* de uma comitiva do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC), em determinadas escolas públicas e/ou privadas, para mobilizar os adolescentes de 15, 16 e 17 anos público da ação a se engajarem na campanha; e; iii) divulgação e sorteio de 150 *smartphones* recebidos em doação da Delegacia de Alfândega da Receita Federal do Brasil (RFB) em três etapas, de 50 cada.

A campanha “Meu primeiro título #Boravotar” do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC), seguiu basicamente a mesma proposta da campanha nacional desenvolvida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de buscar o engajamento dos adolescentes no campo da política.

Se a campanha nacional foi protagonizada pela diversidade da juventude brasileira, a campanha regional foi marcada pelo fato das peças publicitárias e conteúdos terem sido protagonizados pelos próprios jovens, de forma voluntária, sem a participação de nomes públicos de grande reconhecimento. Pode-se mencionar a estratégia da mídia da Secretaria de Comunicação do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de ter como principais intérpretes os filhos de servidores da Justiça Eleitoral e de adolescentes, que de forma voluntária e gratuita, estrelaram a campanha para as redes sociais.

A campanha idealizada pela Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi veiculada nas emissoras de rádio e televisão, mas também nas mídias sociais (*Twitter, Instagram, Facebook*) da Justiça Eleitoral, de modo a contemplar as preferências do consumo de informações da população adolescente.<sup>26</sup>

A visitação *in loco*, com comitiva do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC), composta por juízes e desembargadores eleitorais, compreendeu oito municípios, considerados polos, em seis regiões do Estado, distribuídas em Florianópolis, Joinville, Blumenau, Chapecó, São Miguel do Oeste, Criciúma, Lages e Itajaí.

Tabela 4 - Cronograma de visitas da comitiva do TRE/SC.

Escola	Data	Público	Município
Instituto Estadual de Educação	16/09/2021	15	Florianópolis
Centro de Educação Profissional (Cedup) Abílio Paulo	04/11/2021	500	Criciúma
Escola de Educação Básica São Miguel	19/10/2022	350	São Miguel do Oeste
Escola de Educação Básica Tancredo de Almeida Neves	20/10/2021	617	Chapecó
Escola de Educação Básica Professor João Widemann	14/10/2021	100	Blumenau

<sup>26</sup> Facebook, Twitter, Youtube e Instagram são as plataformas com o maior número de usuários no Brasil e as mais utilizadas. No entanto, o TikTok e o Kwai são as plataformas que mais crescem no segmento das novas gerações por conta dos conteúdos leves, com humor, geralmente de amigos e familiares.

Colégio Nereu Ramos	25/11/2021	76	Itajaí
Escola de Educação Básica Hermes Fontes	20/09/2021	*	Petrolândia
Escola de Ensino Médio Governador Celso Ramos	30/09/2021	30	Joinville
Escola de Educação Básica Industrial de Lages	18/11/2021	470	Lages
Escola de Educação Básica (EEB) Casimiro de Abreu	04/04/2022	80	Curitibanos
Escola de Educação Básica São José,	05/04/2022	80	São Joaquim
Colégio Catarinense	04/05/2022	70	Florianópolis

Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC).

Pode-se dizer que esta ação, embora tenha abrangido um número pequeno de adolescentes se comparado ao universo dos adolescentes público, estimado segundo informações do IBGE de 300 mil,<sup>27</sup> proporcionou grande repercussão entre eles, seja nos meios tradicionais de comunicação (rádio, jornais e televisão), assim como conteúdos específicos para as mídias sociais do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina.

Paralelamente às visitas da comitiva às escolas, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) firmou parceria com a Delegacia de Alfândega da Receita Federal do Brasil de Florianópolis para receber a doação de 150 *smartphones* apreendidos em operação de fiscalização. Contou ainda com participação da Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina (Fiesc) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) seccional de Santa Catarina.

Além disso, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) orientou a cada Zona Eleitoral (ZEs) do Estado de Santa Catarina, ao total de 106, a realização de ações com escolas que contivessem o público adolescente. Essa ação acrescentou as visitas *in loco*, abrangendo praticamente todo o território do tribunal.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) realizou a ação de sorteio dos equipamentos, divididos em três fases, no número de 50 cada uma, em 8 de

<sup>27</sup> Dados fornecidos pelo Tribunal Regional de Santa Catarina (TRE/SC) com base em projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 22 set 2022.

dezembro, 8 de fevereiro e 8 de março. A ação consistia no sorteio dos eleitores inscritos no sistema de coleta de dados dos adolescentes que se alistaram no período de vigência da campanha “Meu primeiro título #Bora votar”.

Esta iniciativa do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) de sortear os *smartphones* pode ter contribuído sobremaneira para alavancar o número de alistamento eleitoral de adolescentes de 16 e 17 anos, haja vista que um dos maiores desejos das novas gerações é a aquisição de equipamentos de tecnologia de última geração.

Os resultados das ações da campanha “Meu primeiro título #Bora Votar”, desenvolvida pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) no Estado de Santa Catarina, foi considerado exitoso, uma vez que alcançou um crescimento na ordem de 150% de eleitores adolescentes, passando dos 18 mil eleitores cadastrados até setembro de 2021 para mais de 45 mil eleitores em maio de 2022.

Além disso, é preciso consignar o fator comodidade aliado à tecnologia. Isso porque o novo sistema da plataforma *TituloNet* na página do Tribunal Superior Eleitoral, permite que o alistamento seja feito pelo adolescente por meio do aplicativo, sem a necessidade de procurar um cartório da Justiça Eleitoral. A facilidade também deve ser considerada, na medida em que os adolescentes são considerados nativos digitais, frente a grande capacidade de conhecimento e a enorme habilidade no campo tecnológico.

Todos esses fatores redundaram não apenas na reversão do quadro de queda do alistamento eleitoral de adolescentes de 16 e 17 anos, mas no recorde de alistamento pelo público que tem voto facultativo. Observa-se a importância das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e como elas representam a capacidade de se dialogar sobre temas com os quais em outros canais de interação, especialmente no trato interpessoal, não se tem oportunidade. Além disso, é interessante registrar a capacidade de formar opinião e consciência, a partir de postagem de *influencers* e outros jovens, que têm ampla interação com os adolescentes.

Cumpra registrar ainda os resultados positivos da experiência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), reproduzida com sucesso pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina, no sentido de sair da institucionalidade, para ocupar outros espaços, com linguagens e sinais, baseadas na horizontalidade, informalidade que são as redes sociais, tão significativo aos adolescentes.

Esta aproximação entre a institucionalidade e os adolescentes representa a janela de oportunidade capaz de aproximá-los do debate político no formato com o qual os jovens têm proximidade e capacidade de interlocução. Por fim, vale dizer que se as redes sociais foram desenvolvidas de acordo com os interesses da juventude. E quem ganha com essa aproximação institucional entre a Justiça Eleitoral e as camadas dos adolescentes é a democracia e a participação política brasileira.

## ■ CONCLUSÕES

O problema definido para o artigo foi verificar em que medida as políticas de incentivo ao alistamento eleitoral de adolescentes desenvolvido pela Justiça Eleitoral são eficazes?

A hipótese que busca responder à problematização é a de que as campanhas institucionais desenvolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC), combinadas com as facilidades para se fazer o alistamento eleitoral por conta das Tecnologias de Comunicação e Informação (TICs), modificaram o interesse de jovens pela política e a democracia.

Pode-se dizer que, embora se tenha havido mudança no quadro de alistamento eleitoral nos últimos anos, o desinteresse de adolescente também está relacionada ao ato de protestar contra o sistema político, ao distanciamento dos sistema representativo com a realidade social, o descrédito das instituições públicas, a desconfiança nos partidos políticos e nas demais instituições do Estado e, principalmente, o ambiente de intolerância, especialmente nas redes sociais, por conta da polarização política que o país se encontra.

Pode-se destacar que, em vez de atribuir a responsabilidade somente ao adolescente, pelo seu desinteresse em participar do processo político-eleitoral, a Justiça Eleitoral não se reservou a aguardar passivamente os resultados do baixo alistamento eleitoral de adolescentes de 16 e 17 anos para desenvolver ações de modo a reverter a situação do desencanto e frustração em relação à política-partidária-eleitoral.

Há, nesse aspecto, que destacar que os programas desenvolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), assim como dos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), são instrumentos importantes para despertar o interesse dos jovens sobre os processos eleitorais.

Embora os índices de alistamento eleitoral dos adolescentes tenham sido baixos nas últimas eleições, com oscilações e mudanças de acordo com o contexto político, evidencia-se que as campanhas desenvolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que tem por objetivo esclarecer sobre a importância do voto consciente e alistamento eleitoral, foram exitosas.

Examinando, somente a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral, é possível verificar o êxito das campanhas publicitárias que estimulam o interesse do adolescente em votar no processo eleitoral de 2022. Em especial os resultados da campanha “Meu primeiro título #Bora Votar”, do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina, uma vez que alcançou um crescimento na ordem de 150% (cento e cinquenta por cento) de eleitores adolescentes, passando dos 18 mil eleitores cadastrados, até setembro de 2021. para mais de 45 mil eleitores, em maio de 2022.

Com isso, é viável imaginar que as novas formas de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC's) podem ser utilizadas como uma ferramenta que permite radicalizar as formas tradicionais e os processos políticos e participativos, de forma a ressignificar a democracia.

Todos esses fatores redundaram não apenas na reversão do quadro de queda do alistamento eleitoral de adolescentes de 16 e 17 anos, mas na superação do índice de alistamento pelo público que tem voto facultativo nas duas últimas eleições.

A queda do número de alistamento eleitoral pelo segmento infantojuvenil, nos últimos dez anos, somente foi interrompida em razão do contexto específico da eleição de 2022, que mobilizou as juventudes em razão da crise econômica e social, combinada com a campanha da Justiça Eleitoral, em especial do Tribunal Regional Eleitoral (TRE/SC) de Santa Catarina, para mobilizar celebridades e outros jovens a se engajarem na campanha de modo a incentivar o voto adolescente.

Ainda assim, muito embora as campanhas de conscientização desenvolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como o “Jovem Eleitor” e o “#BoraVotar. Eu vou porque eu posso” tenham alcançado seus resultados, é preciso ir além para problematizar qual o papel das instituições, do Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, que relações eles têm entre si na produção da política e do benefício da população, e qual a relação desta composição política com os direitos de juventude.

Destaque-se que é necessário um amplo programa sobre política e a importância das instituições democráticas, a ser desenvolvido nos bancos escolares, a fim de estimular o pensamento crítico e a cidadania de adolescentes, para potencializar a socialização política como complemento da educação formal e dos valores familiares.

## REFERÊNCIAS

ANDUIZA, Eva; BOSCH, Agustí. *Comportamiento político y electoral*. Barcelona: Ciencias Sociales Ariel, 2012.

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

BENEDICTO, Jorge. La ciudadanía juvenil: Un enfoque basado en las experiencias vitales de los jóvenes. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Calle, v. 14 n. 2, p. 925-938, 2016.

BRASIL. Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/afonsoarinos.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões). 1988. Brasília: [DF]. 1988, p. 2.398. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Pesquisa qualitativa e quantitativa: jovens 16 a 20 anos: 2017*. Brasília: [s.n.], 2017. 158 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3510>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Calendário Eleitoral*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/calendario-eleitoral/calendario-eleitoral>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repositório de dados eleitorais. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Jovem Eleitor: seu voto tem superpoderes. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/jovem-eleitor/>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.656, de 4 de Dezembro de 2007*. Dispõe sobre o cronograma de ações das unidades de comunicação social dos tribunais eleitorais em ano não eleitoral. Brasília: Tribunal Superior [Eleitoral [2007]]. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-656-de-4-de-dezembro-de-2007>. Acesso em: 20.out. 2022.

BRENNER, Ana Karina. *Militância de jovens em partidos políticos: um estudo de caso com universitários*, 2011. 307 f. Tese (Doutorado em Educação) Programa de Pós-Graduação em Educação. Faculdade de Educação. Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10082011-144625/pt-br.php>. Acesso em: 15 out. 2022.

CASTRO, Lucia Rabello de. Participação política e juventude: do mal estar à responsabilização frente ao destino comum. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 253-268, jun, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/13910>. Acesso em: 16 set. 2022.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. Quebrando mitos: juventude, participação e políticas. Perfil, percepções e recomendações da 1ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Juventude. Brasília: RITLLA, 2009. Disponível em: <https://registrojuventude.files.wordpress.com/2011/02/livro-quebrando-mitos.pdf> Acesso em: 05 jun. 2022.

CORREIO BRAZILIENSE. *Maior de 16 conquista de vez o direito de votar*. 17 ago. 1988. Disponível em: 1988\_10 a 19 de Agosto\_126a.pdf (senado.leg.br). Acesso em: 29 out 2022.

JORNAL DE BRASÍLIA. *Liberado: menores a partir de 16 podem votar*. Política. 03 mar. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/126085/01%20a%2003%20de%20marco%20-%2000058.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 maio 2022.

O GLOBO. Na Constituinte de 88, jovens de 16 anos conquistam direito de votar no Brasil. Campanha 'Se liga, 16!' ganha força e jovens correm para eleger presidente em 89. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/na-constituente-de-88-jovens-de-16-anos-conquistam-direito-de-votar-no-brasil-12938949>. Acesso em: 05 maio 2022.

OKADO, Toshiaki Archangelo; RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Condição juvenil e a participação política no Brasil. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, Curitiba, v. 4, n., p. 53-78, 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42810> Acesso em: 11 set. 2022.

REGUILLO, Rossana. *Culturas juveniles*. Formas políticas del desencanto. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

REGUILLO, Rossana. *Paisajes insurrectos*. Jóvenes, redes y revueltas en el otoño civilizatorio. Barcelona: NED Ediciones, 2017.

SANTIAGO, Daniela Andrade. *Eleitores menores de 18 anos: cada eleição, uma nova estatística*. (2012) (s.p).Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-2-ano-3/eleitores-menores-de-18-anos-cada-eleicao-uma-nova-estatistica>. Acesso em: 20 out. 2022.

SOUZA, Janice Tirelli Pontes de. *Reinvenções da utopia*. A militância política dos jovens dos anos 90. São Paulo: Hackers/FAPESP, 1999.

SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e política no Brasil – A socialização política dos jovens na virada do milênio*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

SUBIRATS, Joan. *Ya nada será lo mismo*: Los efectos del cambio tecnológico en la política, los partidos y el activismo juvenil. Madrid: Centro Reina Sofia sobre Adolescencia y Juventud & Telefónica, 2015. Disponível em: <https://igop.uab.cat/2015/07/24/ya-nada-sera-lo-mismo/> Acesso em: 6 out. 2022.

VOMMARO, Pablo Ariel. La disputa por lo público en América Latina. Las juventudes en las protestas y en la construcción de lo común. *Nueva Sociedad*, n. 251, mai-jun, p. 55-69, 2014. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/la-disputa-por-lo-publico-en-america-latina-las-juventudes-en-las-protestas-y-en-la-construccion-de-lo-comun/>. Acesso em: 11 out. 2022.



# DERROGAÇÃO CONTEXTUAL: COMENTÁRIO HISTÓRICO-JURÍDICO À TENDÊNCIA DE REVISÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TEEN VOTING: EXAMINATION OF THE TRE/SC CAMPAIGN TO INCENTIVE VOTER REGISTRATION (2022)

WALTER GUANDALINI JUNIOR\*

## RESUMO

Desde o início do século o Supremo Tribunal Federal tem procedido a uma paulatina revisão da sua Súmula 347, editada em 1963 para consolidar o entendimento de que o Tribunal de Contas possuía competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. A súmula permanece válida e vigente, o que indica não haver dúvidas, ao menos de caráter formal, quanto à constitucionalidade da competência atribuída ao órgão fiscalizador. No entanto, nos últimos vinte anos diversas decisões do STF têm questionado a abrangência da súmula, levantando dúvidas acerca da subsistência do entendimento sob o novo regime da Constituição de 1988. Partindo de um esforço de compreensão histórico-contextual dos momentos de elaboração e de revisão da Súmula, o presente trabalho sustenta a hipótese de que a própria emergência do debate é resultado de uma derrogação contextual: na medida em que o desenvolvimento do processo histórico promove a transformação da mentalidade jurídica em que se insere a norma estabelecida, promove também a sua derrogação implícita, por sua incompatibilidade com a nova concepção de ordenamento jurídico emergente.

**Palavras-chave:** direito constitucional; história do direito; controle de constitucionalidade; tribunal de contas.

## ABSTRACT

From the beginning of the century, Brazilian Supreme Court has been revising its Precedent 347, which assured Brazilian Courts of Auditors the competence for constitutionality review. The precedent remains valid and in force, which indicates there is no doubt as to the constitutionality of the assigned competence. However, in the last twenty years several Supreme Court decisions have been questioning the precedent's scope, raising doubts on its subsistence under the new constitutional regime. Adopting an historical approach, this paper supports the hypothesis that the debate's very emergence is the result of a contextual derogation: as legal mentality is transformed by the historical process, so it leads to the Precedent's implicit derogation, due to its incompatibility with the new emerging legal order.

**Keywords:** constitutional law; legal history; constitutional review; court of auditors.

\*Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de pesquisa (doutorado-sanduiche) na Università degli Studi di Firenze. Pós-doutorado na Universidad de Huelva. Professor da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Uninter. Advogado da Companhia Paranaense de Energia.

*walter.guandalini@ufpr.br*

Recebido em: 19-07-2024 | Aprovado em: 16-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL; 1.1 O ESTADO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL; 1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL – CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO; 1.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 1.4 A EDIÇÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 1.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA; 2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA – CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO; 2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; 2.4 A RELEITURA DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Desde o início do século o Supremo Tribunal Federal tem procedido a uma paulatina revisão da sua Súmula 347, editada em 1963 para consolidar o entendimento de que o Tribunal de Contas possuía competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

**Súmula 347 STF:** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

A súmula permanece válida e vigente. De um ponto de vista estritamente dogmático, isso indica não haver dúvidas, ao menos de caráter formal, quanto à constitucionalidade da competência atribuída ao órgão fiscalizador. Tanto é assim que os regimentos internos de quase todas as cortes de contas da federação estabelecem procedimento específico de deliberação sobre a inconstitucionalidade de atos normativos, semelhantes ao exemplo abaixo<sup>1</sup>:

**Art. 15.** [*Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*] Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal:

I – deliberar originariamente sobre: [...]

e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal;

Quando se examina o tema sob uma perspectiva histórico-social, contudo, é outro o panorama apresentado. Isso porque nos últimos vinte anos diversas decisões do STF têm questionado a abrangência da súmula, levantando dúvidas acerca da subsistência do

<sup>1</sup> São exceções o TCE-RS, o TCE-MS, o TCE-GO e o TCE-AL. Quanto aos demais tribunais do país, expressamente preveem a possibilidade nos seguintes dispositivos de seus regimentos internos: TCE-SC, art. 149; TCE-PR, art. 408; TCE-SP, art. 125; TCE-RJ, art. 114-A, IX; TCE-ES, art. 332; TCE-MG, art. 26, V; TCE-MT, art. 315; TCE-DF, art. 14, III; TCE-BA, art. 242; TCE-SE, art. 71; TCE-PE, art. 220; TCE-PB, art. 7o, I, d; TCE-RN, art. 403; TCE-CE, art. 4º, I, c; TCE-PI, art. 460; TCE-MA, art. 20, I, e; TCE-TO, art. 263; TCE-PA, art. 197; TCE-AM, art. 292; TCE-AP, art. 147; TCE-RR, art. 94; TCE-RO, art. 121, VI; TCE-AC, art. 168.

entendimento sob o novo regime da Constituição de 1988. Ainda que não se tenha formado consenso sobre o assunto entre os ministros do Supremo, as decisões que vêm sendo proferidas têm instabilizado a decisão sumulada há 60 anos, chamando a atenção da doutrina à questão.

São dezenas de dissertações de mestrado, trabalhos monográficos e artigos científicos dedicados à análise do tema, sob os mais diversos ângulos. Há quem o examine sob enfoque jurídico-constitucional, considerando as competências constitucionalmente atribuídas aos Tribunais de Contas<sup>2</sup>; há quem o faça sob a perspectiva da natureza jurídica das cortes, em face do regime de separação de poderes adotado pelo Estado de Direito<sup>3</sup>; há quem se tenha debruçado sobre os posicionamentos específicos adotados e as idiossincrasias de cada ministro<sup>4</sup>; há quem tenha ponderado a segurança e eficácia relativa de outras medidas de controle de constitucionalidade, em comparação com a real necessidade de se atribuir essa competência também às cortes de contas<sup>5</sup>; e há até mesmo quem tenha examinado a questão sob perspectiva política, refletindo sobre a disputa entre o TCU e o STF pelo poder de dizer o direito<sup>6</sup> ou apontando interesses econômicos relativos ao caso concreto que motivou a revisão do entendimento<sup>7</sup>.

Essa pluralidade de abordagens tem gerado tantos posicionamentos contrários quanto posicionamentos favoráveis à preservação da Súmula, mas não foi capaz de produzir qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial relevante. Talvez, de fato, sequer o pudesse fazer, uma vez que a adequada compreensão do problema parece exigir outro tipo de abordagem, de caráter histórico-jurídico.

É justamente esse o objetivo do presente trabalho: partindo de uma compreensão histórico-contextual do momento em que a Súmula 347 foi elaborada e daquele em que passou a ser posta em xeque, buscará explicitar o papel e os limites que lhe têm sido atribuídos pela mentalidade jurídica predominante. Não se trata, portanto, de uma pesquisa de história do direito: não se pretende aprofundar a compreensão histórica do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil, ou o processo histórico de assunção desta tarefa pelos tribunais de contas brasileiros; pelo contrário, o método histórico-contextual é empregado apenas como instrumento hermenêutico para a melhor compreensão, sob a perspectiva da

<sup>2</sup> AZEVEDO JÚNIOR, Sérgio Neves. O controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas. *Cadernos*, São Paulo, v. 1, n. 2, ago., p. 84-96, 2018.

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas: um estudo da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal e a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos*, v. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 177-196.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 48-54, out./dez. 2002.

<sup>4</sup> DALLA COSTA, Bruno Tsugami. *O controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao Mandado de Segurança n. 35.410/DF*. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas). Brasília: Universidade de Brasília, 2022.

<sup>5</sup> DUTRA, Micaela Dominguez. O Tribunal de Contas e o verbete nº 347 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.

<sup>6</sup> OLIVEIRA FRANCO, Luisa Doria. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal: uma análise do controle de constitucionalidade. *Revista MPC-PR*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 494-506, nov./mai. 2020.

<sup>7</sup> FERRAZ, Leticia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Tribunais de contas e a abstrativização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 133, p. 253-281, nov./dez. 2012.

mentalidade jurídica contemporânea, de um problema dogmático: o dos significados atribuídos à Súmula 347 do STF. Para isso, iniciará por uma análise das funções desempenhadas pelo controle de constitucionalidade na Constituição Liberal, avaliando o seu desenvolvimento histórico no interior da ordem jurídica brasileira e o modo como veio a contribuir para a edição da Súmula 347. Em seguida examinará o modo como tais funções foram ressignificadas pelo advento da Constituição Democrática, apreciando a dimensão do seu impacto no direito brasileiro e na revisão da abrangência da Súmula 347 pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final buscará demonstrar que a própria emergência do debate é resultado de uma derrogação contextual: na medida em que o desenvolvimento do processo histórico promove a transformação da mentalidade jurídica em que se insere a norma estabelecida pela súmula, promove também a sua derrogação implícita parcial, mesmo sem formal alteração do texto normativo – somente por sua incompatibilidade com a nova concepção de ordenamento jurídico emergente.

## 1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL

### 1.1 O ESTADO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL

A história do controle de constitucionalidade é indissociável da história do Estado de Direito. A Independência Americana (1776), em primeiro lugar, e a Revolução Francesa (1789), em segundo lugar, representam um marco de ruptura com a sociedade política do antigo regime, eliminando as formas de ordenação corporativas e estabelecendo uma nova concepção de soberania, não mais exercida de forma compartilhada entre os diversos corpos sociais, mas de forma unificada e homogênea pela representação geral da Nação (seja ela o Rei ou o Parlamento). O preceito é formalizado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prescreve:

**Artigo 3º.** *[Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – tradução livre]* O princípio de **toda a soberania reside essencialmente na Nação**. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

A atividade desse novo modelo de Estado não pode mais ser compreendida como governo jurisdicional sobre o território, nem por sua função genérica de “preservar a ordem existente”, como fazia o Estado do Antigo Regime. Afinal, a Revolução faz com que a sua atividade seja reduzida ao papel de mera aplicação da vontade soberana, expressa de forma geral e abstrata e incidente de modo homogêneo sobre todos os cidadãos. A necessidade de generalização e abstração da vontade soberana acaba alçando a lei à posição de sua expressão máxima, e critério de orientação dos atos de governo. Também disso trata a Declaração dos Direitos:

**Artigo 6º.** *[Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – tradução livre]* **A Lei é a expressão da vontade geral**. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Como ressalta Fioravanti<sup>8, p. 17</sup>, contudo, essa nova concepção de Estado como poder e vontade não se manifesta de modo descontrolado. A nova estrutura da soberania é uma força que já nasce limitada, no sentido de que somente existe em função de um objetivo principal e exclusivo: o de gerar uma lei positiva estatal capaz de garantir direitos aos indivíduos enquanto tais, em posição de igualdade. O direito se apresenta, portanto, como o grande sustentáculo desse novo modelo de Estado, estabelecendo os limites, os objetivos e a forma de sua atuação, caracterizando-se, assim, o “Estado de Direito” como modelo a dominar todo o mundo ocidental do século XIX e da primeira metade do XX.

A Constituição Liberal é o documento que formaliza a relação incidível entre Estado de Direito e preservação de direitos individuais. Substituindo-se ao povo revolucionário, estabelece as bases institucionais do novo regime, a separação dos poderes e, principalmente, a soberania da lei como fonte de todo o direito; estabelecendo de modo inquestionável a presunção de liberdade a favor dos indivíduos, reserva somente à lei a prerrogativa de sua limitação, uma vez que é por meio dela que se manifesta a soberania do povo reunido em parlamento. Representa, com isso, o exaurimento do poder constituinte revolucionário e o encerramento da discussão acerca do sujeito chamado a exercer a soberania. Ao estabelecer a soberania da lei, a constituição reduz a sua própria importância, limitando-se ao papel de fixar a forma de governo e as relações político-institucionais entre os poderes instituídos – e atribuindo à lei resultante do debate político a tarefa de definir os critérios de ordenação da vida social.

## 1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO LIBERAL – CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO

Compreende-se, dessa forma, como a própria natureza da Constituição Liberal a torna incompatível com a ideia de um controle jurisdicional *em tese* da constitucionalidade das normas jurídicas. Afinal, a estrutura do Estado de Direito clássico atribui essa prerrogativa ao Parlamento, que realiza esse controle de forma política no exercício da soberania popular de que é representante.

Somente de modo incidental e concreto se torna possível o controle jurisdicional, quando se verifica risco à preservação da forma geral do Estado e do poder instituído. E o caso emblemático a esse respeito é o conhecido precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: *Marbury vs. Madison*.

O litígio está diretamente ligado às eleições presidenciais de 1800, em que concorriam o então presidente John Adams e o candidato republicano Thomas Jefferson. As eleições ocorreram entre 31 de outubro e 3 de dezembro de 1800 e, embora os votos ainda devessem ser contados, em dezembro já se tinha a noção de que Adams havia sido derrotado nas eleições. Ele tinha apenas mais três meses de poder, e buscou agir rapidamente para manter o controle do seu partido sobre a máquina estatal – em especial sobre o Poder Judiciário.

---

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.

O primeiro passo foi dado em 31 de janeiro de 1801, quando nomeou o seu Secretário de Estado, John Marshall, como Presidente da Suprema Corte. Em seguida acelerou, junto ao Congresso que seu partido controlava, a aprovação de um projeto de lei que se encontrava em discussão desde o início de 1800, sobre a reorganização do Poder Judiciário. O *Judiciary Act* foi promulgado em 13 de fevereiro de 1801: a nova Lei reduziu a quantidade de ministros da Suprema Corte e conferiu ao presidente o poder de nomear 58 novos juízes federais e juízes de paz. Adams continuou o trabalho a toque de caixa: decidiu, com Marshall, os novos juízes a serem indicados, mas o tempo de aprovação junto ao Senado fez com que a lista só viesse a ser concluída em 03 de março de 1801, às vésperas da posse de Jefferson. Por conta disso algumas das cartas não chegaram a ser enviadas antes da posse do novo presidente, que ao tomar conhecimento de sua existência determinou a suspensão de seu envio e a substituição por novos indicados, aliados de seu partido.

Inconformado, um dos indicados preteridos, William Marbury, ingressou com ação perante a Suprema Corte solicitando *writ of mandamus* que determinasse ao novo secretário de Estado, James Madison, a efetivação de sua nomeação. A situação gerava constrangimento para o presidente da Suprema Corte John Marshall. Não poderia declarar as nomeações ilegais, visto ter sido ele mesmo a assiná-las e emití-las, na qualidade de secretário de estado de John Adams. Por outro lado, se concedesse o *mandamus* corria o risco de ver a sua ordem descumprida e a sua legitimidade para concedê-la questionada, enfraquecendo a autoridade da suprema corte e pondo em risco a própria ideia de separação de poderes no recém-criado Estado americano.

Marshall solucionou o caso com perspicácia: considerou que o requerente tinha razão, declarando ilegais os atos praticados por James Madison; mas considerou inconstitucional a lei que atribuía à Suprema Corte competência para emitir de forma originária *writs of mandamus* a oficiais públicos, o que esvaziava de eficácia a sua decisão.

[*Marbury vs. Madison – tradução livre*] A lei que estabelece os tribunais dos Estados Unidos autoriza a corte suprema “a emitir *writs of mandamus*, em casos justificados pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais ou pessoas que exerçam funções públicas sob a autoridade dos Estados Unidos”. [...]

É declarado [pela constituição] que “a suprema corte terá jurisdição originária em todos os casos que afetem embaixadores, ministros públicos e cônsules, e aqueles em que um Estado seja parte. Em todos os outros casos, a suprema corte terá jurisdição recursal”. [...]

Assim, **a autoridade conferida à suprema corte pela lei que estabelece os tribunais dos Estados Unidos para emitir writs of mandamus a funcionários públicos parece não ser garantida pela constituição**; torna-se necessário verificar se pode ser exercida uma jurisdição conferida dessa forma. [...]

É uma proposição demasiado clara para ser contestada, a de que ou a constituição controla qualquer ato legislativo que a viole; ou, o Legislativo pode alterar a constituição por ato ordinário. [...]

Entre estas alternativas não há meio-termo. A Constituição ou é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos ordinários e, tal como outros atos, é alterável sempre que agrada ao legislador. [...]

Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça **o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei que viole a Constituição é nula, e de que os tribunais, assim como outros departamentos, são limitados por esse instrumento.**

O pedido deve ser indeferido.

Assim resolveu o caso com parcimônia, reafirmou o poder da Suprema Corte ao declarar ilegal a substituição dos nomeados, e até o ampliou ao estabelecer a competência do tribunal para o controle de constitucionalidade da legislação – ao mesmo tempo em que o limitava ao reconhecer a sua incompetência constitucional para conceder o *writ*.

O controle de constitucionalidade nasce, como se vê, adequado à natureza da Constituição Liberal: atuando para a resolução de um conflito entre os poderes da República, em garantia à liberdade e à igualdade dos cidadãos. De modo emblemático, o cerne da decisão sobre o controle de constitucionalidade proferida por Marshall não está no direito individual à nomeação de William Marbury, mas na preservação das competências atribuídas a cada um dos poderes instituídos pela constituição.

### 1.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DIFUSO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A nossa primeira Constituição Liberal (a do Império, de 1824) não previa o controle jurisdicional de constitucionalidade. Como observa Continentino<sup>9</sup>, p. 315, a noção de controle jurisdicional era então julgada incompatível com a metafísica constitucional, fundada na supremacia política do Imperador e da Assembleia Geral como representantes da Nação Brasileira. Dessa forma, conhecia-se somente o controle político, pela Assembleia Geral e pelo Presidente da Província (nos termos do Ato Adicional de 1834), ou pelo próprio Imperador (ainda que sem explícito fundamento constitucional):

**Art. 11.** [*Constituição Política do Império do Brasil, 1824*] Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembleia Geral.

**Art. 20.** [*Ato Adicional de 1834*] O Presidente da Província enviará à Assembleia e Governo Gerais cópias autênticas de todos os Atos Legislativos Provinciais que tiverem sido promulgados, a fim de se examinar se ofendem a Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras Províncias ou os Tratados; casos únicos em que o Poder Legislativo Geral os poderá revogar.

**Art. 24.** [*Ato Adicional de 1834*] Além das atribuições, que por Lei competirem aos Presidentes das Províncias, compete-lhes também: [...]

§ 3º Suspende a publicação das Leis Provinciais, nos casos, e pela forma marcados nos arts. 15 e 16.

No período final do Império se desenvolve um discurso de afirmação do Poder Judiciário que torna possível o estabelecimento de um controle jurisdicional de constitucionalidade. Adotam-se medidas para a garantia fática da independência dos juízes (restrições às intervenções do Executivo, aposentadoria, critérios objetivos de promoção, incompatibilidade eleitoral); reconhece-se doutrinariamente alguma liberdade aos magistrados na interpretação

<sup>9</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.

da lei em face do caso concreto; estabelece-se de forma mais clara a separação de poderes, compreendendo-se o Judiciário como possível instrumento de freio ao arbítrio. Tudo isso contribui para a afirmação de um ambiente institucional favorável a um papel mais ativo do Judiciário na preservação do texto constitucional<sup>10</sup>, p. 100. Com a Proclamação da República, em 1889, os Estados Unidos passam a ser o modelo de referência para o Brasil: presidencialismo e federalismo se tornam a tônica, e se institui formalmente, na Constituição de 1891, o controle jurisdicional de constitucionalidade.

**Art. 59.** [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891] Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A leitura do dispositivo demonstra a forte influência norte-americana, e o objetivo típico das Constituições Liberais. O objetivo é a preservação da União perante a estrutura federativa, de modo que o controle de constitucionalidade se destina à proteção da estrutura do Estado, não à garantia de direitos individuais. O importante é garantir a separação de poderes, preservando o Estado instituído pelo ato de soberania já exaurido.

Nos anos seguintes não haveria profundas mudanças. Com pequenas alterações pontuais o modelo de controle difuso foi mantido na Constituição de 1934, na Constituição de 1937 e mesmo na Constituição de 1946, a primeira Constituição Democrática (tanto no sentido técnico, pois voltada à proteção de direitos fundamentais; quanto no sentido da efetividade política, pois promulgada por um parlamento eleito com ampla participação popular) da história brasileira.

**Art. 76.** [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934] À Corte Suprema compete: [...]

2) julgar: [...]

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: [...]

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

**Art. 101.** [Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: [...]

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

<sup>10</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.

**Art. 101.** [*Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: [...]

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

E foi nesse contexto, portanto, de um controle de constitucionalidade construído nos moldes típicos da Constituição Liberal do Estado de Direito, voltado à preservação da separação de poderes e à garantia da forma de Estado, que o STF decidiu emitir a sua Súmula 347.

#### **1.4. A EDIÇÃO DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em 13 de dezembro de 1963, sob a vigência da Constituição de 1946, o STF aprovou o enunciado da sua Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” A Súmula foi redigida para a interpretação do art. 77 da constituição, que atribuía ao Tribunal de Contas a competência para julgar a legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões:

**Art. 77.** [*Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946*] Compete ao Tribunal de Contas:

I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

O precedente que a fundamentou foi acórdão proferido no Recurso de Mandado de Segurança nº 8.372 – Ceará, sob relatoria do Ministro Pedro Chaves. A ação originária havia sido impetrada pelo Delegado de Polícia José Maria Catunda, que se aposentara pela Lei 4.316/58, posteriormente revogada pela Lei 4.418. O Tribunal de Contas do Ceará negou registro ao ato de aposentadoria, declarando incidentalmente a constitucionalidade da lei revogatória. O TJ-CE manteve a decisão do TCE-CE, observando, porém, que não lhe cabia declarar inconstitucionalidade de leis. No STF o Ministro relator manteve a decisão, mas ressaltou a sua discordância da tese acessória, considerando ser obrigação de qualquer poder do Estado deixar de aplicar leis inconstitucionais:

Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentação do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência

específica dos Tribunais de Contas. **Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.**

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso.

Os demais ministros o acompanharam na decisão unânime e julgaram que “não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada”.

Apesar de seu caráter *obiter dicta*, a ressalva realizada pelo ministro relator reafirmou a supremacia das normas constitucionais e confirmou o modelo de controle difuso herdado pela Constituição brasileira de 1946, reconhecendo a prerrogativa dos tribunais de contas de deixar de aplicar leis que viessem a considerar inconstitucionais. Mas mudanças posteriores no tipo de Estado, no modelo de Constituição e no modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro viriam a instabilizar essa tese.

## 2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

### 2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

O desenvolvimento do Estado de Direito durante o século XIX acaba levando, no tempo histórico da democracia, à formação de ameaças à sua própria integridade, assim como à da lei estatal: de um lado, pelo progressivo aumento da relevância política dos interesses particulares organizados nos partidos políticos, que põem em xeque a percepção da lei como representação da vontade geral; de outro lado, pela ideia cada vez mais recorrente da constituição como norma superior à lei do Estado, por fixar os princípios fundamentais da comunidade política à luz dos quais deveria ser controlada e julgada a atividade do legislador<sup>11, p. 29</sup>. A própria noção de Lei como sustentáculo do Estado de Direito é atingida: de baixo, por um esforço incessante de interferência partidária voltada à sua formulação e modificação; de cima, por um novo modelo de constituição preocupada não só com a organização da estrutura do Estado, mas também com a tutela dos direitos fundamentais.

Esses processos se revelaram no curso do século XX, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 – as primeiras a estabelecerem direitos econômicos e sociais. Mas é especialmente após a Segunda Guerra Mundial que o novo modelo se consolida, com a formação do Estado Constitucional e a entrada em vigor das Constituições Democráticas do pós-guerra.

**Artigo 123.** [*Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, 1917 – tradução livre*] O Congresso da União e as Legislaturas dos Estados deverão expedir leis sobre o trabalho, de acordo com as necessidades de cada região; sem contrariar as bases seguintes, que regerão o trabalho dos operários, diaristas, empregados, domésticos e artesãos e, de modo geral, todo contrato de trabalho:

<sup>11</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.

**Artigo 161.** [*Constituição do Império Alemão, 1919 – tradução livre*] O Império estabelecerá, com a participação controlada dos segurados, um regime global de seguridade para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, para a proteção da maternidade e para a melhoria das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das circunstâncias mutáveis da vida.

A Constituição Democrática não se limita a desenhar a forma de governo e a reforçar a garantia dos direitos, mas estabelece também os princípios fundamentais que fundamentam o regime político. Desse modo cria as condições necessárias para se colocar de modo claro acima da lei do Parlamento: isso porque agora ela não contém somente os critérios de distribuição das competências das autoridades constituídas, mas também (e principalmente) os conteúdos éticos e programáticos a orientarem o desenvolvimento da atividade legislativa.

As noções de valores constitucionais e direitos sociais passam a funcionar como filtro axiológico de toda a ordem normativa, orientando a atividade do legislador e impondo a exclusão do ordenamento de quaisquer normas que não se adequem aos critérios fixados pela Constituição. Afinal, ela agora contém princípios que ninguém pode violar, nem mesmo o legislador, sob pena de se abalarem os alicerces fundadores da comunidade política.

As novas circunstâncias tornam possível o desenvolvimento de um novo modelo de controle de constitucionalidade, não mais incidental, concreto e voltado à preservação da estrutura institucional, mas direto, abstrato e voltado à preservação dos valores e direitos que atuam como fundamento dessa estrutura. Esse novo modelo aparece pela primeira vez formalizado na Constituição Austríaca de 1920, cujo texto havia sido redigido por Hans Kelsen, e se espalha em seguida pelas Constituições Democráticas do pós-guerra.

**Artigo 89.** [*Constituição da República Austríaca, 1920 – tradução livre*] [...]

(2) Se um tribunal tiver dúvidas quanto à aplicação de uma portaria por ser contrária à lei, deve apresentar ao Tribunal Constitucional um pedido de rescisão dessa portaria. Se o Supremo Tribunal ou um tribunal de segunda instância competente para se pronunciar tiver dúvidas quanto à aplicação de uma lei por ser inconstitucional, deve apresentar ao Tribunal Constitucional um pedido de rescisão dessa lei.

Como se vê, já não é mais a mesma questão da Constituição Liberal. Não se trata mais somente de se invalidar pontualmente leis eventualmente editadas em contrariedade às prescrições constitucionais; a questão agora é a proteção do texto constitucional em abstrato, como um todo. E a teoria jurídica passa a se debruçar sobre o tema.

## **2.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA – CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO**

A partir do momento em que a Constituição estabelece um conjunto de valores a serem preservados pela sociedade e pelo Estado – e inclusive pela atividade legislativa – passa a se colocar a questão de quem deve ser o defensor do texto constitucional. Não é óbvia ou natural a atribuição dessa tarefa a um órgão jurisdicional.

Nos Estados Federativos como os Estados Unidos, o México, a Alemanha e mesmo o Brasil, a corte suprema havia sido criada como órgão de preservação da legislação federal em face das legislações estaduais, e como instrumento de resolução de conflitos que envolvessem os Estados federados – entre si ou com a União. Usualmente nomeados pelo Presidente da República, os seus ministros possuíam legitimidade apenas indireta, a justificar dúvidas quanto à abrangência da sua autoridade. Em face das novas circunstâncias criadas pela Constituição Democrática, a natureza essencialmente política do controle de constitucionalidade parecia demandar a participação de agentes mais diretamente vinculados à própria atividade política, como o Parlamento ou o Chefe do Poder Executivo.

Foi esse, por exemplo, o pensamento de Carl Schmitt, cuja reflexão se desenvolveu em meio à crise da República de Weimar. Em 15 de outubro de 1927 a Corte suprema do Reich havia se autodeclarado detentora do poder de proteger a constituição diante das facções políticas, econômicas e sociais que agitavam a república, mesmo sem explícito fundamento constitucional – gerando acerbos questionamentos por parte da sociedade e dos integrantes dos demais poderes. Em 1929 Schmitt enfrenta o problema no texto *O Guardião da Constituição*<sup>12</sup>: argumenta que a proteção da constituição não é uma questão estritamente jurídica, mas política, devendo ser atribuída a um poder neutro e intermediário colocado ao lado dos demais poderes constitucionais.

Para Schmitt, o guardião da constituição deve ser um poder político neutro e democrático, incompatível com a Corte suprema – justamente por sua natureza de órgão jurisdicional, sem fundamento democrático, inapto ao exercício da autoridade política. Em sua concepção somente o presidente do Reich poderia assegurar a imparcialidade necessária à defesa da Constituição, por ser o único capaz de representar a unidade do povo alemão.

**O presidente do Reich se encontra no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. [...]**

Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar do conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich<sup>13, p. 232</sup>

Em explícita resposta a Schmitt, Kelsen escreve em 1931 o texto *Quem deve ser o guardião da constituição*<sup>14, p. 237</sup>. Nele argumenta que, sendo a constituição destinada a estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, o controle de conformidade à constituição não pode ser confiado aos órgãos cujos atos devam ser controlados. Critica, assim, o pensamento de Schmitt, cuja teoria amplia a competência do presidente do Reich de modo a alçá-lo à posição de ditador – incompatível com a função de um garante da constituição<sup>15, p. 246</sup>. Suporta, em oposição, a necessidade de um órgão jurisdicional de controle, defendendo o trabalho que já havia realizado na redação da Constituição Austríaca e sustentando a

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

fiscalização concentrada e abstrata de constitucionalidade, com a atribuição a um único órgão da competência para controlar em tese a constitucionalidade das leis.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. [...] A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas constitucionais [...], a atividade de legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. [...] É, portanto, efetivamente jurisdicional<sup>16</sup>, p. 153

A visão de Kelsen acaba predominando nas constituições democráticas do pós-guerra, que estabelecem o controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade dos atos normativos, realizado de forma direta e abstrata, com eficácia *erga omnes*, tendo por objetivo a preservação em tese dos valores fundamentais instituídos pelo texto constitucional.

### 2.3 O CONTROLE JURISDICIONAL CONCENTRADO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O controle jurisdicional concentrado demora algum tempo para chegar ao ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de se enquadrar no padrão, a nossa primeira constituição democrática do pós-guerra (a de 1946) não o incorpora, mantendo somente o controle difuso.

A aproximação de nosso sistema ao modelo de controle concentrado ocorre pela primeira vez com a Emenda Constitucional 16/1965, que inseriu a alínea k no art. 101 da Constituição de 1946, atribuindo ao STF a competência originária de apreciar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa encaminhada pelo Procurador Geral da República.

**Art. 101.** [Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946/ Emenda Constitucional 16/1965] Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

l - processar e julgar originariamente: [...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

Mas o contexto de instituição do controle abstrato no Brasil foi bastante distinto daquele que levou à sua formação na Europa. Como explica Continentino<sup>17</sup>, p. 106, na concepção kelseneana a jurisdição constitucional teria por objetivo tanto evitar a tendência antidemocrática do governo dos juízes, quanto resguardar os princípios da segurança jurídica e da supremacia parlamentar, em defesa das minorias legislativas. No Brasil pós-Golpe Militar,

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>17</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

contudo, a lógica do controle abstrato se alinhava ao propósito autoritário de centralização, representando a continuidade das reformas constitucionais iniciadas pelo Ato Institucional nº 2 – que ampliava o número de ministros do STF, suspendia as suas garantias e vedava a apreciação judicial de atos governamentais baseados na legislação de exceção:

**Art. 6º** [Ato Institucional nº 2] Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação: [...]

“**Art. 98.** O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.”

**Art. 14.** [Ato Institucional nº 2] Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

Parágrafo único. Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

**Art. 19.** [Ato Institucional nº 2] Ficam excluídos da apreciação judicial:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

No contexto de sua instituição, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade não representava efetiva limitação ao arbítrio do Estado ou proteção das garantias fundamentais. Com ministros nomeados pelo regime ditatorial, despojados das garantias necessárias ao exercício de suas funções e impedidos de controlar atos de exceção, a adoção do novo modelo de controle apoiava e reforçava o novo regime, integrando o STF à lógica decisória do governo central federal.

O modelo é mantido na Constituição de 1967, mas aprofundado na Constituição de 1988, que em contexto radicalmente distinto o expande e complexifica. De fato, a Constituição de 1988 finalmente consagra o modelo de constituição democrática típico do Estado Constitucional. Estabelece amplo rol de direitos e garantias fundamentais, tanto de caráter individual quanto de caráter social, e firma o atual sistema misto de fiscalização de constitucionalidade, que engloba o modelo americano de controle difuso e o modelo austríaco de controle concentrado.

**Art. 102.** [Constituição da República Federativa do Brasil, 1988] Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

E é nesse contexto que se põe novamente em discussão a Súmula 347 do STF.

## **2.4 A RELEITURA DA SÚMULA 347 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Constituição de 1988 modifica o fundamento normativo da Súmula 347, mas mantém a sua essência. Agora as atribuições do Tribunal de Contas são definidas pelo art. 71 da Constituição, que prescreve:

**Art. 71.** [*Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*] O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Essencialmente não mudou, como se vê, o texto da norma sumulada. Mudou, porém, o seu contexto. Se na Constituição de 1946 vigia um sistema de controle exclusivamente difuso, na Constituição de 1988 se implementou um sistema misto, acrescentando-se a possibilidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade por parte da Corte Constitucional.

Essa mudança motivou a alteração do posicionamento adotado pela Suprema Corte, que passou a veicular opinião crítica ao conteúdo da antiga súmula. O novo posicionamento foi pela primeira vez manifestado no Mandado de Segurança 25.888/DF, que teve como relator o Min. Gilmar Mendes: a ação questionava decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que em relatório de auditoria havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97 e do Decreto 2.745/98, determinando à Petrobrás que se abstinhasse de aplicá-los às suas licitações e contratos e que passasse a observar os ditames da Lei 8.666/93.

A decisão do TCU ainda alertava a Petrobras para o fato de que atos futuros praticados com base nos dispositivos impugnados viriam a ser considerados irregulares, implicando a responsabilização pessoal dos agentes praticantes. Desse modo conferia caráter abstrato e *erga omnes* à decisão proferida, extrapolando os tradicionais limites do controle difuso concreto.

Dar ciência à Petrobrás do entendimento consignado no item 8.1 retro, de que **os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa**, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93.

A empresa recorreu ao Supremo, que invalidou a decisão do TCU e alertou para a necessidade de reavaliação da Súmula 347, em face da nova ordem constitucional. Segundo o Ministro Relator Gilmar Mendes, a ampliação dos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato implica uma restrição do controle concreto, cada vez menos necessário para o atendimento de pleitos tipicamente individuais.

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. **A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.**

O posicionamento tem sido reiterado no âmbito do STF. Mais recentemente, ao julgar o Mandado de Segurança 35.824/DF, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu segurança para determinar ao TCU que se abstinhasse de declarar inconstitucionalidade da Lei 13.464/2017. A declaração incidental do TCE havia fundamentado ordem de cessão do pagamento de Bônus de Eficiência e Produtividade a servidores públicos, o que a Corte Suprema julgou extrapolar a competência constitucional da corte de contas. Segundo o relator, a atuação dos tribunais de contas no controle de constitucionalidade gera graves riscos de usurpação da competência constitucional do STF, na medida em que traz consigo a “transcendência dos efeitos”, aplicando-se igualmente a todos os demais casos idênticos, tornando as decisões *erga omnes* e vinculantes no âmbito do tribunal.

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude de sua competência constitucional para zelar, em auxílio ao Congresso Nacional, pelo controle externo da Administração Pública. Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Conselho Nacional de Justiça, artigo 130-B; Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao Tribunal de Contas da União exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade. O exercício dessa competência jurisdicional pelo TCU acarretaria tripla desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. [...]

Porém, **a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões para todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública. O controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois, na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal.** A decisão do TCU configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (controle abstrato de constitucionalidade, Constituição Federal, artigo 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, Constituição Federal, artigo 52, X).

Parece ser justamente essa a questão relevante. O que está em debate não é o conteúdo original da súmula, mas os novos significados passíveis de se lhe atribuir em face do novo regime constitucional de controle de constitucionalidade. O estabelecimento do modelo de controle abstrato e concentrado gera duas consequências: por um lado, incute na cultura jurídica a noção de efeitos vinculantes *erga omnes* da decisão judicial, que decorrem da sua própria natureza de controle em tese; por outro lado, concentra esse tipo de controle na corte constitucional, de modo absoluto e exclusivo.

A reformulação do regime de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988 produz, assim, um risco que inexistia quando da edição da Súmula 347: o de abstrativização implícita do controle difuso, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal. Com efeito, a partir do momento em que a nova mentalidade jurídica admite a concessão de efeitos vinculantes *erga omnes* a uma decisão judicial de controle de constitucionalidade, torna-se muito difícil não reconhecer os mesmos efeitos a qualquer decisão, especialmente quando proferida por um órgão de controle como é o caso dos

Tribunais de Contas. Por outro lado, a partir do momento em que essa mesma mentalidade considera haver um único órgão legitimado a proferir esse tipo de decisão, torna-se difícil admitir o exercício do controle de constitucionalidade por parte de outros órgãos concorrentes, em face do risco sempre presente de “transcendência dos efeitos” de suas decisões. E esse é sempre um risco muito real, como se infere da decisão proferida no Mandado de Segurança 35.824/DF, mas também da própria atuação dos Tribunais de Contas, que têm cada vez mais expandido os limites de sua atuação – como se pode verificar no dispositivo abaixo transcrito, do Regimento Interno do TCE-SP:

**Art. 126.** [Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo] A decisão que concluir por negar cumprimento à lei ou ato considerado inconstitucional **constituirá, para o futuro, norma definitiva e de aplicação obrigatória, nos casos análogos**, salvo se a Câmara, por motivos relevantes, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria.

Compreende-se, então, que aquilo que o STF tem procurado afastar não é o controle concreto de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas; mas os seus potenciais efeitos abstratos, que representariam usurpação de sua competência constitucional e violação de normas básicas de organização do Estado Constitucional Democrático instituído pela Constituição de 1988. O novo dilema é compreensível em face da alteração do regime constitucional promovida pela Constituição Cidadã, não só por estabelecer o sistema misto de controle de constitucionalidade (como indicara o Ministro Gilmar Mendes), mas principalmente por se vincular a um novo modelo de Estado e Constituição, fundado na atuação democrática e na proteção constitucional dos valores fundamentais da sociedade mesmo perante a lei.

## ■ CONCLUSÃO

A adequada compreensão histórica da nossa tradição constitucional parece contribuir não só para o melhor entendimento do problema, mas também para a mais precisa delimitação dos seus termos. Compreendidas as disputas quanto à vigência da Súmula 347 do STF como efeito da transição de regime constitucional promovida pela Constituição de 1988, que finalmente implantou no país a Constituição Democrática típica de um Estado Constitucional, a discussão pode deixar de se preocupar com a dogmática jurídico-constitucional de distribuição das competências entre os entes do Estado para se concentrar na própria transição do regime e nos efeitos que ela provoca na mentalidade jurídica dominante.

Sob essa nova perspectiva, a revisão do texto da Súmula 347 do STF não precisa mais ser compreendida em termos de política ou técnica, cumprimento ou descumprimento, observância ou revogação da súmula ou do texto constitucional. Afinal, não é a vontade dos ministros o fator determinante dessa revisão, mas a própria alteração do contexto normativo em que a Súmula se enquadra, a demandar a reinterpretação restritiva dos seus conteúdos de modo a se promover a sua adequação ao novo regime.

Em outras palavras, a Súmula 347 tem sido objeto de uma verdadeira “derrogação contextual” que, sem afetar o texto de qualquer das normas de referência, impõe a modificação do seu significado para a sua compatibilização com os novos modelos de Estado, de mentalidade jurídica de Constituição.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO JÚNIOR, Sérgio Neves. O controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas. *Cadernos*, São Paulo, v. 1, n. 2, ago., p. 84-96, 2018.
- BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal de Contas: um estudo da súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal e a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: LEAL, Rogério Gesta; BITTENCOURT, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos*, v. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 177-196.
- BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 48-54, out./dez. 2002.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 20, n. 120, p. 92-116, fev./mai. 2018.
- DALLA COSTA, Bruno Tsugami. *O controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal ao Mandado de Segurança n. 35.410/DF*. 2022. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas). Brasília: Universidade de Brasília, 2022.
- DUTRA, Micaela Dominguez. O Tribunal de Contas e o verbete nº 347 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.
- FERRAZ, Leticia Diniz; ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira. Tribunais de contas e a abstrativização do controle de constitucionalidade: relativização da Súmula n. 347 do STF. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 133, p. 253-281, nov./dez. 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione, In: FIORAVANTI, Maurizio. *Lo Stato Moderno in Europa* (a cura di Maurizio Fioravanti). 20 ed. Roma-Bari: Laterza, 2022, p. 3-36.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA FRANCO, Luisa Doria. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal: uma análise do controle de constitucionalidade. *Revista MPC-PR*, Curitiba, v. 7, n. 13, p. 494-506, nov./mai. 2020.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.





# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS INDÍGENAS

THE CONTROL OF CONVENCIONALITY AS AN INSTRUMENT FOR PROTECTING THE HUMAN RIGHTS INDIGENOUS

ROSELMA COELHO SANTANA\* | TÚLIO ROSA E SILVA\*\* | VERÔNICA MARIA FELIX DA SILVA\*\*\*

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi analisar o controle de convencionalidade como instrumento de proteção de direitos humanos dos povos originários, tendo como paradigma a decisão da Corte Interamericana no caso Xucuru, a primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana (CIDH) por violação de direitos indígenas, em 2018, em paralelo com a crise sanitária do Povo Yanomami, agravada pelo garimpo ilegal. A metodologia utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, utilizando-se de artigos científicos, doutrina, legislação, e quanto aos fins, qualitativa. Conclui-se que o controle de convencionalidade pode ser um importante instrumento de defesa contra a violação aos direitos humanos fundamentais, nacionais e internacionais previstos em defesa dos povos originários. Contudo o real enfrentamento dessa problemática exige maior compreensão do contexto histórico, político, social e cultural por trás dessas lutas, e perpassa pela necessidade de criação de mecanismos assecuratórios de maior efetividade às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a criação de políticas públicas de fiscalização mais intensa, evitando o cometimento de futuras violações por parte dos Estados partes.

**Palavras-chave:** povos originários; controle de convencionalidade; violação de direitos humanos.

## ABSTRACT

The objective of this research was to analyze the control of conventionality as an instrument for protecting the human rights of indigenous peoples, taking as a paradigm the decision of the Inter-American Court in the Xucuru case, the first conviction of Brazil in the Inter-American Court (IACHR) for violation of indigenous rights, in 2018, in parallel with the health crisis of the Yanomami people, aggravated by illegal mining. The methodology used in this research is the deductive method. As for the means, the research was bibliographic, using scientific articles, doctrine, legislation, and as for the ends, qualitative. It is concluded that the control of conventionality can be an important instrument of defense against the violation of fundamental human rights, national and international, in defense of indigenous peoples. However, truly addressing this problem requires a greater understanding of the historical, political, social and cultural context behind these struggles, and involves the need to create mechanisms to ensure greater effectiveness in enforcing the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, such as the creation of public policies for more intense monitoring, preventing future violations by the States parties.

**Keywords:** originary native peoples; control of conventionality; violation of human rights.

\* Mestranda pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA (PPGDA).

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (2008).

*roselmasantana72@gmail.com*

\*\* Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo. Professor adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Juiz do trabalho.

*tuliomasi@hotmail.com*

\*\*\* Professora e Advogada. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas-UEA.

*veronica.mfsjesus@gmail.com*

Recebido em: 13-01-2024 | Aprovado em: 04-11-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À QUALIDADE DO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE; 2 NOTAS A RESPEITO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; 3 A TUTELA DOS DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O CASO DOS POVOS ORIGINÁRIOS XUCURU X BRASIL; 4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A CRISE SANITÁRIA DO POVO INDÍGENA YANOMAMI; 5 DA PROVÁVEL CONDENAÇÃO DO BRASIL POR DESOBDIÊNCIA À RECOMENDAÇÃO PROTETIVA DA CORTE; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental pertencente a todos os seres humanos no âmbito internacional teve suas origens na Declaração de Estocolmo de 1972, e consagrou-se no cenário brasileiro através Constituição Federal de 1988. No entanto, a julgar pelos constantes embates em defesa dos direitos dos povos originários relacionados à preservação de suas terras e ao direito à saúde, percebe-se que a sobrevivência desses povos encontra-se ameaçada, sobretudo por graves violações de direitos humanos, as quais, se ignoradas, considerando a visão sistêmica de proteção do meio ambiente, podem repercutir no mundo todo.

Neste aspecto, destaca-se a crise sanitária enfrentada pelo Povo Yanomami, que se evidenciou durante a pandemia do COVID-19. A divulgação pelas mídias sociais acerca da morte de mais de 570 crianças e idosos da etnia Yanomami, por doenças que podiam ser facilmente tratadas por medicamentos, revelou problemas estruturais comuns na realidade vivenciada por essa etnia, como a crise no atendimento à saúde e degradação ambiental ocasionada pela invasão de suas terras pelo garimpo ilegal, o que rememorou a inesgotável discussão acerca da efetividade da política de proteção dos povos originários aplicada no Brasil, e que reverbera inclusive na possibilidade de responsabilização do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como ocorreu no caso dos povos originários Xucuru.

É nesse cenário violento de isolamento e negligência social, agravado pelo garimpo ilegal, que se pretende descobrir de que maneira o controle de convencionalidade pode impedir a violação de direitos humanos fundamentais dos povos indígenas. Embora o Brasil possua uma sólida legislação assecuratória dos direitos humanos, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1989, e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por decreto legislativo, com status supra legal, através da emenda 45/2004 (integrando o bloco de constitucionalidade), no tocante às políticas de proteção atinentes aos povos originários, esses instrumentos mostram-se inadequados e insuficientes para resguardar os direitos fundamentais desses povos, e caminham em uma direção oposta às normas de proteção dos direitos humanos difundidas nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Dessa forma, para analisarmos essas violações, faz-se necessário aferirmos a compatibilidade da legislação brasileira relativa à proteção de direitos humanos dos povos indígenas com os tratados internacionais ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mencionadas sentença da CIDH EM 2018, sob a égide do controle de convencionalidade.

A metodologia utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, utilizando-se de artigos científicos, doutrina, legislação, e quanto aos fins, qualitativa.

## 1 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À QUALIDADE DO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE

As tutelas da qualidade do meio ambiente e da vida constituem proteção ambiental essencial à manutenção da vida humana e do equilíbrio ecológico, integrando o grupo de direitos humanos fundamentais. Nessa nova projeção do direito à vida, desperta-se na maioria das pessoas a preocupação em se combater os sistemas de degradação ambiental, assegurando a manutenção das condições ambientais indispensáveis à sobrevivência humana, na qual se atribui ao ordenamento jurídico o dever de assegurar, de forma coerente e eficaz, a devida proteção a essa nova exigência social.<sup>1, p. 60</sup>

A Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, reconheceu esse novo direito fundamental em 26 princípios, que são considerados um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo que a proteção e a melhora do meio ambiente afeta o bem-estar de todos os povos e o desenvolvimento econômico de forma global, e proclama a responsabilidade de todos pela preservação e melhora do meio ambiente, com ampla colaboração e adoção de medidas por parte das organizações internacionais nessa missão de proteção ambiental global.<sup>2</sup>

Dentre os princípios que visam atender essa nova exigência social, destacam-se:

Princípio 1 – O Homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja a qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. A este respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas.

[...]

Princípio 6 – Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais e, ainda, à liberação de calor em quantidades ou concentrações tais que o meio não tenha condições para neutralizá-las, a fim de não se causar danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas. **Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a contaminação. (g. n)**

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

Princípio 7 – Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a contaminação dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do H, causar danos seres vivos e à vida marinha, limitar as possibilidades de lazer ou obstara outras utilizações legítimas do mar.<sup>3</sup>

No entanto, a promoção e proteção internacional dos direitos humanos, só pode ser consolidada a partir de uma visão integral, abrangente dos direitos civis, políticos, econômicos e culturais, resultante do arcabouço protetivo da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, e que enseja uma vigilância contínua desses direitos em toda parte, por parte da comunidade internacional, a fim de evitar que sejam violados.<sup>4, p. 477-478</sup>

Nesse contexto, não raro podem aparecer dissonâncias entre as fontes de Direito Internacional e Nacional, e nesses diálogos de tensão, constituem-se a evolução e a proteção dos direitos humanos. O autor ainda assevera que:

Os desafios deste início do século XXI não mais admitem uma reserva mental, e tampouco a atitude, tão generalizada e cômoda, de eximir-se de examinar a questão bem mais difícil da fonte *material* tanto do Direito Internacional em geral, como do Direito Internacional dos Direitos em particular. Esta questão não pode ser abordada adequadamente a partir de uma perspectiva positivista anacrônica, e fazendo abstração dos valores, e do próprio fim do Direito, - no presente contexto, a proteção do ser humano. Muito ao contrário do que parecem supor certos jusinternacionalistas, o Direito Internacional não se reduz, em absoluto, a um instrumental a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender a suas necessidades (inclusive as de proteção), dentre as quais a realização da Justiça.<sup>5, p. 471</sup>

Portanto, não se pode olvidar que o direito de se viver em ambiente não degradado, com qualidade de vida, é um direito humano fundamental que precisa ser defendido com todos os instrumentos legais nacionais e internacionais disponíveis, o que no presente artigo, será analisado sobre a égide do controle de convencionalidade.

## 2 NOTAS A RESPEITO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O Controle de Convencionalidade extraído da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser definido como procedimento sistematizado através do qual se pode aferir a conformidade das normas e práticas do direito interno com os tratados internacionais, notadamente de direitos humanos, ratificados e vigentes no país. A utilização desse mecanismo por parte dos Estados-Partes exige que se adote como paradigma,

<sup>3</sup> Princípios 1, 6 e 7, extraídos da Declaração de Estocolmo/1972. O Brasil aprovou o texto da Convenção por meio de Decreto Legislativo nº 204, em 7 de maio de 2004, e a promulgou através do Decreto nº 5.472 de 20 de junho de 2005.

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. 2006, p. 471-478. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%cançado%20trinidade%20OEA%20CI%20%.def.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2023.

<sup>5</sup> *Idem*.

conjuntamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>6</sup>, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, e a jurisprudência adotada pela Corte Interamericana, a fim de se assegurar a efetividade dos direitos humanos no interior dos Estados integrantes.<sup>7</sup>

Reconhece-se que a hierarquia constitucional e o caráter especial de proteção citados nos tratados internacionais de direitos humanos, com suas especificidades<sup>8</sup>, encontram-se reconhecidos e consagrados na Constituição brasileira de 1988 - CRFB/88, e prescindem da intermediação do Poder Legislativo para que tenham vigência ou obrigatoriedade no ordenamento jurídico interno, como ocorre com os demais tratados internacionais em geral. Por força dos parágrafos 1º, 2º do artigo 5º da CF/88, os direitos fundamentais consubstanciados nos tratados de direitos humanos já ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como integrantes dos direitos constitucionalmente exigíveis, direta e imediatamente no âmbito interno. Desse modo, a realização dos direitos humanos nascerá dessa confluência de propósitos e constante interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Havendo descumprimento das obrigações impostas pela Corte Americana de Direitos Humanos, tem-se a violação ao princípio da responsabilidade internacional dos Estados, que pode ocorrer por atos e omissões, de quaisquer de seus poderes ou órgãos (executivo, legislativo e judiciário), bem como em caso de morosidade na prestação da tutela jurisdicional.<sup>9</sup>, p. 551

Fato é que malgrado as controvérsias hierárquicas acerca dos tratados internacionais, no STF prevalece a posição majoritária de que os tratados de direitos humanos possuem status supralegal, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas inferiores à Constituição, e somente os que forem aprovados com quórum qualificado, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, em dois turnos, teriam nível constitucional, equivalentes às emendas constitucionais, em consonância com o parágrafo 3º do artigo 5º, da CF/88, acrescentado pela Emenda constitucional nº 45/2004. Mas, ambos os mecanismos podem ser utilizados como paradigma para realizar a análise de compatibilidade vertical, o controle de convencionalidade, que no Brasil é exercida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Assim, além do controle de constitucionalidade - análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição - é imperioso o controle de

<sup>6</sup> Decreto nº 678, de 6 novembro de 1992. Promulga a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica)*, de 22 de novembro 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso: 25 out. 2023.

<sup>7</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 245, 2009.

<sup>8</sup> Por força do § 3º, do art. 5º da CF/88, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Os demais tratados sobre direitos humanos que não passarem por esse procedimento terão status supralegal, abaixo da CRFB/88 e acima das leis.

<sup>9</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 245, 2009.

convencionalidade de Direitos Humanos: a análise de compatibilidade das normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.<sup>11, p. 245</sup>

Sobre a importância do controle de convencionalidade no âmbito do judiciário, a Ministra do Superior Tribunal Militar Elizabeth Rocha defendeu que:

No contexto regional onde o Brasil está inserido, em que vale o sistema interamericano de direitos humanos, esse controle tem o poder de suprimir, revogar ou suspender efeitos jurídicos de determinada norma de um país se houver afronta à Carta da Organização dos Estados dos Americanos (OEA), à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) ou à Convenção Interamericana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica.<sup>12</sup>

Contemporaneamente, diante das sucessivas e múltiplas denúncias nacionais e internacionais acerca das violações de direitos humanos, percebe-se que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.<sup>13, p. 9-16</sup> Afinal, não basta apenas que os direitos fundamentais estejam inseridos na Constituição de um Estado, é preciso que esse Estado ofereça segurança jurídica aos cidadãos, conferindo estabilidade à ordem social e assegurando reconhecimento e proteção aos direitos fundamentais.

[...] segue a atual lição de Celso Bandeira de Mello no sentido de que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também a própria noção de dignidade da pessoa humana.<sup>14, p. 434</sup>

Não se pode olvidar que, em se tratando do controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos não impõe aos Estados-partes a maneira como estes devem promover o controle de convencionalidade, mas adota o posicionamento de que a aferição da compatibilidade entre as normas internas e a CADH deve ser promovido por todos os órgãos do Estado-Parte vinculados à administração da Justiça, em todos os níveis, incluindo Judiciário e Legislativo.

---

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *O controle de convencionalidade* contribui para a garantia dos direitos humanos. Conselho Nacional de Justiça. 2021. Debate sobre a proteção dos direitos humanos, promovido pelo CNJ no “Colóquio Acesso à Justiça: diálogo, diversidade e desenvolvimento”.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*. 10. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

### 3 A TUTELA DOS DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O CASO DOS POVOS ORIGINÁRIOS XUCURU X BRASIL

No âmbito de proteção dos direitos humanos, a tutela dos direitos dos povos indígenas está consagrada em importantes instrumentos internacionais, os quais atribuíram a todos os signatários o dever de respeitar, prever e reafirmar os direitos fundamentais indígenas.

Entre os instrumentos de proteção dos direitos humanos aplicados aos povos indígenas mais utilizados nas decisões da CIDH e no Supremo Tribunal Federal (STF), destacam-se a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT, dois importantes instrumentos na defesa dos povos indígenas.

A associação da Convenção Americana e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT é muito utilizada na defesa dos povos indígenas, e na defesa das comunidades quilombolas. Esta convenção 169 da OIT é bastante utilizada pelos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos como “norma interpretativa, destinada a especificar as obrigações dos Estados estabelecidas por outras normas internacionais sobre Direitos Humanos e na Declaração Americana (como a Convenção Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem) quanto a sua aplicação aos povos e comunidades indígenas e aos seus membros”.<sup>15</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a Convenção 169 da OIT ajudaram a instituir uma nova abordagem na defesa dos direitos dos povos originários. Diversamente das constituições anteriores, a CF/88, no seu art. 231, §§2º e 4º, assegurou o reconhecimento e a proteção necessária para salvaguardar a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, reconhecendo-as como inalienáveis e indisponíveis, e assegurando-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas presentes.

A primeira norma internacional que reconheceu os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional, dispõe que:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.<sup>16</sup>

Essa mesma proteção foi igualmente estabelecida no Art. 231 da CF/88, no qual são reconhecidos aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

<sup>15</sup> COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por Tribunais da América Latina. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, [S. l.], Ano 6, n. 10, p. 53-82, jun.2009.

<sup>16</sup> A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi resultante da Conferência do Rio de Janeiro de 1992.

Outro importante instrumento de proteção indígena é o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), o qual, em seu art. 3º, inciso II, visou regular não só a situação jurídica do indígena e das comunidades indígenas, como também definiu comunidade indígena ou grupo tribal da seguinte forma:

Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados.

Impende salientarmos que esse instituto está praticamente todo defasado, e deve ser interpretado com ressalvas, visto que foi fundamentado no paradigma da integração e do assimilacionismo, e muito de suas normas foram revogadas ou consideradas inconstitucionais, embora nenhuma de forma expressa. Logo, para haver uma clara assimilação dos direitos humanos dos povos originários, impende que a hermenêutica-pós moderna realize uma interpretação sistemática, abrangendo outros instrumentos protetivos como: CF/88, a Convenção 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que foi aprovada pelo Conselho Permanente, em 7 de junho de 2016.<sup>17, p. 37</sup>

A trajetória dos povos originários no Brasil sempre foi marcada por graves violações de direitos, e sempre atrelada à luta pela sobrevivência e preservação territorial. Dentre os casos de violação de direitos humanos, destacamos o caso do povo indígena Xucuru, que levou à primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2018, por violação de direitos indígenas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso do Povo Indígena Xucuru à Corte Interamericana em 2016. No caso, o Brasil fora acusado de violação à propriedade coletiva e à integridade das pessoas dessa etnia, em decorrência da mora no julgamento do processo administrativo de reconhecimento e demarcação das terras e territórios da etnia - o Brasil levou 16 longos anos - entre 1989 e 2005 - para reconhecer a titularidade e demarcar o território Xucuru, o que deixou 2.354 famílias afastadas de suas terras, na cidade de Pesqueira, Estado de Pernambuco, e retardou a retirada dos invasores. A Comissão alegou que essas violações afrontaram a garantia e a proteção judicial estipuladas nos artigos , 5, 8, 21 e 25 da Convenção Americana, em relação aos arts. 1.1 e 2 do mesmo instituto,<sup>18, p. 16-55</sup> dispostos a seguir:

#### ARTIGO 5

Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e

<sup>17</sup> SARAIVA, Bianor Júnior. *Efetivação do Direito Indígena, um Desafio para a Pós- Modernidade: Amazonas e Brasil*. 2018. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Ciências Sociais Aplicada. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2018. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/6742>. Acesso em: 10 nov. 2023.

<sup>18</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2018. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. *Caso do Povo Xucuru vs. Brasil*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos

ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

#### ARTIGO 8

##### Garantias Judiciais

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

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

### ARTIGO 21

#### Direito à Propriedade Privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

### ARTIGO 25

#### Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-Partes comprometem-se:
  - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
  - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
  - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Fato que “O Relatório de Mérito se limitou a levar em conta o conteúdo da Convenção 169 apenas para estabelecer o alcance da proteção da propriedade coletiva do Povo Xucuru, à luz da Convenção Americana, sem incluir violações diretas à disposição alguma desta”.<sup>19</sup>, p. 11

A recomendação da Corte foi para que o Brasil garantisse, “de maneira imediata e efetiva o direito à propriedade coletiva do Povo indígena Xucuru sobre a totalidade de seu território”<sup>20</sup>, p. 49, e retirasse os invasores não indígenas mediante indenizações pendentes, bem como indenizasse os indígenas Xucuru pela demora na demarcação de suas terras.

Contudo, apesar da condenação, a Corte Interamericana não encontrou argumentos aptos a ensejar mudanças na legislação interna do Brasil, relativa aos povos originários<sup>21</sup>, o que, em nosso entendimento, demonstrou uma abordagem apenas tangencial da problemática acerca da luta dessa etnia, configurando um retrocesso na luta por mudanças na política de proteção indigenista brasileira.

Nesse aspecto, não se pode olvidar que:

---

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2018. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. *Caso do Povo Xucuru vs. Brasil*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso 12.728 – Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo\\_xucuru\\_miembros\\_br/alefcom.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo_xucuru_miembros_br/alefcom.pdf). Acesso: 12 nov. 2023.

Conflitos envolvendo o território indígena/autoctone, os direitos sobre a terra e territórios indígenas representam pontos fulcrais, denotando uma grande dificuldade em efetivar a norma constitucional de proteção aos povos indígenas/autóctones. É sabido que os direitos concernentes aos indígenas/autóctones são constantemente vulnerabilizados, especialmente em razão dos recursos naturais e energéticos localizados nas terras que tradicionalmente ocupam, sendo por vezes ignorado o “ princípio do direito de consulta” e a manifestação, assegurados aos povos indígenas pela Convenção nº 169 da OIT e pela CF/88, como no caso do empreendimento denominado hidrelétrica de Belo Monte.<sup>22, p. 30</sup>

Os territórios surgem de esforços coletivos de um grupo social, sendo um produto histórico de processos sociais e políticos. Dessa forma, para que haja um efetivo enfrentamento dessa problemática que envolve essas disputas territoriais é imprescindível que se faça uma abordagem histórica do contexto político, social e cultural que norteiam a história desses povos.<sup>23</sup>

Essas disparidades ou desequilíbrios, resultantes da interação entre o direito internacional e o direito interno, relativos aos direitos humanos, podem ser remediados através das sentenças de mérito proferidas pela Corte IDH, as quais, diversamente do que ocorre com as sentenças estrangeiras, prescindem de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Por força dos artigos 67 e 68 da Convenção Americana, tais sentenças vinculam o Estado Parte desde a sua prolação, uma vez que são definitivas e inapeláveis para todos os países submetidos voluntariamente a sua jurisdição. Todavia, embora tenham efeito vinculante, na ceara do direito internacional, a execução dessas sentenças carece de mecanismos coercitivos que lhe assegurem mais eficácia.

Em caso de descumprimento, a Convenção apenas prevê a elaboração e o envio de um relatório à Organização dos Estados Americanos (OEA) informando o não cumprimento da sentença por parte do Estado Parte, sendo isso uma das principais causas da ineficácia dessas sentenças, inclusive no Brasil. No ordenamento brasileiro, a implementação das decisões e recomendações da Comissão e da Corte ficam a cargo do Legislativo e do Executivo, podendo integrar os Ministérios da Justiça, dos Direitos Humanos e das Relações Exteriores.

No caso do Povo Xucuru, em 2019, o Governo Federal depositou U\$ 1 milhão como parte do cumprimento da sentença proferida pela CIDH em 2018, a qual, por decisão da Corte, deveria se constituir em um Fundo de Desenvolvimento Comunitário para os Xucuru do Ororubá, que foi paga à título de indenização compensatória coletiva em decorrência dos danos imateriais sofridos.<sup>24</sup>

Contudo, devemos ressaltar que tal condenação do Estado brasileiro junto à CIDH não

<sup>22</sup> SARAIVA, *op. cit.*

<sup>23</sup> LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 251-290, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>. Acesso em: 12 nov. 2023.

<sup>24</sup> CONSELHO NACIONAL INDIGENISTA - CIMI. *Povo Xucuru recebe indenizações do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos*. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xucuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 12 nov. 2023.

fora suficiente para impedir que o Estado continue sendo alvo de sucessivas denúncias perante a Corte por prováveis violações aos direitos humanos dos povos originários, notadamente, em decorrência da crise sanitária do Povo Yanomami.

#### 4 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A CRISE SANITÁRIA DO POVO INDÍGENA YANOMAMI

No início do ano de 2023, a imprensa e as redes sociais chocaram o Brasil e o mundo ao noticiarem a morte de 570 crianças, de até 5 anos de idade, todas vitimadas por doenças evitáveis, entre 2019 e 2022, nas terras indígenas Yanomami (AM-RR). A tragédia, com ampla divulgação de fotos de crianças e idosos, esqueléticos e desnutridos, mobilizou entidades indigenistas e socioambientais alertando a sociedade acerca da existência de uma iminente “crise humanitária” enfrentada pelos indígenas Yanomami, que há anos lutam pela preservação de suas terras.<sup>25</sup>

Para Garnelo<sup>26</sup>, “apesar das especificidades que lhe são próprias, a análise da questão indígena deve ser articulada ao bolo da questão ambiental, e enxerga-se as populações indígenas como parte integrante dos ecossistemas ameaçados, despertando um clamor internacional pela preservação de suas culturas”.

Além disso, o avanço exponencial da atividade da mineração ilegal nas terras do povo Yanomami tem como consequência imediata o desmatamento na área explorada, a contaminação dos rios - desvio do curso natural e assoreamento - e do solo por metilmercúrio (subproduto do garimpo), disseminação de doenças infectocontagiosas e violência, o que agrava ainda mais a crise sanitária do povo Yanomami, e demonstra a vulnerabilidade social a que estão expostos, impedido de ter acesso à alimentação e à saúde adequada, num meio ambiente totalmente degradado. Ademais, o induzimento dos indígenas ao vício em substâncias alcoólicas, como a cachaça, por exemplo, alterou significativamente a saúde e a economia nas aldeias. Os garimpeiros embriagam as mulheres, e se aproveitam desse estado de vulnerabilidade para cometerem abusos sexuais; os jovens indígenas, por sua, embriagados, cometem violência contra os membros mais idosos. Isso não só prolifera a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis entre os indígenas, mas também impede que eles continuem a sua rotina de trabalho nas aldeias.<sup>27</sup>

Declarações das lideranças Yanomami estipulam que haja a presença de mais de 20 mil garimpeiros ilegais dentro do território indígena, ao passo que o número total de indígenas é de aproximadamente de 30 mil, fato este que contribuiu para o aumento da disseminação nos

---

<sup>25</sup> HAY: HUTUKURA Associação Yanomami, ASSOCIAÇÃO Wanasseduume Ye'kwana;. *YANOMAMI SOB ATAQUE: garimpo ilegal na Terra Indígena e propostas para combatê-lo*. Boa Vista, Roraima, 2021. Relatório. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>. Acesso em: 15 de nov. 2023.

<sup>26</sup> GARNELO, Luiza. Globalização e ambientalismo: etnicidade polifônicas na Amazônia. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2005. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2725>. Acesso em: 11 nov. 2023.

<sup>27</sup> Vide nota de rodapé nº 25.

casos de malária e outras doenças, consideradas infecciosas para os povos indígenas.<sup>28</sup>

Dados elaborados por pesquisadores do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) e da Universidade do sul do Alabama, dos Estados Unidos, publicados na revista *Remote Sensing*, revelaram que nos últimos 35 anos a mineração ilegal em terras indígenas aumentou 1.217%, e que a atividade do garimpo ilegal está concentrada em três terras indígenas: Kayapó, Mundurucu e Yanomami. Esse estudo ainda apontou que a maior parte do garimpo ilegal se localiza dentro das terras indígenas na Amazônia Legal, destinando-se à extração da mineração de ouro (99,5%), e 0,5% à mineração de estanho, bem como que essas atividades são mais intensas na terra indígena Kayapó e que a terra indígena Yanomami, demarcada em 1992, por ser a mais isolada entre as três etnias.<sup>29</sup>

Diante desse quadro generalizado de violação de direitos humanos, resta claro o grave comprometimento da saúde e da dignidade humana dos Yanomami. Afinal, nos critérios da OMS, “a saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença ou enfermidade”.<sup>30</sup> Portanto, não existe sadia qualidade de vida num ambiente degradado e violento, uma vez que não há como se ter higidez mental, sem que se assegure, pelo menos, o mínimo necessário para se viver com dignidade.

Embora o governo atual tenha decretado emergência de saúde na área afetada e anunciado uma série de medidas, consubstanciadas no envio de equipes médicas à região e instalação de um hospital de campanha em Boa Vista, isso não afasta a possível responsabilização do Brasil pelas sucessivas violações de direitos humanos impingidas contra os povos originários, notadamente os Yanomami. O crescimento exponencial da mineração ilegal sobre as terras dessa etnia é um mal que se perpetua há mais de 35 anos, o qual vem comprometendo o direito fundamental do povo Yanomami de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com sadia qualidade de vida, nas terras tradicionalmente habitadas por eles.

## 5 DA PROVÁVEL CONDENÇÃO DO BRASIL POR DESOBEDIÊNCIA À RECOMENDAÇÃO PROTETIVA DA CORTE

O Decreto nº 5.051 regulamentou a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, em 19 de abril de 2004, a qual dispõe em seu artigo 25:

7. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

<sup>28</sup> ALISSON, Elton. Mineração em terras indígenas da Amazônia aumentou 1.217% nos últimos 35 anos. *BRASIL DE FATO*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/02/03/mineracao-em-terras-indigenas-da-amazonia-aumentou-1-217-nos-ultimos-35-anos>. Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Ministério da Saúde. *O que significa ter saúde?* Gov.br, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-quer-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significa-ter-saude>. Acesso: 26 set. 2023.

8. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os métodos de preservação, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

9. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

10. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.<sup>31</sup>

Já o artigo 3º, c/c com parágrafo único, da Portaria 1.163/99 do Ministério da Saúde estabeleceu que a organização de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito nacional, seria exercida conjuntamente com estados e municípios. Já a competência relativa ao atendimento de atenção básica de saúde indígena seria atribuição da Secretaria de Assistência à Saúde -SAS, garantindo o acesso dos indígenas e das comunidades indígenas ao Sistema Único de Saúde -SUS, e a recusa de quaisquer instituições, pública ou privada, ligada ao SUS, é considerado crime passível de punição pelos órgãos competentes.

A Lei 9.836/99<sup>32</sup>, que instituiu um Subsistema de Atendimento à Saúde Indígena como componente do SUS, atribuiu o seu financiamento à União, o qual deve corresponder à realidade local e às especificidades da cultura dos povos indígenas, de forma diferenciada e global, de modo descentralizado, hierarquizado e regionalizado, e possibilitando que Estados e Municípios, e outras organizações governamentais e não-governamentais atuem de forma complementar no custeio e execuções das ações.

Atualmente, o controle de mineração se dá pelo Decreto nº 10.965/2022<sup>33</sup>. Este código, embora preveja multas para o caso de descumprimento das normas de proteção ambiental nele estipuladas, ainda se mostra ineficiente para conter os abusos ocasionados pela atividade de mineração legal e pode, inclusive, agravar os danos socioambientais.

Sobre a gravidade desses danos, um relatório produzido pela Defensoria Pública da União (DPU), em parceria com o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH)<sup>34</sup>, no período entre 25 e 27 de janeiro de 2023, no Estado de Roraima, apontou graves violações, generalizadas e sistemáticas de direitos humanos cometidas contra os Yanomami, em razão

<sup>31</sup> Decreto nº 5051, de 19 de abril de 2004 (revogado pelo Decreto n. 10.088 de 2019). Promulga a *convenção 169 da organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e tribais*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 20 de abril de 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm#textoimpressao](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm#textoimpressao). Acesso: 14 nov. 2023.

<sup>32</sup> Importante salientarmos que, até a edição da Lei 9.836/99 a competência administrativa para a execução do serviço de saúde indígena encontrava-se na competência da FUNAI e foi repassada à FUNASA. Posteriormente, essa atribuição foi repassada à União em 19 de agosto de 2010, através da Lei 12.314/10.

<sup>33</sup> A primeira regulamentação da atividade foi o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967) e, posteriormente, surgiram a Lei nº 6.567/1978, a Lei nº 7.805/1989, a Lei nº 13.575/2017, e a Lei nº 12.334/2010, cujo conteúdo foi regulamentado concomitantemente no Decreto nº 10.965/2022.

<sup>34</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. MISSÃO DA DPU NA SAÚDE YANOMAMI: Relatório de Acompanhamento. *Defensoria Pública da União*, Brasília, 2023. Disponível em: [https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf\\_noticias/2023/Relatorio\\_Missao\\_Yanomami\\_\\_DPU\\_CNDH\\_dg.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2023/Relatorio_Missao_Yanomami__DPU_CNDH_dg.pdf). Acesso em: 9 nov. 2023.

do garimpo ilegal.

O Brasil descumpriu a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitida em 1 de julho de 2022<sup>35</sup>, cobrando posicionamento do Brasil no tratamento das etnias Yanomami, Ye'Kwana e Munduruku, qual seja: que País deveria promover a efetiva proteção à vida, à integridade física, acessibilidade à alimentação e à água potável dos Yanomami, e não o fez, o que contribuiu para o agravamento da crise sanitária do Povo Yanomami.

Dentre as medidas cautelares, de prevenção, solicitadas pela comissão destacam-se:

[...] que o Brasil adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da covid-19, além de fornecer assistência médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis.<sup>36</sup>

“A CIDH solicitou ainda que o Brasil entre em acordo com pessoas beneficiárias e seus representantes as medidas a serem adotadas e que informe as ações adotadas para investigar os fatos alegados e, assim, evitar sua repetição”<sup>37</sup>.

Essas medidas deveriam ser implementadas por meio de um plano de ação em conjunto com as comunidades indígenas, devendo informar à Corte acerca de sua execução até setembro do ano de 2022. A CIDH ainda acusou que, a despeito das decisões do STF e da Justiça Federal de Roraima, o Brasil se manteve omisso frente aos ataques de garimpeiros<sup>38</sup>, e com inadequado funcionamento das Bases de proteção Etnoambiental (BAPES)<sup>39</sup>, a cargo da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – FUNAI<sup>40</sup>.

No contexto da pandemia do Covid-19, a Corte apontou que o Brasil negligenciou o atendimento aos Yanomami não implementando plano de contenção da pandemia nas

<sup>35</sup> BIERNATH, André. Brasil ignorou a decisão da corte internacional sobre os yanomamis desde julho, *BBC NEWS*, São Paulo, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64388813>. Acesso: 16 nov. 2023.

<sup>36</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos emite medida cautelar em favor de povos indígenas Yanomami e Ye'kwana; Medida foi solicitada pela Associação Hutukara Yanomami e pelo CNDH, p. 1-2. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/ComissoInteramericanadeDireitosHumanosemitemedidacautelaremfa-vordepovosindgenasYanomamieYekwanaMedidafoisolicitadapelaAssociaoHutukaraYanomamiepelocndh.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

<sup>37</sup> *ibid.*

<sup>38</sup> GIMENES, Erick. Corte IDH determina que Brasil tome medidas para proteger indígenas de garimpeiros. *JOTA*, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/corte-idh-determina-brasil-protger-indigenas-garimpo-13072022>. Acesso: 9 nov. 2023.

<sup>39</sup> As BAPES são bases avançadas de proteção etnoambiental, são instalações administradas pela Funai que abrigam agentes da fundação e de outros órgãos ambientais e de segurança, como a Força Nacional de Segurança Pública, com o intuito de prestar auxílio e a proteção de populações e territórios indígenas, especialmente de povos isolados ou recém contactados.

<sup>40</sup> AGÊNCIA BRASIL. MPF vai apurar a responsabilidade do Estado no caso dos Yanomami. *Agência Brasil*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-01/yanomami-mpf-vai-apurar-responsabilidade-do-estado-em-crise>. Acesso: 12 nov. 2023.

aldeias, não registrando casos em terras não homologadas, bem como não classificando o atendimento a essa etnia como prioritário, entre outras.

No dia 30 de janeiro de 2023, o Ministério Público Federal (MPF) também se mobilizou e instaurou inquérito civil para apurar a responsabilidade do estado Brasileiro embasado em denúncias generalizada de desassistência à saúde, sistemático quadro de descumprimento de ordens judiciais para reprimir o garimpo ilegal, e reiteradas ações de agentes estatais que estimulam o abuso de mulheres e crianças dos povos originários Yanomami, no Estado de Roraima.

Dessa forma, resta evidente que o controle de convencionalidade, em consonância com os demais instrumentos legislativos de proteção ambiental, aliado às políticas públicas de fiscalização mais intensa, pode se mostrar uma importante ferramenta na promoção da defesa dos direitos humanos dos Yanomami, assim como o fizera na defesa dos direitos humanos do Povo Indígena Xucuru.

A vitória da etnia Xucuru na Corte IDH, embora não tenha exigido mudança na legislação interna, representa um avanço rumo a mudança de paradigma no contexto histórico brasileiro atinente a efetiva proteção jurídica dispensada a esses povos desde a colonização do Brasil até os dias atuais.

## ■ CONCLUSÃO

Considerando a noção sistêmica de meio ambiente, que exige proteção integral de todos os seus aspectos para que haja a manutenção do equilíbrio e da preservação ambiental global, é necessário conciliarmos a preservação do meio ambiente com proteção dos direitos humanos, fazendo uso de todos os instrumentos necessários à efetivação dos direitos fundamentais.

Neste aspecto, o controle de convencionalidade apresenta-se como um importante instrumento de defesa dos direitos humanos dos povos originários. É um mecanismo que possibilita aferir a compatibilidade das normas e práticas da legislação interna com os tratados internacionais, notadamente os de direitos humanos, ratificados e vigentes no país. Nessa tarefa, deve-se adotar como paradigma de aferição de compatibilidade a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a jurisprudência adotada pela Corte Interamericana.

A aplicabilidade do controle de convencionalidade e sua efetividade na defesa dos direitos dos povos originários pôde ser observada no Caso do Povo Indígena Xucuru x Brasil, que resultou na primeira condenação do Estado Brasileiro perante a Corte IDH, por violação aos direitos humanos dos povos indígenas, tais como: violação à propriedade coletiva, à integridade das pessoas dessa etnia, e por mora na conclusão do processo administrativo de reconhecimento e de demarcação das terras desse povo (durou 16 anos), o que violou a garantia e a proteção judicial estipuladas nos artigos 5, 8, 21 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse mesmo instituto.

Impende salientar que embora essas sentenças tenham efeito vinculante, sua execução carece de mecanismos coercitivos que lhes assegurem maior eficácia. Em caso de descumprimento, a Convenção apenas prevê a elaboração e o envio de um relatório à

Organização dos Estados Americanos (OEA) informando o não cumprimento da sentença por parte do Estado Parte, sendo essa uma das principais causas da ineficácia dessas sentenças, inclusive no Brasil, o que contribui para que os países condenados continuem a perpetrar as violações de direitos humanos.

O caso da crise sanitária do Povo Yanomami é mais um exemplo da prática dessas violações, e que foram constatadas através de um relatório, produzido pela Defensoria Pública da União (DPU), em parceria com o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), no período entre 25 e 27 de janeiro de 2023, no Estado de Roraima, o qual concluiu pela existência de graves violações de direitos humanos cometidas contra os Yanomami, em razão do garimpo ilegal. As denúncias junto à Corte apontaram que, durante o período da pandemia, o Brasil negligenciou o atendimento aos Yanomami, visto que deixou de implementar o plano de contenção da pandemia nas aldeias e não registrou casos em terras não homologadas, bem como não classificou o atendimento a essa etnia como prioritários.

Em decorrência dessas negligências, o Ministério Público Federal instaurou o inquérito civil para apurar as responsabilidades do Estado, notadamente no que diz respeito à desassistência à saúde, reiterado quadro de descumprimento de decisões judiciais para reprimir o garimpo ilegal.

Fatos como este demonstram que, embora o Brasil reconheça a necessidade de proteção dos direitos humanos em importantes instrumentos tais como a CF/88, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), esses instrumentos, por si só, mostram-se insuficientes para resguardar os direitos fundamentais dos povos originários, que sofrem com o desmantelamento de sua estrutural social e destruição de seus territórios provocados pela invasão do garimpo ilegal.

No caso do Povo Xucuru, embora tenha havido a condenação do Brasil ao pagamento de indenizações às várias famílias que ficaram afastadas de seu território, tal medida por si só, não é suficiente para impedir a perpetuação de novas violações por parte dos invasores. O fato do problema ter sido abordado de forma tangencial, sem a real compreensão do contexto histórico social que existe por trás das lutas dessas etnias, impediu que fossem feitas mudanças na legislação protetiva atinentes aos direitos indígenas, o que representou um retrocesso na defesa de direitos humanos fundamentais, especificamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida.

Dessa forma, percebe-se que o controle de convencionalidade, em consonância com os demais instrumentos legislativos de proteção ambiental, constitui-se em importante ferramenta na promoção da defesa dos direitos humanos dos povos indígenas. Contudo, a efetividade das decisões proferidas nas Cortes e Sistemas de proteção de Direitos Humanos depende não só da real compreensão do contexto histórico, político, social e cultural desses povos, mas também da criação de mecanismos coercitivos mais rigorosos, aptos a desencorajar o seu descumprimento por parte dos Estados Partes.

## REFERÊNCIAS

ALISSON, Elton. Mineração em terras indígenas da Amazônia aumentou 1.217% nos últimos 35 anos. *BRASIL DE FATO*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2023/02/03/mineracao-em-terras-indigenas-da-amazonia-aumentou-1-217-nos-ultimos-35-anos>. Acesso em: 25 fev. 2023.

AGÊNCIA BRASIL. MPF vai apurar a responsabilidade do Estado no caso dos Yanomami. *Agência Brasil*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-01/yanomami-mpf-vai-apurar-responsabilidade-do-estado-em-crise>. Acesso: 12 nov. 2023.

BIERNATH, André. Brasil ignorou a decisão da corte internacional sobre os yanomamis desde julho, *BBC NEWS*, São Paulo, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64388813>. Acesso: 16 nov. 2023.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. 2006, p. 471-478. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%cançado%20trindade%20OEA%20CJI%20%.def.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL INDIGENISTA - CIMI. *Povo Xucuru recebe indenizações do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos*. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xucuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 12 nov. 2023.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por Tribunais da América Latina. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, [S. l.], Ano 6, n. 10, p. 53-82, jun.2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. MISSÃO DA DPU NA SAÚDE YANOMAMI: Relatório de Acompanhamento. *Defensoria Pública da União*, Brasília, 2023. Disponível em: [https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf\\_noticias/2023/Relatorio\\_Missao\\_Yanomami\\_\\_DPU\\_CNDH\\_dg.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2023/Relatorio_Missao_Yanomami__DPU_CNDH_dg.pdf). Acesso em: 9 nov. 2023.

GARNELO, Luiza. Globalização e ambientalismo: etnicidade polifônicas na Amazônia. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2005. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2725>. Acesso em: 11 nov. 2023.

GIMENES, Erick. Corte IDH determina que Brasil tome medidas para proteger indígenas de garimpeiros. *JOTA*, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/corte-idh-determina-brasil-protoger-indigenas-garimpo-13072022>. Acesso: 9 nov. 2023.

HAY: HUTUKURA Associação Yanomami, ASSOCIAÇÃO Wanasseduume Ye'kwana;. *YANOMAMI SOB ATAQUE: garimpo ilegal na Terra Indígena e propostas para combatê-lo*. Boa Vista, Roraima, 2021. Relatório. Disponível em:

<https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para>. Acesso em: 15 de nov. 2023.

INSTITUTO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Com a coleta concluída na TI Yanomami, *Censo já registra 1.652.876 pessoas indígenas em todo país*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques/36595-com-a-coleta-concluida-em-tis-yanomamis-censo-ja-registra-1-652-876-pessoas-indigenas-em-todo-o-pais.html>. Acesso em: 15 ago. 2023.

LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, [S. l.], v. 28, n. 1, p. 251-290, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>. Acesso em: 12 nov. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 245, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*. 10. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 10ª Edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, p. 60, 2013.

SARAIVA, Bianor Júnior. *Efetivação do Direito Indígena, um Desafio para a Pós- Modernidade: Amazonas e Brasil*. 2018. Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Ciências Sociais Aplicada. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2018. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/6742>. Acesso em: 10 nov. 2023.



# ¿EXISTE UN DERECHO SUBJETIVO A LA VI- VIENDA EN EL DERECHO ESPAÑOL?

IS THERE A SUBJECTIVE RIGHT TO HOUSING IN SPANISH LAW?

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO\*

## RESUMO<sup>1</sup>

O artigo analisa criticamente o novo contexto regulatório do direito à moradia na Espanha, com especial atenção à Lei 12/2023. O texto examina se esta lei estabelece efetivamente um direito subjetivo à moradia, concluindo que não configura tal direito de forma direta. Destaca-se a abordagem da lei sobre a propriedade imobiliária, ressaltando sua concepção estatutária e a ênfase na função social da moradia. O estudo aprofunda-se nas condições básicas estabelecidas pela norma e sua relação com os deveres constitucionais vinculados à habitação. A análise propõe uma perspectiva inovadora sobre como a legislação espanhola compreende e regula o direito à moradia, questionando o alcance real das garantias legais e enfatizando aspectos estruturais e sociais da propriedade habitacional, sem configurar um direito subjetivo individual direto.

**Palavras-chave:** Direito à Moradia; Legislação Espanhola; Função Social; Propriedade; Garantias Constitucionais

## ABSTRACT<sup>2</sup>

The article critically analyzes the new regulatory context of housing rights in Spain, with special attention to Law 12/2023. The text examines whether this law effectively establishes a subjective right to housing, concluding that it does not directly configure such a right. The study highlights the law's approach to real estate property, emphasizing its statutory conception and the focus on the social function of housing. The analysis delves into the basic conditions established by the norm and its relationship with constitutional duties linked to housing. The study proposes an innovative perspective on how Spanish legislation understands and regulates the right to housing, questioning the actual scope of legal guarantees and emphasizing structural and social aspects of housing property, without configuring a direct individual subjective right.

**Keywords:** Housing Rights; Spanish Legislation; Social Function; Property; Constitutional Guarantees.

\* Doutor em Direito. Professor Catedrático de Direito Civil da Universidad de A Coruña, Espanha.

*jose.busto.lago@udc.es*

Recebido em: 6-12-2024 | Aprovado em: 6-12-2024<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>2</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>3</sup> Artigo convidado. A pedido da REJUR/UFERSA, o Doutor J. M. Busto Lago preparou uma versão revista e atualizada do original - J. M. Busto Lago, «La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda : The Spanish statute on the right to adequate housing and the subjective right to adequate housing)», *CDP*, vol. 3, n.º 6, pp. 2–9, sep. 2023.



## SUMÁRIO

**1 EL CONTEXTO DE LA NUEVA REGULACION DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA. 2 LA LAY ESPAÑOLA POR EL DERERECHO A LA VIVIENDA ¿RECONOCE UN DERECHO SUBJETIVO?: 2.1 LA LEY 12/2023 NO CONFIGURA UN DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA. 2.2 LA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA VIVIENDA QUE DESTILA LA LEY 12/2023. 2.3 EL OBJETO DE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: CONDICIONES BÁSICAS, CUMPLIMIENTO DE DEBERES CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LA VIVIENDA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA MISMA. REFERENCIAS.**

### ■ EL CONTEXTO DE LA NUEVA REGULACION DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA

A pesar de su título, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, *por el derecho a la vivienda*, no supone el reconocimiento legislativo de un derecho subjetivo -entendido como una facultad de actuación de la que es titular un ciudadano, jurídicamente protegida y como tal invocable ante los órganos jurisdiccionales- a la vivienda, de manera que no puede considerarse cumplida la Resolución Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 *sobre el acceso a la vivienda digna y asequible para todos*<sup>4</sup> y, en consecuencia, tampoco que se garantice este derecho, declarado como un derecho fundamental en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13; *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*). El legislador español no configura el derecho al disfrute de una vivienda como un derecho subjetivo ejercitable frente a los poderes públicos y ello pese al reconocimiento meramente formal del *derecho «a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta Ley»* (art. 8.1 de la Ley 12/2023), que se concibe como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas para alcanzar los objetivos marcados en sus planes; al tiempo que se imponen ciertos límites a los propietarios de vivienda (especialmente en el caso de los grandes tenedores). Estos límites se vinculan, particularmente, al deber del propietario de destinar la vivienda al uso habitacional o residencial que le es propio y a proteger a ocupantes de una vivienda en supuestos de vulnerabilidad económica<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Con anterioridad son varias las Resoluciones del Parlamento Europeo que parten de la toma en consideración del derecho fundamental a una vivienda digna y accesible: sobre aspectos sociales de la vivienda (1997), sobre la vivienda social (2013); al tiempo que, en otras Resoluciones contempla la situación de las personas sin hogar (2014). Asimismo, el Comité de las Regiones ha dictado también distintos Dictámenes en esta materia (2011 y 2014); a las que pueda añadirse la Carta de Leipzig sobre ciudades sostenibles de 2007 y la Plataforma europea contra la pobreza y exclusión social (2010 y 2017). Sobre estos instrumentos, *vid.* BALAGUER PÉREZ, A. *El derecho a la vivienda en el Derecho constitucional europeo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 147 y ss.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión me he pronunciado en «Consideraciones jurídico-privadas en torno al acceso a la vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», en LAGO, José Manuel Busto. Consideraciones jurídico-privadas en torno al acceso a la vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Revista Xurídica Xeral de Galicia*, Foro Galego, n. 214, p. 9-47, jul./dez. 2023; y en LAGO, José Manuel Busto. La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda (The Spanish statute on the right to adequate housing and the subjective right to adequate housing) (Tribuna). *Cuadernos de Derecho Privado*, [S. l.], n. 6, p. 2-9, maio/ago. 2023.

La crisis financiera iniciada en los años 2007/2008 ha marcado el punto de inflexión en la concepción y en la calificación jurídica del derecho a la vivienda, apuntando el inicio de su toma en consideración como un derecho humano, más allá de un mero activo financiero (condición que también conserva)<sup>6</sup>. Sin perjuicio de algunos precedentes en esta misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, *sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos* (2019/2187[INI]), instó a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y exigible como un derecho humano fundamental, mediante disposiciones legislativas, europeas y nacionales, aplicables y que garanticen la igualdad de acceso para todos los ciudadanos a una vivienda digna. El Parlamento solicita a la Comisión y a los Estados miembros que conviertan la vivienda en una de las piedras angulares del plan de acción sobre el Plan Europeo de Desarrollo Sostenible (PEDS)<sup>7</sup>, al tiempo que insta a la Comisión a desarrollar urgentemente una estrategia integrada a escala de la Unión, creando un marco que permita a las autoridades nacionales, regionales y locales garantizar una vivienda de calidad, segura, saludable, accesible y asequible para todos.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado el derecho a la vivienda como susceptible de protección judicial para evitar la ejecución sobre la misma, como resulta, *v.gr.*, de su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13; *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*), en cuyo §.65 afirma que, «en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo [1]7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». Sin embargo, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2012 no hay una referencia expresa al derecho a la vivienda, salvo una previsión de ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (art. 34.3); mientras que sí contempla el derecho a la propiedad privada de los bienes en su art. 17. A su vez, el informe de *Housing Europe “The estate of housing in the UE 2017”* destaca como el carácter asequible de la vivienda se ha convertido en una cuestión clave, impactando en la vida de millones de ciudadanos en Europa, lo que pone de manifiesto que asegurar la efectividad del derecho a la vivienda es uno de los mayores desafíos de los poderes públicos en el conjunto de la UE.

En el Derecho español, en el marco del enunciado de principios rectores de la política social y económica, el art. 47 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) establece que «*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*» y añade que «*los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las*

<sup>6</sup> Sobre los fundamentos de la incorporación del derecho a la vivienda en el entonces todavía *Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda*, *vid.* PRATS ALBENTOSA, L. Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de la vivienda (a propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda). *Revista Jurídica del Notariado*. [S. l.], n. 115, p. 131-174, 2022; y SÁNCHEZ BALLESTEROS, V. Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa. *Revista de Derecho Civil*, [S. l.], v. X, n. 1, jan./mar. 2023, especialmente las pp. 152 y ss. (§.4).

<sup>7</sup> El Plan Europeo de Desarrollo Sostenible (PEDS) es un marco de políticas y estrategias adoptado por la Unión Europea para promover el desarrollo sostenible en diversos ámbitos, incluyendo el derecho a la vivienda digna. El PEDS se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU y, en particular, con el ODS 11, que busca hacer que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

*plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos*». Hasta la fecha han sido escasos los cambios normativos encaminados a la protección de la vivienda como ese bien inmueble especial vinculado al derecho fundamental a la vivienda, más allá de normas especiales por razón de los sujetos (*v.gr.*, la protección de la vivienda habitual en el art. 10.5 del *Estaduto del Trabajador Autónomo*) o en el ámbito concursal (art. 125.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal y la Directiva UE 2019/1023, de 20 de junio); o coyunturales como la protección de consumidores en préstamos hipotecarios (Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por la Ley 25/2015, de 28 de julio) y, en particular, la derogación de la conocida como acción de devastación fundada en razones de mercado que contemplaba, hasta su supresión en la reforma de mayo de 2013, en el art. 5.III de la *Ley del Mercado Hipotecario*; o las dictadas para proteger a arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad en el marco de las normas promulgadas con ocasión de la crisis sanitaria provocada por el *Covid-19*<sup>8</sup>; así como de las medidas de transparencia en la contratación de préstamos de esta naturaleza que contempla la Ley 5/2019. Por otra parte, las Sentencias del Tribunal Constitucional 16/2018, 32/2018, 43/2018 y 80/2018, de 5 de julio -dictada ésta en relación con la impugnación de la constitucionalidad de distintos preceptos de la Ley, Comunidad Autónoma de Valencia, 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la vivienda*- contienen una suerte de reproche al legislador estatal ante la inexistencia de una legislación sobre vivienda del Estado que pueda servir como

<sup>8</sup> La crisis sanitaria provocada por este virus ha puesto de manifiesto, con toda su virulencia, que la ausencia, insuficiencia o inadecuación de las soluciones habitacionales ponen en riesgo la salud y la vida de las personas. Pero es más, la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto como muchos de los retos de la organización de la vida en común en edificios en régimen de propiedad horizontal -los retos no resueltos de la organización de vivir juntos en vertical-, se han incrementado: la gobernanza (*v.gr.*, imposibilidad de reunirse, mayores dificultades para la toma de decisiones), la falta de accesibilidad universal (precisamente, los más afectados por el *Covid-19*: la gente mayor y con discapacidad), la eficiencia energética (falta de interés, recursos, no es una prioridad), o las situaciones incrementadas de morosidad (debido a la nueva crisis económica, ERTes, desempleo, subida de tipos de interés en préstamos con garantía hipotecaria) y la “okupación” (como “solución” habitacional temporal incluso incentivada por el legislador), tienen que ver directamente con la organización de los edificios “multi-unidad”, en España, las comunidades de propietarios, cuyo marco normativo debería repensarse conforme a estas exigencias y desafíos. en alguna medida el legislador es consciente de esta necesidad y la afrontó parcialmente a través de la RD-ley 19/2021, de 5 de octubre, de *medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, que modificó el art. 17.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH); y la Ley 10/2022, de 14 de junio, de *medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, que modifica los arts. 9.1.f), 17.2 y 21 de la LPH. NASARRE y SIMÓN señalan el escaso número de reuniones, la complejidad en la toma de decisiones, la falta de tecnificación de las comunidades, su imposibilidad de llevar a cabo renovaciones por falta de recursos económicos y, al final, que solamente el 0,6% de las viviendas en propiedad horizontal en España son universalmente accesibles a las personas con limitaciones funcionales. En este contexto consideran que es necesario mejorar su sistema de gobernanza y que este mejoraría si las comunidades de propietarios tuvieran personalidad jurídica, como acontece en Irlanda tras la reforma de 2011. La ley de propiedad horizontal irlandesa fue codificada efectivamente en la Ley de Desarrollos de Unidades Múltiples (*Multi-Unit Developments Act*) de 2011, que se centra, básicamente, en la regulación y funcionamiento de una empresa de gestión de propietarios (*owners’ management company*, OMC) que asume la propiedad y gestión de las áreas comunes del promotor una vez finalizadas, y luego cobra una cuota anual a todos los propietarios para cubrir los costes anuales de gestión y mantenimiento y crear un fondo de amortización para reparaciones y mantenimiento a largo plazo. Todos los propietarios (pero no los inquilinos) son miembros de la OMC, y existen reglas detalladas sobre cómo opera en la legislación. Toda la reforma de la legislación se diseñó para superar los problemas de la mala gestión de las zonas comunes en la promoción de complejos residenciales de Irlanda, y la legislación ha sido un éxito. *Vid.* NASARRE AZNAR, S.; SIMÓN MORENO, H. Housing not for all: the lack of universal accessibility to housing in multi-unit buildings in Spain, Sweden and Germany», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 35-54, 2020.

una especie de parámetro de constitucionalidad de la muy prolija legislación autonómica en esta materia.

## 2. LA LAY ESPAÑOLA POR EL DERERECHO A LA VIVIENDA ¿RECONOCE UN DERECHO SUBJETIVO?

### 2.1 La Ley 12/2023 no configura un derecho subjetivo a la vivienda

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, *por el derecho a la vivienda*, representa la primera ocasión en la que el legislador estatal ha pretendido llenar de contenido el derecho de los ciudadanos españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, ni siquiera llega a configurar un derecho subjetivo a la vivienda. En efecto, el art. 8 de la *Ley por el derecho a la vivienda*, entre los derechos de los ciudadanos en relación con la vivienda, enuncia, en su letra a), el derecho a «*disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta Ley*». Lo cierto es que el tenor del precepto no es una novedad en el Derecho español, en tanto que, en similares términos, se recoge en la letra a) del art. 5 del RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Lo relevante es que no se configura el contenido de este derecho, no se delimita el sujeto pasivo del mismo y tampoco su exigibilidad ante los órganos jurisdiccionales. De esta manera y sin perjuicio de que su previsión plantee cuestiones competenciales en relación con la asunción por los distintos Estatutos de Autonomía, sin excepción, de competencias legislativas exclusivas en materia de vivienda (al amparo de lo dispuesto en el art. 148.1.3 de la CE, de manera que las políticas públicas encaminadas a hacer efectivo el derecho del art. 47 de la CE corresponde a cada una de las Comunidades Autónomas, a las que corresponde también dar contenido a las obligaciones que impone el art. 47 de la CE), difícilmente podremos admitir que la Ley 12/2023 configure un derecho subjetivo a la vivienda entendido como un poder jurídico de disposición, unitario e independiente, del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses.

El art. 1.2 de la Ley 12/2023 establece que «*con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta ley la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto en el Ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística*»; al tiempo que, en su art. 11.1.a), contempla el deber del propietario de una vivienda de su «*uso y disfrute propios y efectivos [...] conforme a su calificación, estado y características objetivas*». En consecuencia, el derecho al disfrute de una vivienda digna no se concibe como un derecho ejercitable frente a los poderes públicos, ni como un límite a la actuación de terceros para proteger el interés de su titular, sino como un instrumento al servicio de las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda para alcanzar los objetivos definidos en sus planes.

A diferencia de lo que acontece en la Ley estatal, en el caso de algunas leyes autonómicas sí se configura un derecho susceptible de ser calificado como un derecho subjetivo. Así, la Ley, Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, *de vivienda*, después de establecer que «*todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna,*

*adecuada y accesible»* (art. 7.1), precisa que la satisfacción de este derecho podrá ser realizada por parte de las Administraciones Públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso (art. 9.1) y que, en defecto de vivienda o alojamiento, y con carácter subsidiario, esta satisfacción podrá efectuarse mediante el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas (art. 9.2). Por su parte, la Ley, Generalitat Valenciana, 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana* reconoce el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo de la ciudadanía valenciana y, en particular reconoce el derecho a disponer de una vivienda asequible, digna y adecuada, así como su exigibilidad ante las Administraciones Públicas valencianas, habilitando mecanismos para la protección de los colectivos con mayor vulnerabilidad (arts. 4 y 6.2).

La toma en consideración de estas normas autonómicas parece situarnos en la línea de que la respuesta legislativa al desafío de los poderes públicos de garantizar el derecho (subjetivo) a una vivienda digna está pasando por la adopción de medidas normativas cada vez más intrusivas, tanto en la configuración del contenido del derecho de propiedad privada sobre la vivienda; como en las relaciones contractuales vinculadas al uso y disfrute de este bien, establecimiento específicas obligaciones de información precontractual, pero también y especialmente afectando al contenido propio de los derechos y obligaciones de las partes, tanto, en algunos casos, en la determinación de la renta, como, en especial, en la limitación del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento cuando el arrendador es un gran tenedor y el arrendatario / ocupante una persona especialmente vulnerable.

En relación con esta cuestión no podemos preterir el hecho (relevante) de que muchas de estas normas autonómicas fueron declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias dictada a lo largo del año 2018 (en relación con Leyes de vivienda de las Comunidades Autónomas de Navarra, Aragón, Valencia y Euskadi) y que constituyen un ejemplo paradigmático de la evolución de la función social de la propiedad privada sobre la vivienda para configurar el contenido esencial de aquel derecho. En estas Sentencias<sup>9</sup>, el Tri-

---

<sup>9</sup> Así, *v.gr.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional **16/2018, de 22 de febrero**, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 6036-2013 interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, *de medidas urgentes para garantizar el **derecho a la vivienda en Navarra***: competencias sobre vivienda, crédito y ordenación general de la economía: nulidad de los preceptos legales que regulan una expropiación de uso de vivienda que menoscaba las competencias estatales (STC 93/2015); la **STC, Pleno, 56/2018, de 24 de mayo**, resolviendo la cuestión de constitucionalidad 5051-2017 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón en relación con la DA 2ª de la **Ley 4/2013, Cortes de Aragón**, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, **STC 51/2018, de 10 de mayo** (resolviendo la cuestión de constitucionalidad 4952-2017 planteada por la Sala de lo C-Adm del TSJ de Aragón en relación con la DA 2ª de la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*: principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Declara la constitucionalidad del precepto legal que establece los requisitos necesarios para entender subsistente el derecho a la ayuda estatal otorgada al amparo de un plan de vivienda ya finalizado); **STC 80/2018, de 5 de julio**, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 5425-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, *por la función social de la*

bunal Constitucional dio un nuevo impulso a la formulación de la función social de la propiedad privada, avalando el deber impuesto a los propietarios de viviendas de destinarlas a un uso residencial real y efectivo (como hace el art. 11.1.a de la Ley 12/2023), al tiempo que, a la luz de las mismas, se puede afirmar que el contenido esencial del derecho de propiedad privada no resulta lesionado por la imposición al propietario de deberes como el de destinar el bien efectivamente al uso que le es propio: el destino de la vivienda a un uso habitacional. Incluso pueden interpretarse estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido de que elimina el principio de proporcionalidad como criterio de control de las limitaciones legislativas sobre el derecho de propiedad, esto es el test que lleva a evaluar la adecuación de la intervención del legislador a sus objetivos y opta por un criterio genérico de control de razonabilidad, de equilibrio que es menos estricto y que ampara una actuación más incisiva del legislador<sup>10</sup>.

En particular, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018, de 12 de abril, en relación con la Ley, Comunidad Autónoma de Andalucía, 4/2013, de 1 de octubre, declaró constitucional la redacción de su art. 1.3, del siguiente tenor *«forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el Ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística»*. La Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018 analiza precisamente si la redacción de este precepto *«supone una restricción de las facultades de uso y disposición del propietario de viviendas vedada por la configuración constitucional del derecho de propiedad al afectar a su contenido esencial indisponible para el legislador»* y concluye, frente al parecer argüido por el Abogado del Estado, que el precepto no supone una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad privada sobre las viviendas sitas en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (FJ 7º).

Sin perjuicio de ello, evidente parece que la solución a los problemas de acceso a la vivienda (con un precio o renta asequibles para el ciudadano medio) requiere la adopción de medidas estructurales, como la diversificación efectiva de formas de tenencia (como puede ser el modelo representado por la viviendas colaborativas<sup>11</sup>), innovando nuevas formas de

---

*vivienda de la Comunidad Valenciana*: Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación procesal, crédito, ordenación general de la economía y energía: nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecen la acción pública frente a los órganos judiciales, regulan situaciones sobrevenidas consecuencia de desahucios e introducen medidas para prevenir y paliar la pobreza energética (con votos particulares); y la **STC, Pleno, 97/2018, de 19 de septiembre**, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad 1643-2016 interpuesto por la Presidenta del Gobierno en funciones respecto de diversos preceptos de la Ley 3/2015, de 18 de junio, *de vivienda del País Vasco*: Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación civil y procesal, ordenación general de la economía, expropiación forzosa y vivienda; principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad, derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad sancionadora y a la propiedad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la acción pública en materia de vivienda y la expropiación temporal del uso de vivienda incurso en procedimiento de desahucio por ejecución hipotecaria; interpretación conforme de la disposición relativa al registro administrativo autonómico de agencias o agentes inmobiliarios.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *Una revolución silenciosa (I): la propiedad privada*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada>. Acceso en: 15 jun. 2018. Sobre esta cuestión, *vid.* LAUROBA LACASA, E. ¿Qué modelos de propiedad ampara la Constitución? (o cómo imaginamos el *derecho de propiedad* en los cincuenta próximos años). In: NICOLÁS, Á. S. (coord.). *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución Española*. Madrid: Colegio Notarial de Cataluña, 2021, p. 267.

<sup>11</sup> *Vid.* BUSTOS MORENO, Y. El derecho a la vivienda y las fórmulas de vivienda de protección pública. Análisis de la regulación autonómica y problemática en su aplicación práctica. Especial referencia a las viviendas colaborativas. *Rev. Boliv. De Derecho*, [S. l.], n. 38, p. 688-709, jul. 2024.

tenencia y de uso que sean respetuosas con los estándares habitacionales exigidos por la ONU (en línea con los objetivos del *Proyecto / Informe España 2050 fundamentos y propuestas para una estrategia nacional a largo plazo* publicado por el Gobierno en el año 2021 y, en particular, de su Capítulo VI); al tiempo que es necesario adoptar medidas legislativas para contener las consecuencias negativas que sobre la vivienda tiene el progresivo proceso de urbanización y de masificación de las grandes ciudades (y, en no pocas ocasiones, al incremento exponencial del aprovechamiento de las viviendas en régimen de arrendamiento para uso turístico), íntimamente vinculado a las crecientes dificultades de acceso a la vivienda, tanto en propiedad, como en régimen de arrendamiento o en cualquier otra modalidad de derecho subjetivo que permita su uso para satisfacer necesidades habitacionales. Sin embargo, medidas de esta naturaleza apenas están presentes en la *Ley por el derecho a la vivienda*.

## 2.2 La concepción estatutaria del derecho de propiedad sobre la vivienda que destila la Ley 12/2023

En este contexto se ha señalado (*rectius*, reprochado) que la Ley 12/2023 supone la conversión del derecho de propiedad privada sobre la vivienda en una especie de «*tenencia tutelada por el Estado*», de manera que el legislador puede decidir, en cada momento, qué pueden hacer, o no, los propietarios en relación con este objeto del derecho de propiedad privada<sup>12</sup>. En particular, el art. 10 de la Ley 12/2023 rubricado «*contenido del derecho de propiedad de la vivienda: facultades*», constituye un ejemplo de una concepción estatutaria del derecho de propiedad privada sobre la vivienda, enunciando los derechos y facultades que la normativa administrativa prevé. Es ilustrativa de esta concepción la previsión del art. 10.2 de la Ley en tanto que atribuye a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda la facultad de «*velar por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad de vivienda*». A su vez, el apartado 2º del mismo art. 11 de la Ley 12/2023 señala que corresponde a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda la declaración de incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de las mismas, lo que dará lugar a la adopción, de oficio y previa audiencia del propietario -del «obligado» habla la norma-, de las medidas que prevea la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda. En relación con esta declaración pública del incumplimiento de deberes del propietario de la vivienda se ha preconizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad la previsión de un mecanismo registral de publicidad análogo al que existe para los expedientes de disciplina urbanística.

De estas normas se ha derivado la ya referida afirmación de la asunción legislativa de una concepción estatutaria del derecho de propiedad privada sobre la vivienda (así lo señala, *v.gr.*, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el *Proyecto de Ley* del año 2022); al tiempo que la mayor parte de las normas que se han incorporado en la Ley 12/2023 para proteger a los ocupantes de vivienda (y, con ello, pretendidamente el derecho a la vivienda ejercitable frente al propietario de la misma) lo han sido en la norma procesal civil y, en particular, mediante la modificación de sus arts. 439 (que regula la inadmisión de la de-

<sup>12</sup> Entre otros, NASARRE AZNAR, S. El Proyecto de Ley de vivienda 2022. *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19* [FEDEA], [S. l.], abril de 2022; SIMÓN MORENO, H. La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Derecho Privado y Constitución*, [S. l.], n. 42, p. 168, jun. 2023.

manda en casos especiales), añadiendo dos nuevos apartados, el 6 (que para los casos de demandas que con fundamento en la reclamación de cantidades por impago de rentas y asimiladas o por transcurso del plazo pactado pretendan la recuperación de la vivienda arrendada; la recuperación de la vivienda cedida en precario; la protección sumara de la posesión de la vivienda y la efectividad de los derechos reales inscritos; en el caso de que el inmueble objeto de la misma constituya la vivienda habitual de la persona ocupante exigen que se especifique esta circunstancia y, en el caso de que la parte actora sea una gran tenedora, si la parte demandada se encuentra, o no, en situación de vulnerabilidad económica) y el 7 (que para las mismas acciones que las contempladas en el art. 439.6 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* exige, si la actora es una gran tenedora y el inmueble es la vivienda habitual del demandado, exige acreditar que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efectos establezcan las Administraciones Públicas); 440 (añadiendo un nuevo apartado 5, en el que se prescribe que todas las resoluciones judiciales que tengan por objeto señalar un lanzamiento, deberán incluir el día y la hora exacta en la que tendrá lugar, aun cuando se haya intentado llevar a cabo con anterioridad); 441 (modificando sus apartados 1.bis, atinente a la notificación de las demandas de recuperación de una vivienda o de parte de ella, y 5 y se añaden los apartados 6 y 7), 549.3 y 4; 655.bis (en relación con la subasta de bienes inmuebles); la modificación de los arts. 675, 685.2 y 704.1; al tiempo que se añade a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* una Disposición Adicional 7ª (en relación con la medida cautelar de desalojo en los procedimientos penales seguidos por delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal).

La *Ley por el derecho a la vivienda* no contempla este derecho subjetivo, sino que establece las bases para la configuración del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles destinados a vivienda como un derecho estatutario, al tiempo que limita las facultades de protección y de exclusión de terceros que conforman el contenido propio del derecho de propiedad privada cuando tiene por objeto un bien de aquella naturaleza. Frente a este parecer, algunos autores consideran que la Ley por el derecho a la vivienda sí supone la construcción normativa de un derecho subjetivo a la vivienda, si bien la obligación y la exigibilidad del mismo se ha delegado por el legislador en los propietarios privados, amparándose en la función social de la propiedad privada ante la ineficacia y la ineficiencia de los poderes públicos para cumplir con el mandato constitucional preordenado a crear las condiciones necesarias para el acceso del conjunto de los ciudadanos a una vivienda digna<sup>13</sup>. Por otra parte, el legislador español también se ha ocupado de establecer normas que garanticen un nivel mínimo de calidad de los edificios de uso residencial. Son los casos, *v.gr.*, del Código Técnico de la Edificación que entró en vigor en el año 2006 o las normas que pretenden dar respuesta al fenómeno NIMBY<sup>14</sup> y su equivalente en español SPAN («Sí, Pero Aquí No»), que se refiere a los movimientos de vecinos que se oponen a la instalación de ciertas actividades en su entorno, especialmente de aquellas que están tildadas como peligrosas.

<sup>13</sup> En ese sentido se pronuncia MAYOR DEL HOYO, M. V. La propiedad de vivienda ante la ocupación ilegal y las nuevas tendencias normativas: ¿una nueva vulnerabilidad? *In*: MAYOR DEL HOYO, M. V. *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 131 a 162.

<sup>14</sup> Sigla que en inglés refiere a "Not In My Back Yard" ("no en mi patio trasero").

### 2.3 El objeto de la *Ley por el derecho a la vivienda*: condiciones básicas, cumplimiento de deberes constitucionales relacionados con la vivienda y *función social* de la misma

El art. 11 de la *Ley por el derecho a la vivienda*, rubricado «[c]ontenido del derecho de la propiedad de la vivienda; deberes y cargas», enuncia que el derecho de propiedad sobre una vivienda queda delimitado por su función social<sup>15</sup> y, además de los deberes establecidos en la legislación del suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que la vivienda se sitúe, comprende los deberes que siguen:

- a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.
- b) Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de esta ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos aprobados a su amparo.
- c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos.
- d) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en el Título IV de esta ley.
- e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta ley.

De este elenco de deberes específicos de los propietarios de vivienda el que mayores dificultades hermenéuticas presenta, desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas que pueden vincularse a su incumplimiento es el primero de los enunciados, esto es, el deber de «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda», máxime cuando el precepto anterior, el art. 10.1, en su letra a), contempla, como facultades que integran el derecho de propiedad sobre la vivienda, las de «uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y las demás que resulte de aplicación». Desde una concepción clásica, un derecho subjetivo, el uso, disfrute y disposición de la vivienda puede ejercitarse, o no, por su titular, con los límites que resultan del art. 7 del Código Civil (buena fe subjetiva e interdicción del ejercicio abusivo y antisocial), pero casa mal con el propio concepto de derecho subjetivo la previsión de su ejercicio obligatorio impuesto por una norma jurídica. A esta consideración ha de añadirse la dificultad de integrar el concepto de «uso y disfrute efectivo» de la vivienda.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, SIMÓN MORENO, H. La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *DpyC*, [S. l.] n. 42, p. 139 a 177, 2023.

El apartado 2 del mismo art. 11 de la *Ley por el derecho a la vivienda* establece que corresponde a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda la declaración de incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, lo que dará lugar a la adopción, de oficio y previa audiencia del propietario -del «obligado» habla la norma-, de las medidas que prevea la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda. En relación con esta declaración pública del incumplimiento de deberes del propietario de la vivienda se ha preconizado por el Colegio de Registradores la previsión de un mecanismo registral de publicidad análogo al que existe para los expedientes de disciplina urbanística<sup>16</sup>.

Considera el Consejo General del Poder Judicial, en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley* (conclusión 11ª) que parece entonces que el «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda» más que un deber configurador del contenido del derecho de propiedad cuanto éste tiene como objeto una vivienda y en línea con lo declarado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 16/2018, de 2 de febrero y 32/2018, de 12 de abril (F.J. 7º) «no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, [y] no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de este tipo de derecho de propiedad». Sin embargo, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018, de 12 de abril, en relación con la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, declaró constitucional la redacción de su art. 1.3, del siguiente tenor:

«3. Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el Ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

En el F.J. 7º de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018, se analiza precisamente si la redacción de este precepto «supone una restricción de las facultades de uso y disposición del propietario de viviendas vedada por la configuración constitucional del derecho de propiedad al afectar a su contenido esencial indisponible para el legislador» y concluye, frente al parecer argüido por el Abogado del Estado que el precepto no supone una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad privada sobre las viviendas sitas en territorio de la CA de Andalucía y lo hace en los siguientes términos:

[...] En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber «forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad» y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el Abogado del Estado.

<sup>16</sup> Así se recogía en «Proyecto de Ley de Vivienda, “una oportunidad perdida”», en *noticias.juridicas.com*, 28 de marzo de 2022.

En relación a la infracción del principio de proporcionalidad esgrimida, cabe ya desde ahora adelantar que procede su desestimación por los mismos motivos que desestimamos una lesión muy parecida, denunciada también por el representante del Gobierno de la Nación en relación con la Ley navarra de vivienda.

Así, en el fundamento jurídico 17 de la tantas veces citada STC 16/2018 argumentamos lo siguiente: “A diferencia de lo sostenido en la demanda, este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (inter alia, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 46; asunto ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, 23 de noviembre de 2000, § 87; asunto Broniowski c. Polonia, 22 de junio de 2004, § 149).

Por su parte, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 79/2024, de 21 de mayo, dictada resolviendo distintos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por distintos ejecutivos de Comunidades Autónomas frente a la Ley estatal 12/2023, el Tribunal Constitucional aprecia que, por primera vez, el Estado ha ejercitado la potestad que le confiere el art. 149.1.1 de la CE para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El Tribunal Constitucional parte del reconocimiento como derecho constitucional del derecho a la vivienda y de la competencia del Estado para establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los ciudadanos en su ejercicio ex art. 149.1.1 de la CE. Con este fundamento desestima la mayor parte de los argumentos y de los preceptos de la referida Ley estatal impugnados. Sin perjuicio de ello, respecto de algunos de los preceptos impugnados sí considera que el legislador estatal ha incurrido en un exceso competencial, invadiendo las competencias autonómicas en materia de vivienda, lo que conduce a su declaración de inconstitucionalidad y su consiguiente nulidad<sup>17</sup>.

En concreto, la declaración de inconstitucionalidad afecta a los siguientes preceptos de la Ley 12/2023: el art. 16, que establece el régimen de la vivienda protegida, porque tiene un nivel de detalle excesivo y por establecer un régimen de aplicación supletoria, sin que el Es-

<sup>17</sup> En pronunciamientos pretéritos, el TC ha señalado que la vivienda es una competencia exclusiva autonómica, v.gr., respecto del legislador andaluz, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la *Ley andaluza de Vivienda* (DL 6/2013, de 9 de abril) y que se puede ejercer de modo distintos al simple desarrollo de las bases estatales (en el caso de la Ley andaluza, el TC ejemplifica con los instrumentos de fomento previstos en su Cap. III del Título VI), si bien entiende que las expropiaciones del uso de viviendas que previamente hayan sido objeto de desahucio no son constitucionales porque pueden causar una distorsión en el mercado hipotecario como parte de las bases de la planificación económica de España que es competencia estatal ex art. 149.1.13<sup>a</sup> de la CE (STC 93/2105, de 14 de mayo –con tres votos particulares– que declara nulidad de los preceptos de la Ley andaluza que definen el contenido esencial del derecho de propiedad y que regulan la expropiación de viviendas deshabitadas, e impone una interpretación conforme del precepto [art. 25] que establece la definición de viviendas deshabitadas, de manera que es conforme con la CE, siempre que se interprete como instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler en los términos establecidos en los FF.JJ. 13, 14 y 15 de la STC). *Vid.*, entre otros, TEJEDOR BIELSA, J. A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero. *Práctica Urbanística*, [S. l.], n. 151, mar./abr. 2018.

tado pueda dictar normas con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias de la exclusiva competencia de estas, extendiéndose la declaración de inconstitucionalidad también a la disposición transitoria primera (relativa al régimen las viviendas que ya estuvieran calificadas definitivamente como protegidas a la entrada en vigor de la ley), ya que su finalidad es, *sensu contrario*, someter a las viviendas que aún no lo estuvieran a la Ley 12/2023; el art. 19.3, segundo inciso, que establece la información que deben suministrar los grandes tenedores, por considerar excesiva la regulación de la información mínima que, en caso de ejercitar la facultad de declarar las zonas de mercado residencial tensionado, tendría que requerirse a los grandes tenedores, ya que la determinación de este aspecto debe corresponder a las Comunidades Autónomas; y, por último, los apartados 1, párrafo tercero, y 3 del art. 27, regulador del concepto, finalidad y financiación de los parques públicos de vivienda, por incurrir en un exceso en la determinación de la composición de los parques públicos de vivienda sin encontrar cobertura en el art. 149.1.1 y 13 de la CE (apartado 1, párrafo tercero), y por resultar contrario al principio de autonomía financiera, al prever la afectación finalista de ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda y de la gestión de los bienes integrantes de los parques públicos de vivienda (apartado 3).

## REFERENCIAS

BALAGUER PÉREZ, A. *El derecho a la vivienda en el Derecho constitucional europeo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

BUSTOS MORENO, Y. El derecho a la vivienda y las fórmulas de vivienda de protección pública. Análisis de la regulación autonómica y problemática en su aplicación práctica. Especial referencia a las viviendas colaborativas. *Rev. Boliv. De Derecho*, [S. l.], n. 38, p. 688-709, jul. 2024.

LAGO, José Manuel Busto. Consideraciones jurídico-privadas en torno al acceso a la vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *Revista Xurídica Xeral de Galicia*, Foro Galego, n. 214, p. 9-47, jul./dez. 2023.

LAGO, José Manuel Busto. La Ley por el derecho a la vivienda y el derecho subjetivo a la vivienda (The Spanish statute on the right to adequate housing and the subjective right to adequate housing) (Tribuna). *Cuadernos de Derecho Privado*, [S. l.], n. 6, p. 2-9, maio/ago. 2023.

LAUROBA LACASA, E. ¿Qué modelos de propiedad ampara la Constitución? (o cómo imaginamos el *derecho de propiedad* en los cincuenta próximos años). In: NICOLÁS, Á. S. (coord.). *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución Española*. Madrid: Colegio Notarial de Cataluña, 2021.

MAYOR DEL HOYO, M. V. La propiedad de vivienda ante la ocupación ilegal y las nuevas tendencias normativas: ¿una nueva vulnerabilidad? In: MAYOR DEL HOYO, M. V. *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 131 a 162.

NASARRE AZNAR, S. El Proyecto de Ley de vivienda 2022. *Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19* [FEDEA], [S. l.], abril de 2022.

NASARRE AZNAR, S.; SIMÓN MORENO, H. Housing not for all: the lack of universal accessibility to housing in multi-unit buildings in Spain, Sweden and Germany», *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 35-54, 2020.

PRATS ALBENTOSA, L. Derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada y derecho a la propiedad de la vivienda (a propósito del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda). *Revista Jurídica del Notariado*. [S. l.], n. 115, p. 131-174, 2022.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *Una revolución silenciosa (i): la propiedad privada*. Disponible em: <https://almacenederecho.org/una-revolucion-silenciosa-i-la-propiedad-privada>. Acceso em: 15 jun. 2018.

SÁNCHEZ BALLESTEROS, V. Los límites de la función social de la propiedad en la modelización de las facultades del propietario como garantía de acceso a la vivienda digna para todos y la libertad de empresa. *Revista de Derecho Civil*, [S. l.], v. X, n. 1, jan./mar. 2023.

SIMÓN MORENO, H. La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda. *DpyC*, [S. l.] n. 42, p. 139 a 177, 2023.

TEJEDOR BIELSA, J. A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero. *Práctica Urbanística*, [S. l.], n. 151, mar./abr. 2018.



# PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO: INSTITUIÇÃO SOBRE A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NÃO EXPLORADA PARA SUBSISTÊNCIA FAMILIAR

RURAL HERITAGE AT AFFECT: INSTITUTION OVER SMALL RURAL PROPERTY NOT EXPLOITED FOR FAMILY LIVELIHOOD

HENRIQUE RODRIGUES MEDEIROS\* | CAROLINA MERIDA\*\* | FABRÍCIO MURARO NOVAIS\*\*\*

## RESUMO

A pesquisa tem por tema o Patrimônio Rural em Afetação – PRA. O problema de pesquisa consiste em responder como compatibilizar a instituição do PRA sobre a pequena propriedade rural. A Lei 13.986/2020 foi idealizada como um marco legislativo que traria benefícios ao produtor rural, por meio da facilitação de crédito e redução das alíquotas de juros. Foi criado o PRA como uma nova espécie de garantia para fomentar as operações de crédito, porém os produtores rurais com áreas de até 4 módulos fiscais não foram contemplados com a utilização desse instrumento. O objetivo geral da pesquisa é investigar em que medida a instituição de PRA sobre imóveis com área de até 4 módulos fiscais continua proporcionando segurança jurídica ao credor. O método de investigação é dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Os resultados apontam que a vedação da instituição do PRA sobre pequenas propriedades rurais busca garantir segurança jurídica ao credor para não ser surpreendido com eventual declaração de impenhorabilidade, obstaculizando a expropriação do imóvel em caso de inadimplemento. Ocorre que a impenhorabilidade deve ser considerada não apenas em razão do tamanho da área, mas também avaliar o regime de exploração do imóvel.

**Palavras-chave:** Patrimônio Rural em Afetação; Pequena Propriedade Rural; Lei do Agro.

## ABSTRACT

The theme of the research is Rural Heritage in Affectation - PRA. The research problem consists of answering how to make the institution of the PRA compatible with small rural properties. Law no. 13,986/2020 was designed as a legislative framework that would bring benefits to rural producers, through credit facilitation and reduction in interest rates. The PRA was created as a new type of guarantee to encourage credit operations, but rural producers with areas of up to 4 fiscal modules were not covered by the use of this instrument. The general objective of the research is to investigate to what extent the institution of PRA to properties with an area of up to 4 fiscal modules continues to provide legal security to the creditor. The research method is deductive and the technique is bibliographical research. The results indicate that the prohibition of the PRA institution on small rural properties seeks to guarantee legal security for the creditor so as not to be surprised by a possible declaration of unseizability, hindering the expropriation of the property in case of default. It turns out that unseizability must be considered not only due to the size of the area, but also evaluates the property's exploitation regime.

**Keywords:** Affected Rural Heritage; Small Rural Property; Agricultural Law.

\* Mestrando em Direito pelo PPGDAD da Universidade de Rio Verde (UNIRV). Advogado. Bolsista FAPEG.  
*henriquemedeirosadvogados@gmail.com*

\*\* Pós-Doutora em Direito Público pela Universidad de Las Palmas de Gran Canaria – Espanha. Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Professora Titular da Faculdade de Direito da UNIRV. Docente permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde (UNIRV). Procuradora do Município de Rio Verde-GO.  
*merida@unirv.edu.br*

\*\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde (UniRV). Ex-Assessor de Ministro Presidente do STF e de Ministra do STJ. Consultor Jurídico.  
*fabriciomuraro@uol.com.br*

Recebido em: 17-03-2024 | Aprovado em: 30-10-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CONCEITO DE PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO; 2 PRA: REQUISITOS PARA A INSTITUIÇÃO E AS VEDAÇÕES LEGAIS; 3 (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO SOBRE PEQUENAS PROPRIEDADES RURAIS COM/SEM FUNDAMENTO NA IMPE-  
NHABILIDADE; CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

A exploração de atividades no setor agropecuário demanda volume financeiro significativo, seja para custear a produção ou para realizar investimentos necessários à exploração rural, o que leva o produtor a acessar financiamentos públicos e/ou privados, seja diretamente perante as instituições financeiras e cooperativas de crédito, seja por meio de linhas de crédito para aquisição de insumos fornecidas por empresas privadas que operam no setor.

Durante o caos gerado pela pandemia do Coronavírus, visando aquecer a economia, a Câmara Federal dos Deputados votou e converteu a Medida Provisória n. 897/2019 na Lei n. 13.986/2020, que ficou popularmente conhecida como Lei do Agro.

A referida legislação foi idealizada como sendo um marco legislativo que traria benefícios ao produtor rural, pois ao criar o Fundo Garantidor Solidário, a Cédula Imobiliária Rural – CIR, ao fazer alterações na Lei da Cédula de Produto Rural – CPR e criar o Patrimônio Rural em Afetação – PRA, uma nova modalidade de garantia real, proporcionaria maior segurança jurídica ao credor, concedente de empréstimos e/ou financiamentos, por consequência, facilitaria aos produtores rurais o acesso ao crédito com possíveis reduções nas taxas de juros e procedimentos de contratações mais ágeis.

Dentre as modificações e novidades trazidas pela referida legislação, sobressai o instituto denominado Patrimônio Rural em Afetação, que garante ao credor maior segurança na certeza de recebimento do empréstimo/financiamento, pois se trata de uma garantia real prestada a quem financia o setor agropecuário e simultaneamente, diminui o custo dos financiamentos, contribuindo para continuidade das atividades do setor agropecuário.

Esta nova modalidade de garantia, possibilita ao proprietário de um determinado imóvel rural sua divisão em frações, permitindo a utilização de partes diferentes de um mesmo imóvel rural para garantir credores diversos, por consequência, amplia o acesso ao crédito privado, vez que está atrelado, exclusivamente, à emissão de Cédulas de Produto Rural - CPR e a nova Cédula Imobiliária Rural - CIR.

Apesar de ter sua criação justificada pelo fomento das operações de crédito e redução da taxa de juros gerada pela segurança jurídica propiciada ao credor, sua instituição é vedada sobre imóveis rurais de até 4 (quatro) módulos fiscais e, portanto, excluiu importante parcela de produtores rurais brasileiros.

De acordo com dados do Censo Agro 2017, 77% dos estabelecimentos agropecuários brasileiros são classificados como de agricultura familiar (estabelecimentos de até 4 módulos fiscais), nestes estabelecimentos são produzidos o equivalente a 23% de toda a produção

agropecuária<sup>1</sup>. Esses pequenos produtores rurais são responsáveis por parcela significativa da produção agropecuária nacional, mas, ainda assim, pelo fato de seus imóveis rurais ter área de superfície de no máximo 4 (quatro) módulos fiscais<sup>2</sup>, não podem ser utilizados para instituição do patrimônio em afetação como garantia na tomada de crédito privado, seja pela emissão de CPR ou de CIR.

O intuito da legislação, ao vedar a instituição do Patrimônio Rural em Afetação sobre pequenos imóveis rurais, era dar segurança jurídica ao credor, evitando possíveis alegações de que o imóvel rural é impenhorável, o que afastaria a possibilidade de expropriação da garantia em caso de inadimplemento. No entanto, para que haja o reconhecimento da impenhorabilidade do pequeno imóvel rural não basta apenas a comprovação de que a área é menor que 4 módulos fiscais, exige-se, cumulativamente, que o imóvel além de pequeno, seja explorado pelo produtor rural e por sua família atendendo sua subsistência.

O presente artigo tem por objetivo investigar em que medida a instituição de Patrimônio Rural em Afetação sobre imóveis rurais com área total de até 4 (quatro) módulos fiscais, continuaria proporcionando segurança jurídica ao credor, capaz de autorizar sua instituição, justificando uma alteração legislativa adequada para alcançar maior número de produtores.

O trabalho está dividido da seguinte forma: (i) em primeiro momento, analisaremos os aspectos gerais do Patrimônio Rural em Afetação criado pela Lei n. 13.986/2020; (ii) na sequência, estudaremos os requisitos para criação e as vedações na instituição do Patrimônio Rural em Afetação; (iii) por fim, analisaremos a compatibilidade da instituição do Patrimônio Rural em Afetação sobre imóveis rurais com áreas de até 4 (quatro) módulos fiscais. Ao final, apresentaremos as conclusões.

Para tanto, utilizamos do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de estudos da legislação, da doutrina e de artigos acadêmicos sobre o assunto, os quais possibilitaram a leitura, reflexão e conhecimento, de modo a sistematizar as informações relevantes sobre o objeto de estudo.

## 1. CONCEITO DE PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO

A teoria da afetação tem origem no final do século XIX com a intenção de quebrar a doutrina da unicidade patrimonial e permitir a criação de patrimônios especiais, separados do patrimônio comum, para cumprir destinação específica.

Segundo Rocha<sup>3</sup>, o patrimônio é uma universalidade de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, com expressão pecuniária, pertencente à pessoa natural ou jurídica. É único

<sup>1</sup> IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário: resultados definitivos 2017*. 2017. Disponível em:

<https://censoagro2017.ibge.gov.br/resultados-censo-agro-2017/resultados-definitivos.html> Acesso em: 20 jan. 2024.

<sup>2</sup> Módulo fiscal é uma unidade de medida, em hectares, cujo valor é fixado pelo INCRA. A dimensão de um módulo fiscal varia de acordo com o município onde está localizada a propriedade.

<sup>3</sup> ROCHA, Mauro Antônio. *O regime da afetação na incorporação imobiliária*. 2006. Disponível em: <https://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria>. Acesso em: 20 jan. 2024.

e permanece ligado à pessoa por toda a sua existência, independentemente da variação ou mutação desses direitos. Do conceito da unicidade patrimonial é que decorre o princípio da garantia, pelo qual o credor tem no patrimônio do devedor a garantia de seu crédito, o que lhe permite penhorar e levar à praça bens adquiridos a qualquer tempo, suficientes para a satisfação de seu interesse.

A universalidade e a unidade do patrimônio não impedem, entretanto, que bens e direitos individualmente considerados, sejam alienados ou afetados para finalidades determinadas. Pelo princípio da afetação uma parcela dos bens e direitos permanecerá segregada no patrimônio comum da pessoa para atender a um fim específico, de garantia, transferência ou de utilização.

Para Chalhub<sup>4</sup>, p. 65, a teoria da afetação admite a segregação patrimonial de acordo com certos encargos que se impõem a bens determinados, os quais passariam a ter uma destinação específica. Portanto, na afetação patrimonial tem-se a existência de massas patrimoniais distintas, constituídas com a precípua finalidade de se alcançar determinados fins jurídicos e econômicos.

A afetação não importa em disposição, destaque ou saída daquela parcela de bens e direitos do patrimônio geral e, sim, em indisponibilidade, eivando de nulidade o ato de alienação e assegurando ao beneficiário o direito de seqüela, caso transferida total ou parcialmente para o patrimônio de outrem.

No direito imobiliário, o regime do patrimônio de afetação é um instituto já bastante conhecido e utilizado. Encontra disciplina na Lei n. 4.591/64<sup>5</sup>, à luz da alteração que lhe provocou a Lei n. 10.931/2004, e foi concebido com o objetivo principal de assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes, de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, no caso de quebra do incorporador.

Decorre do principal, o objetivo de conferir segurança e confiança ao mercado imobiliário. Outros objetivos secundários, como o controle centralizado dos recursos financeiros destinados à incorporação, a manutenção de contabilidade separada, a fiscalização das obras e do patrimônio de afetação, direta ou indiretamente já estavam contemplados na lei das incorporações.

A figura do Patrimônio Rural em Afetação foi instituída na legislação brasileira com a conversão da Medida Provisória n. 897/2019 na Lei n. 13.986/2020, como uma nova modalidade de garantia real. A novidade legislativa insere-se em um conjunto de normas criadas com o objetivo de fomentar o agronegócio, sobretudo com fito de conferir maior segurança às instituições financeiras e empresas atuantes no setor que trabalham com a concessão de crédito aos produtores rurais, de consequência, aumentando e facilitando o acesso a recursos financeiros a taxas mais atrativas e procedimentos de liberação do crédito mais ágeis.

<sup>4</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>5</sup> Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) § 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

O Patrimônio Rural em Afetação de que trata a Lei 13.986/2020, de acordo com Calcini<sup>6</sup>, p 89, foi criado como uma forma de estabelecer uma garantia quanto à emissão de Cédula de Produto Rural (CPR) ou operações financeiras por meio da Cédula Imobiliária Rural (CIR).

Conforme descrição do §1º do art. 7º do citado dispositivo legal<sup>7</sup>, no regime de afetação da lei, tanto o terreno, quanto as acessões e as benfeitorias nele fixadas, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes, constituirão patrimônio rural em afetação, destinado a prestar garantias por meio da emissão de Cédula de Produto Rural - CPR, ou em operações financeiras contratadas pelo proprietário, por meio de Cédula Imobiliária Rural - CIR.

A novidade aqui está no fato de, ao proprietário rural, seja ele pessoa física ou jurídica, ser possível o direcionamento de determinado imóvel, no todo ou em parte, a garantir o pagamento de determinada dívida, por meio da afetação do seu patrimônio. O proprietário rural passa a poder fracionar seu patrimônio para oferece-lo em garantia em diversas operações e para diferentes credores, o que auxilia a obtenção de crédito por poder fornecer garantia direta ao credor sem concorrência com terceiros como acontecia nas garantias hipotecárias.

O Patrimônio Rural em Afetação surge como ferramenta de fomento para o mercado de crédito privado e estrangeiro no agronegócio, buscando simplificar e ampliar o acesso a recursos financeiros aos proprietários de imóveis rurais, mas para que isso fosse colocado em prática seria necessário aumentar a segurança jurídica dessas operações com a criação de garantias mais robustas e menos burocráticas<sup>8</sup>, p. 508.

Esta afetação segrega e vincula o imóvel, exclusivamente à uma operação de crédito cuja indicação consta em seu próprio instrumento contratual, impedindo que o bem se comunique com o patrimônio geral do produtor rural, ou mesmo com os demais patrimônios de afetação eventualmente instrumentalizados sobre partes do mesmo imóvel e que se destinam a outras operações de financiamento.

O novo instituto, nos termos da Lei n. 13.986/2020, é exceção ao princípio da indivisibilidade aplicável às garantias reais típicas, já que possibilita a fragmentação das matrículas das propriedades rurais, gravando apenas parte do bem, como forma de viabilizar o fomento da garantia real<sup>9</sup>, p. 95.

Essa nova modalidade de garantia foi criada com vistas a conferir maior segurança aquele que concede o crédito, uma vez que este passa a ter certeza de qual patrimônio se apropriará em caso de inadimplência do produtor rural, pois a garantia não se comunica com o patrimônio próprio do produtor rural e não pode ser acessado para pagamento de outras

<sup>6</sup> CALCINI, Fábio Pallaretti. Lei do agro, patrimônio de afetação e efeitos fiscais. In: CALCINI, Fábio Pallaretti. Tributação no Agronegócio: algumas reflexões. Londrina: Thoth, 2023, p 88-95.

<sup>7</sup> Art. 7º O proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, poderá submeter seu imóvel rural ou fração dele ao regime de afetação. § 1º No regime de afetação de que trata o caput deste artigo, o terreno, as acessões e as benfeitorias nele fixadas, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes, constituirão patrimônio rural em afetação, destinado a prestar garantias por meio da emissão de Cédula de Produto Rural (CPR), de que trata a Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, ou em operações financeiras contratadas pelo proprietário por meio de Cédula Imobiliária Rural (CIR).

<sup>8</sup> REIS, Marcus. *Crédito Rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>9</sup> SOARES, Daniela Oliveira; RODRIGUES, Rafael Molinari. Patrimônio rural em afetação: uma análise da sua natureza e regime jurídicos após as alterações da Lei n. 14.421/2022. In: QUERUBINI, Albenir; PARRA, Rafaela; CICILATO, Rodolfo; *Direito agrário como instrumento de desenvolvimento do agronegócio brasileiro*. 1. ed., Londrina: ESG LAW asa do Direito, 2023, p. 89-134.

dividas, ou seja, o imóvel rural afetado fica afastado dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação, há uma blindagem que confere maior certeza de recebimento do crédito.

## 2. PRA: REQUISITOS PARA A INSTITUIÇÃO E AS VEDAÇÕES LEGAIS

A instituição do Patrimônio Rural em Afetação como garantia é um direito subjetivo exclusivo do proprietário do imóvel rural. Segundo Pereira<sup>10</sup>, p. 8, submeter o imóvel rural ao regime jurídico de Patrimônio de Afetação é direito reservado exclusivamente ao seu proprietário, seja ele pessoa física ou jurídica, nos termos descritos no artigo 7º da Lei n. 13.986/2020.

A instituição de tal instrumento somente poderá ser efetivada se configurados certos requisitos exigidos pela lei, e observadas as vedações legais. Ao optar pela instituição da referida garantia sobre seu imóvel rural, o proprietário rural deverá solicitar o registro da afetação, ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde está registrado o imóvel, apresentando os documentos necessários.

Salienta-se que tal solicitação não possui uma forma específica na legislação, basta que o proprietário do imóvel rural se dirija ao cartório e faça o requerimento, não se fazendo necessário nenhum documento com efeito de escritura. O oficial de registro atuará e protocolará o pedido<sup>11</sup>, p. 43.

Os documentos a serem apresentados, na forma da Lei, são aqueles necessários à comprovação da regularidade do imóvel sobre o qual se pretende gravar a afetação, portanto, deverão ser apresentados: (i) a inscrição do imóvel no Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR); (ii) prova do domínio do requerente e da inexistência de ônus de qualquer espécie sobre o patrimônio do requerente e sobre o imóvel rural; (iii) comprovação da inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural (CAR); (iv) prova da regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária do solicitante e da certificação, perante o Sistema de Gestão Fundiária (Sigef) do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra); (v) do georreferenciamento do imóvel do qual a totalidade ou a fração está sendo constituída como patrimônio rural em afetação.

Além disto, devem ser comprovados quaisquer atos que modifiquem ou limitem a propriedade do imóvel, bem como ser apresentado o memorial de que constem os nomes dos ocupantes e confrontantes com a indicação das respectivas residências.

A planta do imóvel, obtida a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a Anotação de Responsabilidade Técnica, deverá conter as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para a certificação do imóvel perante o Sigef/Incra.

<sup>10</sup> PEREIRA, Lutero de Paiva. *Patrimônio rural em afetação, cédula imobiliária rural*: Lei n. 13.986/2020. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2020.

<sup>11</sup> POLETTI, Claudinei Antônio. *A nova Lei do Agro. Comentários a lei n° 13.986/2020 nas questões do agronegócio*. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2022.

Por fim, necessárias as coordenadas dos vértices definidores dos limites do patrimônio afetado, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para certificação do imóvel perante o Sigef/Inkra.

Nota-se que a documentação necessária ao registro da afetação é vasta e específica<sup>12</sup>, em vista de que, após contraído o crédito, havendo o inadimplemento do débito, o procedimento para a consolidação da propriedade ao credor se dará de maneira automática.

Importante esclarecer que ao instituir a afetação, não há uma transmissão da propriedade para o credor, até porque, para o seu registro, não se faz necessário sequer a indicação do mesmo. Contudo, o procedimento adota a obrigatoriedade de apresentação de todas as informações e documentos necessários à efetivação da transmissão da propriedade, garantindo ao credor que em caso de inadimplemento a propriedade afetada em garantia estará livre e desimpedida para ser transferida.

A lei fez previsão expressa de algumas hipóteses<sup>13</sup> em que a instituição da afetação patrimonial do imóvel rural é vedada, ou seja, ainda que seja da vontade do proprietário rural a instituição da garantia, a norma jurídica traz impedimento, afastando a possibilidade de alguns proprietários rurais fazerem uso do instituto.

A primeira delas é a instituição da afetação em imóvel já gravado por hipoteca, por alienação fiduciária de coisa imóvel ou outro ônus real. Comenta Pereira<sup>14</sup>, que o imóvel que se pretende gravar a afetação deverá estar livre e desembaraçado de qualquer ônus (garantia real). Neste aspecto torna-se necessário frisar que penhor de safra agrícola registrado em imóvel rural não é empecilho para constituição de Patrimônio em Afetação, já que por sua própria natureza, o penhor atingirá apenas a coisa móvel, ou seja, a safra agrícola, e não bem imóvel.

Da mesma forma, a legislação vedou a instituição da afetação patrimonial sobre a pequena propriedade rural com área de até quatro módulos fiscais, e sobre áreas rurais de

<sup>12</sup> Art. 12. A solicitação de que trata o art. 11 desta Lei será instruída com: I - os documentos comprobatórios: a) da inscrição do imóvel no Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), do domínio do requerente e da inexistência de ônus de qualquer espécie sobre o patrimônio do requerente e o imóvel rural; b) da inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural (CAR), nos termos da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 ; c) da regularidade fiscal, trabalhista e previdenciária do requerente; e d) da certificação, perante o Sigef/Inkra, do georreferenciamento do imóvel em que está sendo constituído o patrimônio rural em afetação; (Redação dada pela Lei nº 14.421, de 2022) II - a prova de atos que modifiquem ou limitem a propriedade do imóvel; III - o memorial de que constem os nomes dos ocupantes e confrontantes com a indicação das respectivas residências; IV - a planta do imóvel, obtida a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a Anotação de Responsabilidade Técnica, que deverá conter as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para a certificação do imóvel perante o Sigef/Inkra; e V - as coordenadas dos vértices definidores dos limites do patrimônio afetado, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional adotada pelo Incra para certificação do imóvel perante o Sigef/Inkra.

<sup>13</sup> Art. 8º Fica vedada a constituição de patrimônio rural em afetação incidente sobre: I - o imóvel já gravado por hipoteca, por alienação fiduciária de coisa imóvel ou por outro ônus real, ou, ainda, que tenha registrada ou averbada em sua matrícula qualquer uma das informações de que trata o art. 54 da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015 ; II - a pequena propriedade rural de que trata a alínea “a” do inciso II do caput do art. 4º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 ; III - a área de tamanho inferior ao módulo rural ou à fração mínima de parcelamento, o que for menor, nos termos do art. 8º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 ; ou IV - o bem de família de que trata a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) , exceto na situação prevista no § 2º do art. 4º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990 .

<sup>14</sup> PEREIRA, Lutero de Paiva. *Patrimônio rural em afetação, cédula imobiliária rural: Lei n. 13.986/2020*. 1ª ed. Curitiba: Íthala, 2020, p. 27-34.

tamanho inferior ao módulo rural<sup>15</sup> ou à fração mínima de parcelamento<sup>16</sup>, o que for menor. Nesse ponto, a legislação visou resguardar a impenhorabilidade do pequeno imóvel rural e, ainda, evitar o fracionamento de imóveis rurais em áreas inferiores ao limite de parcelamento.

Outro entrave à instituição do Patrimônio Rural em Afetação é a condição da propriedade revestir-se como bem de família retratado no Código Civil Brasileiro, excetuada a situação prevista no § 2º do art. 4º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, ou seja, quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Nota-se que as hipóteses de impedimento ao registro de Patrimônio Rural em Afetação caminham todas no sentido de dar segurança ao credor e foram inseridas no texto legal para garantir que o imóvel gravado esteja livre de qualquer ônus e que sobre ele não recaia hipótese de declaração de impenhorabilidade, proporcionando ao credor que seu crédito seja recebido pacificamente, de maneira ágil, sem qualquer objeção questionável perante o Judiciário, tanto por outros credores que busquem o recebimento de seus créditos, quando pelo proprietário instituidor da afetação que vise afastar a garantia alegando impenhorabilidade para manter a propriedade em seu patrimônio.

Acontece que para que haja a declaração de impenhorabilidade do pequeno imóvel rural, faz-se necessário que além da comprovação do tamanho da área do imóvel, menor que 4 módulos fiscais, também fique comprovado que o pequeno imóvel rural sofra exploração pelo proprietário e sua família, extraindo-se dele sua subsistência<sup>17</sup>, ou seja, o tamanho da área por si só não atrai a impenhorabilidade do imóvel rural.

Nos casos de pequenos imóveis rurais, o critério de exclusão em relação apenas ao tamanho da área, de maneira isolada, não traz insegurança ao credor que, em caso de inadimplemento, que poderá realizar os atos necessários à transferência do patrimônio afetado para sua titularidade sem qualquer surpresa.

### **3. (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO RURAL EM AFETAÇÃO SOBRE PEQUENAS PROPRIEDADES RURAIS COM/SEM FUNDAMENTO NA IMPENHORABILIDADE**

A Lei 13.986/2020 ao estipular vedações à instituição do Patrimônio Rural em Afetação sobre a pequena propriedade rural, busca garantir que o imóvel rural afetado esteja livre de quaisquer ônus, restrições, questionamentos jurídicos, que possam obstar o recebimento do crédito, mais uma vez demonstrando a preocupação em garantir que o credor não tenha surpresas indesejadas caso seja necessário realizar a expropriação da garantia e transferir o imóvel para sua titularidade.

<sup>15</sup> Módulo Rural, nos termos do art. 4º, incisos III e II, da Lei n.4504/64, é a área rural fixada afim de atender às necessidades de uma propriedade familiar, um imóvel que possa ser diretamente explorado por uma família para lhes garantir a subsistência e viabilizar sua progressão socioeconômica.

<sup>16</sup> Fração mínima de parcelamento corresponde a menor área, em hectares, em que um imóvel rural pode ser desmembrado ou dividido para a constituição de novo imóvel rural. O tamanho é variável de acordo com cada região (Instrução Especial INCRA nº 5, de 29 de julho de 2022).

<sup>17</sup> Art. 833. São impenhoráveis: (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

Tamanha a preocupação que a legislação fez previsão expressa<sup>18</sup> de que o imóvel rural, enquanto afetado, não poderá ser objeto de disposição onerosa ou gratuita, não poderá garantir outra obrigação estranha àquela a qual esteja vinculado, é impenhorável e não poderá ser objeto de restrição judicial, não será atingido pelos efeitos da legislação falimentar, não integra a massa concursal, ressalvando somente a possibilidade de afastamento da afetação para garantir o cumprimento de obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário rural.

O patrimônio rural afetado como um todo, ou sua fração, é incomunicável após ser vinculado à Cédula Imobiliária Rural - CIR ou Cédula de Produto Rural – CPR, a fim de garantir maior proteção aos credores, dando-lhes uma garantia de nível maior e de custos menores aos tomadores<sup>19, p. 66-67</sup>.

Essa maior proteção aos credores confere segurança jurídica no financiamento da atividade rural e, por consequência, proporciona maior estoque de recursos privados para financiamento da produção agropecuária brasileira.

A CPR, um dos títulos que podem ser garantidos pelo PRA, tem-se transformado em um dos principais instrumentos de financiamento privado no agronegócio. Um atrativo ao produtor rural para essa utilização se dá pelo fato de que os agropecuaristas tem costume de equacionar suas finanças de acordo com seu tipo de produção, ao invés de fazerem cálculos em unidades monetárias, tem predileção pelo cálculo em unidades de produção (sacas de soja, sacas de milho, arrobas de boi, etc.). Ao produtor rural, assumir uma obrigação de entregar tantas sacas de produto parece muito mais próxima, palpável e muito menos arriscada, do que assumir uma obrigação pecuniária<sup>20</sup>.

De acordo com dados do Ministério da Agricultura e Pecuária<sup>21</sup>, nos últimos doze meses o estoque de recursos privados utilizados para financiamento do agronegócio teve aumento significativo. A informação faz parte do relatório mensal feito pelo Mapa, com base em

<sup>18</sup> Art. 10. Os bens e os direitos integrantes do patrimônio rural em afetação não se comunicam com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do proprietário ou de outros patrimônios rurais em afetação por ele constituídos, nas seguintes condições: I - desde que vinculado o patrimônio rural em afetação a CIR ou a CPR; II - na medida das garantias expressas na CIR ou na CPR a ele vinculadas. § 1º Nenhuma garantia real, exceto por emissão de CIR ou de CPR, poderá ser constituída sobre o patrimônio rural em afetação. § 2º O imóvel rural, enquanto estiver sujeito ao regime de afetação de que trata esta Lei, ainda que de modo parcial, não poderá ser objeto de compra e venda, doação, parcelamento ou qualquer outro ato translativo de propriedade por iniciativa do proprietário. § 3º O patrimônio rural em afetação, ou parte dele, na medida da garantia vinculada a CIR ou a CPR: I - não poderá ser utilizado para realizar ou garantir o cumprimento de qualquer outra obrigação assumida pelo proprietário estranha àquela a qual esteja vinculado; e II - é impenhorável e não poderá ser objeto de restrição judicial. § 4º O patrimônio rural em afetação ou a fração destes vinculados a CIR ou a CPR, incluídos o terreno, as acessões e as benfeitorias fixadas no terreno, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes: I - não são atingidos pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário de imóvel rural; e II - não integram a massa concursal. § 5º O disposto neste artigo não se aplica às obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário rural.

<sup>19</sup> POLETTI, Claudinei Antônio. *A nova Lei do Agro. Comentários a lei n° 13.986/2020 nas questões do agronegócio*. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2022.

<sup>20</sup> WALD, Arnaldo. Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 237-251, 1997.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. Boletim do Agro: finanças privadas. maio 2023. Disponível em: file:///C:/Users/Henrique%20Medeiros/Downloads/Boletim%20-%20Finan%C3%A7as%20Privadas%20-%20Maio%202023.pdf. Acesso em: 21 jan. 2024.

informações obtidas junto às entidades registradoras dos ativos financeiros, como a Bolsa de Valores do Brasil, a B3, e órgãos como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil. De acordo com o boletim mensal, a Cédula do Produto Rural - CPR, um dos títulos que pode utilizar o Patrimônio Rural em Afetação como forma de garantia, cresceu 153% no ano de 2023 em relação ao ano de 2021, passando de R\$ 179,92 bilhões em dezembro de 2021 para R\$ 298,12 bilhões no mesmo período do ano de 2023, já em relação ao ano de 2022 cresceu 30%, passando de R\$ 229,42 bilhões em dezembro de 2022 para R\$ 298,12 bilhões no mesmo período do ano de 2023.

O sistema de financiamento agropecuário brasileiro era, na origem, eminentemente público. No entanto, por motivos diversos e de forma crescente, a iniciativa privada tem assumido papel de destaque na oferta de financiamento para custeio, armazenagem, comercialização, industrialização e investimentos na atividade agroindustrial<sup>22</sup>.

O sistema privado de financiamento do agronegócio atrai os produtores pela agilidade na liberação do crédito, além disso, diferente do sistema de crédito rural, o sistema privado não carece da elaboração do projeto técnico de investimento com demonstração de capacidade de execução e de pagamento, cronogramas de liberação e reembolso dos recursos, projeto este que é elaborado por agentes credenciados que cobram percentuais para confecção, o que acaba por onerar o custo da operação.

Esse aumento pode ser justificado, em boa parte, pela regulação específica para operações de crédito no setor do agronegócio, como é o caso da Lei n. 13.986/2020 que traz ferramentas que garantem agilidade e segurança na contratação do financiamento, como por exemplo a instituição de garantia por meio do Patrimônio Rural em Afetação para garantir os financiamentos lastreados em Cédula Imobiliária Rural e na Cédula de Produto Rural.

Acontece que, nos moldes em que a Lei n. 13.986/2020 foi publicada, apenas médios e grandes proprietários rurais podem se beneficiar da instituição do Patrimônio Rural em Afetação como instrumento de garantia na concessão de financiamentos privados, pois a legislação proíbe expressamente a instituição sobre propriedades rurais menores que quatro módulos fiscais. Tais propriedades rurais, quando comprovadamente trabalhadas pela família para própria subsistência são impenhoráveis, ou seja, inviabilizaria ou tornaria discutível judicialmente a expropriação da garantia, mesmo quando ofertadas livremente pelo proprietário.

Autorizar a instituição de Patrimônio Rural em afetação sobre imóveis rurais que possam ser declarados impenhoráveis, não atenderia a intenção legislativa de criar uma ferramenta ágil e segura ao credor que em não recebendo seu crédito, com garantia do patrimônio de afetação, poderá, independentemente de qualquer ato atinente à notificação ou cobrança judicial do débito, solicitar ao Cartório de Registro de Imóveis a transferência do patrimônio para sua titularidade sem obstáculos ou questionamentos judiciais.

O instituto visa dar garantia plena ao credor, logo, não seria interessante que o credor seja impedido de satisfazer seu crédito enquanto não cessar eventual litígio a respeito da discussão sobre a impenhorabilidade do imóvel utilizado como garantia na operação. O Patrimônio Rural em Afetação nasceu como uma supergarantia ao credor.

<sup>22</sup> MERIDA, Carolina. Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro. *Cadernos de Dereito Actual*, Las Palmas de Gran Canaria, n. 13, p. 517-534, 2020.

Dessa forma, os pequenos produtores rurais, que exploram áreas de até 4 (quatro) módulos fiscais, permanecem limitados ao crédito rural. Apesar do volume crescente de recursos, a linha de crédito disponibilizada aos pequenos produtores da agricultura familiar (PRONAF) ainda é tímida em relação as linhas de crédito ofertadas para agropecuária empresarial. O Plano Safra 2023/2024, destinou um total aproximado de R\$ 436 bilhões, sendo que R\$ 71,6 bilhões de reais foram destinados à agricultura familiar ao passo que R\$ 364,2 bilhões para agropecuária empresarial<sup>23</sup>. O valor destinado aos pequenos proprietários rurais representa aproximadamente 16% do total do volume de recursos, quando esse grupo é responsável por 23% de toda a produção agropecuária.

Mesmo que se mantenha como importante instrumento de apoio ao produtor rural, o crédito rural não possui volume suficiente para atender à demanda do setor agropecuário. O Sistema Nacional de Crédito Rural não é a única fonte de financiamento agropecuária no Brasil. Outras fontes incluem recursos próprios dos produtores, empréstimos de familiares e financiamento de sementeiras, revendas, processadoras, fabricantes de insumos e bancos privados. Portanto, faz-se necessário promover ajustes nas estratégias e prioridades do crédito rural e nas fontes de financiamento, bem como no direcionamento e expansão dos mecanismos privados de financiamento<sup>24</sup>.

Apesar de a política agrícola promover a diversificação das fontes de financiamento agropecuário, ampliando a participação de recursos livres dos mercados financeiro e de capitais, com taxas de juros livremente fixadas, por meio dos títulos do agronegócio, a legislação que instituiu o Patrimônio Rural em Afetação, caminhou na contramão ao estabelecer critério restritivo para instituição da garantia.

O tamanho da propriedade rural, não é capaz, por si só, de justificar a exclusão legal de sua utilização como forma de garantia. A pequena propriedade rural, menor que 4 módulos fiscais, para que seja declarada impenhorável, além da sua dimensão física (até quatro módulos fiscais), deve também ficar comprovada que é explorada pelo produtor e sua família para subsistência própria, conforme orientação constitucional e previsão na legislação infraconstitucional<sup>25</sup>.

A impenhorabilidade alcança apenas aquelas áreas rurais que além de possuírem tamanho diminuto, são exploradas economicamente para a subsistência do proprietário e sua família, portanto, a finalidade da previsão legal é a proteção das famílias menos favorecidas que vivem do que produzem em suas pequenas propriedades rurais<sup>26</sup>, p. 151. Áreas rurais me-

<sup>23</sup> BRASIL. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. *Plano Safra 2023/2024*. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/plano-safra/2023-2024.../Downlo-ads/Boletim - FinanÇas Privadas - Maio 2023.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

<sup>24</sup> BASTOS FILHO, Guilherme Soria. Os desafios da política agrícola para 2022. *Revista de Política Agrícola*, Brasília, v. 30, n. 4, p. 3, 2021.

<sup>25</sup> Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; Código de Processo Civil: Art. 833. São impenhoráveis: (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

nores que quatro módulos fiscais, mas que não forem exploradas economicamente para subsistência do produtor e de sua família não se enquadram no critério legal para declaração de impenhorabilidade.

Não há incompatibilidade na instituição do Patrimônio Rural em Afetação sobre pequenos imóveis rurais, menores que 4 módulos fiscais, quando esses imóveis não são explorados economicamente para subsistência do proprietário e sua família<sup>27</sup>, p. 303. O critério objetivo (tamanho da área rural) isoladamente não garante a impenhorabilidade.

A restrição imposta aos pequenos produtores rurais à linhas de crédito de financiamento privado, com possibilidade de acesso a taxas de juros mais atrativas em razão da garantia ofertada e liberação de recursos em tempo menor em razão da desnecessidade de elaboração de projetos financeiros, acaba por reduzir o crescimento da produção agropecuária desse importante grupo de produtores, que carece de incentivos creditícios para dar continuidade em suas atividades produtivas.

O financiamento privado tem ganhado destaque no setor do agronegócio, os atores não bancários, as empresas de tecnologia em geral, de sementes e químicos, revendas de máquinas e equipamentos, bem como as grandes operadoras do mercado de grãos, cada dia mais passam a operar com aporte de significativas cifras, atraindo produtores rurais pelas taxas de juros, pela facilidade na liberação do recurso, pelo prazo mais alongado para reembolso dos valores, mas para que os pequenos produtores tenham acesso a esses financiamentos é preciso que a legislação se adeque.

O impedimento de instituição de patrimônio rural em afetação sobre áreas rurais menores que 4 quatro módulos fiscais, gera restrição indevida aos proprietários rurais que exploram suas áreas, apesar de pequenas, de maneira empresarial. A legislação da forma como posta, autoriza que apenas os médios e grandes proprietários rurais tenham aptidão para afetar seus imóveis e oferecê-los em garantia para terem acesso a essas linhas de crédito, possivelmente, vantajosas.

O setor privado tem aportado cada vez mais recursos no setor do agronegócio, pois recentes ferramentas criadas, como o Patrimônio Rural em afetação, proporcionam mais transparência, simplicidade e segurança à operação, garantindo que o credor possa recuperar o capital investido. Por conseguinte, os produtores rurais têm novas oportunidades e vantagens de acesso ao financiamento privado.

Possibilitar que proprietários de áreas rurais inferiores a 4 módulos fiscais, que não a explorem para subsistência própria, especificidade que não foi considerada pelo legislador, possam se utilizar do Patrimônio Rural em Afetação como garantia em operações de financiamento privado, proporcionaria mais diversidade de linhas de crédito ao pequeno produtor rural, caso contrário, somente médios e grandes proprietários, que muitas das vezes possuem recursos próprios e não dependem tanto do financiamento privado, poderão utilizar-se dessa espécie de garantia.

<sup>27</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

## ■ CONCLUSÃO

A Lei 13.986/2020, agora já conhecida como Lei do Agro, foi bem recebida pelo setor que viu nela um marco de modernização da política agrícola e uma nova perspectiva para os produtores rurais e cooperativas, sobremaneira com criação de instrumentos que geram maior segurança jurídica e, por consequência, facilita a concessão de financiamentos e a redução de custos.

Nesta esteira, nasceu o Patrimônio Rural em Afetação, como uma nova modalidade de garantia com vistas a conferir segurança jurídica, uma vez que o credor passa a ter certeza de qual patrimônio se apropriará em caso de inadimplência do produtor rural, pois o patrimônio afetado fica afastado dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação, há uma blindagem que confere maior certeza no recebimento do crédito.

Apesar de facilitar o acesso ao crédito, verificou-se que nem todos produtores rurais poderão fazer uso dessa modalidade de garantia, isso porque o Patrimônio Rural em Afetação não pode ser instituído sobre todo e qualquer imóvel rural, há vedações, das quais nos dedicamos àquela que restringe a instituição sobre o pequeno imóvel rural com área de até 4 módulos fiscais. A vedação buscou garantir que o credor não seja surpreendido com a declaração de impenhorabilidade do imóvel dado em garantia, o que acabaria por impedi-lo de satisfazer seu crédito enquanto não cessar eventual litígio que pode se arrastar por longos anos no Poder Judiciário.

A pesquisa demonstrou que a vedação à instituição da afetação sobre pequenos imóveis rurais, da forma como prevista originalmente no texto legal, não se justifica. Isso porque, para que seja reconhecida eventual impenhorabilidade do pequeno imóvel rural, além do tamanho da área, o proprietário deve comprovar que há efetiva exploração para subsistência própria e de sua família, ou seja, o tamanho da área por si só não caracteriza a propriedade rural como bem impenhorável.

A legislação apesar de recente, carece de aprimoramento, necessário para que sua finalidade inicial, simplificar e ampliar o acesso a recursos financeiros privados por parte dos proprietários de imóveis rurais e melhorar as condições de negociação nos financiamentos rurais, seja efetivamente aplicada a todos aqueles que, independentemente do tamanho de suas áreas, explorem atividade rural e colaboram para o crescimento das receitas desse país, incluindo-se a afetação de pequenas propriedades rurais que não sejam exploradas para subsistência familiar.

A pesquisa alcançou o objetivo e demonstrou que a legislação impôs restrição genérica, excluiu da possibilidade de instituição do Patrimônio Rural em Afetação aquelas áreas menores que 4 (quatro) módulos fiscais, sem considerar as condições de exploração dos imóveis rurais, pois imóveis rurais com tamanho inferior ao limite imposto, quando não explorados economicamente para subsistência do proprietário e de sua família, permanecem penhoráveis, por consequência, poderão ser regularmente expropriados garantindo igual segurança jurídica ao credor.

Apesar de carecer de aperfeiçoamentos, a Lei n. 13.986/2020 merece ser observada com bons olhos, pois, de modo geral, traz avanços necessários ao ordenamento jurídico que tendem a facilitar a formalização de operações e aumentar o acesso ao crédito privado por

parte do setor do agronegócio, podendo tais medidas ser um canal importante de financiamento para garantir bons resultados econômicos do país na exploração das atividades no setor do agronegócio.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. *Boletim do Agro: finanças privadas*. maio 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/Henrique%20Medeiros/Downloads/Boletim%20-%20Finan%3%A7as%20Privadas%20-%20Maio%202023.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. *Plano Safra 2023/2024*. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/plano-safra/2023-2024/..../Downloads/Boletim - Finan%7as Privadas - Maio 2023.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Lei do agro, patrimônio de afetação e efeitos fiscais. In: CALCINI, Fábio Pallaretti. *Tributação no Agronegócio: algumas reflexões*. Londrina: Thoth, 2023, p 88-95.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BASTOS FILHO, Guilherme Soria. Os desafios da política agrícola para 2022. *Revista de Política Agrícola*, Brasília, v. 30, n. 4, p. 3, 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário: resultados definitivos 2017*. 2017. Disponível em: <https://censoagro2017.ibge.gov.br/resultados-censo-agro-2017/resultados-definitivos.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

PEREIRA, Lutero de Paiva. *Patrimônio rural em afetação, cédula imobiliária rural: Lei n. 13.986/2020*. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2020.

POLETTI. Claudinei Antônio. *A nova Lei do Agro. Comentários a lei n° 13.986/2020 nas questões do agronegócio*. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2022.

MERIDA, Carolina. Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro. *Cadernos de Dereito Actual*, Las Palmas de Gran Canaria, n. 13, p. 517-534, 2020.

REIS, Marcus. *Crédito Rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROCHA, Mauro Antônio. *O regime da afetação na incorporação imobiliária*. 2006. Disponível em: <https://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria>. Acesso em: 20 jan. 2024.

SOARES, Daniela Oliveira; RODRIGUES, Rafael Molinari. Patrimônio rural em afetação: uma análise da sua natureza e regime jurídicos após as alterações da Lei n. 14.421/2022. In: QUE-RUBINI, Albenir; PARRA, Rafaela; CICILIATO, Rodolfo; *Direito agrário como instrumento de desenvolvimento do agronegócio brasileiro*. 1. ed., Londrina: ESG LAW asa do Direito, 2023, p. 89-134.

WALD, Arnoldo. Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 237-251, 1997.





# O CONCEITO DE EMPRESA NA SOCIEDADE DIGITALIZADA: REFERÊNCIA ÀS FINTECH'S

THE CONCEPT OF ENTERPRISE IN THE DIGITALIZED SOCIETY: REFERENCE TO FINTECH'S

FÁBIO DA SILVA VEIGA\*

## RESUMO<sup>1</sup>

O objetivo do trabalho é apresentar um conceito geral de empresa na sociedade digitalizada, demonstrando que a transcendência das empresas ao uso da tecnologia na oferta de bens e serviços é uma característica que assimila novos conceitos, mas do mesmo modo, está dependente de conceitos jurídicos clássicos na forma de regulação de empresas. Como exemplo desta transcendência no âmbito dos negócios, oferece-se uma introdução ao significado atual no mercado e na indústria financeira do termo «tecnologia financeira» (FinTech), sua origem e seu valor para mudar o sistema financeiro. Em continuidade, far-se-á a explanação dos fatores que impulsionam e os que travam o crescimento do fenómeno FinTech, comentando-se os estudos de alcance global mais recentes sobre a magnitude e significado dessa expansão, e seu impacto sobre os mercados financeiros e o comportamento dos consumidores das atividades bancárias tradicionais, realizando-se algumas considerações para o caso particular de Espanha, especialmente os possíveis modelos de [auto]regulação.

**Palavras-chave:** Empresa Digital; FinTech; Regulação; Transformação Tecnológica; Mercado Financeiro.

## ABSTRACT

The study aims to present a comprehensive conceptualization of enterprises within the digitalized society, demonstrating that corporations' transcendence beyond technological utilization in goods and services provisioning constitutes a characteristic that assimilates novel concepts while remaining intrinsically dependent on classical juridical frameworks for corporate regulation. As an illustrative example of this business domain transcendence, the research introduces the contemporary significance of the term "financial technology" (FinTech) within financial markets and industry, exploring its origins and transformative potential for the financial system. Subsequently, the study explicates the driving and constraining factors influencing FinTech phenomenon growth, critically examining recent global studies regarding the magnitude and implications of this expansion, alongside its impact on financial markets and consumer behaviors within traditional banking activities, with specific considerations for the Spanish context, particularly focusing on potential [self]regulatory models.

**Keywords:** Digital Enterprise; FinTech; Regulation; Technological Transformation; Financial Market.

\* Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona, Portugal. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha, onde recebeu o Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento. Investigador com bolsa DPE da Fundação CAPES/Ministério da Educação do Brasil na Universidad de Alcalá, Madrid, Espanha. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR -, Porto, Portugal.

*fabio.veiga@ulp.pt*

Recebido em: 06-12-2024 | Aprovado em: 06-12-2024<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Palavras-chave, *abstract* e *keywords* elaboradas pelos Editores.

<sup>2</sup> Artigo convidado. **Nota do autor:** o presente documento serviu de base para a comunicação no XI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais realizado no dia 10 de dezembro de 2021 na Escola de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, em Portugal, e foi publicado nas Atas do respectivo evento, sem direitos reservados e em caráter de ciência aberta. Portanto, a nova publicação está em consonância com as regras dos



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CONCEITO DE EMPRESA; 2 DIGITALIZAÇÃO DAS EMPRESAS; 2.1 CONCEITO DE FINTECH; 2.2 FINTECH'S COMO OPORTUNIDADES DE INCLUSÃO FINANCEIRA E SOCIAL; 2.3 A REGULAÇÃO DAS FINTECH'S; CONCLUSÕES; BIBLIOGRAFIA.**

### ■ INTRODUÇÃO

A quarta revolução industrial nasce impulsionada pelo novo quadro tecnológico inserido nas relações sociais<sup>3</sup>, e a partir disso, novos modelos de desenvolvimento e inovação impactam o âmbito empresarial<sup>4</sup>.

Alguns exemplos desta revolução tecnológica na esfera empresarial são demonstrados pelas denominadas *big techs*, como o *Facebook*, *Google*, *Amazon*, *Microsoft*, entre tantas outras empresas do setor. Portanto, não há dúvidas de que nos encontramos perante um novo paradigma empresarial de âmbito global, marcado, especialmente, pela tecnologia no ambiente de mercado.

A aceleração da digitalização explica as novas formas de fazer negócios e de constituir empresas, por este motivo, essa realidade perpassa o campo jurídico atingindo as instituições clássicas do Direito Comercial<sup>5</sup>, como a regulação e constituição de sociedades comerciais.

Pretende-se, portanto, ligar os conceitos de empresas que atuam no campo das tecnologias disruptivas às referências clássicas de sociedades no âmbito jurídico, cujo objetivo será o de analisar o alcance da transcendência ou da natureza disruptiva como novo paradigma jurídico-empresarial. Irrumpem este cenário as denominadas *Fintech's* – Financeiras tecnológicas – que se utilizam de plataformas digitais e do método da economia colaborativa para impulsionarem novas formas de negócios.

Uma das questões a se refletir ainda, é se este novo paradigma económico-empresarial poderá colocar em risco os direitos económicos de carácter social que contam com uma extensa proteção constitucional. As ferramentas digitais inseridas no mercado económico devem proporcionar mecanismos suficientes *de preservação da dignidade e da liberdade do ser humano num contexto de desenvolvimento sustentável como valor comum e universal*, pois estão em jogo aspetos essenciais da eficiência económica e a salvaguarda de direitos constitucionais tradicionais no meio digital.

---

direitos autorais e em conformidade com a licença Creative Commons. As referências e conteúdos ainda estão em fase de produção, pelo que se salienta o carácter provisório de tal documento.

<sup>3</sup> Veja o maior expoente da matéria, SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Levoir: Lisboa, 2018.

<sup>4</sup> Segundo a literatura que comenta a quarta revolução industrial, esta se apoia em sete pilares fundamentais: big data e análise de dados; computação em nuvem; ciber segurança; robótica, internet das coisas; simulação e prototipagem; realidade aumentada; integração de processos; e Cultura. Cfr. MUÑOZ SASTRE, Daniel; SEBASTIÁN MORILLAS, Ana & NÚÑEZ CANSADO, Marian. La cultura corporativa: claves de la palanca para la verdadera transformación digital. *Revista Prisma Social*, [S. l.], n. 25, p. 439-463, abr. 2019.

<sup>5</sup> Uma das definições de Direito Comercial é aquela em que de forma simples e objetiva confere-o como “o Direito do mercado”.

## 1 CONCEITO DE EMPRESA

Antes de anotar-se o conceito de empresa, é importante conhecer o conceito de empresário, pois este é o agente transformador que atua no mercado económico e o qual utiliza-se da empresa (empreendimento, no sentido *lato* da palavra) para a sua livre atuação.

Empresário é a pessoa física ou jurídica que profissionalmente e em nome próprio exerce a atividade de organizar os meios precisos para a produção ou reprodução de bens e serviços para o mercado<sup>6</sup>.

De outro lado, o conceito de empresa está ligado ao empreendimento, a ação de empreender de maneira organizada, e na qual pode constituir-se de forma individual (pessoa física/pessoa singular) ou coletiva (em sociedade, pessoa jurídica). Por isso, diz-se que a empresa, isto é, a atividade organizada de determinado empreendimento, pode se organizar na forma de sociedade comercial, onde ficará vinculada às regras do direito societário, ou se organiza pelas diversas fórmulas jurídicas admitidas pela atividade económica. O Direito Comercial, substancialmente, regula várias formas de empresas, seja no formato individual (empresários individuais), bem como no formato coletivo (empresários sociais). Desse modo, na compreensão que admitimos, dir-se-á que o conceito de empresário está mais propenso às inovações do ambiente social e tecnológico do que o conceito de empresa, pois o empresário é o agente do mercado e a empresa o mecanismo de regulação<sup>7</sup>.

## 2 DIGITALIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A crescente digitalização e globalização dos recursos tecnológicos é considerada como um dos cenários mais propensos para o avanço das economias no contexto mundial. Os investimentos em tecnologia teriam como efeito lógico, um aumento da capacidade económica dos países. É certo, no entanto, que parte da doutrina não acreditava há algum tempo que a tecnologia, naquele momento, estivesse num patamar avançado de digitalização a ponto de haver um mercado digital global<sup>8</sup>.

Se algo demonstra a recente história da *sociedade da informação* é que as mudanças são vertiginosas e que quem consegue introduzir uma tecnologia avançada no processo económico se beneficia da regra «*the winner takes all*» (o ganhador fica com tudo), ou ao

---

<sup>6</sup> Conceito clássico adotado por SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Principios de Derecho Mercantil*. Tomo I, 24. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

<sup>7</sup> No presente estudo não há possibilidade de aprofundarmos o assunto. Sublinhamos, contudo, que o conceito de empresário é o substrato de compreensão do direito comercial espanhol.

<sup>8</sup> Echebarría negava, ainda em 2015, que havia um mercado digital global: “Es cierto que las cifras de usuarios con acceso a la red son abrumadoras, que el uso del comercio electrónico crece exponencialmente y que ya se puede decir que en la UE hay más empresas con página web que sin ellas. ¿Ya está aquí la sociedad digital global? ¿Hay un mercado digital global? No, ni mucho menos. [...] estamos consiguiendo quizás, es mejorar la comunicación entre las estructuras y operadores económicos estatales, pero no necesariamente superar las barreras y actuar como operadores globales, o al menos, de dimensión comunitaria” Cfr. ECHEBARRÍA SÁENZ, Marina. ¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital. *LA LEY mercantil*, [S. l.], n. 15, jun. 2015.

menos com a melhor parte<sup>9</sup>. O exponencial aumento da digitalização das empresas é visto em vários setores da economia. Debruçar-nos-emos nas empresas *FinTech's*.

## 2.1 CONCEITO DE FINTECH

Na área das finanças ou do sistema financeiro, a transformação digital especifica-se no conceito conhecido como «*FinTech*», termo composto pelas palavras inglesas *Finance* e *Technology*. Portanto, *FinTech* significa *tecnologias aplicadas às finanças, produtos, serviços e mercados financeiros*.

As *FinTech's* facilitam aos consumidores (utilizadores financeiros) produtos, instrumentos, contratos e serviços, tradicionalmente oferecidos pelo setor bancário de forma analógica - ou inclusive digital, mas com automação limitada de processos – de modo completamente virtual, sem mediação humana, através de aplicações, plataformas ou sistemas digitalizados.

Este império das TIC's (Tecnologia da Informação e Comunicação) substitui a intervenção de intermediários pessoais tanto na relação das entidades com consumidores (B2C), como no caso de relações entre empresas (B2B); inclusive permitindo a criação de novas relações diretas entre consumidores (C2C) antes impensáveis sem mediação bancária. Por isso, pode se afirmar que, para além de empregar tecnologia nas finanças, a *FinTech* se caracteriza por um novo modo de relacionar na contratação de serviços financeiros, mais cooperativo, colaborativo, democrático, [des]intermediado (inclusive, «desbancarizado» em alguns casos) e promotor da inclusão social financeira.

Nesse sentido, indaga-se quais os tipos de serviços financeiros se aplicam às *FinTech's*. Portanto, desde os mais clássicos vinculados à movimentação de dinheiro, como a abertura de contas e depósitos – hoje factível via pagamentos digitais, ou a realização de todo o tipo de transações monetárias e o pagamento em estabelecimentos comerciais, que começa a se digitalizar–, até a prestação de outras modalidades dos serviços de financiamento ou crédito que são mais especializados ou de uso menos generalizado.

---

<sup>9</sup> No seguimento final do estudo de ECHEBARRÍA SÁENZ, Marina. Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso amazon como ejemplo. *Revista de Estudios Europeos*, [S. l.], n. 78, p. 154-182, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://www.ree-uva.es/>. Acesso em: 01 fev. 2023. “¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital”, ob. cit., cap. final. O autor ainda reflete a capacidade de evolução dos novos paradigmas empresariais em decorrência da tecnologia no espaço europeu ao dizer o seguinte: «A Europa, historicamente, tem demonstrado a sua capacidade de evolução social cujo impacto foi crucial na história global. Exemplo disso foi o abandono da mentalidade medieval após a crise demográfica e de valores provocada pela peste negra, assim como pelo aparecimento do produtor com independência do senhor feudal. A história regista que a Europa lançou o comércio intercontinental e a aparição de novos Estados, e mais tarde concebeu o racionalismo e a investigação que refletiram na industrialização, aproveitando-se da ciência e da tecnologia. Agora, talvez, estamos perante uma nova encruzilhada, na qual podemos ser novamente atores de nosso destino e transmitir os nossos valores e nosso modelo a uma *sociedade digital*, ou ser singelamente um grande mercado destinatário de serviços controlados por atores globais, em maior medida externos. Há em jogo algo mais do que uma grande fatia do mercado económico, coloca-se em questionamento o modelo produtivo, social e democrático que se pretende conservar, e qual modelo de valores de direitos humanos teremos com a digitalização de nossa vida social e econômica».

Podemos citar entre estes serviços a adoção de posições derivativas nos mercados financeiros, a busca de financiamento coletivo para as «*start-ups*» através de plataformas de empreendimento, o acesso a uma grande diversidade de investimentos ou fórmulas de financiamento de produtos digitais inovadores (por exemplo, de liquidez na corrente de fornecimento ou *supply chain finance*<sup>10</sup>), o assessoramento financeiro *on-line* automatizado através do uso de *big data*, e o investimento e retirada de investimento em mercados de *criptomoedas*.

O que caracteriza a noção atual de *FinTech* não se refere unicamente o fato de prestar estes serviços utilizando as novas tecnologias. Trata-se sobretudo do desenvolvimento de novos serviços financeiros digitais ou a implementação de novos procedimentos (por exemplo, contratos inteligentes, inteligência artificial, conectores digitais, sistemas algorítmicos de distribuição e canalização de dados, etc.) para prestar os serviços bancários, nos mercados de capitais ou no mercado de seguro tradicionais com vantagens qualitativas evidentes, que transformam a própria natureza do serviço em muitos casos, graças ao emprego destas tecnologias.

Os próprios serviços financeiros vão evoluindo vertiginosamente neste novo meio, o que tornar-se-ão obsoletos os conceitos associados às *FinTech's* em poucos anos.

Nas últimas estatísticas do mapa que reúne as principais *start-ups FinTech* de Espanha elaborada pela *Finnovating*<sup>1112</sup>, contabilizava, em Espanha, no mês de maio de 2021, a quantia de 475 *FinTech*, enquanto em fevereiro 2017 havia 238 empresas, e em abril de 2016 o número era de 110. Tais factos demonstram um crescimento vertiginoso no número de empresas *FinTech* (pelo menos em Espanha) que oferecem um amplo leque de serviços financeiros de carácter disruptivos ou pelo menos como altamente inovadores nas relações entre o setor bancário e consumidores, assim como nas relações entre bancos e outros provedores de serviços digitalizados.

## 2.2 FINTECH'S COMO OPORTUNIDADES DE INCLUSÃO FINANCEIRA E SOCIAL

As *FinTech's* em uma fase mais avançada, representam uma expressiva oportunidade para a inclusão financeira como parte de uma inclusão mais ampla como é a inclusão social. Nesse sentido, as *FinTech's* podem contribuir para ampliar o acesso aos serviços financeiros de um público com baixo acesso a esses serviços, uma vez que o uso de *software* e aplicações em dispositivos móveis de baixo custo podem servir de alavanca ao apoio cultural, à integração social e ao desenvolvimento financeiro de grupos desfavorecidos em todos os continentes, especialmente na África e em regiões pobres da Ásia e da América Latina.

<sup>10</sup> O *supply chain finance* (na tradução literal: financiamento da cadeia de fornecimento), basicamente, é um conjunto de processos comerciais e financeiros baseados em tecnologia que reduzem os custos e melhoram a eficiência das partes envolvidas numa transação.

<sup>11</sup> A referência é de carácter informativo, elaborada por entidade privada gestora dos registos de informações oferecidas pelas próprias empresas *FinTechs* no sítio eletrónico da instituição. Disponível em: <https://www.finnovating.com/news/mapa-fintech-espana/> - acesso em fevereiro de 2023.

<sup>12</sup> Em comparação com Portugal, a mesma agência localizava 37 empresas *Fintech* em Portugal, referente ao mês de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.finnovating.com/news/fintech-map-portugal/> - acesso em fevereiro de 2023.

## 2.3 A REGULAÇÃO DAS FINTECH'S

Deve-se ter presente o papel dos reguladores no novo panorama competitivo entre bancos e *start-ups* de *FinTech*.

No modelo anglo-saxónico, as agências reguladoras do mercado financeiro (como a *Financial Conduct Authority* britânica) ou outras generalistas (como a *Australian Competition and Consumer Commission*) tentam reconduzir o negócio *FinTech* a *standards* de transparência equivalentes àqueles destinados à atividade bancária, em termos de justa concorrência e de níveis mais ou menos equitativos de desenvolvimento da concorrência dos respetivos setores, cumprindo de forma geral com as normas imperativas de direito.

Com o objetivo de melhorar a concorrência deste setor e com vistas a respeitar o quadro legal, associações privadas como a espanhola *Asociación de Fintech e Insurtech*<sup>13</sup>(AEFI) tentam promover ações neste âmbito<sup>14</sup>. No entanto, a resposta institucional específica dos reguladores em países de *civil law* é insuficiente no que se refere ao fenómeno *FinTech*. Entretanto, já é possível identificar nos reguladores de alguns países europeus (v.g. França, Alemanha e Espanha) comitês internos especializados, a exemplo dos gestores do *Portal Fintech de Innovación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CMMV), órgão regulador do mercado de capitais espanhol<sup>15</sup>. Com efeito, não há uma cultura de colaboração entre as associações de *FinTech* e o regulador comparável à existente nas jurisdições dos países de cultura *common law*, onde nestas há uma ligação mais próxima, inclusive de consultas do regulador com o setor das *FinTech's* para elaborar normas especiais e a emissão de modelos ou guias de conformidade à Lei (*full compliance*) dos agentes *FinTech*. No *common law* há espaços e sistemas de criação de autorregulação<sup>16</sup> setoriais não só na ausência de norma aplicável, senão a modo de orientação permanente de modelos de *compliance*<sup>17</sup>.

No ano de 2020, a Espanha deu passos importantíssimos na linha de atualização normativa dos mercados financeiros digitais, como a recente aprovação da Lei 7/2020, de 13 de novembro, para a transformação digital do sistema financeiro (também conhecida como *Ley Sandbox*). A denominada *Ley Sandbox* representa um importante avanço no marco regulatório da inovação financeira em Espanha. Os seus dispositivos legais têm a intenção de coordenar as necessidades de inovação e desenvolvimento do respetivo setor, com as

<sup>13</sup> A palavra “*Insurtech*” deriva das expressões anglo-saxónicas “*Insurance*”, que significa “seguro” adicionada ao termo “*Technology*”, que significa “tecnologia”. Basicamente, as *Insurtechs* são empresas altamente tecnológicas (habitualmente *start-ups*) que simplificam os processos burocráticos na contratação de seguros.

<sup>14</sup> A AEFI lançou o *libro blanco de la legislación*.

<sup>15</sup> Com a intenção de promover as iniciativas no âmbito *FinTech* na Espanha, desde o ano de 2016 a CNMV criou um ponto de contato denominado *Portal FinTech*, o qual tem dois objetivos: ajudar os promotores *FinTech* e a gestores de entidades financeiras sobre os aspectos normativos do mercado de valores que pudessem afetar a seus projetos; e criar um espaço informal de comunicação com eles sobre suas iniciativas neste âmbito, para prevenir possíveis incumprimentos em matéria de autorização de atividades. Disponível em: <http://www.cnmv.es/portal/Fintech/Innovacion.aspx> (acesso em fevereiro de 2023).

<sup>16</sup> O fenómeno da autorregulação supõe a observância de normas de conduta – princípios e padrões éticos cujo cumprimento foi previamente definido como objetivo a ser cumprido. Simultaneamente, constitui também a expressão do compromisso de responsabilidade social de um determinado setor do mercado.

<sup>17</sup> A título de exemplo, ACCC (2016), *Platform Operators in the Sharing Economy. A guide for complying with the competition and consumer law in Austrália*.

atividades de supervisão e proteção do cliente, através da criação de um espaço de testes controlado. A referida lei, procura, portanto, facilitar o acesso ao financiamento como motor da economia, garantindo que a transformação digital não afete o nível de proteção dos consumidores de serviços financeiros, a estabilidade financeira e a integridade dos mercados, evitando a utilização do sistema de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

## ■ CONCLUSÕES

### Primeira Conclusão

Os consumidores absorvem os serviços e produtos de *FinTech's* conforme vão confiando nas novas tecnologias, com relativa independência de quem lhes ofereça o serviço, sejam os bancos, entidades de pagamentos não bancária ou gestores *FinTech* alheios ao sistema financeiro. Para que todos concorram equitativamente, o legislador tem de fornecer um esquema orientador da conduta das *FinTech's* para o cumprimento das normas obrigatórias e para a produção de autorregulação compatíveis com o ordenamento jurídico.

Em Espanha, assim como na Europa continental, ainda falta muito caminho a percorrer para se estar à altura dos países anglo-saxónicos; a lacuna regulatória poderá travar o desenvolvimento de mercado das *FinTech's* e a confiança dos consumidores nestes serviços.

### Segunda conclusão

As *FinTech's* representam uma expressiva oportunidade para a inclusão financeira como parte de uma inclusão mais ampla como é a inclusão social.

Nesse sentido, as *FinTech's* podem contribuir para ampliar o acesso aos serviços financeiros de um público com baixo acesso a esses serviços, uma vez que o uso de *software* e aplicações em dispositivos móveis de baixo custo podem servir de alavanca ao apoio cultural, à integração social e ao desenvolvimento financeiro a grupos desfavorecidos em todos os continentes.

### Terceira conclusão

O direito comercial, cujo pilar fundamental se alicerça nas relações do mercado, deve se abrir à autorregulação das empresas tecnológicas, construindo, portanto, elementos jurídicos que possibilitem a dinamização da regulação de empresas como as *FinTech's*, em especial, em ambientes de provas regulatórias. O debate em torno da regulação do direito no âmbito da tecnologia é latente em todas as áreas jurídicas.

## BIBLIOGRAFIA

ECHEBARRÍA SÁENZ, Marina. ¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital. *LA LEY mercantil*, [S. l.], n. 15, jun. 2015.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Marina. Restricciones de acceso al mercado y plataformas digitales: el caso amazón como ejemplo. *Revista de Estudios Europeos*, [S. l.], n. 78, p. 154-182, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://www.ree-uva.es/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

MUÑOZ SASTRE, Daniel; SEBASTIÁN MORILLAS, Ana & NÚÑEZ CANSADO, Marian. La cultura corporativa: claves de la palanca para la verdadera transformación digital. *Revista Prisma Social*, [S. l.], n. 25, p. 439-463, abr. 2019.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Principios de Derecho Mercantil*. Tomo I, 24. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Levoir: Lisboa, 2018.



# ONE STEP BEHIND: PENSAR A TRANSMISSÃO DE PODER NAS SOCI- DADES POR QUOTAS FAMILIARES

ONE STEP BEHIND: THINKING ABOUT THE TRANSMISSION OF POWER IN  
FAMILY SHARE COMPANIES

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS\*

## RESUMO

É possível planear a transmissão de poder nas sociedades por quotas familiares. Essa será a melhor forma de entregar aos mais aptos a continuação dos negócios da sociedade, permitindo uma transição mais suave e evitando desnecessária destruição de valor. Alguns dos instrumentos disponíveis no Código das Sociedades Comerciais para essa transição surgem apresentados neste artigo.

**Palavras-chave:** Sociedades familiares/Transmissão de poder/Contrato de sociedade.

## ABSTRACT

It is possible to plan power transition in family companies. That may be the best way of choosing the most prepared to continue the business, and it will allow a softer transition in order to avoid unnecessary value destruction. This article focuses on some of the tools that Portuguese Company Law provides to achieve those goals.

**Keywords:** Family companies/Succession of the business/Articles of incorporation.

\* Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).  
Professor Associado com Agregação da FDUC.  
[soveralm@fd.uc.pt](mailto:soveralm@fd.uc.pt)

Recebido em: 06-12-2024 | Aprovado em: 06-12-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota do autor:** O presente texto foi escrito para servir de base à conferência que proferimos sobre o tema no Colóquio Internacional «Gestão do património familiar. Aspectos jurídicos internos e internacionais», que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 22 de novembro de 2019. Agradecemos às Senhoras Professoras Doutora Helena Mota e Doutora Rute Teixeira Pedro o honroso convite que nos dirigiram para intervir naquele Colóquio. Como se trata do texto usado para guiar as palavras então proferidas, as referências bibliográficas são em escasso número. Nos estudos para que se remete encontrará o/a leitor/a mais curioso/a a menção a outras obras. O texto é resultado da investigação realizada no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra no âmbito do Grupo “As PME: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade” e com o apoio da FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia – Projeto UID/DIR/04643/2013. Foi primeiro publicado



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CESSÃO DE QUOTAS E CONSENTIMENTO DA SOCIEDADE; 2 PARTILHA EM VIDA; 3 EXONERAÇÃO; 4 A GERÊNCIA; 5 PACTOS DE FAMÍLIA; BIBLIOGRAFIA.**

### ■ INTRODUÇÃO

Cabe-nos tratar de um tema que, de certa forma, podemos considerar simpático: o da passagem de poder em vida nas sociedades por quotas familiares<sup>2</sup>. Sobretudo, quando essa passagem de poder se dá a favor de membros da família. É, certamente, um tema mais simpático do que o da transmissão por morte da empresa familiar<sup>3</sup>.

O nosso é um tema simpático porque, geralmente, é de generosidade que estamos a falar. Saber dar o lugar aos mais novos ou aos mais aptos é também uma forma, muitas vezes, de querer o melhor para quem tem o nosso sangue. Mas também é de perspicácia que se trata, pois frequentemente há que escolher, entre vários, quem está preparado para tomar as rédeas do negócio.

Pode igualmente estar em causa a sobrevivência da sociedade. Ou, pelo menos, da sociedade enquanto empresa familiar. Acontece às vezes que a resistência em dar o passo atrás no momento certo provoca o desinteresse definitivo dos outros membros da família em relação à sociedade. Quando se quer dar-lhes a mão, pode ser demasiado tarde. Podem até já estar a trabalhar em empresas concorrentes e sem vontade de regressar.

Quando falamos na transmissão do poder nas sociedades por quotas podemos estar a pensar numa de duas coisas: na transmissão do poder enquanto sócio, por um lado, e na transmissão do poder enquanto gerente, por outro<sup>4</sup>. Primeiro, olharemos para algumas questões relacionadas com a transmissão de quotas entre vivos. Depois, ocupar-nos-emos de alguns problemas que a cessação de funções como gerente pode gerar<sup>5</sup>.

---

na RED-Revista Eletrónica de Direito da FDUP-CIJ (<https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2020-nordm-2/>). Agradecemos ao Doutor Marcelo Lauar Leite e à UFERSA o interesse em voltar a publicar este estudo.

<sup>2</sup> Para uma definição de sociedade familiar, v. o *Final Report of the Expert Group. Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*, de 2009.

<sup>3</sup> Não iremos tratar da transmissão do poder por morte na medida em que se trata de matéria que, no Colóquio que justificou este escrito, foi abordada de forma exemplar pela Senhora Professora Rita Lobo Xavier.

<sup>4</sup> Poder que é aqui entendido como a capacidade de influenciar a tomada de decisões na sociedade. Esse poder, nalguns casos, pertence a um único sócio ou gerente, que assim determina o sentido a seguir; noutros casos, só surge em conjunto com outros sócios ou gerentes.

<sup>5</sup> Apenas pretendemos tratar da transmissão de poder *no âmbito da família*. Sobre o interesse na entrada de novo sócio com *fresh money*, MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 41.

## 1 CESSÃO DE QUOTAS E CONSENTIMENTO DA SOCIEDADE

Quanto à transmissão do poder enquanto sócio, a cessão de quotas entre descendentes e ascendentes, entre cônjuges ou entre sócios não carece, em regra, de consentimento da sociedade (art. 228.º, 2, CSC).

Se, porém, tal consentimento é exigido pelo contrato de sociedade, ou o consentimento é dado, ou não é. E, neste último caso, pode não ser possível eliminar aquela exigência estatutária de consentimento, pois para isso seria necessário reunir pelo menos três quartos dos votos correspondentes ao capital social (art. 265.º CSC)<sup>6</sup>.

Se, porém, estamos perante uma quota que confere a maioria dos direitos de voto, é discutido se o próprio cedente pode ou não votar na deliberação sobre o pedido de consentimento<sup>7</sup>. Também por isso a introdução de cláusulas que limitem ainda mais a transmissão de quotas deve ser bem ponderada, pois pode acabar por dificultar demasiado a transmissão de poder.

Na redação do contrato de sociedade de uma sociedade por quotas familiar<sup>8</sup> pode ser útil pensar na eventual dispensa de consentimento da sociedade para cessões de quotas a favor de familiares na linha colateral<sup>9</sup>, p. 47. Será uma forma de facilitar a circulação de quotas entre ramos da família. O art. 228.º, 2, não dispensa o consentimento da sociedade relativamente à cessão a favor de familiares pela linha colateral, mas o art. 229.º, 2, permite dispensá-lo.

A cessão parcial de quota pode ser uma alternativa que o cedente veja com bons olhos. Dessa forma, não fica totalmente afastado da sociedade. No entanto, há que contar com a eventual necessidade de consentimento da sociedade para a divisão da quota (art. 221.º, 4, do CSC). Sendo certo que, em regra, na cessão entre cônjuges, descendentes ou ascendentes e entre sócios não será necessário o consentimento (art. 221.º, 5, do CSC).

A cessão da quota pode ser mais fácil de obter se o cedente mantém uma quota de valor mais reduzido, mas acompanhada de algum direito especial em que possa ter interesse. Essa pode ser uma alternativa para o sócio aceitar perder poder em resultado da cessão parcial da quota, mas ganhar mais dinheiro. É o que poderá suceder, por exemplo, com uma cláusula que lhe confira um direito especial aos lucros. Também pode interessar ao sócio que cede parte da quota passar a ter um direito de voto duplo (art. 250.º, 2) ou de impedir a alteração do contrato de sociedade ou, pelo menos, de impedir certas alterações (art. 265.º, 2).

<sup>6</sup> Quanto o contrato de sociedade é redigido, podem os sócios achar interessante e útil a necessidade de consentimento da sociedade para a cessão de quotas. Porém, uma vez confrontados com a recusa de consentimento para a cessão que planeavam realizar, podem querer que a sociedade elimine aquela exigência. Mas pode ser demasiado tarde, pois essa supressão constituirá uma alteração do contrato de sociedade e nem sempre se consegue formar a maioria necessária para essa alteração.

<sup>7</sup> Para um tratamento desenvolvido, MARTINS, Alexandre de Soveral. *Cessão de quotas*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 69 e s..

<sup>8</sup> Não vamos abordar as cláusulas de preferência porque apenas nos interessa tratar de mecanismos que facilitem a transmissão de poder. Uma cláusula de preferência dificultaria essa transmissão. Para quem pretenda obter uma análise aprofundada do regime das cláusulas de preferência na cessão de quotas, v. Alexandre de Soveral Martins, *Cessão de quotas*, cit., p. 103 e ss..

<sup>9</sup> MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

A cessão parcial de quota pode ainda ser mais fácil de conseguir se o cedente adquire um direito especial à gerência ou de designação de gerente (art. 252.º, 2). Com efeito, o sócio pode estar disposto a perder poder enquanto sócio, mas não quer perder poder enquanto gerente. Claro que a introdução de um direito especial após a constituição da sociedade exige particulares cautelas, mas não parece ser impossível<sup>10</sup>, p. 207 e s.

Outro aspeto que merece atenção é o que diz respeito ao condicionamento do consentimento para a cessão de quotas a requisitos específicos<sup>11</sup>, p. 60 e s. Tais requisitos podem ser objetivos ou subjetivos. Requisitos relacionados com a obtenção de qualificações ou formação pelos adquirentes podem ser um estímulo para que os descendentes procurem preencher aqueles requisitos, tornando assim mais fácil a transferência de poder. Os descendentes sabem que terão de preencher os requisitos para que o consentimento seja dado e, uma vez atingidos esses requisitos, o titular da quota ficará mais disponível para a transmissão. Em lugar de um ciclo vicioso, teremos um ciclo duplamente virtuoso.

Quando o sócio pretende ceder a quota por venda a filhos ou netos, o regime civil aplica-se. O art. 877.º, 1, do CCiv só permite essa venda se os outros filhos ou netos nela consentirem, sendo esse consentimento suscetível de suprimento judicial. Há ainda jurisprudência que faz uma interpretação extensiva da norma, abrindo a porta à sua aplicação, em certos casos, às vendas a favor de noras e genros<sup>12</sup>.

A doação de quota a um filho obriga a ponderar se aquela será efetuada por conta da legítima ou da quota disponível, sendo necessário ter em atenção os regimes de redução das liberalidades inoficiosas e da colação. A reserva de usufruto é possível e pode ser útil. Tanto mais que os termos em que o usufruto é constituído podem variar muito.

A sujeição de uma doação a encargo ou modo (art. 963.º do CCiv.) ou a condição (art. 967.º do CCiv) é igualmente digna de atenção<sup>13</sup>, p. 68.

Queremos deixar também uma nota acerca do *direito a prestações suplementares já realizadas*. Se o sócio realizou prestações suplementares a favor da sociedade, o art. 213.º estabelece que *a restituição deve ter lugar a favor dos sócios*. Se a quota é cedida, o adquirente da mesma é que seria o sócio quanto às restituições que se viessem a realizar. Pode, por isso, ser necessário *negociar o destino a dar às prestações suplementares realizadas pelo cedente que vierem a ser restituídas*. A própria cessão de quotas pode conter uma cláusula que mantenha no cedente a titularidade do crédito. Escrevia Raúl Ventura que tais acordos seriam eficazes perante a sociedade após notificação desta<sup>14</sup>, o que, a aceitar-se a solução, não deixará de ser interessante pela segurança que confere ao cedente e tornando eventualmente mais fácil alcançar acordos sobre a matéria.

<sup>10</sup> V., desenvolvidamente, ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de direito comercial*. v. II. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2019

<sup>11</sup> Para mais desenvolvimentos, v. MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>12</sup> V., sobre o tema, Acs. STJ de 15/05/1979, *BMJ*, 287.º, p. 275, de 25/03/1982, *BMJ* 315.º, p. 256, e de 10/07/1997, *CJ/STJ*, Ano V, Tomo II, pag. 163-164, e os Acs. TRL de 15/12/1993, *CJ*, Ano XVIII, Tomo V, págs. 157-158, e de 22/1/2004, www.dgsi, Proc. 9061/2003-2.

<sup>13</sup> Sobre isto, MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>14</sup> VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*. v. I, Coimbra: Almedina, 1993, p. 264.

## 2 PARTILHA EM VIDA

A partilha em vida está prevista no art. 2029.º do CCiv., cujo n.º 1 dispõe o seguinte: «Não é havido por sucessório o contrato pelo qual alguém faz doação entre vivos, com ou sem reserva de usufruto, de todos os seus bens ou de parte deles a algum ou alguns dos presumidos herdeiros legítimos, com o consentimento dos outros, e os donatários pagam ou se obrigam a pagar a estes o valor das partes que proporcionalmente lhes tocariam nos bens doados»<sup>15</sup>.

Pereira Coelho<sup>16, p. 33</sup> afirma que «parece que deve ser permitido ao pai fazer a partilha dos bens doados entre *todos* os seus presumidos herdeiros legítimos (ainda que o art. 2029.o, literalmente, só contemple a hipótese de a doação ser feita a *algum* ou *alguns*)».

Também aqui a utilidade desta alternativa é evidente. O titular de uma quota numa sociedade por quotas familiar pode por esta via enfrentar a necessidade de garantir que a quota fica para um certo herdeiro: aquele que mais garantias lhe dá de assegurar o futuro da sociedade.

## 3 EXONERAÇÃO

Uma forma de dar o passo atrás pode ser através da exoneração. Tudo deve começar, mais uma vez, pela redação do contrato de sociedade. O contrato de sociedade pode prever casos em que o sócio tem o direito de exoneração (art. 240.º, 1). Porém, não pode admitir a «exoneração pela vontade arbitrária do sócio» (n.º 8).

A previsão de certas causas de exoneração pode ser extremamente útil. Pense-se nos casos de separação ou divórcio do sócio, de alterações na sociedade (nomeadamente, quanto à divisão do poder), de mudança de residência, na idade ou na doença<sup>17</sup>.

A alteração do contrato de sociedade através da introdução de cláusula de exoneração também pode ser um incentivo para que o sócio saia dessa forma. Tanto mais que a contrapartida a pagar pode ser interessante. Mas isso implica, naturalmente, que a sociedade acautele a necessidade de ter de pagar essa mesma contrapartida e que a cláusula do contrato de sociedade preveja regimes de pagamentos adaptados às condições da sociedade. As regras contidas no contrato de sociedade podem ser pensadas tendo em conta vários critérios (antiguidade, percentagem, sorteio, temporal), que podem ser especialmente úteis quando vários sócios querem exonerar-se. E a política de constituição de reservas e de distribuição de lucros deve ter isto em consideração<sup>18</sup>.

O valor a pagar é, aliás, um dos temas mais melindrosos<sup>19</sup>. A partir daí muitos conflitos podem surgir. Sobretudo, se um dos lados entende que o valor é muito baixo ou muito alto.

<sup>15</sup> V., sobre o tema, MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.*: as sociedades por quotas familiares (uma introdução). 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, cit., p. 72 e s..

<sup>16</sup> COELHO, F. M. Pereira. *Direito das Sucessões*, Parte I. Coimbra: João Abrantes, 1974.

<sup>17</sup> V., sobre o tema, VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*. v. I, Coimbra: Almedina, 1993, p. 18 e s..

<sup>18</sup> V., p. Ex., JORDÁ GARCÍA, Rafael. Autocartera, pactos de salida y desinversión en la empresa familiar. *In*: Mercedes, p. 103.

<sup>19</sup> V., sobre isto, MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.*: as sociedades por quotas familiares (uma introdução). 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 57.

## 4 A GERÊNCIA

A transmissão de poder na sociedade por quotas familiar encontra algumas dificuldades quando olhamos para o regime aplicável à gerência. O art. 252.º, 4, dispõe que a gerência não é transmissível por ato entre vivos ou por morte, nem isolada, nem juntamente com a quota.

Julgamos que decorre do preceito que nem mesmo o direito especial à gerência pode ser transmitido, como também não pode ser prevista no contrato de sociedade a sua transmissibilidade com a quota<sup>20</sup>. E isto apesar de a redação do art. 24.º, 3, admitir estipulação que permita a transmissão de direitos especiais de natureza não patrimonial.

Porém, pode ser mais fácil a sucessão se forem estabelecidos requisitos relativamente aos gerentes e as novas gerações forem sendo preparadas desde cedo quanto à necessidade de preencherem as exigências estatutárias. Designadamente, quanto à formação e à experiência profissional. Isso poderá permitir uma saída de cena dos sócios mais velhos mais tranquila.

Em caso de cessão de quota por um cedente que era gerente, é provável que seja pretendida a renúncia à gerência para permitir a transferência de poder. Essa renúncia pode tornar-se mais fácil de conseguir se a sociedade por quotas tiver na sua estrutura orgânica um órgão consultivo familiar ou uma comissão de nomeações consultiva que o renunciante possa vir a integrar. Se esses órgãos não afetarem as competências que por lei devem caber aos órgãos nela previstos, não parece que o princípio da tipicidade taxativa os proíba<sup>21</sup>. Seriam uma espécie de lugar de recuo.

## 5 PACTOS DE FAMÍLIA

Nas sociedades familiares é cada vez mais frequente encontrar os chamados pactos de família<sup>22</sup>. As cláusulas que digam respeito à transmissão de quotas poderão facilitar ou dificultar a transmissão do poder. Algumas terão natureza parassocial. Aqueles pactos poderão igualmente conter cláusulas sobre o exercício de funções na sociedade pelos membros da fa-

<sup>20</sup> COSTA, Ricardo. Artigo 252.º. In: COUTINHO DE ABREU, J. M. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. v. IV. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 77-90.

<sup>21</sup> J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, II, cit., p. 83, aceita, para as sociedades por quotas, que os estatutos estipulem a existência de «um “conselho consultivo” cuja competência não colida com a de qualquer órgão necessário». Afirmando que as partes, na celebração de um contrato de sociedade, devem respeitar «a orgânica interna», ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Artigo 1.º», in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 64.

<sup>22</sup> V., sobre os protocolos familiares, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «"Pais, filhos, primos e etc., Lda.": as sociedades por quotas familiares (uma introdução)», cit., p. 70 e ss.. A prática revela outras alternativas. Por vezes, as sociedades adotam verdadeiras «Constituições familiares» (*Family Constitutions, Familienverfassungen*), discutindo-se a sua natureza: v., p. ex., TOBIAS HUECK, *Die Familienverfassung - Rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 187 e ss..

mília, estabelecendo requisitos. O mesmo se diga quanto às cláusulas sobre exercício do direito de voto. Em qualquer caso, haverá que controlar a licitude de todas elas à luz do art. 17.º do CSC.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, J. M. Coutinho de. *Curso de direito comercial*. v. II. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2019.

COELHO, F. M. Pereira. *Direito das Sucessões*, Parte I. Coimbra: JoãoAbrantes, 1974 .

CORDEIRO, António Menezes. Artigo 1.º. In: CORDEIRO, António Menezes (coord.). *Código das Sociedades Comerciais anotado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 61-64.

COSTA, Ricardo. Artigo 252.º. In: COUTINHO DE ABREU, J. M. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*. v. IV. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 77-90.

HUECK, Tobias. *Die Familienverfassung - Rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

JORDÁ GARCÍA, Rafael. Autocartera, pactos de salida y desinversión en la empresa familiar. In: Mercedes.

MARTINS, Alexandre de Soveral. *Pais, filhos, primos e etc., Lda.: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, Alexandre de Soveral. *Cessão de quotas*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SÁNCHEZ RUIZ (coord.). *Regímen jurídico de la empresa familiar*. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2010.

VENTURA, Raúl. *Sociedades por quotas*. v. I, Coimbra: Almedina, 1993.