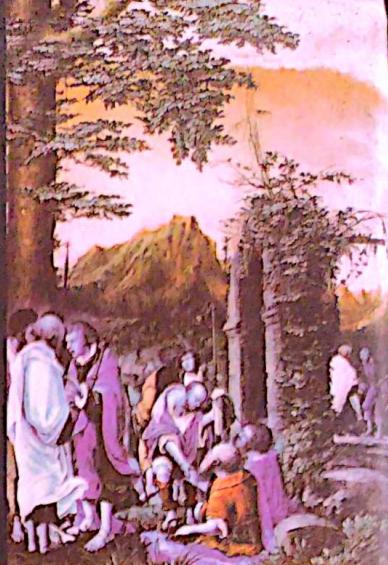


COORDENADORES

Eroulths Cortiano Junior
Jussara Maria Leal de Meirelles
Luiz Edson Fachin
Paulo Nalin



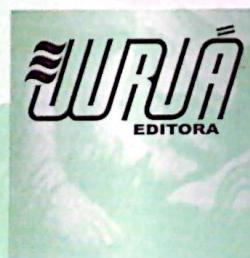
Albrecht Altdorfer – A Comunhão dos Apóstolos, 1516-18
Óleo sobre madeira, 42 x 32,5 cm – Staatliche Museen, Berlim

APONTAMENTOS CRÍTICOS PARA O DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico

COLABORADORES

Ana Carla Harmatiuk Matos	Luiz Edson Fachin
Breezy Vizeu	Madalena Alves dos Santos
Carolina Caraíba Nazareth Alves	Marcelo Piazzetta Antunes
Daniele Regina Pontes	Marcelo Conrado
Desdêmona Tenório de Brício Toledo Arruda	Natália Villas Bôas Zanelatto
Eros Belin de Moura Cordeiro	Noemíia Paula Fontanella de Moura Cordeiro
Frederico Eduardo Zenedin Glitz	Paulo Nalin
Gabriel Schulman	Renata Carlos Steiner
Giovanna Bonilha Milano	Renata Regina de Oliveira
Juliano Marcondes Paganini	Ricardo Henrique Weber
Laura Garbini Both	Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Leandro Franklin Gorsdorf	Rosalice Fidalgo Pinheiro
Luciana Pedroso Xavier	Taysa Schiocchet



**Eroulths Cortiano Junior
Jussara Maria Leal de Meirelles
Luiz Edson Fachin
Paulo Nalin
Coordenadores**

APONTAMENTOS CRÍTICOS PARA O DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico

Colaboradores

Ana Carla Harmatiuk Matos	Luiz Edson Fachin
Breezy Vizeu	Madalena Alves dos Santos
Carolina Caraíba Nazareth Alves	Marcelo Piazzetta Antunes
Daniele Regina Pontes	Marcelo Conrado
Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda	Natália Villas Bôas Zanelatto
Eros Belin de Moura Cordeiro	Noemíia Paula Fontanella de Moura Cordeiro
Frederico Eduardo Zenedin Glitz	Paulo Nalin
Gabriel Schulman	Renata Carlos Steiner
Giovanna Bonilha Milano	Renata Regina de Oliveira
Juliano Marcondes Paganini	Ricardo Henrique Weber
Laura Garbini Both	Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Leandro Franklin Gorsdorf	Rosalice Fidalgo Pinheiro
Luciana Pedroso Xavier	Taysa Schiocchet

**Curitiba
Juruá Editora
2009**

SUMÁRIO

Introdução.....	19
O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil	
<i>Breezy Vizeu e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.....</i>	<i>23</i>
Posse: conteúdo mínimo da função social da propriedade	
<i>Daniele Regina Pontes e Noemia Paula Fontanella de Moura Cordeiro</i>	<i>39</i>
Função social do contrato e da posse: fundamentos para a nulidade virtual dos negócios jurídicos	
<i>Desdêmona Tenório de Brito Toledo Arruda e Renata Carlos Steiner.....</i>	<i>57</i>
Contrato e biotecnologia: reflexões sobre o reconhecimento da matéria humana como objeto contratual	
<i>Eros Belin de Moura Cordeiro.....</i>	<i>85</i>
Transferência do risco contratual e <i>incoterms</i>: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira	
<i>Frederico Eduardo Zenedin Glitz</i>	<i>111</i>
Adesão indireta dos consumidores-trabalhadores nos contratos de plano de saúde coletivos: limites e possibilidades a partir de um caso concreto	
<i>Gabriel Schulman e Ricardo H. Weber</i>	<i>141</i>
Propriedade territorial das comunidades remanescentes de quilombos: apontamentos sobre o direito fundamental ao território	
<i>Giovanna Bonilha Milano</i>	<i>165</i>
Nascituro: da personalidade jurídica à reparação de danos morais	
<i>Juliano Marcondes Paganini</i>	<i>183</i>
As “fórmulas mágicas” da boa-fé na jurisprudência brasileira: um cenário de transferências culturais	
<i>Laura Garbini Both e Rosalice Fidalgo Pinheiro</i>	<i>211</i>

ADESÃO INDIRETA DOS CONSUMIDORES-TRABALHADORES NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE COLETIVOS: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

Gabriel Schulman¹
Ricardo H. Weber²

Sumário: 1. Desafio proposto. 2. Contratos coletivos de serviço de assistência médica suplementar. 3. A decisão objeto do AI 499683-0, 8^a Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4. Regime jurídico dos contratos coletivos e os consumidores-trabalhadores; 4.1. Aplicabilidade das Leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde); 4.2. Tutela do aderente indireto. 5. Conclusão: Problematização da bipartição da “apólice” de contrato de plano de saúde coletivo e fundamentos para desconsideração contratual em benefício do consumidor-trabalhador. 6. Referências.

1 DESAFIO PROPOSTO

O presente estudo visa examinar e problematizar a contratação de plano de saúde coletivo por empregadores aos trabalhadores. Em detrimento da visão que se limita a considerar apenas as partes que formalizam o instrumento contratual – quais sejam: o fornecedor da assistência médica e o empregador (ou antigo empregador no caso dos aposentados) – prima-se por uma perspectiva crítica a enfocar-se a proteção da pessoa do *consumidor indireto*, isto é, o trabalhador ativo ou ainda, o aposentado.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais na UFPR. Professor de Direito Civil da Universidade Positivo e da UniBrasil. Advogado.

² Mestrando em Direito das Relações Sociais na UFPR. Advogado.

Busca-se analisar a *adesão indireta* derivada da vinculação relacional de trabalho de modo a discutir modalidade de contratação na qual o consumidor não participa da fase das tratativas (como também é usual nos contratos de adesão), mas nem sequer toma parte da celebração do contrato. Neste contexto, é acentuada a vulnerabilidade do *trabalhador-consumidor*, usualmente qualificado como “beneficiário do contrato”, tal como se fosse terceiro estranho à relação. Esse conjunto de circunstâncias amplia a adoção de práticas abusivas pela operadora do plano de saúde em prejuízo do consumidor, a reforçar a importância do debate objeto deste texto.

O ponto de partida para a leitura proposta é extraído da análise de um caso concreto levado ao debate jurídico perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A controvérsia envolve ex-empregados que aderiram ao plano de saúde contratado pela então empregadora, conservaram-se vinculados durante longo período e, com a aposentadoria, optaram por exercer o direito de assumir os pagamentos e permanecerem no contrato. Tais consumidores receberam de forma inesperada a informação de um aumento considerável nas suas mensalidades, sobre o fundamento de repasse da “*tasa de sinistralidade*”. Ocorre que o grupo dos funcionários em atividade da mesma empresa sofreu outro reajuste, bem inferior.

O Tribunal decidiu que este reajuste ao “grupo” de ex-empregados, além de exagerado, fere a isonomia de tratamento entre integrantes de uma mesma categoria – funcionários e aposentados. Embasou-se o julgamento na circunstância de que aos aposentados remanescem os mesmos direitos inerentes ao plano de saúde, do período durante o qual exerciam a atividade laborativa. Com base em tal fundamento, determinou-se a incidência do mesmo percentual de aumento concedido aos funcionários ativos³.

2 CONTRATOS COLETIVOS DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA SUPLEMENTAR

Segundo a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), considera-se contrato coletivo de prestação de assistência médica por planos de saúde: “*o contrato assinado entre uma pessoa jurídica e uma operadora de planos de saúde para assistência à saúde de empregados/funcionários, ativos/inativos, ou de sindicalizados/associados da pessoa jurídica contratante*”⁴.

³ PARANÁ. TJPR – Agravo de Instrumento 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. Rel^a. Desig. Denise Krüger Pereira – Unânime – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009.

⁴ ANS. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. Beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: ANS, p. 9, mar. 2009.

Também chamados “*empresariais*”, estes contratos são frequentemente celebrados entre o empregador e operadora de plano de saúde, sem que o empregado tome parte e mesmo sem seu conhecimento. Com efeito, a inclusão do trabalhador ao contrato⁵ é feita posteriormente, por meio de *adesão indireta*⁶. Observa-se, neste caso, um regime peculiar na celebração do contrato: usualmente não há participação do usuário, do *consumidor-trabalhador*, ou aderente indireto. Combina-se a falta de autonomia à falta de informação acerca das cláusulas contratuais⁷.

Por envolverem pessoas jurídicas nos polos da relação contratual, muitas vezes essas avenças são tomadas, sem maior cuidado, como contratos entre iguais. Nesse sentido, ao julgar a Ap. Cív. 2008.001.27977, o TJ/RJ decidiu pela impossibilidade de a beneficiária pleitear a manutenção de contrato coletivo estabelecido por seu sindicato.

Entendeu-se pela inexistência de relação de consumo com base na frágil hipótese de que a beneficiária não estabeleceria relação jurídica com a operadora de plano de saúde⁸. Na ementa salientou-se a “*ilegitimidade da parte autora, que não é partícipe do contrato*”. Tal apontamento se compatibiliza com a compreensão expressa no voto segundo, conforme

⁵ “Contrato”, como leciona Roppo, é expressão polissêmica a exigir atenção. Designamento pelo qual se representa tal negócio sob a forma escrita, bem como pode significar operação econômica, sua recepção pelo direito sob a forma de negócio jurídico, o instrumento pelo qual se representa tal negócio sob a forma escrita, bem como pode significar direito contratual. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 7-10.

⁶ O termo procura acentuar o déficit de autodeterminação presente nos contratos coletivos, como se irá demonstrar. Luís Otávio Farias chega a sugerir a denominação “*adesão compulsória*”, significativa pela paradoxal aproximação entre vocábulos opostos. Em seu dizer nessa modalidade “*o vínculo empregatício do indivíduo aparece como um fator de indução à adesão*”. FARIAS, Luís Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo da adesão ao sistema de saúde suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 405-416, p. 407. A expressão *adesão indireta* parece mais adequada por enfatizar o déficit de autodeterminação dos contratantes. Por outro lado, cumpre advertir, desde logo e de modo enfático que a ausência de atuação e informação do consumidor-trabalhador não pode justificar limitações da defesa de seus direitos perante o Judiciário; ao contrário, torna de suma importância.

⁷ Exprime Fabíola Santos Albuquerque: “*Temos como premissa que o dever de informar desempenha uma finalidade funcional nas relações de consumo, serve de lastro ao consentimento e assim integra a etapa pré-contratual ou da formação contratual (...) a obrigação de informar, de origem legal, tem por funções o equilíbrio dos contratantes e a prevenção de danos aos consumidores. A informação exprime uma situação relacional entre fornecedor e consumidor, pois aquele tem o dever de informar e este tem o direito de ser informado, com vistas à melhoria, à lealdade e à harmonização do mercado de consumo. O dever de informar funciona como mecanismo de controle legal do equilíbrio da relação entre fornecedores e consumidores*”. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O Direito do Consumidor e os Novos Direitos*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 94-95.

⁸ RIO DE JANEIRO. TJRJ – Ap. Cív. 2008.001.27977 – 15ª Câm. Cív. – Rel. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz – j. em 07.10.2008.

a qual a beneficiária “não mantém relação jurídica direta com a cooperativa do plano de saúde”. Com naturalidade injustificada incorporou-se a noção clássica de relação jurídica como vínculo juridicamente reconhecido, derivado de um fato jurídico, no qual é possível identificar um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor), os quais seriam indiferentes à realidade que os cerca⁹. Decidiu-se, pois ao arrepio da Lei 9.656/98 a qual assegura, em seus arts. 30 e 31¹⁰, ao empregado e ao ex-empregado (aposentado), assim como aos seus dependentes e agregados, o direito de permanecerem vinculados ao contrato de plano de saúde, respeitados determinados parâmetros, como a imposição de limite temporal.

Em contraposição, impende observar a possibilidade de se identificar a figura do **consumidor-trabalhador** até mesmo na redação do art. 30 da Lei dos Planos de Saúde, a qual recepciona essa construção ao prever que

Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inc. I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. (Grifou-se)

Nessa toada, ressalta-se que, na formação da contratualidade contemporânea, impõe-se um desenvolvimento interpretativo do contrato, dos seus significantes e significados, permeado pelos princípios e valores integrantes no sistema unitário constitucional, que visam harmonizar: liberdade contratual, finalidade do contrato, sua relevância social e atividade econômica. Trata-se de promover a abertura da ideia de *contrato*, consoante a lição do Prof. Luiz Edson Fachin, segundo a qual, “sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas o que contrata”¹¹.

Os planos de saúde coletivos correspondem a 75% dos contratos de planos de saúde no Brasil, vale realçar, aproximadamente 30 milhões¹². Nada obstante, nos tribunais é reduzida a presença de discussões

⁹ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

¹⁰ Dispõe a Lei dos Planos de Saúde: *Art. 31: “Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inc. I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”*.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 03.

¹² ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, p. 13, jun. 2008.

envolvendo contratações coletivas de planos de saúde. Como explica Mário Scheffer, é situação que decorre, por um lado, da diluição dos riscos em um maior grupo e, de outro, da máxima cautela do trabalhador na manutenção de seu emprego¹³.

Esse cenário, por conseguinte, fomenta importantes questões e demanda cuidado especial no tratamento das relações dos planos de saúde coletivo. Deve-se, inverter a lógica que prevaleceu na Modernidade Clássica, pela qual a realidade deveria enquadrar-se nas formas (e fôrmas) jurídicas. Em síntese, aduz-se o estabelecimento de um regime jurídico informado pela *tecitura* dos fatos sociais, em harmonia com as lições de Paolo Grossi e Orlando Gomes¹⁴.

Na seara dos contratos de plano de saúde, esse renovado enfoque se manifesta, por exemplo, na imposição de parâmetros ao reajuste dos planos de saúde e nas situações em que a continuidade da relação contratual se torna um dever¹⁵. Igualmente, é de grande importância refletir sobre os conflitos entre o aderente individual e o grupo de aderentes, bem como acerca da complexa configuração jurídica destas relações.

Faz-se indispensável estabelecer tratamento jurídico apto a captar as circunstâncias concretas sob o crivo da substancialidade, a receptionar sua essencialidade, a acolher a necessidade e *catividade*¹⁶ ine-

¹³ Salienta Mário Scheffer: “também é possível supor que o usuário (pessoa física) de plano coletivo não tenha alternativas diante da limitação imposta. Resta-lhe, na maioria das vezes, o registro da queixa junto ao próprio empregador (RH das empresas, por exemplo). Os usuários podem temer reclamar externamente a negação de atendimento. Esta seria uma forma de manter a boa relação com o empregador e até mesmo de preservar o emprego. O beneficiário tem, por coberturas tanto, pouco controle ou reduzida escolha sobre o plano coletivo”. SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. *Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005, p. 238.

¹⁴ (...) dentro das tramas do tecido de existência cotidiana”. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da Modernidade*. 2. ed., rev. e ampl. Florionápolis: Fundação Boiutex, 2007. p. 28. “No comportamento social, a mora na percepção parece determinar a perpetuação da realidade transposta”. GOMES, Orlando. O Destino do Direito do Trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 5, p. 153-165, 1957, p. 154.

¹⁵ Entendeu o STJ por inexistir argumentos para rever acórdão que julgou procedente “*ação de obrigação de fazer proposta*”, determinando à operadora de plano de saúde a manutenção de vínculo – originalmente estabelecido através de contrato coletivo intermediado por empresa empregadora do Autor da ação – mesmo após o encerramento de suas atividades, “devido à necessidade de serem protegidos os direitos básicos do consumidor, relacionados à saúde e à vida, bem como pela exigência de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da maneira que lhe for mais favorável” (Código de Defesa do Consumidor, arts. 6º, I, e 47). BRASIL. STJ – AgRg. no Ag. 857.924/RJ – Rel. Min. Sidnei Beneti – 3ª T. – j. em 19.06.2008, DJe 01.07.2008.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-224, p. 211.

rentes aos planos de saúde, de maneira a permitir o oferecimento de uma solução constitucionalmente adequada.

Com base em tais premissas e promovendo-se abertura ao debate é que se pretende tecer considerações sobre o tema a partir da decisão objeto do Ag. de Inst. 499.683-0, do TJPR, cuja análise segue.

3 A DECISÃO OBJETO DO AI 499.683-0, 8^a CÂMARA CÍVEL, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

As relações contratuais de consumo usualmente transcorrem por meio de contratação por adesão via direta. Ilustrativamente, os contratos de abertura de conta bancária, de seguros, de planos de saúde individual ou familiar etc. Mas o *consumidor-trabalhador* não participa em nenhum momento da celebração do contrato. Seu ingresso é posterior, visto que a relação inicial é adstrita ao empregador e à empresa do plano de saúde, os quais cuidam da homologação deste contrato – também denominado de “*apólice coletiva*” – perante a ANS.

Estabelecida a pessoa concreta como protagonista da tutela jurídica, tem-se que nos contratos de plano de saúde coletivo não se confundem os papéis de contratante e celebrante, a exigir compreensão ampliada da ideia de *contrato*. A respeito, ensina Claudia Lima Marques:

Muitas vezes o consumidor não é o contratante, o consumidor é o beneficiário, o consumidor é o terceiro, é o filho do contratante. Teremos de aumentar a instituição contrato, abalar a instituição contrato, adaptar a instituição contrato aos novos tempos, incluir estes sujeitos das relações de consumo. Por vezes, o contratante é apenas o representante do consumidor, como na lei de planos privados de assistência à saúde é uma empresa que contrata um plano coletivo. Um representante, que na prática trata-se de uma empresa, a qual contrata uma outra empresa operadora, esta, por sua vez também multipla, organiza e interliga seis mil médicos e vários hospitais. Bem, o consumidor destinatário final não é o contratante, são os seis mil empregados daquela empresa e seus dependentes, são os seis mil professores e funcionários daquela universidade. São eles terceiros? Trata-se de estipulação em favor de terceiros, terceiros com poucos direitos ativos nestes contratos? Que terceiros são estes, se são todos eles consumidores, diretos e indiretos consumidores stricto sensu e equiparados pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor¹⁷.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista do Consumidor*. São Paulo, n. 35, p. 61-96, 2000. p. 83.

Cumpre reiterar que o consumidor do plano de saúde coletivo não participa da negociação nem da feitura do contrato, nem sequer de sua assinatura. Mais do que isso, quase sempre não dispõe de informação ou acesso às cláusulas contratuais. Aproveitando-se dessas condições, algumas empresas do ramo dos planos de saúde, ao ofertar o seu produto de plano de assistência médica coletiva, exigem das empresas particulares ou públicas a discriminação dos integrantes de um mesmo elo relacional trabalhista, para posteriormente dispensar tratamento diferenciado aos aposentados em relação aos empregados ativos. Tal conduta caracteriza ato coercitivo e desleal, em grave prejuízo aos consumidores aposentados da empresa contratante.

No caso em exame, por meio desse tratamento desigual, a operadora buscou justificar aumento abusivo em relação ao grupo dos aposentados. Diante de tal circunstância, os *consumidores-trabalhadores* propuseram demanda que pretende a decretação da nulidade de disposição contratual que tenta vinculação direta entre o valor das prestações e a “taxa de sinistralidade” – uma espécie de índice de utilização do contrato. É cláusula que viola concomitantemente a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98) e o Código Civil, nesse último, por afastar-se dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos.

A situação concreta, controvertida no Ag. de Inst. 499.683-0, é peculiar porque a operadora de plano de saúde, ao renovar o contrato com a empresa empregadora, determinou a bipartição da “apólice”. Em outros termos: após certo período, separou-se o contrato de prestação de serviço médico – vigente – de uma determinada empresa, em dois grupos, a saber, dos funcionários ativos e dos aposentados.

A *bipartição* foi praticada no intuito de oferecer a redução a funcionários mais novos, planos com mensalidades reduzidas, à custa de duras elevações dos prêmios dos consumidores aposentados. Trata-se, pois, de discriminação textual aos aposentados da empresa, em afronta às normas que regem os contratos, especialmente às concernentes à defesa e proteção dos consumidores.

Em contraposição, é necessário ressaltar que, com a aposentadoria do trabalhador, inicia-se uma nova relação jurídica deste com o INSS, o que nada afeta os direitos e garantias iguais da época do efetivo exercício laboral¹⁸. Dessa maneira, a permanência no plano de saúde coletivo visa à tutela do trabalhador que se aposentou, e que dedicou parte

¹⁸

Na forma da Lei 9.656/98, art. 31, acima transcrito.

de sua vida à empresa. Não se pode admitir, pois, a intenção exclusivamente de busca do lucro, devendo-se atentar à relevância social do setor e aos limites legais da atividade¹⁹. Portanto, é preciso rechaçar atitudes de segregação dos integrantes de uma massa de consumidores atrelados ao mesmo vínculo laboral.

A *bipartição* em duas apólices, isto é, uma, específica para os funcionários da ativa e para aqueles que vierem a se aposentar, e outra, destinada aos aposentados até a data em que houve a bipartição da apólice, a despeito de sua justificativa econômica, produz reflexos contratuais extremamente prejudiciais aos usuários do plano de saúde coletivo. Em face dessa ordem de ideias, o Poder Judiciário do Paraná rejeitou o reajuste abusivo ao grupo dos aposentados antes da bipartição da apólice originária, e determinou que a elevação das mensalidades fosse em percentual idêntico ao concedido aos funcionários²⁰.

Destaca-se o conteúdo do instrumento contratual firmado pela empregadora e a empresa do plano de saúde, no qual consta uma cláusula vinculando o aumento das parcelas do plano de saúde à “taxa de sinistralidade” do grupo integrante da apólice. Na prática, significa a transferência de todo o risco da atividade por meio do repasse dos gastos da “apólice coletiva de plano de saúde” que não foram cobertos pela arrecadação das prestações mensais de seus integrantes para os próprios consumidores. Claramente trata-se de cláusula que implica um severo desequilíbrio contratual, ademais, revelando-se atentatória à função social dos contratos, além de ser excessivamente onerosa. Por essas razões a abusividade contratual é demonstrada, o que determina a decretação de sua nulidade de pleno direito.

É de todo previsível que, no curso do contrato, o grupo dos aposentados apresente um custo mais elevado, como se extrai da própria previsão de elevação de custos segundo a faixa etária adotada pela Lei dos Planos de Saúde. Tem-se assim, que, no grupo de aposentados, se verificará adesão de novos integrantes. Igualmente, há inclinação à gra-

¹⁹ Na Jurisprudência, entre tantos outros: BRASIL. STJ – REsp. 326.147/SP – Rel. Aldir Passarinho Junior – 4^a T. – j. em 21.05.2009, DJ 08.06.2009.

²⁰ Consignou-se: “O reajuste, para ser válido e legal, deve observar a regras previstas no contrato, a ser razoável, de modo a não acarretar ônus excessivo para uma das partes, e benefício para outra. Ademais, os índices de reajustes não podem ser estabelecidos unilateralmente, e devem constar no contrato, de modo a dar pleno conhecimento aos contratantes. Assim, se o agravante calculou mal a mensalidade que seria devida, não pode, valendo-se de novo estudo atuarial, pretender a majoração unilateral da contribuição, em desacordo com as regras contratuais que apenas admitem o reajuste em períodos anuais”. (TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8^a Câm. Cív. – Rel^a. Juíza Substituta Denise Krüger Pereira – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009)

dativa redução do número de integrantes, seja pelo limite de tempo previsto para sua permanência no contrato, seja pelo término da vida, a implicar uma concentração de custos de toda incompatível com a sistemática dos planos de saúde, atividade possível apenas com grande contingente de contratantes.

Como tentativa de burlar o *dever de contratar*, as práticas da operadora de plano de saúde de bipartição acompanhada da transferência do risco se revelam como mecanismos que direcionam à inevitável elevação de mensalidade o que paulatinamente – ou ainda repentinamente como no caso em exame – determinam a inviabilidade do custeio pelos aposentados que, *a grosso modo*, são forçados a pagar somas elevadas e desproporcionais ou abandonar o contrato²¹.

A pretendida bipartição revela-se destarte incompatível com a complexidade dos planos de saúde e atentatória à boa-fé. Necessário se faz, mais uma vez sublinhar o caráter social do setor de saúde suplementar, a exigir exame atento à realidade concreta.

Nesse passo, em primeiro assinala-se o equilíbrio dinâmico típico dessa forma de contrato. Em outros termos: durante muitos anos a operadora de plano de saúde recebe mensalidades em montante significativamente superior às necessidades de assistência médica, e justamente neste momento importante da vida dos *consumidores-trabalhadores*, procura-se deslocar e concentrar os aposentados em uma apólice de plano de saúde coletivo deficitária em sua arrecadação. A idade mais avançada, naturalmente implica gastos mais elevados, pela debilidade natural do organismo humano. Há, portanto, dois movimentos nocivos e abusivos. Aproveitando-se da relação entre necessidade e debilidade da saúde, isola-se um determinado grupo e ao mesmo tempo se transferem os riscos da operação aos consumidores, muito embora o lucro nos anos anteriores não seja dividido, mas é diverso o parâmetro do direito privado contemporâneo no qual o que prevalece é a pessoa e não, a análise puramente econômica em que “*se não me asseguras lucro, não te quero mais*”.

Ao fotografar apenas um momento do contrato, em desprestígio à relação estabelecida, acarreta-se desequilíbrio financeiro da apólice sob o argumento de que o grupo de aposentados possui maior taxa de sinistralidade. Sob o ponto de vista formal, tal conduta é traduzida sob cláu-

²¹ SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. II, p. 345-381. Ver especialmente p. 370 e ss.

sula de aumento do prêmio pela taxa de sinistralidade. Por essa razão, deve ser ressaltada a adequação da decisão que decretou nulidade de pleno direito de tal cláusula, reconhecendo que implica um aumento abusivo como asseverado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A apreciação perante o Judiciário voltou-se contra a imposição da empregadora e da empresa de plano de saúde de atribuir um aumento superior a 55% nas mensalidades do grupo de trabalhadores já aposentados, requerendo a nulidade da cláusula contratual que possibilita este aumento, sendo que para os funcionários da ativa o aumento foi inferior a 10%. Conforme se extrai do teor da decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, o Juízo de primeiro grau deferiu parcialmente pedido de antecipação de tutela para fazer manter a separação dos beneficiários do plano de saúde em dois grupos trabalhadores da ativa e dos aposentados, porém restringiu o valor do reajuste do segundo grupo ao mesmo percentual dos empregados ativos²².

Em face dessa decisão, a operadora de plano de saúde interpôs o agravo de instrumento ora em análise. Entre suas alegações, constam: a) maior probabilidade de uso do plano de saúde pelo grupo aposentado justificando mensalidades superiores; b) ausência de alteração das condições do contrato haja vista que os requisitos para fixação do valor, com base na “taxa de sinistralidade” são iguais nas “apólices”; c) impossibilidade de a minoria impor condições contratuais à maioria; d) ausência de comprovação da abusividade das cláusulas contratuais.

O TJPR negou provimento ao recurso enfatizando em seu voto a necessidade de proteção aos desiguais, bem assim a nulidade de cláusulas que constrangem o consumidor a aceitar aumentos manifestamente excessivos nas prestações a que se incumbiu, é o que se passa a identificar²³.

²² Exprimiu o juízo de primeiro grau: “Ao que consta, no ano de 2003 a segunda ré dividiu as apólices dos usuários do plano de saúde celebrado com a primeira ré em duas, quais sejam, uma para os trabalhadores da ativa e aposentados após outubro de 2003, e outra para os aposentados antes de outubro de 2003, tendo, através desta manobra, criando tratamento desigualitário tanto entre os trabalhadores da ativa e aposentado antes de outubro de 2003, quanto entre os aposentados entre si, relativamente ao valor das mensalidades, ferindo, outrossim os princípios da boa-fé e da função social dos contratos”. (CURITIBA. Justiça Estadual – Autos 425/08 – Juíza Julia Conceição M. e F. Araújo – j. em 14.04.2008)

²³ Paraná. TJPR – Agravo de instrumento 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. – Rel^a. Juíza Substituta Denise Krüger Pereira – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009. Assim restou ementado: “Agravo de instrumento. Ação de nulidade de cláusulas sumária. Contrato de plano de saúde. Afastamento da preliminar de intempestividade. Litisconsórcio passivo configurado. Prazo em dobro. CPC, art. 191. Conversão em agravo retido. Impossibilidade. Cognição sumária. Trabalhadores da ativa e aposentados. Reajuste da Contribuição mensal. Tratamento desigualitário. Recurso conhecido e desprovido”.

Em primeiro, ressaltou-se no acórdão que o contrato submete-se à Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), bem como, “*por óbvio, ao Código de Defesa do Consumidor*”. Observa-se a aplicação da pluralidade das fontes normativas e a composição harmoniosa de seu diálogo.

Em segundo, rejeitou-se a justificativa da operadora do plano de saúde no sentido de que o reajuste, de aproximadamente 55%, tomava por base a idade mais avançada dos grupos dos aposentados. Contrapondo tal argumento enfatizou-se a ausência de demonstração de maior “taxa de sinistralidade” por parte dos aposentados. Nesse passo, registrou-se que o reajuste estabelecido ao grupo de aposentados foi aplicado unilateralmente e sem distinção entre os aposentados de diferentes faixas etárias²⁴.

Em terceiro, rechaçou-se a apresentação, após tantos anos, de novo estudo atuarial para fundamentar a elevação das mensalidades. Sobre tal aspecto, consignou-se que, “*se o agravante calculou mal a mensalidade que seria devida, não pode, valendo de novo estudo atuarial, pretender a majoração unilateral de contribuição, em desacordo com as regras contratuais que apenas admitem o reajuste em períodos anuais*”²⁵. Destacou-se igualmente a razoabilidade como critério para determinação do reajuste sob pena de ofensa do equilíbrio do contrato.

Reforçando tal embasamento, por força da caracterização como relação de consumo, anotou-se que o reajuste subordina-se ao direito à informação, assegurado no CDC, art. 6º, inc. III²⁶ e a nulidade de cláusulas abusivas. Asseverou-se, que

*o art. 51 comina de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produto e serviço que “estabeleçam obrigações consideradas iniquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade” e, também, quando ‘permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral’*²⁷.

Dessa forma, fez-se referência, respectivamente, aos incs. IV, X, do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁴ Consignou-se na decisão: “*Os índices de reajuste não podem ser estabelecidos unilateralmente e devem constar no contrato, de modo a dar pleno conhecimento aos contratantes*”. (TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. – Rel^a. Juíza Substituta Denise Krüger Pereira – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009)

²⁵ PARANÁ. TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. Rel^a. Juíza Substituta Denise Krüger Pereira – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009.

²⁶ Prevê a Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 6º: “*São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*”.

²⁷ PARANÁ. TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. Rel^a. Juíza Substituta Denise Krüger Pereira – j. em 27.11.2008, DJ 02.02.2009.

A decisão traz à tona importantes discussões a justificar sua apreciação. Nota-se, desde logo, que o regime jurídico dos contratos de plano de saúde é delineado através da interligação de forma interdisciplinar e transdisciplinar das fontes normativas, associando-se, sob o manto da legalidade constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei 9.656/98, as normas de direito do trabalho e regulamentações.

Com efeito as categorias “trabalhador”, “contratante” e “consumidor”, apesar da racionalidade distinta, podem estar presentes simultaneamente, não sendo conflitante, mas, ao contrário, muitas vezes indispensável à aplicação concomitante de dispositivos legais da Lei dos Planos de Saúde, de proteção do consumidor e ainda, normas trabalhistas, inclusive as elencadas nas convenções coletivas do trabalho.

Assinala-se, também, a mitigação da pretensão de transferir a esse setor a lógica dos seguros. Com isso inibe-se a intenção de转移ência do risco ao consumidor, haja vista que a finalidade dos planos de saúde é justamente proteger o contratante no momento em que esteja doente, não sendo compatível a devolver-lhe os custos da atividade²⁸, eis que a análise do plano de saúde não é feita com base em cada contratante individualmente, mas visualizada no conjunto das relações estabelecidas no complexo regime jurídico dos planos de saúde coletivos – um contingente de *consumidores-trabalhadores*. É sobre esse tema que se passa a tratar.

4 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS COLETIVOS E OS CONSUMIDORES-TRABALHADORES

4.1 Aplicabilidade das Leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)

O empregado vinculado ao plano de saúde coletivo é duplamente vulnerável. Em primeiro, em vista da delicada relação com a empresa empregadora. Em segundo, por conta da ausência de participação na negociação do contrato coletivo no qual é incluído, ao que se adiciona, ainda, a falta de acesso às cláusulas constantes no conteúdo contratual²⁹.

²⁸ SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: Saúde e Contrato na Contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁹ Deve-se ter em conta igualmente a vulnerabilidade do idoso, amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência. Recorde-se o disposto na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), art.

O contrato é usualmente apresentado como um benefício ao trabalhador, como uma vantagem ou mesmo um privilégio trabalhista. Sob essa ótica, nada obstante o pagamento do plano de saúde – ainda que parcial – se faça pelo empregado, o exercício de “muitos direitos” decorrentes do contrato é feito diretamente pelo empregador sem qualquer manifestação, sem aquiescência, e mesmo sem a ciência dos consumidores diretos, os trabalhadores. Contrasta tal situação com a acentuada vulnerabilidade do *consumidor* “beneficiário”, a pronunciada relevância social desse contrato e a vinculação de enorme contingente de consumidores.

Nesse compasso, sobrepõem-se duas situações de vulnerabilidade, a saber, a condição de trabalhador e a de consumidor. Surge, dessa maneira, a figura do *consumidor-trabalhador*, denominação com a qual se procura enfatizar a necessidade de redobrada atenção à tutela da pessoa.

Fundem-se a hipossuficiência constitutiva da relação laboral³⁰ e aquela, inerente à relação de consumo. Logicamente, a composição de duas situações de disparidade de poder não permitem a soma de forças, mas justamente, produzem o efeito contrário. Apresenta-se desse modo como situação de premente desequilíbrio de poder, a exigir a densificação da proteção até ao nível em que se torne capaz de albergar o desnível maximizado por duas posições/papéis exercidos em relação que é de consumo e, ao mesmo tempo, ligada ao vínculo laborativo³¹. Nessa trilha, ensina Fernando Noronha:

É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que, num posicionamento característico da atual sociedade de massas, se procura proteger, em nome da justiça social, os chamados “mais fracos”, como são os trabalhadores (a quem é dedicado todo um capítulo, o art. 2º do Título II da Constituição de 1988) e os con-

15, § 3º: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

³⁰ Com esteira no texto constitucional, consignou-se no TJPR: “Tudo comprova, portanto, que a longa enunciação dos direitos trabalhistas veiculados pelo art. 7º da Constituição parte de um pressuposto lógico: a hipossuficiência do trabalhador perante seu empregador”. (TJPR – 8ª Câm. Cív. – Ag. Inst. 318.198-6 – Rel. Macedo Pacheco – j. em09.02.2006)

³¹ “O reconhecimento de que na relação interindividual (ainda que por factores que dela extravasam), há situações de disparidade de poder leva à fácil admissão de restrições ao âmbito operativo da liberdade contratual em que a falta de autodeterminação de uma das partes funciona como pressuposto da disciplina limitativa”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUÑES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172. p. 164. Texto como no original.

sumidores (a quem pela primeira vez se faz, entre nós, e por duas vezes, referência expressa na Constituição)ººººº.

Não subsiste dúvida acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde coletivos, eis que se trata justamente de uma relação de consumo entre o empregado – aderente indireto e a operadora de plano de saúde.

Inconsistente a alegação de que a força da pessoa jurídica contratante pudesse acarretar a desconfiguração da relação de consumo. Conforme ensinamento de Claudia Lima Marques, haverá a aplicabilidade da Lei 8.078/90, independentemente de quem remunera a operadora de plano de saúde, seja trabalhador ou empregador, haja vista “*o caráter sempre remunerado e oneroso destes contratos*”ººººº.

O STJ reconheceu por ocasião do REsp. 244.847, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde coletivos. É o que se denota no teor do julgado:

*aplicável o CDC visto que cuida-se de avença por tempo indeterminado de longa duração e de execução continuada. Como cediço, os contratos de trato sucessivo renovam-se a cada pagamento efetuado, o que confirma o interesse das partes em sua manutenção. Além disso, a recorrente somente aderiu como beneficiária coobrigada após a vigência do referido Código, portanto, parece-me desarrazoada a exclusão de sua proteção*ººººº.

O embasamento do acórdão merece ser enaltecido.

Em primeiro, conferiu-se o devido tratamento jurídico aos contratos que se protraem no tempo, característica, ínsita aos planos de saúde. Por ser avença de trato sucessivo, tal como disposto no Código Civil, art. 2.035ººººº, sem confundir-se com a retroatividade – a qual atingiria o ato

³² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 85.

³³ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 187-224, p. 215.

³⁴ BRASIL. STJ – REsp. 244.847 – Rel. Antônio de Pádua Ribeiro – j. em 19.05.2005, DJ 20.06.2005.

³⁵ **Código Civil, art. 2.035:** “*A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”.

jurídico perfeito e o direito adquirido – aos atos futuros aplica-se a lei vigente, ainda que os atos passados tenham se regido por legislação diversa³⁶.

Em segundo, assume alentada importância o reconhecimento de que o empregado que é beneficiário de plano de saúde celebrado por sua empresa, não atua no contrato como a empresa, mas por uma adesão que pode – como de fato transcorreu – ser posterior. Assim, seria suficiente para fundamentar a aplicação do CDC, o fato de a adesão da beneficiária (aderente indireta) ter se sucedido após sua entrada em vigor do Código, muito embora os termos do contrato coletivo tenham sido convencionados antes de tal diploma legal.

Em sintonia com a *repersonalização* do Direito civil norteia-se a apreciação dos institutos jurídicos pelo protagonismo da proteção da pessoa³⁷. Na esfera contratual, significa examinar as avenças entre particulares sob as lentes da essencialidade. “Propõe-se, portanto”, na esteira de consagrado ensinamento de Teresa Negreiros, “uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato”³⁸, adotando-se, pois, o *paradigma da essencialidade*³⁹. Nessa senda, assinalou-se na apreciação do REsp. 244.847 a abusividade de cláusula que negava tratamento à AIDS, examinando a disparidade de forças existente no vínculo entre beneficiário e a operadora de plano de saúde, muito embora a adesão indireta estivesse relacionada a contrato coletivo.

Resulta que o vínculo jurídico existente entre o consumidor indireto e a operadora de plano de saúde – a qual figura como contratada no plano de saúde coletivo – revela particulares que tornam imperfeito seu

³⁶ Sobre o tema, entre outros, ver: DANTAS, Santiago. **Programa de Direito Civil. Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 88 e ss. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2.035 do Código Civil brasileiro: um acordão do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 359-368. No âmbito dos planos de saúde a discussão é travada em: SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contrato na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁷ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981. p. 93-94. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 141, a. 36, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 102.

³⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 461.

³⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 387 e ss.

“encaixe” nas hipóteses tradicionais. Aglutanam-se os elementos, pressupostos e características da relação de trabalho, de consumo e da contratação de adesão.

A interpretação de tal vínculo exige, dessa feita, laboriosa atividade interpretativa, apta a tecer, com o fio condutor dos valores constitucionais. Impede sublinhar a consagração no texto constitucional, da defesa do consumidor como direito fundamental da pessoa, da coletividade e do próprio sistema econômico em que se insere a atividade empresarial dos planos de saúde, de sorte que o manto de proteção constitucional recobre as relações entre particulares, através da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, como se verifica nos arts. 5º, inc. XXXII, § 1º, e art. 170, inc. V, da Constituição da República⁴⁰.

4.2 Tutela do aderente indireto

As características dos planos de saúde coletivos demonstram claramente a insuficiência do modelo contratual clássico a solicitar sua compreensão sob as lentes da contratualidade contemporânea. De grande utilidade recordar a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

*Nos contratos de consumo abandonam-se ou relativizam-se os princípios da intangibilidade contratual (**pacta sunt servanda**), da relatividade subjetiva, do consensualismo, da interpretação da intenção *comum*, que são substituídos pelos de modificação ou revisão contratual, de equilíbrio contratual, de proteção do contratante débil, de interpretação *contra stipulatorum*, de boa-fé contratual⁴¹.*

Neste diapasão de ideias, em oposição ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, segundo o qual não há direitos ou deveres senão entre as partes que formalizam o contrato, observa-se com clareza que a necessidade de visualização do plano de saúde no conjunto das relações entre os vários aderentes e não apenas os *contratantes-celebrantes*.

⁴⁰ Permite-se iniciar pelo disposto na art. 5º, § 1º, Constituição da República, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (Grifou-se). Determina o texto constitucional, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O art. 170 estabelece como princípio da ordem econômica, em seu inc. V, a “defesa do consumidor”. Ver também: FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a constituição 20 anos depois. In: DANTAS, Bruno et al (Org.). Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois. Estado e Economia em vinte anos de mudanças. Brasília: Senado Federal, 2008. v. IV, p. 347-377.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 722, a. 84, p. 40-45, dez. 1995, p. 44.

Basta apontar que não se admite o reajuste de um contrato específico, com base em seu uso – sua “taxa de sinistralidade” como preferem as operadoras. Tal ocorre exatamente porque a justificativa da existência do plano de saúde é a certeza da doença no futuro, o que torna interessante a contratação em valores mais reduzidos no momento em que as enfermidades são menos presentes. A lucratividade inicial faz absolutamente injusta e abusiva a bipartição de apólice entre funcionários ativos e aposentados para sobrepujar e sobrecarregar a pessoa que, por forças da idade, inevitavelmente usufruirá do plano de saúde com maior assiduidade.

Em vista da prevalência da proteção da pessoa, inadmissível que o *consumidor-trabalhador*, sujeito débil da relação jurídica, seja excluído por que se tornou economicamente desinteressante. Como ensina Pietro Perlingieri, em sua obra o **Direito Civil na Legalidade Constitucional**⁴², ao versar acerca “*Do mercado, solidariedade e direitos humanos*”, é indispensável observar que a liberdade do mercado implica o risco de se relegar “*a dignidade pessoal a simples valor de troca expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados, à marginalidade*”. Perlingieri enfatiza que é preciso introduzir elementos que extrapolam a racionalidade exclusivamente patrimonial, enfim, “*a realidade econômica, o próprio mercado deve levar em consideração também motivações não ligadas ao lucro*”, resgatando a pessoa como sujeito e não como objeto, nem um produto do mercado.

Não prevalece o direito à extinção do contrato a qualquer tempo. Dessa maneira, como ressaltou a decisão exarada no AI 499.683-0 do TJPR⁴³, não se admite que inicialmente se faça oferta sedutora, para, no momento em que se torna desinteressante, deixe-se desamparado o consumidor que depositou suas expectativas e pagou suas mensalidades ou proceda-se à dura elevação, cujo efeito é equivalente. Respectivamente, assegura-se em certas hipóteses a manutenção do vínculo do empregado, ainda que aposentado⁴⁴, ao plano de saúde, bem como se estabelecem balizas ao reajuste das mensalidades.

A igualdade é tomada em sentido substancial, de sorte que o fato de formalmente figurarem como partes pessoas jurídicas não inibe a tutela

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 503-506, 513-514.

⁴³ PARANÁ. TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8ª Câm. Cív. – Rel^a. Designada Denise Krüger Pereira – Unânime – j. em 27.11.2008 – DJ 02.02.2009.

⁴⁴ Recorde-se o disposto na Lei 9.656/98, art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inc. I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

dos beneficiários dos planos de saúde coletivos. A inexpressiva ou inexistente participação do empregado que adere indiretamente não pode ser mantida ao longo do contrato. Ao revés, justifica proteção acentuada, apesar da atuação restrita da ANS nesse âmbito. Não parece adequado vislumbrar os aposentados como terceiros na relação contratual, haja vista que são destinatários das prestações intermediadas pela operadora do plano de saúde e responsáveis pelo pagamento das mensalidades⁴⁵. Na verdade, são consumidores, por intermédio da relação laboral dos ativos e dos inativos.

Em concepção alargada do *contrato*, os *consumidores-trabalhadores* guardam, na qualidade de aderentes indiretos, as condições de contratantes, ainda que sob forma diversa do que a empresa que entabula com o plano de saúde. Portanto, são destinatários de deveres de informação por parte da operadora de plano de saúde, bem assim aptos a discutirem aspectos do contrato. É o que se retira em decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

É nula de pleno direito a cláusula contratual que limita o número de dias de internação para tratamento de mal acobertado pelo plano de saúde, por quanto restringe direito fundamental e inerente à natureza do contrato de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar, ferindo, mortalmente, o equilíbrio contratual e afastando a boa-fé objetiva, imprescindível aos contratos de consumo. O simples fato de o contratante ser pessoa jurídica não afasta a sua vulnerabilidade, mormente se o prestador de serviços é infinitamente mais forte e se o contrato visava a prestação de serviços aos seus filiados, todos pessoas físicas⁴⁶.

Complexa a relação, sofistica-se a noção de contratante, as ideias de relação contratual e de adesão. A análise da concretude da relação demonstra a inadequação do contrato tradicional calcado na liberdade irrestrita, consentânea a uma separação do direito em dois mundos: as esferas do público e do privado⁴⁷. Em harmonia, na compreensão do TJSP:

⁴⁵ Diversamente, o TJRS entendeu, injustificadamente, que a condição de beneficiário de plano de saúde é diversa da de contratante. Expôs-se que “funcionário de empresa que contrata plano de saúde empresarial é parte beneficiária do contrato de prestação de serviços e, como tal, parte ilegítima para pleitear, diretamente da contratada, alteração de cláusula daquele contrato” (TJRS, Ap. Cív. 70006155329, Relª. Ana Maria Nedel Scallalli – j. em 12.06.2002, DJ 03.08.2002). Tendo-se equivocadamente acolhido a ideia de que não haver “relação de direito material” entre a operadora e o beneficiário, considerou-se não estar justificada substituição processual, negando-se provimento até mesmo em sede de demanda cautelar de exibição de documentos.

⁴⁶ MINAS GERAIS, TJMG – Ap. Cív. 2.0000.00.361620-0/000(1) – Rel. Mauro Soares de Freitas – j. em 27.05.2004.

⁴⁷ Conforme Rosalice Fidalgo Pinheiro; “Sob o manto da dicotomia público e privado, o Estado de direito é, ao mesmo tempo, Estado da legalidade e da liberdade. A burguesia elege o privado como espaço privilegiado de suas relações jurídicas, apartado de toda a interven-

Pertinente ressaltar estar absolutamente caracterizada uma relação de consumo. É que, não obstante a avença seja firmada entre duas empresas, os beneficiários diretos serão os funcionários, associados ou aderentes, aliás, se afiguraria bastante singular considerar como consumidora a empresa contratante. Cogitar que uma pessoa jurídica possa ser diagnosticada por um médico é hipótese afeta tão-somente ao campo da ficção científica. Não há motivo de os beneficiários últimos do plano (isto é, os empregados da empresa) não disponham de direitos próprios em relação àquele que primordialmente lhes é destinado. Não possam, em última análise, ser considerados consumidores, com toda a proteção legal que tal condição concede, cria uma situação discriminatória e consequentemente injusta⁴⁸.

Sem razão a tentativa de afastar a incidência das normas do CDC aos contratos coletivos. Trata-se de relação contratual complexa, submetida aos vários diplomas legais citados, que agem de forma interativa entre si, em verdadeiro *diálogo de fontes* normativas⁴⁹ para tutelar o beneficiário de plano de saúde, ainda que não seja celebrante, o consumidor-trabalhador aderente indireto.

5 CONCLUSÃO: PROBLEMATIZAÇÃO DA BIPARTIÇÃO DA “APÓLICE” DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO E FUNDAMENTOS PARA DESCONSIDERAÇÃO CONTRATUAL EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR-TRABALHADOR

É indevida a aplicação integral e imediata aos planos de saúde do regime do contrato de seguro, em vista da sua acentuada diferenciação. A simples proximidade das figuras não justifica a identidade de tratamento jurídico. Nesse diapasão, no tocante ao equilíbrio econômico, tem-se que se apresentam inicialmente extremamente vantajosos à operadora, gradativamente aumentando os procedimentos médicos a serem

ção estatal, no qual exerce, livre e ilimitadamente, sua liberdade negocial". (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A boa-fé como "um mar sem fronteiras" e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Crítica Jurídica*. Curitiba, v. 24, p. 199-226, 2005, p. 201)

⁴⁸ SÃO PAULO. TJSP – Ap. Cív. 2554654/1-00 – Voto 15.366 – Rel. Joaquim Garcia – j. em 22.10.2008.

⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo/SP, v. 51, p. 34-67, 2004. MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al* (Org.). *Saúde e responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 71-158.

cobertos. Em vista do modo como se apresenta tal relação, verifica-se ofensiva à boa-fé a resilição unilateral injustificada do contrato.

As possíveis similaridades entre o plano de saúde e o seguro não justificam a identidade de tratamento jurídico, mormente diante do caráter especialíssimo dos contratos de assistência suplementar privada. Inspiram-se os contratos de plano de saúde por racionalidade própria, consoante decorre de seu objeto indissociável ao direito à vida e à saúde⁵⁰. Paradigmática, nessa esteira, a Súmula 302 do STJ a qual consagrou a impossibilidade de limitação do tempo de internação em unidade de terapia intensiva (UTI)⁵¹, e a fundamentação ao análogo repúdio à restrição do valor de custeio⁵².

Abusiva a tentativa de vincular o valor das mensalidades e da “taxa de sinistralidade”, nos contratos de planos de saúde coletivos quando se segmenta certo grupo após vários anos de prestações continuadas⁵³. A desconsideração contratual da bipartição encontra robusto embasamento no déficit de autodeterminação que culmina no aviltamento da boa-fé e função social do contrato de consumo de “seguro-saúde” em grupo. Irrrazoável, portanto, admitir-se a subdivisão do contrato coletivo em segmentos diferenciados, concentrando o grupo de maior sinistralidade, como estratégia para a elevação do plano ou, mesmo, como subterfúgio para impelir a exclusão diante da impossibilidade do pagamento após a abusiva elevação.

A bipartição viola a boa-fé ao frustrar as expectativas dos contratantes. Igualmente, é desleal, eis que altera as regras da relação contratual após prolongado tempo, forçando a extinção do vínculo dos usuários que não proporcionam a mesma taxa de lucratividade, bem como fere o conteúdo normativo descrito no art. 31 da Lei 9.656/98, que assegura aos aposentados os mesmos direitos e garantias de quando estavam na ativa.

⁵⁰ SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. II, p. 345-381.

⁵¹ BRASIL. STJ – 2ª Seção – Súmula 302 – j. em 18.10.2004, DJ 11.04.2004.

⁵² BRASIL. STJ – REsp. 326.147/SP – Rel. Aldir Passarinho Junior – 4ª T. – j. em 21.05.2009, DJ 08.06.2009.

⁵³ Ronaldo Porto Macedo Jr. traça a distinção entre os contratos descontínuos e relacionais nos quais a influência do tempo altera as expectativas, a confiança e, por conseguinte, o comportamento dos contratantes. Nesse passo: “(...) nos contratos relacionais o problema é esperado tácita ou expressamente enquanto um aspecto normal da vida. O problema é esperado e seus efeitos, também esperados, geram necessidade de um novo planejamento e uma nova resolução para conflitos emergentes. A expectativa de problemas leva à consideração de processos para lidar com eles, como a cooperação e outros métodos de solução, como procedimentos para reparação de reclamações e negociações coletivas”. (MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 169)

É incompatível com a função social dos contratos permitir-se a desigualdade entre integrantes e de uma mesma categoria laboral, como meio para justificar tratamento anti-isonômico. Ao revés, à luz da contratualidade contemporânea, impende tutelar a parte mais frágil da relação, albergando concomitante de trabalhador e consumidor a refletir em proteção múltipla, adequada e eficaz.

Sabe-se que a continuidade ou permanência do contrato é direito assegurado na esfera dos planos de saúde. No caso objeto do Ag. Ins. 499.683-0, consoante ressaltou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a discriminação dos aposentados, os quais foram segregados para outra apólice, implicará um considerável aumento do prêmio. Esse ato não irá reequilibrar financeiramente a apólice do plano de saúde coletivo. Ao contrário, significará que o equilíbrio financeiro desta apólice nunca ocorrerá, pois sempre haverá maior custo dos usuários do que a arrecadação anual.

A solução coerente e equilibrada é a *desconsideração contratual*, ou seja: a quebra do contrato de assistência médica e hospitalar coletivo dos aposentados, e a migração destes para a apólice originária, da qual foram ilegal e unilateralmente retirados. A *desconsideração contratual* restituirá o tratamento isonômico entre os pares da mesma categoria, bem como resultará equilíbrio financeiro. Com efeito, a “apólice” que contempla maior massa de consumidores, inclusive os ativos, poderá diluir os gastos com despesas médicas e hospitalares dos aposentados, sabidamente mais elevados.

Nesse passo, o exame do AI 499.683-0, julgado pelo TJPR, é significativo da superação do modelo contratual clássico. Ao romper com o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, evidencia que o contratante-celebrante do plano de saúde não é o único contratante, afinal, quem recebe os cuidados médicos é o *aderente indireto*, usualmente chamado “*beneficiário*”, o qual é, sem sombra de dúvida, contratante. Tal denominação não deve conduzir à confusão com a figura da estipulação em favor de terceiro tendo em vista que os ex-empregados assumem o pagamento, ainda que não atuem no momento de celebrar o contrato coletivo.

A dupla vulnerabilidade do ex-empregado, expressa no binômio *consumidor-trabalhador* justifica tutela reforçada. Nessa trilha, sob o crivo da concretude assinala-se que a soma de duas vulnerabilidades não resulta na desnecessidade de tutela. Em face da disparidade de poder, de suma importância a garantia legal dos aposentados de prosseguir no plano de saúde ao qual estavam vinculados no curso do vínculo laboral. Abusi-

va por sua vez a intenção de segregação dos beneficiários em dois grupos (bipartição da apólice), gerando tratamento desigual, em ofensa à Lei 9.656/98, especialmente em seus arts. 30 e 31.

O contrato de plano de saúde coletivo é inicialmente menos vantajoso ao “beneficiário” e mais vantajoso a operadora. Posteriormente, essa relação é alterada. Nessa quadra, não há que se falar em reajuste pautado em “taxa de sinistralidade”, eis que esse critério não acompanha o contrato desde seu início, mas surge apenas por imposição unilateral da operadora de plano de saúde.

Em vista dessa ordem de ideias, plenamente justificado o pedido de manutenção de um único contrato ou, subsidiariamente a migração de todos os beneficiários para a apólice originária. Trata-se de medida apta a resgatar o equilíbrio desta relação contratual, tutelando de modo isonômico os integrantes da relação.

Não deve prevalecer o contrato que bipartiu a apólice originária em duas, havendo a *desconsideração do contrato* discriminatório o qual acarreta indevido prejuízo aos *aderentes indiretos*, os quais, por óbvio, integram a relação contratual. Em oposição ao desprezo aos *consumidores-trabalhadores*, a *desconsideração contratual*, aqui tomada em sentido técnico, a significar que – de modo similar à racionalidade do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil – não prevalece estipulação de bipartição. Acertada, portanto, a declaração de sua invalidade e ineficácia.

6 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Direito do Consumidor e os Novos Direitos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. 2. ed. Rio de Janeiro: ANS, jun. 2008.
- _____. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**. Beneficiários, operadoras e planos. Rio de Janeiro: ANS, mar. 2009.
- CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra (Portugal): Centelha, 1981.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIAS, Luís Otávio. Estratégias individuais de proteção à saúde: um estudo da adesão ao sistema de saúde suplementar. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 405-416.
- GOMES, Orlando. O Destino do Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 5, p. 153-165, 1957.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. 2. ed. rev., ampl. Florionápolis: Boiutex, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, a. 84, v. 722, p. 40-45, dez. 1995. p. 44.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna de Serviços: O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista do Consumidor**. São Paulo, n. 35, p. 61-96, 2000.

_____. Solidariedade na doença e na morte: Sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 187-224.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo/SP, v. 51, p. 34-67, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A boa-fé como “um mar sem fronteiras” e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Crítica Jurídica**. Curitiba, v. 24, p. 199-226, 2005.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUÑES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 151-172, p. 164.

ROOPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra (Portugal): Almedina, 1988.

SCHEFFER, Mário. A exclusão de coberturas assistenciais nos planos de saúde privados. **Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, v. 29, n. 71, p. 231-247, set./dez. 2005.

SCHULMAN, Gabriel; STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. II, p. 345-381.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contrato na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Jurisprudência

BRASIL. STJ. – AgRg no Ag 857.924/RJ – Rel. Min. Sidnei Beneti – 3^a T. – j. em 19.06.2008 – DJe 01.07.2008.

BRASIL. STJ – REsp. 244.847 – Rel. Antônio de Pádua Ribeiro – j. em 19.05.2005 – DJ: 20.06.2005.

BRASIL. STJ – REsp. 326.147/SP – Rel. Aldir Passarinho Junior – 4^a T. – j. em 21.05.2009 – DJ 08.06.2009.

CURITIBA. Justiça Estadual – Autos 425/08 – Juíza Julia Conceição M. e F. Araújo – j. em 14.04.2008.

MINAS GERAIS. TJMG – Ap. Cív. 2.0000.00.361620-0/000(1) – Rel. Mauro Soares de Freitas – j. em 27.05.2004.

PARANÁ. TJPR – 8^a Câm. Cív. – Ag. Inst. 318.198-6 – Rel. Macedo Pacheco – j. em 09.02.2006.

PARANÁ. TJPR – Ag. Inst. 499.683-0 – 8^a Câm. Cív. – Rel^a. Desig. Denise Krüger Pereira – Unânime – j. em 27.11.2008 – DJ 02.02.2009.

RIO DE JANEIRO. TJRJ – Ap. Cív. 2008.001.27977 – 15^a Câm. Cív. – Rel. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz – j. em 07.10.2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS – Ap. Cív. 70006155329 – Rel^a. Ana Maria Nedel Scalzilli – j. em 12.06.2002 – DJ 03.08.2002.

SÃO PAULO. TJSP – Ap. Cív. 2554654/1-00 – Voto 15.366 – Rel. Joaquim Garcia – j. em 22.10.2008.

PROPRIEDADE TERRITORIAL DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS: APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO

Giovanna Bonilha Milano¹

Sumário: 1. A propriedade das comunidades remanescentes de quilombos no plano das titularidades. 2. Marcos jurídicos constitucionais: O art. 68 do ADCT. 3. Constitucionalidade e instrumentos para efetivação dos direitos. 4. O direito ao território quilombola como direito fundamental. 5. Normatividade e auto-aplicabilidade do texto constitucional. 6. Formas de apropriação e a titulação do território quilombola. 7. Referências.

1 A PROPRIEDADE DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS DO PLANO DAS TITULARIDADES

As demarcações étnico-territoriais das comunidades remanescentes de quilombos circunscrevem-se ao reconhecimento constitucional de identidades e à refundação democrática que marcaram o processo de elaboração da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, o reconhecimento do caráter multicultural e pluriétnico do Estado brasileiro não só incorporou ao universo jurídico o direito à diversidade étnico-cultural como também estabeleceu garantias que viabilizassem a concretização destas expressões identitárias em sua capilaridade de manifestações: culturais, religiosas, linguísticas, econômicas e também territoriais.

¹ Mestranda em Direito das Relações Sociais, vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora-bolsista do Núcleo de Estudos em Direito Civil “Virada de Copérnico”.

Daí a contextualização do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que corresponde à garantia do direito ao território conferido aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, sendo-lhes reconhecida a propriedade definitiva por meio da emissão dos respectivos títulos pelo Estado².

Estes avanços constitucionais, todavia, quando aprisionados no texto jurídico em que foram elaborados, nada contribuem para a efetividade na transformação das relações sociais. Para além, é preciso buscar o diálogo incessante entre Constituição, relações privadas e vida concreta, sempre com vistas à construção de um plano jurídico voltado à efetividade e à diminuição de desigualdades.

As demarcações étnico-territoriais constituem, por esta via, elemento desestabilizador das concepções jurídicas tradicionais, em um processo que permite a possibilidade de mudança de perspectiva no foco (de forma e conteúdo) do fenômeno jurídico, pela qual a normatividade se dará também pela informalidade das ações concretas dos atores coletivos, organizados em torno de *valores, identidade e autonomia* que lhes são peculiares³.

2 MARCOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS: O ART. 68 DO ADCT

A gênese da incorporação do art. 68 (ADCT), no texto constitucional de 1988 é marcada por discussões pobres, impasses e incertezas. Segundo informações do deputado federal José Carlos Sabóia, constituinte integrante da Comissão de Índios, Negros e Minorias, o art. 68 teria sido incluído “no apagar das luzes”, em versão “amputada” e sucedida apenas em função da pressão política exercida por representantes do movimento negro, sobretudo do Rio de Janeiro⁴.

Dimas Salustiano da Silva, ao apresentar as memórias do Diário da Assembleia Constituinte demonstra que a primeira iniciativa referente

² Art. 68. “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. BRASIL, Constituição de 1998 – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 68.

³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 119 e ss.

⁴ Cf. ARRUTI, José Maurício. **Mocambo**: antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru, SP: Edusc, 2006. p. 67. Dentre os representantes do movimento negro que contribuíram para inclusão do dispositivo, merecem destaque os parlamentares Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) e Benedita da Silva (PT/RJ).

à matéria (oferecida na forma de Emenda Popular pelo deputado Carlos Alberto Caó do PDT/RJ) utilizava-se da categoria **comunidades negras remanescentes de Quilombo**, e incluía no mesmo artigo a determinação para o tombamento de terras e documentos que se remetessem à história dos quilombos (transposto pela Comissão de Sistematização na forma do art. 216, § 5º).

A delimitação dos sujeitos a que se destina o corpo da lei, aprovada em sua versão final com a redação **remanescentes das comunidades de quilombos**, além de não refletir a organização destes grupos – que se entendem como sujeitos coletivos – empresta caráter residual ou remissidente aos destinatários da norma.

Sobre a questão discorre Walter Rothenburg:

Sujeitos coletivos e direitos metaindividualis ainda causam desconforto para um Direito forjado em molde individualista. Talvez por isso, a redação final do art. 68 ADCT trocou sutilmente de sujeito: a expressão “comunidades remanescentes de quilombos” (onde o núcleo é o termo “comunidades” que se refere à coletividade) foi alterada para “remanescentes das comunidades de quilombos” (onde o núcleo é o termo “remanescentes”, que se refere à indivíduos).

Fato é que, apesar da falta de solidez na construção normativa deste dispositivo constitucional, o texto aprovado ao final dos trabalhos foi o produto possível num cenário político de tensão e embate entre os setores conservadores da Assembleia Constituinte e os movimentos populares. Muito provavelmente tenha imperado entre os constituintes a compreensão de quilombos fundada no senso comum, pela qual as comunidades negras remanescentes não representariam mais do que vestígios de um passado a ser esquecido; populações fadadas ao desaparecimento ou mesmo inexistentes; incapazes de promover algum impacto significativo no estado de coisas e na estrutura fundiária nacional⁵.

Esta tese se fortifica na constatação de que, por mais de sete anos após o reconhecimento constitucional, o dispositivo referente à titulação quilombola continuava na mais absoluta inaplicabilidade; não obstante a gravidade das denúncias de violências físicas e morais a que estas comunidades se viam submetidas por conta dos conflitos fundiários, e os renovados pedidos de aplicação do art. 68 para efetivação do direito territorial.

⁵ SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996, p. 129.

Ilustra tal situação a ementa do discurso do deputado Paulo Rocha (PT/PA), proferido em plenário do Congresso Nacional em 09.08.1991⁶:

Denuncia a expulsão dos descendentes de escravos fugidos e organizados em quilombos em Oriximiná, PA, a partir dos anos 60 e 70 em consequência da instalação, em suas terras dos grandes projetos agropastoris e mineradores, tal como Andrade Gutierrez, podendo-se agravar com a chegada de outras mega-empresas do setor minerador como Alcoa que prevê uma ocupação de 139.000 hectares da floresta à margem do rio Trombetas, dentro dos limites quilombola, para a exploração de bauxita complementada pela construção da hidrelétrica de Chuvisco no rio Erepecuru cobrindo os castanhais donde a comunidade negra retira importante contribuição à sua sobrevivência. (...) Pede que seja regulamentada, conforme dispositivo constitucional, a demarcação de terras dos remanescentes dos quilombos. (grifo nosso)

Apenas em 1995 é que se iniciam as primeiras tentativas de operacionalização do art. 68 do ADCT, com a elaboração do Projeto de Lei 129/95, e dois anos mais tarde o Projeto 3.207/97, ambos vetados integralmente pelo então Presidente da República com base em razões de inconstitucionalidade suscitadas pela Casa Civil e pelo Ministério da Cultura⁷.

Neste mesmo ano inaugura-se o marco jurídico infraconstitucional no âmbito federal acerca desta temática, com a edição da Portaria do Incra 307, de 22.11.1995, que determinava a medição, demarcação e titulação das comunidades remanescentes de quilombos insertas em áreas públicas federais, bem como a criação do Projeto Especial Quilombola para auxiliar neste processo.

Este instrumento esteve em vigor até 1999⁸, oportunidade em que a décima primeira edição da Medida Provisória 1.911/99 atribuiu ao Ministério da Cultura a competência para titular as terras de quilombos. No âmago desta decisão, residia a opção política do governo Fernando Henrique Cardoso em não utilizar as desapropriações como instrumento para garantir as titulações quilombolas.

⁶ Discurso citado por SILVA, Dimas Salustiano da. Ob. cit., p. 137.

⁷ Trata-se do veto de 14.05.2002, por alegadas inconstitucionalidades enumeradas pela Casa Civil na Nota SAJ 791/02, o qual foi mantido em 20.05.2004. Cf. Parecer AGU/MC – I/2006. In: DUPRAT, Deborah. (Org.). *Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. p. 44.

⁸ No período compreendido entre 1995 e 1999, o Incra efetivou a titulação de seis terras quilombolas, contemplando dezoito comunidades. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/htm/leis/conheca_quilombos_fed.htm>. Acesso em: 08 set. 2008.

Ainda em 1999, editou-se a Portaria 447/99 pela qual o Ministério da Cultura delegou a competência de cumprimento do art. 68 à Fundação Cultural Palmares⁹. A partir desta orientação, em 2000 a Fundação Cultural Palmares realizou uma série de titulações, sem a realização das respectivas desapropriações ou anulações dos títulos de terceiros, cujo resultado pode ser percebido na constância de conflitos fundiários nestas áreas até os dias atuais¹⁰.

Parece-nos evidente, entretanto, que, apesar da afinidade material entre a Fundação Cultural Palmares e as comunidades quilombolas, a garantia ao território destes povos carece da combinação entre a valorização da identidade e a aplicação de políticas fundiárias, que só serão bem-sucedidas se desempenhadas de forma complementar por uma série de atores competentes na esfera federal, estadual e municipal¹¹.

3 CONSTITUCIONALIDADE E INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Em 10.09.2001, o presidente Fernando Henrique Cardoso editou o Decreto 3.912/01, com o objetivo de regulamentar a titulação de comunidades remanescentes de quilombos, fundamentando-se no parecer da Subchefia para assuntos jurídicos da Casa Civil da Procuradoria da República de n. 1.490.

⁹ A Fundação Cultural Palmares foi instituída pela Lei 7.668, de 22.08.1988, com a aprovação de seu estatuto apenas em 10.01.1992 por meio do Decreto 418.

¹⁰ Dentre as doze comunidades “beneficiadas” pela titulação no período citado, realizada pela Fundação Cultural Palmares, dez convivem até hoje com violentos conflitos fundiários e com a inacessibilidade dos recursos naturais de seus territórios. Cf., **Dados da Comissão Pró-índio de São Paulo**. Disponível em: <http://www.cpisp.org.br/htm/leis/conheca_quilombos_fed.htm>. Acesso em: 08 set. 2008.

¹¹ Esta atuação conjunta entre os atores responsáveis tanto pelas políticas culturais quanto pela regularização fundiária é fundamental na consolidação do consenso entre duas posições teóricas distintas acerca da questão quilombola: “*De um lado, temos a posição primordialista, que está ligada a um uso do quilombo que o toma, em primeiro lugar, como ícone da “consciência” e da “cultura negra”, a uma crítica a democracia racial, que faz com que o “art. 68” esteja associado à idéia de uma reparação da dívida histórica que o sistema escravista deixou ao Estado e à sociedade brasileira. De outro, temos a posição ressemantizadora, que resulta da equação das expressões “terras de uso comum”, categorias de “auto-atribuição”, “novas etnias” e está associada àquela outra genealogia do “art. 68”. Há um largo campo de consenso entre os atores envolvidos nesse debate que está acima ou abaixo desse desentendimento. Todos têm lançado mão da simbologia do 20 de novembro e partilham a convicção da necessidade de uma recaptura do termo quilombo e do “art. 68” que permita contemplar os chamados “quilombos contemporâneos” por meio tanto da proteção cultural quanto da regularização fundiária*”. Cf., ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru: Edusc, 2006. p. 100-101.

O texto normativo do Decreto mantém a postura governamental de não desapropriação de terras particulares para a regularização fundiária das comunidades quilombolas. Entretanto, o maior retrocesso advindo pela edição deste Decreto corresponde à restrição do direito constitucionalmente previsto no art. 68, de modo a limitar o reconhecimento das terras de quilombos àquelas que *por eles* (remanescentes de comunidades de quilombos) *estivessem sendo ocupadas em 1888 e que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos em 05.10.1988* (Art. 1º, parágrafo único, incs. I e II).

O despropósito destas exigências, que analogicamente instituem uma espécie de usucapião aos remanescentes de quilombos, exigindo a permanência de um século nas terras como elemento necessário, é habilmente comentado pelo Procurador Walter Claudio Rothenburg:

O equívoco no decreto aqui é evidente e não consegue salvar-se nem com a melhor das boas vontades. Do ponto de vista histórico, sustenta-se a formação de quilombos ainda após a abolição formal da escravatura, por (agora) ex-escravos (e talvez não apenas por estes) que não tinham para onde ir ou não desejavam ir para outro lugar. Então as terras em questão podem ter sido ocupadas por quilombolas depois de 1888.

Ademais, várias razões poderiam levar a que terras de quilombos se encontrassem, em 1888, ocasionalmente desocupadas. Imagine-se um quilombo anterior a 1888 que, por violência de latifundiários da região, houvesse sido desocupado temporariamente em 1888 mas voltasse a ser ocupada logo em seguida (digamos, em 1889), quando a violência cessasse. Então as terras em questão podem não ter estado ocupadas por quilombolas em 1888¹².

Na verdade o que está em disputa nesta discussão, que permeia a estrutura do Decreto 3.912/01, é a significação que se deseja atribuir à categoria política “quilombo”: Por um lado, a definição de “quilombo histórico”, arqueológico, ligado ao **passado** e preso às *camisas de força da jurídica colonial, da jurídica imperial e até daquela que a legislação republicana não produziu porque achava que tinha encerrado o problema com a abolição da escravatura*¹³. Em contraposição, a interpretação da categoria dos quilombos em sua contemporaneidade, a partir de um

¹² ROTHENBURG, Walter Claudio. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto 3.912, de 10.09.2001. In: Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes. São Paulo: Comissão pró índio de São Paulo, 2001. p. 18-19.

¹³ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Os Quilombos e as Novas etnias, p. 16 In: LEITÃO, Sérgio (Org.). Documentos do ISA n. 05: Direitos Territoriais das Comunidades Negras Rurais. São Paulo: ISA, 1999.

futuro erguido nas bases da alteridade, como resultado de processos de confrontação e não lugares utópicos e despolitizados¹⁴.

Trata-se da luta constante pela ruptura com os arquétipos coloniais que persistem bebendo da fonte normativa produzida pelo escravizador, a quem a categoria do quilombo não possuía outro sentido senão o do etnocentrismo e da criminalização. Importar a aplicação destes conceitos para uma Constituição democrática, que possui como vetor orientador o princípio da *dignidade humana*, além de inconstitucional, é profundamente incoerente¹⁵.

Frente às dificuldades apresentadas neste Decreto, que em sua vigência não resultou na titulação de um território quilombola sequer, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, atendendo às reivindicações das comunidades quilombolas, editou o Decreto 4.887/03 que, revogando o decreto anterior, criou condições para retomada das titulações.

Dentre os notáveis avanços na configuração deste novo texto normativo, encontram-se a delegação de competência do processo de identificação ao reconhecimento para o Ministério de Desenvolvimento Agrário (Incra)¹⁶; a caracterização de remanescentes de comunidades de quilombos pelo critério da autodefinição da própria comunidade e, principalmente, a qualificação jurídica de comunidades quilombolas em conformidade às advertências históricas e antropológicas:

Art. 2º. Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Além disso, para solucionar o impasse frente à incidência de terras de domínio particular em território quilombola, o Decreto prevê em seu art. 13, a avaliação e vistoria do imóvel, reconhecendo a possibilidade de desapropriação, em caso de necessidade. A utilização do instituto da desapropriação, adotada pelo Decreto, está longe de ser uníssona entre os doutrinadores que acabam por sustentar uma série de outras medidas jurídicas mais adequadas ao tratamento da questão.

¹⁴ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Ob. cit., p. 18.

¹⁵ Cf., DUPRAT, Deborah. Em entrevista à Revista de Direito Agrário/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Brasília: Incra, a. 20, n. 20, p. 18. 2007.

¹⁶ Art. 3º. “Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (BRASIL. Decreto 4.887/03, art. 3º)

Walter Rothenburg, é um dos críticos do cabimento da desapropriação, argumentando que, ao declarar a propriedade definitiva das comunidades quilombolas, o texto constitucional suprimiria a necessidade de se desapropriar. Nos casos de comprovada validade de direitos dos particulares sobre as terras – como a detenção de títulos anteriores legitimamente adquiridos ou a presença de posseiros que eventualmente tenham feito benfeitorias – seria legítimo o pagamento de indenização, que além de justa, cumpriria a função de reduzir a possibilidade de conflitos e garantir a efetividade do direito de propriedade das terras aos remanescentes de comunidades de quilombos¹⁷.

Sustenta o autor que o procedimento de desapropriação¹⁸, por seu caráter moroso, tende a frustrar as expectativas tanto do desapropriado – em receber sua indenização – quanto das comunidades em sua intenção de manutenção da posse, já que, a princípio, o momento de consumação da desapropriação vincula-se ao pagamento da indenização pelo Poder Público¹⁹.

Em outra via, Daniel Sarmento, ao tratar da questão, pondera que a aplicação da desapropriação acarreta vantagens práticas relevantes ao processo de titulação, proporcionando maior segurança jurídica em face dos títulos emitidos para as comunidades quilombolas e apaziguando os conflitos possessórios daí decorrentes. Entretanto, reconhece os óbices deste procedimento à efetivação do direito territorial quilombola, na medida em que até o momento do pagamento da indenização pelo Estado, estariam as comunidades submetidas aos efeitos da utilização de instrumentos processuais possessórios e reivindicatórios por parte do proprietário²⁰.

¹⁷ ROTHEMBURG, Walter Claudio. Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 464-466.

¹⁸ “À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 834-835)

¹⁹ Tendo em vista o texto do art. 5º – XXIV da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à “prévia e justa indenização...”, desde logo depreende-se que não se pode consumar antes do pagamento de indenização. Em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. (...) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 858.

²⁰ É verdade que a legislação prevê a possibilidade de imissão provisória do Estado na posse do bem expropriado, seja na desapropriação por necessidade ou utilidade pública (Decreto 3.365/41, art. 15), seja naquela motivada por interesse social (Lei 4.132/62, art. 5º), seja ainda

Com o objetivo de propor remédio a esta questão, garantindo o direito à posse dos remanescentes de quilombos mesmo antes da desapropriação, Sarmento defende que o próprio texto constitucional haveria correlacionado a afetação das terras ocupadas pelos quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, qual seja: a do exercício do direito fundamental ao território, com o uso da terra pelas próprias comunidades, de acordo com seus costumes e tradições. Uma vez reconhecida esta afetação constitucional, aos proprietários caberia apenas o pleito indenizatório em face do Poder Público, não sendo possível a utilização dos demais instrumentos possessórios já citados²¹.

Ainda em defesa da utilização do instituto da desapropriação, eleito pelo Decreto em tela, Aurélio Virgílio Rios pontua que *a desapropriação corresponderia a um resgate da expropriação sofrida pelos quilombos*, considerando que a Constituição Federal não reconhece o direito originário sobre as terras tradicionais que ocupam – como faz com os povos indígenas (art. 231), nem tampouco torna nulos os títulos de domínio dos particulares incidentes sobre o território quilombola²².

Indicados os principais argumentos sobre as vantagens e os ônus do modelo jurídico vigente para a aplicação do dispositivo constitucional, realizaremos a partir de agora a análise da classificação do direito ao território como um direito fundamental e as ponderações acerca da eficácia e aplicabilidade deste artigo.

4 O DIREITO AO TERRITÓRIO QUILOMBOLA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A percepção do território para os povos tradicionais, conforme mencionamos, extrapola a noção imobiliária e se constrói umbilicalmente associada à identidade e à existência das comunidades. Ao dispor sobre o território das comunidades quilombolas, o art. 68 do ADCT remete de maneira inquestionável ao direito fundamental sem o qual não será possível o exercício dos demais direitos pela coletividade.

²¹ na desapropriação para fins de reforma agrária (Lei Complementar 76/93, art. 6º, inc. I). Contudo, estas medidas apenas são cabíveis depois do ajuizamento da ação de desapropriação e do depósito do preço em favor do proprietário, tal como determinado em lei. SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf/view>. Acesso em: 08 set. 2008.

²² Cf., SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 2.

RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flavia; DE SOUZA, Douglas Martins (Coords.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 201.

Neste espectro, Daniel Sarmento defende a ligação imediata entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia do território das comunidades quilombolas disposta no art. 68 do ADCT. Em primeiro lugar, porque se refere à garantia do direito à moradia – componente essencial do princípio da dignidade da pessoa humana – sendo que a retirada dos quilombolas das terras em que ocupam provavelmente os deixaria sem um lugar para morar²³.

Mais importante, entretanto, é o aspecto que considera o significado particular que a terra assume para as Comunidades tradicionais, constituindo-se não apenas em patrimônio tangível – passível de trocas e realocações – mas principalmente, enquanto elemento unificador da coletividade e mantenedor de sua identidade étnica e cultural. Isto faz com que a retirada destes territórios tradicionais transcendia a violação do direito à moradia e corresponda ao etnocídio destes povos, provocando “*crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas*”²⁴.

Desta forma, o desaparecimento de um grupo étnico viola não apenas os direitos dos membros da comunidade diretamente envolvida, mas também toda a coletividade brasileira com a expropriação dos modos tradicionais de “*criar, fazer e viver*”, componentes importantes do patrimônio cultural nacional (art. 215, *caput* e inc. II).

Dalmo de Abreu Dallari, ao avaliar o papel dos direitos fundamentais na Constituição brasileira vigente, os apresenta como a resposta dos constituintes de 1988 aos anseios e aspirações do povo diante das desigualdades e opressões presentes na sociedade brasileira, fruto em grande parte da “acumulação histórica de injustiças” que permeia a trajetória do país. Sugere, a partir daí, que a análise da garantia dos direitos humanos e fundamentais no Brasil impõe a observação histórica dos processos desiguais de formação do território – que se desdobraram em uma série de diferenças regionais, e também no desrespeito com certos segmentos sociais que se inicia com a exploração indígena e continua com a escravização do negro²⁵.

²³ Cf., SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. p. 5 e ss, 2. Parecer disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf/view>. Acesso em: 13 set. 2008.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 6.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. In: GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian (Orgs.). *Debates sobre a Constituição de 1988*, p. 49 e ss.

Na dicção do autor:

Existem no Brasil tantas situações de marginalização e de injustiça social, e isso aparece com tamanha evidencia, que se tem a impressão de que nada de positivo pode ser dito relativamente à situação dos Direitos Humanos. O que existe, de fato, é uma acumulação histórica de injustiças, sendo necessário ir até o inicio do século XIV para perceber e compreender esta trajetória, que teve um mau começo em termos de reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana²⁶.

Frente a esta conexão direta proposta por Dallari, entre a violação histórica de direitos e a instituição de direitos fundamentais, é razoável que a Constituição democrática de 1988, ao garantir o direito territorial das comunidades quilombolas, o faça em *status de direito fundamental*, na medida em que seu exercício contribui diretamente à redução das agressões à dignidade humana, núcleo axiológico da Carta Magna.

A própria incorporação do princípio democrático no Estado de Direito, como atenta José Afonso da Silva, implica a recepção dos direitos sociais e étnicos da população brasileira enquanto direitos fundamentais a serem tutelados e garantidos pela esfera estatal²⁷.

Além disso, o texto constitucional é claro ao assegurar que o rol de direitos fundamentais formalmente arrolados não é taxativo, sendo garantida a evocação de outros direitos decorrentes do regime constitucional ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º).

Nos ensinamentos de Ingo Sarlet, o sistema de direitos fundamentais não se constitui em um sistema autônomo e autossuficiente, mas, em “*um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circundante*”²⁸. Ainda conforme o autor, ao lado dos direitos fundamentais formais, cristalizados no catálogo constitucional, existem os direitos fundamentais materiais, que, embora estejam fora do rol podem ser considerados como fundamentais, dada a importância do conteúdo de suas disposições:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., p. 50.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aquelas que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais²⁹.

O caso do direito ao território das comunidades tradicionais parece se adequar perfeitamente a esta definição. Em que pese não esteja alinhado ao catálogo formal de direitos fundamentais, a relevância de sua disposição bem como a gama de direitos fundamentais que estão atrelados a sua concretização (direito à moradia, direito à diversidade cultural etc.) tornam possível sua classificação como direito constitucional fundamental.

Nesta esteira, adotamos a definição de direitos fundamentais utilizada por Sarlet em sua obra de destaque: **A eficácia dos direitos fundamentais:**

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)³⁰.

A garantia de classificação do direito territorial das comunidades como direito fundamental – ainda que ressalvada a dificuldade de se enquadrar o direito dos Povos tradicionais em um arcabouço jurídico cuja fundamentação originária ainda guarda fortes resquícios de individualismo – fortalece a efetiva interpretação do dispositivo constitucional e acarreta importantes reflexos em sua concretização e aplicabilidade.

5 NORMATIVIDADE E AUTOAPLICABILIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A análise da norma-regra do art. 68 do ADCT traz em si a elucidação de dois debates constitucionais com importantes consequências para sua concretização.

²⁹

SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 92.
SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 89.

Em primeiro lugar, a afirmação de sua **normatividade**, tal como de todo o corpo jurídico-constitucional pátrio, independentemente da localização do dispositivo no texto articulado, nos dispositivos transitórios³¹ ou até mesmo no preâmbulo. Conforme ensina o constitucionalista Paulo Bonavides, é missão da doutrina constitucional contemporânea proclamar a natureza jurídica da Constituição, promovendo a unidade normativa e descartando a possibilidade de existência de *proposições ociosas, sem força cogente*.

Destarte, para além da atribuição de força normativa aos preceitos constitucionais subsiste uma outra questão, referente à aplicabilidade e eficácia jurídica destas normas que deve ser aqui melhor elucidada. Na esteira dos ensinamentos de Ingo W. Sarlet, entende-se por eficácia jurídica “*a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos*”³². Constrói-se a partir deste conceito um binômio entre eficácia jurídica e aplicabilidade das normas constitucionais, a partir do qual estas duas categorias passam a ser tratadas como *duas faces de uma mesma moeda*.

A reflexão sobre a graduação da eficácia jurídica entre as normas constitucionais conduziu os trabalhos de José Afonso da Silva os quais resultaram em proposta, apresentada no fim dos anos 60, de tipologia normativa que sistematiza os preceitos normativos de forma tripartida: (i) normas de eficácia plena³³ – capazes de, por si só e desde a sua entrada em vigor, produzirem seus principais efeitos; (ii) normas de eficácia condita³⁴ – aptas a produzirem seus efeitos essenciais, mas passíveis de res-

³¹ É preciso pontuar que a localização topográfica do art. 68 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser entendida como acidental, na medida em que não está gravada por qualquer cláusula de temporalidade ou circunstancial, sendo seu deslocamento fruto de regras regimentais do processo constituinte. Cf., SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos.** Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996, p. 146.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 253.

³³ “*aquelhas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular*”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101)

³⁴ “*aquelhas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados*”. (SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 116)

trição pelo legislador; (iii) normas de eficácia limitada³⁵ – caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para serem diretamente aplicáveis e produzirem seus efeitos primordiais, carecendo, para tanto, de intervenção legislativa.

Solução diversa foi apresentada por Ingo W. Sarlet segundo a qual a sistematização das normas constitucionais envolve a conformação de duas grandes categorias formuladas sob o critério de densidade normativa dos preceitos. Para o autor, pode-se falar em normas constitucionais de *alta densidade normativa*, que possuem normatividade suficiente para gerar seus efeitos essenciais sem o intermédio do legislador ordinário (mesmo que posteriormente se submetam à restrinibilidade) e normas constitucionais de *baixa densidade normativa* as quais não possuem a normatividade necessária para gerar seus efeitos principais sem intervenção legislativa³⁶.

Em relação às normas que garantam e prevejam direitos fundamentais – como é o caso do art. 68 do ADCT – a própria Lei Fundamental determina (art. 5º, § 1º) sua aplicabilidade imediata, sendo que, segundo parte da doutrina, esta determinação vincula todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, *independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo*.

Deste modo, na observância específica da eficácia jurídica do art. 68 ADCT corroboramos a tese apresentada por Walter Rothemburg, segundo a qual o dispositivo é dotado de evidente aplicabilidade imediata³⁷, que pode ser percebida da leitura de sua redação. O texto normativo apresenta em sua letra, a indicação do objeto do direito (propriedade definitiva das terras ocupadas), o sujeito ou beneficiário (remanescentes das comunidades de quilombos), a condição (ocupação tradicional das terras), o dever correlato (reconhecimento da propriedade e emissão dos respectivos títulos) e o sujeito passivo (Estado, Poder Público).

Diferentemente se posiciona Dimas Salustiano da Silva, para quem o art. 68 do ADCT é comando que envolve normas de eficácia

³⁵ “aqueelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”. *Idem. Ibidem*, p. 116.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 268.

³⁷ Esta posição é adotada por Eros R. Grau, Luis Roberto Barroso, dentre outros. Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 282.

contida, na medida em que, embora tenha o legislador regulado adequadamente os interesses das comunidades, não pontuou a atuação restritiva que pode ser desempenhada tanto pelo legislador constituinte derivado quanto a discricionariedade do poder público³⁸.

De qualquer forma, já há formado considerável arcabouço legislativo sobre a matéria – integrado pelo Decreto 4.887/03 e sustentado pela legislação federal que lhe dá fundamentação de validade³⁹ – determinando satisfatoriamente o *modus operandi* da titulação de terras quilombolas.

A aplicabilidade imediata do art. 68, em face de sua alta densidade normativa, avalia o cabimento do Decreto supramencionado que desempenha, tão somente, a função de regulamentar alguns aspectos do processo administrativo para viabilizar a concretização constitucional⁴⁰.

6 FORMAS DE APROPRIAÇÃO E A TITULAÇÃO DO TERRITÓRIO QUILOMBOLA

A prática comunitária das comunidades remanescentes de quilombos aponta para formas de uso comum da terra nas quais o controle dos recursos básicos não é concentrado livre e individualmente por um de seus membros ou por determinado grupo familiar. Ao contrário, como relata o antropólogo Alfredo Wagner, o controle se dá pela combinação do uso comum de recursos e apropriação privada de bens, a partir de

³⁸ SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos**. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996, p. 142.

³⁹ O Decreto 4.887/03 retira seu fundamento de validade das normas do art. 14, IV, “c”, da Lei 9.649, de 27.05.1988, a qual dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e do art. 2º, III e parágrafo único da Lei 7.668/88 que autoriza o poder executivo a constituir a Fundação Palmares. Cf., Parecer AGU/MC – I/2006, requerido pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República sobre a Interpretação da questão quilombola na Constituição de 1988, constante em DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres Jurídicos: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

⁴⁰ Em maio de 2007, o deputado Valdir Colatto (SC) apresentou o Projeto de Decreto Legislativo de n. 44, com o intuito de sustar a aplicação do Decreto 4.887/03 e consequentemente, anular todos os atos administrativos expedidos com base no referido decreto. A justificativa desenvolvida pelo parlamentar é a de que o decreto em tela exorbitaria o uso de poder regulamentar conferido à espécie normativa dos decretos porquanto regulamentaria direta e imediatamente o art. 68 do ADCT. Todavia, aplicação direta do art. 68 bem como a fundamentação do Decreto 4.887 em leis federais acima mencionadas parece afastar a procedência desta arguição.

normas específicas estabelecidas na teia dos grupos familiares que compõe a unidade social⁴¹.

É frequente a localização de razões históricas para o desenvolvimento de formas coletivas de pertencimento, na medida em que os descendentes das famílias que formaram o quilombo não tenham realizado o formal de partilha e tenham se apropriado do espaço de maneira não individual, com a prevalência dos laços de consanguinidade e compadrio em detrimento dos instrumentos jurídico-formais de sucessão⁴².

Com o objetivo de tutelar essas práticas coletivistas, o Decreto 4.887 (art. 17), determina o reconhecimento do domínio em favor das comunidades com a emissão de títulos coletivos e pró-indivisos, com a obrigatória inserção das cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Ocorre que a indicação de uso comum em todo o território titulado adequa-se mais à ideia de comunidade ideal, construída harmônica e unificadamente, que à complexidade das comunidades reais. Nestas, as formas de organização social não correspondem necessariamente a práticas igualitárias e principalmente, nem sempre o espaço do trabalho familiar coincide com o plano de organização comunitária (que pode se desenvolver nos espaços da religiosidade e da cultura, por exemplo)⁴³.

Desta forma, portanto, as comunidades adotam várias formas de pertencimento que variam de acordo com sua formação territorial e com as relações sociais que se estabelecem dentro da coletividade. Estas formas, como alerta Rothenburg, adquirem feições mais ou menos coletivistas que não devem ser aprisionadas na normalização jurídica sob a categoria de apropriação comum. Segundo o autor, sob pena de engessar as práticas comunitárias e assim sufocar a diversidade que se tenta tutelar, a interpretação

⁴¹ ALMEIDA, Alfredo Wagner Bueno de. Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum. In: I Encontro dos Povos dos Fazendeiros, 2005, Irati. Anais. Irati: IAP, 2005. p. 126.

⁴² ROTHEMBURG, Walter Claudio. Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PLOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 466.

⁴³ A título de ilustração recorremos ao exemplo da Comunidade Quilombola de João Surá, localizado no município de Adrianópolis-PR, na qual as práticas de agricultura são realizadas de forma individual a partir da organização de unidades familiares dentro do território. Para o aprofundamento nas práticas de agricultura desta comunidade, consultar: FIDELIS, Lourival. *Agricultura quilombola e suas interfaces com a agroecologia: História e tradições ligadas a agricultura tradicional do Quilombo João Surá*, 2006, 61f. Monografia (Especialização em Educação do Campo e Agricultura Familiar e Camponesa). Programa de Pós-Graduação em Agronomia – Produção Vegetal, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

que deve prevalecer é a adoção da apropriação coletiva como modelo ordinário (por ser mais protetivo) a ser utilizado pelo poder público, “desde que corresponda à realidade e às expectativas da comunidade”⁴⁴.

Quando adequada às relações sociais da comunidade, a titulação coletiva dos territórios quilombolas oferece grandes benefícios, pois favorece o sistema comunal de utilização da terra e, principalmente, impede o fracionamento do espaço em pequenos lotes individuais, contendo os avanços dos agentes de especulação imobiliária sobre a comunidade. O importante, nesta questão, é a afinação do direito com as práticas sociais, evitando-se a imposição de fórmulas jurídicas pautadas em organizações irreais, construídas sobre a ficção de uma comunidade ideal.

A mesma observação deve ser tecida a respeito do parágrafo único do art. 17 (Decreto 4.887) que prevê a necessidade da representação das comunidades na forma de associações legalmente constituídas. Se o esforço jurídico empreendido no Decreto caminhou para a incorporação de formas coletivas de organização, a obrigatoriedade de organização no modelo jurídico-formal de associações se coloca na contramão deste raciocínio. A complexidade social acaba comprimida por uma construção jurídica que transforma o coletivo em individual ao interpor à comunidade sua cristalização em pessoa jurídica de direito privado.

Os arranjos coletivos de pertencimento, possíveis e comuns nas comunidades de quilombos, desafiam os institutos modernos do direito privado e impõem a releitura de categorias essenciais – como os direitos subjetivos⁴⁵ e a propriedade privada – fundadas sobre o marco do individualismo e insuficientes para compreensão destas realidades.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Os Quilombos e as Novas etnias. p. 16. In: LEITÃO, Sérgio (Org.). **Documentos do ISA 05: Direitos Territoriais das Comunidades Negras Rurais**. São Paulo: ISA, 1999.

⁴⁴ ROTHEMBURG, Walter Claudio. Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 468.

⁴⁵ Sobre os rumos do Direito civil contemporâneo na questão patrimonial escreve Luiz Edson Fachin: “A tendência social revela sensível horizonte diverso aos titulares dos direitos subjetivos individuais: se trata do exercício da solidariedade social, solfejo para uma nova sinfonia. O conceito de cidadania é continente que abriga essa dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais”. Cf., FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

- . Terras tradicionalmente ocupadas: Processos de Territorialização, movimentos sociais e uso comum. In: **I Encontro dos Povos dos Faxinais, 2005, Iratí**. Anais. Iratí: IAP, 2005.
- ARRUTI, José Maurício. **Mocambo**: antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru: Edusc, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. In: GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian (Orgs.). **Debates sobre a Constituição de 1988**. DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres Jurídicos**: Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais. Manaus: UEA, 2007.
- . Entrevista à Revista de Direito Agrário/Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Brasília: Incra, a. 20, n. 20, 2007.
- FIDELIS, Lourival. **Agricultura quilombola e suas interfaces com a agroecologia**: História e tradições ligadas a agricultura tradicional do Quilombo João Surá, 2006, 61 f. Curitiba, 2006. Monografia (Especialização em Educação do Campo e Agricultura Familiar e Campesina). Programa de Pós-Graduação em Agronomia – Produção Vegetal, Universidade Federal do Paraná.
- RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e Igualdade Étnico-Racial. In: PIOVESAN, Flávia; DE SOUZA, Douglas Martins (Coords.). **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto 3.912, de 10.09.2001. In: **Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes**. São Paulo: Comissão pró Índio de São Paulo, 2001.
- . Direito dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf/view>. Acesso em: 08 set. 2008.
- SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição Democrática e Diferenças Étnicas no Brasil contemporâneo**: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra das comunidades negras remanescentes dos quilombos. Dissertação de Mestrado: Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.