

---

# **INTERTEMAS: Revista da Toledo**

---

## **Volume 18**

2013

Presidente Prudente/SP

**ISSN 1516-8158**

# FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE

Diretor Superintendente: Milton Pennacchi  
Diretora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Diretora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Diretora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

## REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Estado, Sociedade e Desenvolvimento  
Temática: Relações Sociais Contemporâneas  
Periodicidade anual

### EDITORES

José Artur Teixeira Gonçalves (FIAETPP)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (FIAETPP)

### COMISSÃO EDITORIAL

Antonio Carlos Segatto (UEM)  
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)  
Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)  
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)  
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)  
Flavio Murilo Tartuce Silva (EPD)  
Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI e FIAETPP)  
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)  
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFSC)  
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)  
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)  
William Santos Ferreira (PUC-SP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

### COMISSÃO EXECUTIVA

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (FIAETPP)  
Yara Pires Gonçalves (FIAETPP)

### EQUIPE TÉCNICA

Fernanda Larissa da Cruz Beppu e Francielle das Neves Silva Silvente (secretárias)

### Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

### Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

### Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – FIAET-PP

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

### Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@unitoledo.br](mailto:nepe@unitoledo.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 18 – 2013

Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2013. 21cm

Revista das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## SUMÁRIO/CONTENTS

### APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

#### I – DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE

<b>MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS. ¿TRÍADA INSEPARABLE?</b> .....	06
Manuel de Jesús CORADO DE PAZ (Universidad del Valle de México)	

<b>EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO UN NUEVO MODELO DE ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	13
Armando Luis Blanco GUZMÁN (Universidad Central de Venezuela)	

#### II – DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE

<b>FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO CONTROLE AMBIENTAL: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA À VISÃO CONTRATUALISTA DE MUNDO</b> .....	37
Cláudio Ribeiro LOPES (UFMS-Três Lagoas/PG-UFF)	

<b>O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ÀS MARGENS DE RIOS: ANÁLISE CRÍTICA DA SITUAÇÃO DO BAIRRO BEIRARIO NO MUNICÍPIO DE ROSANA/SP</b> .....	45
Flademir Jerônimo Belinati MARTINS (FIAETPP/PG-Instituição Toledo de Ensino-ITE/Bauru)	

<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL E A COMPETÊNCIA TERRITORIAL</b> .....	61
Daniel Reus de SOUZA (PG-Universidade Católica de Santos)	

<b>A LIBERDADE RELIGIOSA NA PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO</b> .....	71
Sílvia Araújo DETTMER (UFMS-Três Lagoas)	

<b>A DECISÃO INJUNCIONAL</b> .....	90
Bernardo Silva de SEIXAS (PG-Instituição Toledo de Ensino-ITE/Bauru)	

<b>INTERESSE RECURSAL NAS AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXOS DA LEI DA FICHA LIMPA</b> .....	110
Silas Silva SANTOS (PG-Faculdade de Direito da USP/FIAETPP)	

<b>A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA NA ERA ANTITERROR</b> ....	119
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS-Três Lagoas)	

<b>DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR</b> .....	134
Maryana Chott de FREITAS (G-FIAETPP) e Caíque Tomaz Leite da SILVA (FIAETPP/PG-Universidade de Coimbra)	

<b>A CONSTITUIÇÃO MUTANTE E A DEBILIDADE DE SUA FORÇA NORMATIVA: TRANSTORNOS À SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	157
Fabiana Junqueira Tamaoki Neves (FIAETPP/PG-Instituição Toledo de Ensino-ITE/Bauru)	

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA.....181**  
Isabela Quissi MARTINES (PG-FIAETPP) e Edson Freitas de OLIVEIRA (FIAETPP)

**A UTILIZAÇÃO DAS EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS COMO MEIO DE  
PROVA PRO REO NO PROCESSO PENAL.....202**  
Eloize Teixeira OLIVETTI (G-FIAETPP) e Marcus Vinícius Feltrim AQUOTTI (FIAETPP)

### **III – HISTÓRIA DO DIREITO/LEGAL HISTORY**

**O MARTELO DAS FEITICEIRAS: A DIABOLIZAÇÃO DA MULHER NAS  
ENGENAGENS DA INQUISIÇÃO.....226**  
Neila Cristina dos Santos (G-FIAETPP) e José Artur Teixeira Gonçalves (FIAETPP)

## APRESENTAÇÃO

A Revista INTERTEMAS, cuja edição ora se apresenta ao público acadêmico, reúne artigos nacionais e estrangeiros sobre o Direito, percorrendo o fenômeno jurídico nos mais diferentes aspectos, seja do Direito pátrio, seja do Direito internacional.

A seção de Doutrina Estrangeira da revista traz duas contribuições, uma vinda do México, a cargo do Dr. Manuel de Jesús Corado de Paz, e outra da Venezuela, enviada pelo Dr. Armando Luís Blanco Guzmán. Ambos os artigos dialogam, cada qual à sua maneira, com a questão dos direitos humanos, um investigando a questão da migração e outro tratando do Estado constitucional.

A Doutrina Nacional se inicia com um dossiê sobre Direito Ambiental, reunindo três artigos: *Fundamentos jurídicos do Controle Ambiental*, *O Novo Código Florestal e as Áreas de Preservação Permanente* e *a Responsabilidade civil por dano ambiental e a competência territorial*.

Os demais artigos da seção nacional trazem temas diversificados e de grande interesse à comunidade jurídica, contemplando o Direito Civil, Direito Internacional, Direito Constitucional e Direito Penal.

A edição se destaca, além da qualidade dos artigos, pela diversidade de instituições representadas por seus autores: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Universidade Católica de Santos, Universidade de São Paulo, Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e as estrangeiras Universidad del Valle de México e Universidad Central de Venezuela.

A revista se encerra com um artigo na seção História do Direito, cuja criação foi incentivada pelo fato de a revista ter sido qualificada com Qualis B5 também na área de História, além de já ser ranqueada na área do Direito.

A Comissão Editorial

# MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS. ¿TRÍADA INSEPARABLE?

Manuel de Jesús CORADO DE PAZ<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** This article examines human trafficking and migration in human rights perspective. He discusses the serious violations and their social and legal impacts. Its questions migration, human rights and human trafficking as an inseparable triad.

**Keywords:** Trafficking. Human rights. Migration.

## 1 MIGRACIÓN

La Real Academia Española<sup>2</sup> define el término migración, en su primera y tercera acepción, como acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él y como el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales, respectivamente.

Por lo que al ámbito jurídico respecta, este fenómeno encuentra su principal sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como norma fundante básica de nuestro sistema jurídico, la cual dispone que el ejercicio del derecho de tránsito estará subordinado a las facultades de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración e inmigración<sup>3</sup>.

En este tenor, por paradójico que parezca, la Ley de Migración, de reciente creación<sup>4</sup>, no define qué debemos entender por este fenómeno, sino que opta por referirse al aspecto subjetivo del mismo al definir el término migrante<sup>5</sup>.

Dicho ordenamiento dispone que la política migratoria del Estado Mexicano es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados, mismos que se plasman para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes.

Así pues, esta política debe sustentarse en principios tales como: (i) el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes; (ii) la congruencia, de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el extranjero; (iii) el enfoque integral acorde con la

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Público. Académico de Carrera Tiempo Completo en la División de Posgrado y Licenciaturas Ejecutivas de la Universidad del Valle de México, Campus Tuxtla.

<sup>2</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, consultado el 18 de enero de 2013 en <http://lema.rae.es/drae/?val=migraci%C3%B3n>

<sup>3</sup> Véase artículo 11, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en dicho órgano el 25 de junio de 2012.

<sup>4</sup> Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011, y entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, excepto las siguientes disposiciones: el artículo 10; las fracciones I, II, III y VI del artículo 18; el artículo 21; los Capítulos I y II del Título Cuarto; el último párrafo del artículo 74; los artículos 101 y 102; el artículo 117; el último párrafo del artículo 112; los artículos 126 y 127, y los artículos 149, 157 y 158, los cuales entraron en vigor hasta que se encontró vigente el Reglamento de la misma Ley.

<sup>5</sup> Individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación.

complejidad de la movilidad internacional de personas, responsabilidad compartida, hospitalidad y solidaridad internacional; (iv) la facilitación de la movilidad internacional de personas; (v) la complementariedad de los mercados laborales con los países de la región; (vi) la equidad entre nacionales y extranjeros, a través del reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes en el país; y (vii) la facilitación en el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes.

Ahora bien, si atendemos al caso concreto del fenómeno migratorio que tiene lugar de México a Estados Unidos, algunos factores que lo determinan son: (i) la oferta – expulsión de fuerza de trabajo, dada por la insuficiente dinámica de la economía nacional para absorber el excedente de la fuerza de trabajo y la necesidad de buscar salarios más atractivos; (ii) la demanda – atracción de mano de obra migrante, generada por la evolución de los sectores agrícolas, industrial y de servicios de la Unión Americana y la demanda de fuerza de trabajo inmigrante; y (iii) los factores sociales, que ligan a los inmigrantes con la familia, los amigos, las comunidades de origen y destino<sup>6</sup>.

En esta tesitura, este fenómeno permite reducir las presiones de nuestro mercado laboral al absorber parte del exceso de oferta de trabajo; a la vez que contribuye en la riqueza nacional, con los envíos de remesas<sup>7</sup>.

Finalmente, si nos referimos a la migración, es necesario señalar, por lo que atañe al ámbito geográfico, que nuestro país comparte una extensión de 3,141 kilómetros con los Estados Unidos, en una región desértica con dos principales ríos, el Bravo y el Colorado, que bañan las secas regiones fronterizas; mientras que en la frontera sur cuenta con 1,138 kilómetros, compartiendo frontera con Guatemala y Belice, siendo Tapachula y Ciudad Hidalgo las ciudades con mayor ingreso de inmigrantes provenientes del sur<sup>8</sup>.

## 2 DERECHOS HUMANOS

Hacer referencia a los derechos humanos implica, de manera necesaria, aludir a la dignidad humana, principio según el cual el hombre debe ser visto como un fin y no simplemente como un medio.

---

<sup>6</sup> Cfr. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *Migración de mexicanos a Estados Unidos*, noviembre de 2003, consultado el 18 de enero de 2013, en [http://www.inm.gob.mx/static/Centro\\_de\\_Estudios/Biblioteca\\_Digital/73.Migra\\_causas.pdf](http://www.inm.gob.mx/static/Centro_de_Estudios/Biblioteca_Digital/73.Migra_causas.pdf)

<sup>7</sup> Tepach Marcial, Reyes, El flujo migratorio internacional de México hacia los Estados Unidos, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/14.pdf>

<sup>8</sup> González Oropeza, Manuel, *La frontera sur de México. Migración y derecho*, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/9.pdf>

En este tenor, los derechos humanos son el conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana<sup>9</sup>.

Así, *prima facie*, los derechos humanos están garantizados para todas las personas presentes en un Estado, por lo tanto, también están garantizados para los migrantes, independientemente de su estatus legal o período de estancia<sup>10</sup>, tal como lo dispone nuestra norma fundamental en su artículo 1, párrafo primero: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos<sup>11</sup> reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...”

En razón de lo anterior, es indudable que todos los derechos humanos aplican a los migrantes, sin embargo, existen ciertos derechos relacionados con el movimiento que son particularmente relevantes en el contexto de la migración, por ejemplo: el derecho a la libertad de movimiento, el derecho a buscar asilo, el derecho a la nacionalidad, y el derecho a la unidad familiar<sup>12</sup>.

Los derechos que son relevantes para los migrantes surgen a partir del derecho internacional sobre derechos humanos, derecho sobre trabajadores migrantes, y derecho humanitario<sup>13</sup>.

Pese a lo anterior, es innegable que la migración afecta los derechos de quienes se desplazan, porque facilita abusos, discriminación y malas condiciones de trabajo, vivienda y salud. Así pues, en los hechos, los migrantes enfrentan los abusos de los traficantes y de algunas autoridades nacionales<sup>14</sup>.

Por lo que a nuestra frontera norte respecta, desde los años noventa, Estados Unidos ha fortalecido sus políticas de control migratorio, aumentando así las medidas de vigilancia por las áreas fronterizas tradicionales de cruce de

---

<sup>9</sup> Quintana Roldán, Carlos F., Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 21.

<sup>10</sup> Organización Internacional para las Migraciones, Derechos y obligaciones de los migrantes, consultado el 18 de enero de 2013, en [http://www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v1/V1S05\\_CM.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S05_CM.pdf)

<sup>11</sup> Sobre este término cabe señalar que su utilización no es del todo acertada pues, estrictamente, este vocablo se entiende como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada. Podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados (Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cuarta edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 9)

<sup>12</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Op Cit*.

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

<sup>14</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/8diagnosticoCompleto.pdf>

indocumentados; cerrando los puntos de cruce tradicional y desviándolos a terrenos inhóspitos y peligrosos<sup>15</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva de los derechos humanos, y porque en este caso somos generadores de violaciones y delitos, la situación más grave se presenta en la frontera sur, donde hay importantes movimientos transfronterizos de personas, toda vez que se presentan abusos recurrentes de extorsión, robo, agresión física, intimidación, amenazas, abuso sexual, destrucción de documentos, y detención sin información sobre sus derechos<sup>16</sup>.

Por ende, tal como lo refiere el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos, en su Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/62, el Estado mexicano debe condenar las manifestaciones y actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra los migrantes y los estereotipos que se les suelen aplicar, pero la tarea no termina en la simple condena, sino que va más allá exigiendo que se apliquen las medidas necesarias tendentes a proteger la dignidad de los migrantes.

### **3 TRATA DE PERSONAS**

De acuerdo con la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos<sup>17</sup>, reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la trata de personas es toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación<sup>18</sup>.

Este delito se caracteriza porque (i) el contacto se da bajo engaño y/o abuso, y/o coacción; (ii) puede darse fuera o dentro de un país, es decir, el cruce de fronteras no es necesario; (iii) el dinero para el traslado no es un factor importante sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerce a ser explotada; (iv) la relación entre el tratante y la víctima es mucho más prolongada, generalmente una vez llegada al destino inicia o continúa la explotación; (v) sus víctimas fundamentales son mujeres, niñas y niños y en menor grado víctimas masculinas; (vi) durante el traslado se minimizan los riesgos a la salud y a la vida pero en el largo plazo el impacto físico y

---

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

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Nueva ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012, en vigor al día siguiente.

<sup>18</sup> Por explotación de una persona, atento lo dispuesto en el ordenamiento referido, debemos entender: la esclavitud, la condición de siervo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, la explotación laboral, el trabajo o servicios forzados, la mendicidad forzosa, la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, el matrimonio forzoso o servil, el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, y la experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

psicológico es más prolongado; y (vii) atenta contra la dignidad y los derechos de la persona<sup>19</sup>.

Entre los mecanismos que utilizan los tratantes para controlar a las víctimas podemos mencionar: (i) el uso de la violencia o amenaza de violencia; (ii) la amenaza de ser enviadas a prisión o deportadas; (iii) la amenaza de represalias directas o a sus seres queridos; (iv) el decomiso o retención de documentos; (v) la presión o chantaje por deudas o supuestas deudas; (vi) el aislamiento social y lingüístico; (vii) el suministro de alcohol o drogas; y (viii) la exposición o estigmatización<sup>20</sup>.

Las consecuencias que genera este delito pueden dividirse en (i) aquellas que afectan directamente a las víctimas, tales como: grave violación de derechos humanos, abuso y/o daño físico y/o sexual y/o psicológico, dificultades de reintegración, cosificación de las personas y estigmatización; y (ii) aquellas que afectan a la sociedad, a saber: descomposición del tejido social, costos por recuperación de las víctimas, riesgos de afectación a la salud pública, proliferación y diversificación del crimen organizado, lavado de dinero con un claro impacto en los mercados financieros, aumento de la corrupción, violación de la legislación existente, por mencionar algunos<sup>21</sup>.

Por todo lo anterior, es necesario llevar a cabo acciones tendentes a prevenir la comisión de este delito mediante (i) estrategias destinadas a combatir las causas de la trata a través de la promoción de planes de atención enfocados especialmente a mujeres, niñas y niños y grupos étnicos; (ii) políticas que brinden opciones seguras y legales para migrar así como aseguren estándares de trabajo y protección para las y los trabajadores migrantes en los países de destino; (iii) campañas de educación y sensibilización sobre la trata de personas y sus riesgos.

#### **4 MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS. ¿TRÍADA INSEPARABLE?**

Ante el cuestionamiento relativo a que si la migración, los derechos humanos y la trata de personas constituyen un conjunto de fenómenos estrecha o especialmente vinculados entre sí, podemos responder en sentido afirmativo, pese a que en ocasiones podamos encontrarlos de manera aislada, toda vez esta convergencia cada día es más frecuente, pues estos fenómenos constituyen eslabones que integran una cadena en la cual la dignidad humana se ve pisoteada por un sinnúmero de violaciones, muchas de las cuales ni siquiera son conocidas.

---

<sup>19</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *La trata de personas. Aspectos básicos*, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://www.oim.org.mx/pdf/Aspectos%20básicos%20de%20la%20trata.pdf>

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

<sup>21</sup> *Idem*.

En términos formales, la migración genera beneficios para un Estado, toda vez que se ve nutrido por las remesas que son enviadas desde el extranjero, además de los aspectos multiculturales y de contacto que se generan en el ámbito social, sin embargo, la realidad nos presenta una visión diferente, debido a que gran parte de estos flujos migratorios se llevan a cabo fuera del marco legal, debido principalmente a las carencias económicas de quienes se ven impelidos a dejar su lugar de origen en busca de mejores oportunidades.

Lo anterior deriva en una serie de abusos, tanto por parte de particulares como de las propias autoridades, quienes transgreden notoriamente los derechos fundamentales del ser humano, al exponerlo a situaciones en las que su calidad de persona poco interesa.

Así, algunas autoridades olvidan por completo su función de servicio y tratan de aprovecharse de la situación vulnerable en la que se encuentran estas personas, lo que lleva a considerar que, en muchas ocasiones, el mandato constitucional relativo a los derechos humanos quede simplemente como una caja de buenos deseos, sin que exista una eficacia en su aplicación.

Por lo que a los particulares respecta, éstos se valen de las circunstancias para obtener un beneficio a través de la explotación de los migrantes, cualesquiera que sean los fines de la misma, viendo en las personas simples medios para obtener una ganancia ilícita.

En conclusión, el fenómeno migratorio que no satisfaga los requerimientos que al efecto establecen las leyes, es una causa insoslayable de violaciones a los derechos fundamentales de las personas así como de la comisión de delitos tales como la trata de personas, por ende, se deben revisar las estrategias y políticas públicas en este rubro de tal suerte que el ser humano sea respetado como tal, en el entendido de que somos fines y no simplemente medios.

## 5 REFERÊNCIAS

ALTO COMISIONADO de las Naciones Unidas para los Derechos, *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/62*, consultado el 18 de enero de 2013, en [http://coddehumgro.org.mx/cedh/leyes\\_conveniosdh/migrantes/internacionales/derechos%20humanos%20de%20los%20Migrantes%20onu%20resolucion%202002%2062.pdf](http://coddehumgro.org.mx/cedh/leyes_conveniosdh/migrantes/internacionales/derechos%20humanos%20de%20los%20Migrantes%20onu%20resolucion%202002%2062.pdf)

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cuarta edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

CENTRO de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *Migración de mexicanos a Estados Unidos*, noviembre de 2003, consultado el 18 de enero de 2013, en [http://www.inm.gob.mx/static/Centro\\_de\\_Estudios/Biblioteca\\_Digital/73.Migra\\_causas.pdf](http://www.inm.gob.mx/static/Centro_de_Estudios/Biblioteca_Digital/73.Migra_causas.pdf)

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en dicho órgano el 25 de junio de 2012.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La frontera sur de México. Migración y derecho*, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/9.pdf>

LEY DE MIGRACIÓN publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

LEY GENERAL para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012.

OFICINA del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/8diagnosticoCompleto.pdf>

ORGANIZACIÓN Internacional para las Migraciones, Derechos y obligaciones de los migrantes, consultado el 18 de enero de 2013, en [http://www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v1/V1S05\\_CM.pdf](http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S05_CM.pdf)

ORGANIZACIÓN Internacional para las Migraciones, *La trata de personas. Aspectos básicos*, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://www.oim.org.mx/pdf/Aspectos%20basicos%20de%20la%20trata.pdf>

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F., Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2004.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, consultado el 18 de enero de 2013 en <http://lema.rae.es/drae/?val=migraci%C3%B3n>

TEPACH MARCIAL, Reyes, El flujo migratorio internacional de México hacia los Estados Unidos, consultado el 18 de enero de 2013, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2993/14.pdf>

# EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO UN NUEVO MODELO DE ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Armando Luis Blanco Guzmán<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** The objective of this paper is to analyze the constitutional state and its function of safeguarding human rights. Examines their pragmatic purpose and its complex concept.

**Keywords:** Human rights. Constitutional State.

## 1 INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional es un concepto complejo y al mismo tiempo, axiológico. Complejo, porque es una institución jurídica que se encuentra integrada por una serie de “elementos rectores” (Pérez Royo, 2000, 289), que le son esenciales y que lo informan como “principios fundamentales o estructurales de la Constitución” (Espinoza. 1997. 13). Axiológico, porque esos elementos integrantes tienen una finalidad pragmática, es decir, un cariz funcional, que tiene por objeto asegurar el logro de sus fines. A saber, el goce y la salvaguarda de los derechos humanos.

Para explicar de manera sencilla esta institución suelo utilizar el siguiente ejemplo: Piense en un automóvil y determine sus elementos componentes. Seguramente usted puede visualizar un vehículo con más de dos ruedas, un motor y una caja de velocidades, así como de por lo menos un puesto para el conductor. Ello, no implica que no pueda tener ciertos elementos accidentales, tales como techo corredizo, vidrios eléctricos, dos o cuatro puertas, tracción en dos o cuatro ruedas, aire acondicionado, etc., pero, ciertamente, nunca podrá dejar de tener los elementos que le son esenciales, ya que en tal caso, dejará de ser un automóvil.

Lo propio ocurre con el Estado constitucional, ya que su existencia supone una serie de instituciones básicas, que además, deben funcionar, pues de lo contrario, como en el ejemplo del vehículo, simplemente se pierde su utilidad. Entonces, así como el vehículo tiene por vocación servir de medio de transporte, el Estado constitucional, tiene por objeto garantizar y proteger las libertades ciudadanas. De allí, la afirmación de Rodríguez-Arana (2006, 207), según la cual, los derechos fundamentales son “la esencia misma del régimen constitucional”, ya que toda la organización y funcionamiento del Estado tiene como *ratio* su protección.

En igual sentido se pronuncia el maestro Gozaini (1995. 23) al señalar, que “la principal responsabilidad del Estado es alentar, fomentar y proteger los derechos del

---

<sup>1</sup> Profesor de Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y en el Diplomado de Derecho Procesal Constitucional del Instituto de Estudios Constitucionales Venezolano

hombre” y precisamente, sobre esta relación entre el Estado constitucional y los derechos humanos es que versan las siguientes consideraciones.

## 2 APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como afirmamos en la introducción del presente trabajo, el Estado constitucional es un *supra* concepto, es decir, una institución jurídica que se encuentra integrada por una diversidad de principios que deben ser observados como su mínimo común denominador, esto es, como aquellos componentes estructurales sin los cuales no estamos en presencia de esta forma de Estado. Pero al mismo tiempo, es un concepto axiológico, ya que como afirma Lösing (2005, 57) es una institución “funcional, donde no basta el mero reconocimiento constitucional de las instituciones que lo componen, sino que éstas deben tener vigencia real”. En otras palabras, deben funcionar.

En efecto, el Estado constitucional tiene un contenido dogmático, es decir, “una serie de principios esenciales, innegociables e indiscutibles” (Casal, 2004, 28), que están concebidos para la salvaguarda de las personas y sus bienes, y que como tales, deben ser constatados en la *praxis*, pues como afirmó Bielsa (1943, 154), su vocación es utilitaria o funcional y “si no se aplican, equivaldrían a un medicamento que, no obstante su virtud, no se suministra al que lo necesita para defender su salud”.

Se trata de un Estado que se organiza y actúa conforme a unos principios “supraconstitucionales” (Figueruelo, 2003, 26) que están concebidos para robustecer los derechos fundamentales y al mismo tiempo, para orientar la evolución y el desarrollo de la sociedad. Sin menoscabo del principio de progresividad y por ende, de reconocer que el Estado constitucional no es un “concepto pétreo” (Hassemer, 2005, 57), sino una institución perfectible, que evoluciona y que por tanto, puede incorporar nuevos elementos integrantes, en la medida en que éstos coadyuven en su función garantista de los derechos humanos, puede afirmarse que esta forma de Estado presupone, cuando menos, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, así como el principio de vinculación positiva a la ley, en otras palabras, la sujeción a juridicidad. Luego, el Estado constitucional se organiza conforme al principio de división de poderes y con ello, se somete al control pleno de su actuación y al principio de responsabilidad del Poder Público. Al mismo tiempo, reconoce el principio democrático, así como a la clausula social del Estado y finalmente, al principio de descentralización, como una garantía de eficiencia en el funcionamiento del Estado.

Dada las condiciones que anteceden, el Estado constitucional se opone al modelo “paleopositivista”, que en palabras de Souza (2001, 170), es aquel donde puede hacerse un uso instrumental del derecho para establecer cualquier clase de

régimen autoritario que favorezca los intereses particulares de los gobernantes, verbigracia, legitimando pretensiones de perpetuidad en el poder o el ejercicio omnímodo del mismo.

Constituye así, la decisiva superación del “positivismo jurídico” (Garrido, 1980, 19), caracterizado por dar cabida a cualquier tipo de norma jurídica, independientemente de que su contenido pueda resultar lesivo de los derechos humanos o que permita una involución jurídico-política que dé lugar al establecimiento de Estados absolutistas. Por ende, es a su vez una garantía contra aquello que Radbruch (citado por Hassemer, 2005, 34) denomina “injusticia legal (*nicht-recht=unrecht*)”, es decir, aquella legislación en la cual el derecho se puede reducir a un sistema de dominación mediante el instrumento de la ley (por ejemplo, concentrando todo el poder en una persona y limitando simplemente su forma de actuación pero no su contenido).

Hassemer (2005, 60), lo explica del siguiente modo, el Estado de Derecho puede darse en un “ambiente maquiavélico de dominación a través de la ley. Sin embargo, un Estado así no cumple, ni con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho formal”. En efecto, como quiera que desde el punto de vista meramente formal, el nazismo, el fascismo y el marxismo (entre otros), constituyen Estados de derecho (ya que, como todo Estado, se crean, organizan y funcionan en torno a un ordenamiento jurídico), la doctrina constitucional moderna plantea que el Estado constitucional presupone la consagración de unos principios sustanciales que determinan la axiología de los órganos del Poder Público en favor de los derechos humanos.

Entonces, el Estado constitucional presenta como dos de sus rasgos esenciales: su finalidad humanista y que para lograr su cometido, reconoce un plano superior de juridicidad que se plasma en la Constitución y que por tanto, integra su parte dogmática (la Constitución tiene una estructura compuesta por el preámbulo, que en términos de Duque (2007), es el propósito del pacto político; luego su parte orgánica que como afirma Verdú, es el aparato del Estado, es decir, su estructura organizativa o la arquitectura de las figuras subjetivas y sus funciones; y finalmente, su parte dogmática, que es aquel conjunto de principios jurídicos que inspiran al Texto Fundamental y que determinan su organización y funcionamiento. En términos de Bidart Campos (1995) la confesionalidad del Estado).

### **3 EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Según se expuso anteriormente, el Estado constitucional debe su existencia, al “respeto y garantía de los derechos humanos” (García de Enterría, 2000, 589) y de

allí, que éstos constituyan las “guías fundamentales de la Constitución” (Nieto, 1993).

En otros términos, constituyen el punto de partida sobre el cual se erige la noción del Estado constitucional y por ello Molas (1998, 47) afirma que, denominamos Estado constitucional, “solamente a aquél que garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales”, es decir, aquel que los reconoce y salvaguarda su vigencia.

Significa entonces, que los derechos humanos no son un resultado del derecho positivo, sino que constituyen las ideas fundamentales e informadoras del Estado constitucional. Por ello, indudablemente, son “anteriores al Estado” (Combellas, 1999), toda vez que sirven de “guías al poder constituyente en su actividad creadora” (Bidart Campos, 1983. 277).

En otras palabras, son las bases del régimen constitucional y deben su reconocimiento a la superación de las formas absolutistas del Estado y con ello, a la aceptación de que los individuos no están paternalistamente sometidos a un Estado que tiene el poder de reconocer o no determinados derechos, sino que cada quien goza de independencia en la realización de su destino y por consiguiente, de la libertad de ocupar en la sociedad el lugar al cual pueda llegar conforme a sus aspiraciones y capacidades.

En efecto, haciendo abstracción de la visión historicista que relativiza los derechos humanos según el momento histórico, podemos afirmar que éstos responden a la transmutación de las formas absolutas del Estado (concebidos como medios de dominación y por tanto, como aquello que conviene al más fuerte), hacia una forma que tiene por norte el respeto a la dignidad humana y que en términos del Tribunal Constitucional Alemán (sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69) “está obligado a considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y en su autonomía, con lo cual, no debe ser tratado de manera impersonal o como un objeto, aun cuando esto ocurra con fundamento en buenas intenciones”.

Dicha transmutación, aun cuando no tiene un fundamento absoluto, si encontró en el *ius naturalismo* uno de sus primeras bases teóricas. Así lo afirmó Zagrebelsky (citado por García Figueroa. 2004. 236) al sostener que, “los derechos humanos tienen una filiación *iusnaturalista*”, según la cual, son parte de leyes naturales que han sido otorgadas por gracia divina (ley eterna de Tomas de Aquino) y por tanto, no deben ser desconocidas por los hombres.

Empero, el desarrollo científico de la disciplina jurídica y la intención de sus operadores de escindir al derecho de la religión, dio lugar a una visión moderna, según la cual, los derechos no tienen un origen *supra* natural, sino antropológico. En efecto, en la actualidad no se hace uso de la metafísica para dar respuesta al origen de los derechos, sino que se hace referencia a la naturaleza social y racional del hombre,

para explicar que los derechos son el resultado de experiencias, análisis y en general, de un paradigma social que hace girar todo lo humanamente importante entorno a las personas y traduce todo ese conjunto de valores, en una serie de principios-facultades, que se consideran necesarios para su bienestar y que en consecuencia, pasan a integrar el catálogo abierto de los derechos humanos.

Haeberle (citado por García de Enterría, 1985. 101), lo explica de la siguiente forma, “los derechos humanos no suponen, necesariamente, el reconocimiento de un derecho natural, sino que se basan en el reconocimiento de un espacio abierto que haga posible el desarrollo de las ideas”. Con lo cual, son la expresión de un <pensamiento de posibilidades>, de un <pensamiento de alternativas> y por tanto, son una creación del intelecto humano, un constructo filosófico que responde a los sucesos históricos, a los intereses y a las transformaciones técnicas (entre otros factores), que han dado lugar a reconocer que hay facultades que son “esenciales para el desarrollo de las personas” (Bronfman, 1998, 17) y que por tanto, constituyen las bases de los sistemas jurídico-políticos que propugnan la dignidad humana, entre ellos, el Estado constitucional.

Por ello, Gozaini (1995. 17) afirma, que los derechos humanos son “*supra* positivos”, es decir, que constituyen las ideas fundamentales e informadoras del Estado constitucional. Con lo cual, son “indudablemente anteriores al Estado” (Combellas, 1990) y sirven de “guías al poder constituyente en su actividad creadora” (Bidart Campos, 1995. 277).

#### **4 APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Como sostiene Lösing (2005, 64), los derechos humanos “no son un marco que sea definible con absoluta exactitud”. Antes bien, son una cláusula abierta donde tienen cabida todas aquellas facultades necesarias para el desenvolvimiento inocuo de la personalidad.

Significa que los derechos humanos son una garantía de respecto individual, que como afirma García de Enterría (1985, 47), “tienden a asegurar el libre desenvolvimiento de las personas” y por tanto, permiten su autodeterminación.

Según Haeberle (citado por García de Enterría, 1985. 101), “son la definición de un espacio abierto” donde tiene cabida todo aquello que pueda hacer una persona sin afectar a otra persona y por ende, son igualmente concebidos como los vehículos que permiten la innovación de nuestras esferas jurídicas y con ello, la posibilidad de crear alternativas de actuación conforme a nuestro propio criterio.

De allí, que Aragón (2001) los conciba como “el conjunto de libertades públicas esenciales para el desarrollo de la persona”, con lo cual, no son una expresión

*numerus clausus* del ordenamiento jurídico positivo, sino una garantía del pleno desenvolvimiento de la personalidad. Efectivamente, los derechos fundamentales no responden a un catálogo de situaciones prescritas en la ley, sino que constituye una idea expansiva y creciente que abarca “todo aquello necesario para el desarrollo de una vida constitucional” (Bronfman, 1998, 17). Esto es, que “cada quien viva de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades” (Molas, 1998), con lo cual, se garantiza la autodeterminación de la persona y al mismo tiempo, las prestaciones que debe garantizar el Estado en el marco de la cláusula social para mejorar las condiciones de vida de las personas y en general, el desarrollo de la sociedad.

## **5 CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Del contexto anteriormente desarrollado, podemos deducir como primer signo de los derechos humanos, su preexistencia a la organización jurídico-política de la sociedad, es decir, que como afirma Combellas (1990), son “anteriores al Estado” ya que orientan al poder constituyente en su actividad creadora y en consecuencia, constituyen la guía sobre la cual se construye una forma de Estado que tiene como objeto protegerlos y garantizar su goce.

En efecto, los derechos humanos son el punto de partida de toda la estructura organizacional y funcional del Estado constitucional y por ende, son en términos del Bidart Campos (1983. 277) son una especie de “instancia suprema y legitimadora del poder”. De allí que el maestro González Pérez (1957, 45) los conciba como “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación”, lo cual evidencia, que son, igualmente, superiores al mismo, pues forman parte del “plano superior de juridicidad” (Souza, 2001, 173) que orienta al Estado constitucional.

En tercer lugar, se encuentra su carácter enunciativo, según el cual, “abarcan todas las dimensiones del quehacer humano” (Rene Cassin), es decir, que no constituyen una expresión del derecho positivo o en otras palabras, no deben su existencia al reconocimiento que haga el ordenamiento jurídico de los mismos. Antes bien, son una garantía de libertad, conforme a la cual se le reconoce a cada persona por igual, plena capacidad de autodeterminar su conducta y en consecuencia, de hacer cuanto tenga a bien, siempre que no afecte negativamente otra esfera jurídica.

De este modo, la enunciatividad responde a que los derechos fundamentales se presentan como una infinidad de posibilidades que no son previsibles por el legislador y de allí, que todo aquello que forme parte del libre e inocuo desenvolvimiento de la personalidad, deba ser considerado un derecho humano.

Por tal motivo, técnicamente, no importa si los derechos humanos están taxativamente dispuestos en la Constitución, ya que la enunciatividad no presupone la existencia de

una norma constitucional para dar vigencia a un derecho fundamental. Claro, los Textos Fundamentales conservan lo que Gozaini (1995. 88) reconoce como una “tradición jurídica” que trata de dar fundamento normativo a lo que de hecho existe, ya que en nuestras realidades sociales resulta sumamente difícil garantizar los derechos, incluso teniendo un catalogo exhaustivo de los mismos. Por tanto, imaginemos que pasaría si los borramos de la Constitución bajo la premisa de que por su carácter enunciativo, no ameritan de reconocimiento expreso. Seguramente no faltaría quien afirme que al no estar expresamente consagrados en nuestra legislación, simplemente no tienen aplicación en nuestro Estado.

Luego, indisolublemente vinculada a la enunciatividad, se encuentra al cuarto rasgo fundamental de los derechos humanos, a saber, el principio de progresividad, esto es, el cariz evolutivo que informa a los derechos fundamentales y conforme al cual, “debe mejorarse cada vez más su reconocimiento, protección y tratamiento” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela N° 2504 del 5 de agosto de 2005, caso: Curtis Howard Potter III).

Así, la progresividad, conjuntamente con la enunciatividad, representan la superación de una visión estática o inmutable de los derechos, para propugnar que las libertades públicas, son por naturaleza expansivas y que en consecuencia, tienden ampliarse y en ningún caso a reducirse.

Efectivamente, la teoría general de los derechos humanos propugna elevar el nivel de vida de las personas, lo cual, supone promover la ampliación de las libertades públicas en la medida de las aspiraciones y capacidades de cada persona y del propio desarrollo de la sociedad.

Me parece útil explicar el principio de progresividad a través del ejemplo de un muro donde cada ladrillo representa un derecho fundamental. Los ladrillos de la parte baja del muro, son los derechos de primera generación (a los cuales se hará referencia posteriormente) y sobre ellos, se han erigido, los ladrillos que representan los derechos de segunda generación y a su vez, sobre estos, los de tercera y así sucesivamente, ampliando los derechos y elevando las condiciones de vida. Nuestro muro, crece con la adición de más ladrillos y la robustez del conjunto depende de la integridad de cada ladrillo, tal como ocurre con nuestras esferas jurídicas, donde debe salvaguardarse cada uno de los derechos que la componen.

En quinto lugar, se encuentra el principio de universalidad, que como afirma De Souza (citado por Duque. 2007), “responde a una visión occidental”, según la cual, aun cuando los derechos humanos no sean reconocidos por todos los Estados, si deben ser reconocidos por el Estado constitucional como facultades comunes a todas las personas y por ende, deben salvaguardarse sin discriminación y en condiciones de

igualdad.

Ciertamente, la teoría de la universalidad de los derechos humanos no desconoce el hecho que no todos los Estados garantizan el goce y salvaguarda de los derechos fundamentales, pues conforme al principio de autodeterminación de los pueblos, existen modelos políticos de carácter regresivo que ejercen la soberanía en las condiciones descritas por Bodin (1959) y Maritain (citado por Bars. 1963. 52), esto es, en condiciones absolutistas que consideran a los derechos como posteriores e inferiores al Estado, pues es éste quien los otorga o crea de manera graciosa y discrecional en los términos del derecho positivo.

Entonces, a la luz de estas formas de Estado totalitarias, podría llegarse erradamente a la conclusión de que la universalidad no es una cualidad esencial o primaria de los derechos fundamentales, ya que no son reconocidos en todas partes. Sin embargo, la universalidad, no postula que los derechos humanos son reconocidos por todos los Estados, sino que para el Estado constitucional, todas las personas gozan igualmente de los mismos derechos fundamentales.

De este modo, se presenta como es un elemento teórico que ha viabilizado el goce indiscriminado de los derechos humanos y que incluso, permite acudir ante la jurisdicción internacional, cuando los Estados los lesionan y luego no los protegen o reparan integralmente.

Al mismo tiempo, es un principio que ha orientado la evolución de regímenes discriminatorios hacia modelos de corte garantista, donde se reconoce a la universalidad “como un efecto de igualdad” (Wolff citado por Gettell, R. 1937), en cuanto a que todas las personas gozan de la misma libertad de desarrollo de la personalidad como presupuesto cardinal y básico de una vida constitucional.

Como señala Bilbao (1997. 398), la universalidad es “una de las bases de la teoría general de los derechos fundamentales”, sobre la cual, se postula el equilibrio de las situaciones jurídicas y de allí, su carácter esencialmente relacional, según el cual no es posible la discriminación. Esto es, la diferenciación que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). El motivo de la discriminación es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.

En sexto lugar, los derechos humanos son inalienables, es decir, propios en cuanto forman parte inherente de la persona y del ejercicio de la personalidad. Por ello mismo, son irrenunciables, tanto desde la perspectiva objetiva, como elementos esenciales del ordenamiento (que por progresividad no deben ser desconocidos), así como desde la perspectiva subjetiva, según la cual, independientemente de que no estén siendo efectivamente desarrollados en un momento determinado, siempre están

a disposición para que sean ejercidos por el titular.

## **6 IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

### **6.1 La Libertad y la Igualdad**

Los derechos humanos, son una institución jurídica y como tal, tienen una finalidad fundamentalmente pragmática, pues el derecho, como fenómeno social, logra su objeto a través de la aplicación práctica de sus axiomas y normas. De allí, la afirmación de González Pérez (1957, 38) según la cual, “el derecho ha de ser real. Un derecho que no es real, no es derecho, es utopía”. En otras palabras, el derecho no es poesía o literatura construida al margen de la realidad social, sino que, transita la existencia humana para garantizar que sus postulados desciendan de las “nubes teóricas y se conviertan en técnica jurídica operante” (García de Enterría, 1983, 15).

En este sentido, el reconocimiento de los derechos fundamentales como la esencia del régimen constitucional supone en primer término, garantizar el derecho a la vida, que como afirma Molas (1998), es “la base de todos los derechos” y por tanto, el derecho más esencial, pues de él depende el ejercicio del resto de las libertades públicas, siempre, claro está, que nos refiramos a los seres humanos, ya que en el caso de las personas jurídicas, su constitución es lo que da lugar al ejercicio de su personalidad y en consecuencia, al disfrute de los derechos que puedan ejercer como entes morales que son (libertad de empresa, domicilio, etc., salvo aquellos propios de la naturaleza humana, como vida, salud, etc.).

En este mismo sentido se pronuncia De Esteban (1993, 28), señalando que desde un punto de vista lógico, “la vida es una condición *sine qua non* para la existencia de los demás derechos fundamentales”. Por tanto, es una garantía primaria sobre la cual se sustenta el ejercicio de la personalidad y esto, precisamente nos contextualiza en el hecho de que desde el punto de vista jurídico, la vida no se circunscribe a la mera existencia humana. En otras palabras, no basta con afirmar la presencia biológica de un ser humano y reconocer que tiene vida porque simplemente cumple con sus funciones vitales.

Antes bien, el derecho a la vida tiene como objeto servir de plataforma para una existencia digna y ello inicia con reconocer la libertad individual como un “constitutivo primario del hombre” (García de Enterría, 1994) y por tanto, como “una facultad imprescindible de la personalidad” (De Esteban, 1993, 65), que consiste en la autodeterminación de la persona y “la capacidad que tiene cada quien de adoptar y ejecutar libremente sus propias decisiones” (García Morillo, 2000, 246), siempre que estas no afecten la esfera jurídica de los demás.

De allí, que sea considerada una garantía de respecto individual, que por una parte, posibilita el desarrollo de la personalidad y por otra, garantiza la coexistencia pacífica, pues como sostiene Molas (1998), “puede hacerse todo aquello que no haya sido prohibido” por constituir un hecho lesivo de los derechos de otra persona.

Hauriou (1971, 67), igualmente concibe a la libertad como “un derecho doble faz, que por una parte, constituye una manifestación de confianza en los individuos y en el respeto al arbitrio de cada uno y por otra parte, representa la garantía de que cada persona puede vivir sin sentir temor de otro”, pues todos podemos extender nuestra libertad hasta donde comienza el derecho de los demás.

Supone entonces, el reconocimiento de que la vida es un camino abierto a la independencia y que su devenir, obedece a las aspiraciones y capacidades de cada quien. Según Castillo (1932, 248), equivale a la idea de “soberanía humana” y radica en la capacidad que tiene cada individuo de hacer su destino. Por ende, es un concepto que se encuentra vinculado al respecto de las esferas jurídicas y a la idea de que cada quien viva conforme sus expectativas, riesgos y bondades.

En consecuencia, es un derecho generatriz, ya que de él, derivan otras facultades que son esenciales para el pleno desarrollo de la personalidad, como es la libertad ideológica, igualmente denominada respecto a la razón individual.

Este derecho, es la facultad que tenemos todos, por igual, de formar nuestro propio criterio y por ende, tener una opinión particular sobre las cosas, independientemente del pensamiento de los otros. Con lo cual, la libertad de conciencia no está condicionada por la aceptación que pudieran hacer los demás sobre nuestros pensamientos.

Efectivamente, el derecho a la libertad de conciencia, no presupone un juicio de verosimilitud, validez o legitimidad sobre las ideas de una persona, sino la facultad que tenemos todos, de formar nuestro propio criterio frente a los distintos asuntos con los que tenemos contacto. En concepto de Pérez Royo (2000. 345), es un requisito “*sine qua non* a toda relación jurídica”, pues garantiza que las interrelaciones humanas se desarrollen en el marco de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, Espín (2000. 216), lo concibe como “la posibilidad de desarrollar y mantener ideas y convicciones propias”, es decir, la garantía de no interferencia sobre las creencias particulares. Esto es, lo que Rivero (citado por Robledo. 1998) denomina “la esfera en la que nadie puede inmiscuirse” ya que es la faz interior o puramente personal del derecho. Lo expuesto, deja entrever, que existe una faz exterior de la libertad de conciencia, que se manifiesta, en primer lugar, a través de la libertad de expresión y en segundo lugar, mediante la ejecución de nuestros pensamientos.

Prieto Sanchís (2004. 623), que define a la libertad de conciencia como “el

poder personal conforme al cual podemos escoger o elaborar, por nosotros mismos, las respuestas más convenientes a los interrogantes que plantea la vida personal y social”, no reconoce la existencia de una faceta interna y otra externa del derecho, sino que afirma que la autonomía de pensamiento, es lógica y conceptualmente, una situación previa a la libertad de expresión y de acción. Con lo cual, ambos derechos vienen a ser corolarios de la libertad de pensamiento.

Independientemente que asumamos la posición de Espín o de Prieto Sanchís, la libertad de conciencia, igualmente abarca el denominado derecho a la intimidad, entendido como una garantía de no intromisión sobre nuestros gustos individuales y por ende, de los rasgos que nos definen, con lo cual, es un derecho intrínsecamente vinculado a la dignidad humana, ya que tiende a la protección a nuestras particularidades. Forma parte de aquello en lo que la sociedad no debe interferir, de lo que se encuentra fuera de la injerencia de las demás personas y del propio Estado, verbigracia, las relaciones amistosas, familiares o amorosas. Si se tiene una u otra preferencia sexual, etc.

Supone reconocer la autonomía de las decisiones personales sobre la propia figura y en consecuencia, la manera en que nos presentamos ante los demás. En otros términos, el respeto que debe darse a cada quien sobre aquello que forma parte de su esfera interna. Es decir, la protección que recae sobre todo lo que no es socialmente relevante porque pertenece a la conciencia de cada uno de nosotros.

Por tanto, implica el respeto a nuestros valores personales, nuestra ética, nuestra moral, nuestros sentimientos y en general, todo aquello que forma parte de nuestro patrimonio interior.

Ya desde los efectos externos de la libertad de conciencia, debemos analizar el derecho a la libertad de expresión, concebido como la capacidad de exteriorizar nuestros procesos intelectuales mediante cualquier medio de difusión, sin que pueda imponerse “ningún género de censura” (Aguar. 2002. 121).

En concepto de Duchacek (citado por González-Trevijano. 1993. 136), el derecho *in commento*, supone la posibilidad que tiene todo sujeto de derecho de “comunicar y compartir libremente sus temores y esperanzas”, con lo cual, implica dar a conocer nuestras ideas y opiniones.

De allí, que la libertad de expresión le otorga una “dimensión social y política a los pensamientos” (Torres del Moral. 1996), permitiéndole a las personas expresar sus puntos de vista de manera omnicomprendensiva, es decir, a través de cualquier vía y, por ende, en su concepción más extensa.

Por ello, Bronfman (1998. 81) afirma que el derecho bajo análisis se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual. Por una parte, encontramos el acto de exteriorización

de lo que la persona ha desarrollado intelectualmente y, por otra parte, el derecho a comunicarlo a través de cualquier mecanismo en ejercicio de lo que se conoce como el derecho a la pluralidad de fuentes.

No obstante a lo expuesto, la libertad de expresión, presenta un tercer elemento esencial, como es la garantía a no recibir represalias por opinar sobre cualquier asunto. Ciertamente, la libertad bajo análisis, no se circunscribe a poder exponer nuestras opiniones y además, hacerlo a través de cualquiera de los medios disponibles, sino que supone la seguridad de no ser objeto de retaliación por las ideas manifestadas.

Tal exigencia, responde a las ideas del respeto a la individualidad de cada uno de nosotros y al pluralismo ideológico, según los cuales, cada quien puede tener diversas opiniones sobre un mismo asunto y además, gozar de la posibilidad de expresarlas sin temor a ningún tipo de agravio por parte de aquel que no las comparte.

Ahora, ello en modo alguno implica que este derecho pueda utilizarse para agredir la esfera jurídica de otras personas, ya que como se ha dicho anteriormente, la libertad, en términos generales, se debe ejercer de forma inocua y por ende, sin afectar otras esferas jurídicas, con lo cual, cuando la libertad de expresión causa un agravio a otro sujeto, se incurre en las responsabilidades a que haya lugar. Ciertamente, la libertad de expresión no se ejerce en menoscabo del principio de responsabilidad y por tanto, no implica que puedan irrespetarse impunemente a otras personas, sino que cualquier agravio que pudiera causarse es susceptible del correspondiente reclamo y de exigir las responsabilidades que pudieran derivarse de las consideraciones emitidas.

Otro derecho de ámbito personal que tiene trascendencia externa, es decir, que no se restringe a la esfera íntima de la persona, sino que se refleja en una actuación concreta que modifica la posición física de las personas y sus bienes es el derecho a la libertad de tránsito y el principio de interdicción de sospecha genérica. Este derecho forma parte de la libertad individual y por tanto, de la autodeterminación de cada persona para ir o venir, atendiendo a su propia voluntad. Se extiende a la posibilidad de trasladarse por todo el territorio nacional, modificar el domicilio, así como la residencia e incluso, a salir de la República e ingresar. Lo cual, comprende, de igual forma, el traslado interno o externo de los bienes, es decir, la libertad de movilizar dentro o fuera de las fronteras el patrimonio de cada quien.

Ciertamente, la libertad de tránsito no se agota en el respeto a la movilidad de las personas de acuerdo a sus intereses, sino que comporta, la capacidad de llevar consigo sus bienes, como parte de la disponibilidad de sus derechos patrimoniales y de la garantía misma de libertad de tránsito, pues una persona que no goza de la libre disposición de su patrimonio, ve sustancialmente limitada su capacidad de traslado.

Por otra parte, el derecho al libre tránsito integra el denominado principio de

“interdicción de sospecha genérica” (Molas. 1998. 308), referido a la prohibición de detención arbitraria, esto es, cuando no hay motivos racionales o justificados para una detención. Ello responde, a que el libre tránsito no sólo supone que las personas no vean obstaculizada su libertad de forma arbitraria, sino a la presunción de inocencia, según el cual, toda persona goza *prima facie*, de la apariencia de que su conducta no es contraria a la legalidad y que en consecuencia, para que la autoridad desvirtúe esa apariencia, debe observar que se ha cometido una ilicitud que amerita la intervención de la autoridad, bien *in fraganti* o bien, a través de un proceso de investigación que dé lugar a una orden de detención.

La autodeterminación personal, igualmente supone reconocer el derecho a la libertad económica, como la situación jurídica activa que permite, como principio general, que cualquier persona desarrolle la ocupación productiva de su interés. Para Bassols (1998), es el “poder de afectar o destinar bienes (esencialmente de capital) para la realización de actividades económicas de producción o intercambio de productos y servicios dentro del país o incluso en el extranjero” (lo cual se ve potenciado por la globalización y la mutua dependencia y complementariedad de las economías), con vista a la obtención de un beneficio o ganancia, lo cual, supone por una parte, el derecho a la iniciativa privada, es decir, a emprender o acometer un negocio y luego, a desarrollarlo o instrumentalizarlo a través de una organización económica individual o societaria.

De este modo, supone la libertad de escoger y llevar adelante la actividad civil o mercantil de nuestra preferencia, con lo cual, el principio general es que gozamos de autonomía en la forma en que producimos nuestro patrimonio (lo cual entraña reconocer el derecho a la propiedad). Así lo afirma Hernández (2004. 186), al señalar que “es el derecho subjetivo en cuya virtud los particulares pueden acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido, según su autonomía negocial y cesar en el ejercicio de la misma”.

Significa entonces que, como el resto de los derechos, el punto de partida debe ser siempre su reconocimiento y garantía plena, por lo que, en materia económica, la libertad debe ejercerse “tan ampliamente como sea posible” (Casal. 2009. 155) y sólo podrá limitarse, mediante las normas legales que superen la prueba de la proporcionalidad.

Resulta pertinente citar a Navarro (2001. 300), quien afirma que, el derecho a la libertad económica, “igualmente presupone el reconocimiento del principio de subsidiariedad que comprende, la retracción del estatismo empresarial, así como la interdicción de cualquier iniciativa pública que tienda a eliminarla y por el contrario, obliga al Estado a estimularla, evitando el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales del Estado”.

Lo cual significa, reconocer el principio de subsidiariedad, según el cual, el Estado sólo puede actuar como empresario o comerciante, cuando estamos en presencia de actividades de interés general que no son desarrolladas por los particulares o que son ejercidas por los particulares y estos no logran satisfacer las exigencias que tiene la colectividad en la materia. Ni siquiera, bajo condiciones de fomento.

El marco general de libertad al que hemos hecho referencia y que no ampliamos por razones de espacio, se complementa con otro de los presupuestos cardinales y básicos de la dignidad humana, a saber el principio de igualdad, que como afirmó Hauriou (1971. 67), “es un efecto de la libertad, pues si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales”. Efectivamente, el principio de igualdad, tal como ocurre con el derecho a la libertad, es un reconocimiento al individualismo (que como afirmó Wolff, citado por Gettel -1937- debe ser entendido como una corriente que propugna la defensa de la dignidad humana, para así lograr el bienestar de la comunidad mediante el respeto a los derechos de cada uno de los asociados y no como una teoría que permita subyugar a la sociedad, mediante la supremacía de los intereses privados sobre los intereses generales) y con ello, la defensa de los derechos y bienes de cada persona, frente a la “distribución desigual del poder” (Molas, 1998, 298).

Es por tanto, un efecto de la abolición del sistema de clases del *ancien régime*, que estratificaba a la sociedad y de allí que Bobbio calificara a la igualdad, como el fantasma que quita el sueño a los poderosos, ya que está concebido para eliminar sus privilegios y lograr que todas las personas reciban un tratamiento imparcial.

En palabras de Bielsa (1943. 237) no es más que “una garantía a que no se establezcan excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”, de donde sigue forzosamente, que se trata de un principio que permite a los particulares reaccionar frente a las diferenciaciones arbitrarias.

Significa entonces, que la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie. Si lo hiciera, no se aprobaría ni una sola ley. Lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, “que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia” (Pérez Royo. 2000. 311).

Ciertamente, la igualdad jurídica no implica un trato idéntico, pues como sostiene Bilbao (1997. 398), “lo que prohíbe es la discriminación”, esto es, aquella desigualdad que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). La discriminación, es por antonomasia irrazonable, odiosa y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.

Para Molas (1998. 301), la igualdad “no supone tratar de forma igual aquellas situaciones que son materialmente distintas”. En otros términos, no debe hacerse abstracción de los elementos diferenciadores de las relaciones jurídicas. Antes bien, lo que se encuentra prohibido es la discriminación, es decir, aquella diferenciación arbitraria o injustificada, lo cual tiene como corolarios: a) no asimilar a los distintos y b) no establecer diferencias entre los iguales.

En conclusión, consiste en no ser objeto de discriminación y obtener un “tratamiento imparcial” (Santofimio. 1998. 269) cuando se desea desarrollar una determinada conducta. De allí, que García Morillo (2000. 171) sostenga que la igualdad no debe ser analizada de manera autónoma, sino “de forma relacional, es decir, de manera conjunta con otro derecho, ya que no se viola en abstracto, sino en relación con otra libertad pública”.

Ciertamente, la igualdad no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que “difícilmente puede materializarse en abstracto” (Molas. 1998. 299). Antes bien, debe aparecer adminiculada con otro derecho que se ve menoscabado en relación a otra situación similar.

Ahora bien, la igualdad no se restringe a prohibir la discriminación, sino que además es un concepto radicalmente ajeno al igualitarismo que propugnan los sistemas colectivistas marxistas, según los cuales, debe haber similitud en el reparto económico y en los derechos patrimoniales de las personas.

En efecto, la igualdad constitucional, no tiene por objeto la socialización de los medios de producción, ni la abolición de los derechos económicos y patrimoniales de las personas, que postula el socialismo primitivo o revolucionario, sino que se erige, como se afirmó *supra*, sobre la base del reconocimiento a la autodeterminación y a la individualidad de vivir conforme a las aspiraciones y capacidades de cada persona.

De allí, que como afirma Pérez Royo (2000, 289), el principio de igualdad, no sólo es un “elemento rector del ordenamiento” que protege a los particulares de la discriminación, sino que, es “una técnica de gestión de diferencias, que se basa en la idea de que todos gozamos de la posibilidad de proyectar nuestra individualidad y en consecuencia, de expresarnos conforme a nuestra propia voluntad”.

Efectivamente, la igualdad constitucional, se basa en que los individuos somos diferentes unos de otros y por tanto, tenemos la facultad jurídica de ejercer esas diferencias. Supone el reconocimiento de una condición que nos hace seres humanos, a saber, la dignidad de ejercer nuestra individualidad y por ende, de la facultad de distinguirnos de los demás.

## **6.2 Los Derechos Prestacionales**

La clausula social del Estado constitucional, es un efecto de la superación del Estado liberal (erigido sobre los derechos de libertad e igualdad) y como afirma Brewer Carías (1996, 43) “de la necesidad de resolver la cuestión social que sobrevino a la revolución industrial” y con ella, el nacimiento de los derechos de segunda generación que demandaron el acrecentamiento de las funciones administrativas del Estado en pro de las necesidades de una sociedad a la cual ya no le era suficiente ejercer los derechos autoejecutivos.

Efectivamente, “la necesidad de inyectar justicia a la vida económica y garantizar una existencia humanamente digna” (Durante, 2005, 99), conllevó a que el Estado constitucional asumiera tareas prestacionales irrenunciables para la construcción de una sociedad más justa, en la cual, todas las personas tuvieran acceso a bienes y servicios de calidad, independientemente de su condición social.

De allí, la afirmación de Lasalle (citado por Durante. 2005), según la cual, “el nacimiento del Estado social de derecho liberó al ser humano de la miseria y ha servido como instrumento de transformación social”, pues impuso al Estado el deber de desarrollar una serie de actividades esenciales para el desarrollo de la persona (sin desmedro de los derechos de libertad), garantizando que todas las personas tengan acceso a actividades como la salud o a los servicios educativos (entre otros), aun cuando no dispongan de los recursos patrimoniales para ello.

Ahora bien, contrariamente a lo que propugna el socialismo primitivo o revolucionario, la clausula social no pretende transformar radicalmente la estructura económica general, ni desconocer los derechos de primera generación (libertad, igualdad y propiedad, entre otros), pues el carácter expansivo y progresivo que informa a los derechos humanos, implica que el reconocimiento de nuevos derechos no debe menoscabar a los que ya han sido previamente reconocidos.

En efecto, los derechos sociales o prestacionales no suponen el desmedro de las libertades públicas y por tanto, no es admisible la reducción de los derechos propugnada por el “colectivismo marxista” (Haouriou, 1927, 113), sino la promoción de derechos prestacionales que se adicionan a los derechos de primera generación, para promocionar bienestar económico y social en la población.

Ciertamente, conforme a los principios de expansividad y progresividad de los derechos humanos, se ha erigido la teoría de los derechos prestacionales, para mejorar las condiciones materiales de cada sujeto de derecho y así permitir que desarrolle plenamente su personalidad y autodeterminación (libertad), gozando de servicios universales que se consideran esenciales para todas las personas independientemente de su condición social. Por ello, Schaposnik (1981) afirma que “los derechos humanos (todos), conducen al socialismo (democrático), mientras que el totalitarismo nos aparta de él”.

En otras palabras, la cláusula social del Estado constitucional no pretende ir hacia el socialismo primitivo, ni intenta transformar al Estado en propietario de los medios de producción, ni se ve como promotor de igualitarismo (similitud de condiciones materiales, en lesión de la capacidad y aspiraciones de cada quien), sino como un promotor de igualdad (mismos derechos, incluso los prestacionales y por ende, igualdad de oportunidades, para el desarrollo de la personalidad conforme a las aspiraciones y capacidades de cada quien).

Es en este contexto, que el Estado constitucional asume de manera imperativa e improrrogable una serie de prestaciones universales básicas, que como afirmó la Sala Constitucional del Máximo Tribunal venezolano (Vid. sentencia N° 1631, del 11 de agosto de 2006), “son obligaciones de resultado y no de medio”. Estas prestaciones, principalmente vinculadas a derechos como la salud, la educación, el deporte, el agua potable, el transporte público etc., se informan de los siguientes caracteres:

En primer lugar y como un efecto del principio de igualdad, se encuentra la cláusula de universalidad según la cual, los derechos prestacionales deben ser desarrollados a favor de todas las personas, ya que precisamente, estas prestaciones son asumidas por el estado para garantizar que todos tengan acceso a la salud, a la educación, etc., independientemente de sus condiciones económicas.

En segundo lugar, se encuentra la cláusula de exhaustividad que se refiere a que la prestación de que se trate, satisfaga efectivamente todas las exigencias que puedan tener los usuarios sobre un servicio en particular. En otras palabras, satisfacer de forma integral o sistémica las expectativas que tienen los particulares sobre un determinado derecho prestacional. Verbigracia, que en materia de educación, el Estado no sólo debe otorgar una educación básica, sino que debe ofrecer oportunidades educativas en todas las áreas y a todo nivel (universitario y de posgrado), que garanticen que cada usuario satisfaga su exigencia de acuerdo a sus aspiraciones propias. Lo mismo ocurre en materia de salud, donde no basta que la Administración establezca un sistema primario de atención, sino que debe garantizarse que el servicio de salud pueda atender cualquier condición que pudiera presentarse a un paciente.

En tercer lugar, se encuentra la cláusula de calidad según la cual, se debe garantizar que la actividad se desarrolle en condiciones óptimas, ya que como sostiene Brito Checci (2007. 173), en el Estado constitucional no cabe la “mera atención de estereotipos y los paradigmas constitucionales”, sino que se deben optimizar en la *praxis* las promesas constitucionales y dentro de ellas las de carácter prestacional. En otras palabras, supone el reconocimiento del principio de eficiencia en la prestación del servicio de que se trate.

En cuarto lugar, los derechos prestacionales se encuentran sometidos a un

régimen tarifario directo o indirecto. En efecto, realmente no existe una prestación gratuita, pues todas tienen un costo que se puede pagar incluso sin beneficiarse de la prestación, a través de los impuestos generales o en caso de obtener la prestación concreta, a través de una tasa o precio público, lo que puede suceder es que se pague en atención a determinadas condiciones económicas, sociales una tarifa o precio menor de real, pues el Estado a los fines de garantizar la prestación universal utiliza técnicas como la financiación del servicio universal, de los fondos de compensación o de los subsidios conforme a criterios objetivos de las necesidades y carencias de que deben ser satisfechas. Es por ello que la ONU cuando declara el agua potable y el saneamiento como un derecho humano no establece que su prestación sea gratuita (Hernández-Mendible. 2012. 46), sino que los Estados deberán elaborar mecanismos para que cada persona que reciba el servicio pague conforme a sus posibilidades reales.

A la luz de lo expuesto, cabe agregar, que estas prestaciones son obligaciones del Estado y son exigibles a él. Es decir, es responsabilidad directa del Estado satisfacer las exigencias que tenga la población en materia de derechos prestacionales. Con lo cual, no son extensibles a los particulares, salvo que éstos, en ejercicio de la libertad de empresa, intervengan en un determinado sector, sometiéndose al correspondiente régimen estatutario y con él, a las correspondientes cargas de servicio.

### **6.3 Los Derechos de Tercera Generación**

Si la revolución industrial y con ella, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la sociedad, dio lugar al reconocimiento de una serie de derechos prestacionales que impusieron verdaderas obligaciones de hacer al Estado, las realidades actuales han dado lugar al reconocimiento de los denominados derechos de solidaridad, es decir, derechos *supra* individuales que responden a la necesidad de promover y elevar el nivel de vida de las personas dentro de un contexto más amplio que el personal.

Se trata de derechos que trascienden la esfera individual de las personas y que por tanto, no deben ser observados como garantías particulares o personales, sino como derechos que corresponden a toda la población, considerada en su conjunto. Es decir, como una serie de principios que no son individualizables, sino que están concebidos para el bienestar de la sociedad.

Peces Barba (1999. 188), se refiere a estos derechos como aquellos que tienden a "la reducción de las condiciones de pobreza, de escasez y en general, de las circunstancias que obstaculizan el ejercicio del derecho a una vida constitucional". Lo cual, presupone que el Estado debe proveer de espacios propicios para el desarrollo

armónico de la sociedad y con ello, del mejoramiento de las condiciones habitacionales, de infraestructura, de servicios, de áreas verdes, etc.

En este contexto, los derechos de tercera generación se basan en la idea del progreso humano sostenible, que provea condiciones de buen vivir para las personas, pero que de igual modo, garantice que el usufructo de los recursos naturales se haga de forma responsable con el ambiente y las demás especies.

De allí, que tiendan a la consolidación de un habitat donde puedan satisfacerse las necesidades humanas y con ello, el desarrollo digno del hombre en sociedad y el usufructo del medio ambiente en condiciones progresivas, armónicas y plenas. Con lo cual, supone la lucha contra la toma ilegítima de espacios públicos, la restricción de las actividades contaminantes, la interdicción de la delincuencia y en general, la adopción de medidas idóneas para reivindicar la calidad de vida.

Implican la adopción y el desarrollo de políticas gubernamentales adecuadas para resolver las necesidades de la sociedad y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, a través de la protección del ambiente y del establecimiento condiciones idóneas para que las personas puedan llevar una vida constitucional.

Según lo expuesto, se trata de derechos que tienden a establecer las condiciones idóneas para que los miembros de la sociedad puedan ejercer a plenitud sus libertades individuales, lo cual, implica establecer condiciones ideales de progresividad material, intelectual e incluso de progreso político, a través de la adopción de los sistemas políticos más garantistas de los derechos humanos (esto último ha sido criticado por quienes apoyan la concepción Bodiana de la soberanía (poder absoluto e ilimitado), sin embargo como quiera que modernamente la soberanía está vinculada a la capacidad que tiene el Estado desarrollar las *potestas* en pro del logro de sus fines y éstos no son otros que la salvaguarda de los derechos humanos, hoy se entiende, que en un contexto constitucional, la progresividad política es un derecho que tiende a evitar el establecimiento de regímenes regresivos o contrarios a los derechos humanos.

Igualmente, se reconoce como un derecho *supra* individual, la garantía a la paz, que por una parte, comprende la no confrontación bélica y por otro lado supone el sosiego social o la interdicción de las confrontaciones armadas del Estado contra la sociedad o de organizaciones criminales o vandálicas contra la ciudadanía. El principio de paz social, también implica la racionalización del gasto de defensa y la no proliferación de armas ofensivas.

En otros términos, es el derecho a vivir sin amenazas de conflicto, externo o interno y por ende, a que la sociedad se desarrolle en un clima de no violencia (social o política).

## 7 CONCLUSIONES

Las consideraciones vertidas anteriormente, dan lugar a afirmar que la relación entre los derechos humanos y el Estado constitucional es instrumental, toda vez que éste debe obrar en favor de garantizar el desarrollo de una vida constitucional, es decir, de una vida donde cada individuo pueda desarrollarse conforme a sus aspiraciones y capacidades, gozando de los derechos prestacionales que desarrolle el Estado en pro del mejoramiento de sus condiciones de vida y dentro de un ambiente donde se optimice el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Es una forma de Estado que hace descender de las nubes de la teoría política a sus instituciones fundamentales, para así, hacerlas funcionar en favor de la dignidad humana. En otras palabras, es un Estado con una vocación axiológica, o finalista hacia el efectivo disfrute de los derechos humanos.

Lo expuesto, en modo alguno desconoce que no hay realidades sociales perfectas y que por tanto, todo Estado tiene deudas sociales. Sin embargo, la prevalencia de los derechos en condiciones de universalidad y en general, la actuación objetiva del Estado en pro del goce y protección de los derechos, *versus* la mera enunciación constitucional de las libertades públicas o la garantía de éstas a una minoría de la población, es lo que finalmente evidencia el cariz constitucional, demagógico o incluso absolutista de un Estado.

Para determinar la axiología de los principios fundamentales del Estado constitucional y con ello, la vigencia de los derechos fundamentales, sólo basta aplicar el principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso, que como afirma Casado Ollero (citado por Moreno, 1998, 56), "permite evaluar el ajuste entre los medios empleados y los fines perseguidos".

En efecto, el principio de proporcionalidad también denominado test de compatibilidad con el sistema democrático, permite analizar la legitimidad de las restricciones que se imponen a los derechos, con el objeto de evitar que se afecten desproporcionadamente y para ello, se toma en consideración la necesidad de la restricción, su idoneidad y su racionalidad.

En efecto, al igual que ocurre con el resto de las funciones del Estado, la función normativa no es una potestad caprichosa o arbitraria, sino que tiene como vocación, atribuir competencias a los órganos del Estado para que obren en favor de los derechos fundamentales y de allí, que por definición, no debe desarrollarse con la finalidad de menoscabar los derechos humanos sino de salvaguardarlos y garantizar su goce inocuo. En este contexto, cuando el legislador observa la necesidad de una regulación determinada, debe observar el principio de proporcionalidad, que supone lo siguiente:

En primer lugar, la regulación debe ser necesaria, es decir, debe haber una exigencia frente a la cual el Estado, en vez de mantener abierto el disfrute de un derecho (ya que ese es el principio general o estimularlo, para optimizar su goce), debe legislar sobre una materia imponiendo límites a la esfera jurídica de los particulares. Tal situación, sólo es legítima, cuando no existe una medida alternativa menos gravosa e igualmente idónea, pues de lo contrario se estará imponiendo una “restricción injustificada” (Casal. 2009. 79).

Ciertamente, el sub principio de necesidad es un parámetro que legitima la restricción de una libertad pública, siempre que el Estado no tenga otra vía para lograr una finalidad concreta, ya que de ser así, debe aplicar el principio *pro hominis* y optar por aquella actuación que no afecte la posibilidad de ejercer los derechos conforme a la autodeterminación de las personas.

De no ser posible otra medida, sino la de dictar una regulación que incida sobre un derecho fundamental, debe atenderse al segundo sub principio de la proporcionalidad, esto es, que la regulación que se establezca sea idónea, es decir, que sea apta para los fines que busca la regulación. Tal exigencia supone la adopción de medidas legislativas pertinentes y oportunas.

Según lo expuesto, la idoneidad, es un parámetro de utilidad, que permite valorar si la regulación que se pretende adoptar sirve para el logro de los objetivos previstos por el legislador y en consecuencia, si es una medida apta y no una restricción inútil de la libertad personal.

Luego, el principio de proporcionalidad se complementa con la exigencia de racionalidad, la cual, conduce a que se pondere globalmente la disposición que se quiere adoptar y se valore, por una parte, la limitación en sí misma y luego, la finalidad que se busca. Tal análisis, debe determinar si el fin que se persigue es suficientemente significativo o si por el contrario, la restricción es excesiva y por ende, desproporcionada. Nuevamente, en términos de Casal (2009. 79) “implica hacer un balance entre los medios y los fines”.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad, igualmente se aplica en la satisfacción de los derechos prestacionales y de los derechos de solidaridad, permitiendo evaluar si se están atendiendo las necesidades de la sociedad, si dicha atención es idónea, es decir, que sea la más apta para satisfacer las necesidades que se presentan y finalmente, si las medidas que se adoptan son suficientemente significativas o si por el contrario, son desproporcionadas por abusivas o por insuficientes.

Si aplicamos el test de proporcionalidad a nuestras realidades sociales, podremos determinar si efectivamente estamos o no ante un Estado constitucional que privilegia como fin último de su actuación la prevalencia de los derechos humanos,

pues como señala Gozaini (1995. 86), “los derechos proclamados no significan nada si no tienen asegurado el disfrute”.

## REFERÊNCIAS

Aguar A. (2002). *La libertad de Expresión*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Aragón. M, (2001). *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Madrid: Editorial Civitas.

Bassols, M. (1998). *Constitución y Sistema Económico*. Madrid. Editorial Tecnos.

Bars, H. (1963). *La Política Según Maritain*. Barcelona. Editorial Nova Terra.

Bidart, G. (1995). *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires.

Bidart, G. (1983). *Valor, Justicia y Derecho Natural. Buenos Aires*. Ediciones Ediar.

Bielsa, R. (1943). *El Orden Político y las Garantías Constitucionales*. Sta. Fe Argentina: Universidad Nacional del Litoral.

Bilbao, J. (1997). *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*. Madrid.

Bodin, L. (1959). *Histoire Des Idées Politiques*. París. Editorial Presses Universitaires de France.

Brewer. A, (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

Brito Checci, M. (2007). Constitución y Derecho Público: Cumplimiento de las Promesas. *Derecho Administrativo Latinoamericano*. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Ediciones Paredes.

Bronfman. A. et al. (1998) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees.

Casal, J. (2004). *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

Casal, J. (2009). *Los Derechos Humanos y su Protección*. (2º edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Castillo Alonzo, G. (1932). *Derecho Político y Constitucional Comparado*. Barcelona: Tercera Edición.

Combellas, R. (1990). *Estado de Derecho Crisis y Renovación*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.

De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). *Curso de derecho Constitucional Español II*. Madrid.

- Duque, R. (2007). Postulados y Principios. El Sistema Constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana. **Derecho Administrativo Latinoamericano**. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Ediciones Paredes.
- Durante, A. (2005). **Lecciones de Constitucionalismo Social**. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Espín E. (2000). **Derecho constitucional**. 4º Edición. Valencia.
- Espinoza, A. (1997). **Derecho Constitucional en Alemania y Austria**. Caracas. Ediciones Principios.
- García, A. (2004). Principios y Derechos Fundamentales. **Constitución y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García de Enterría, E y Fernández, T. (2000). **Curso de Derecho Administrativo** (7º Edición. Tomo II). Madrid: Editorial Cívitas.
- García de Enterría, E. (1985). **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional** (3º Edición). Madrid: Editorial Cívitas.
- García de Enterría, E. (1983). **La Lucha contra las Inmunidades del Poder** (3º edición). Madrid: Editorial Cívitas.
- García de Enterría, E. (1994). **Revolución Francesa y Administración Contemporánea** (4º Edición). Madrid: Editorial Cívitas.
- García Morillo, J. (2000). Los Derechos de la Libertad (I). La Libertad Personal. **Derecho Constitucional** Vol. I. Valencia: Cuarta Edición.
- Garrido Falla, F. y otros (1980). La Posición Constitucional en la Administración Pública. **La Administración en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gettell, R. (1937). **Historia de las Ideas Políticas**. Barcelona. Editorial Labor.
- González Pérez, J. (1957). El Método en el Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública N° 22**. Madrid.
- González-Trevijano, P. (1993). **Curso de Derecho Constitucional Español II**. Madrid.
- Gozaini, O. (1995). **El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos**. Universidad Autónoma de México. México.
- Hassemer, W (2005). Jurisdicción Constitucional en una Democracia. **La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho** (1º Edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Hauriou, A. (1971). **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Barcelona. Editorial Ariel.
- Hauriou, M. (1927). **Derecho Público Constitucional**. Madrid: Editorial Reus.
- Hernández, J.. (2004). Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica. **VII Jornadas Internacionales de derecho Administrativo "Allan Randolf Brewer Carías"**. Caracas: Ediciones Funeda.

Hernández-Mendible, V. (2012). El Servicio Público Domiciliario de Agua Potable y Saneamiento. **Los Servicios Públicos Domiciliarios**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

Figueruelo, A. (2003). Crisis de la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. **Revista de Derecho Constitucional N° 8**. Caracas: Editorial Sherwood.

Lösing, N. (2005). La Jurisdicción Constitucional como Contribución al Estado de Derecho. **La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho** (1° Edición). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Molas, I. (1998). **Derecho Constitucional**. España: Editorial Tecnos.

Moreno J. (1998). **La Discrecionalidad en el Derecho Tributario**. Editorial Lex Noca. Madrid.

Navarro, E. (2001). La libertad Económica y su Protección. **Revista Chilena de Derecho**. N° 28. Peces-Barba, G. et al. (1999). **Curso de Teoría del Derecho**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.

Pérez Royo, J. (2000). **Curso de derecho Constitucional**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.

Prieto Sanchís, L. (2004). La Libertad de Conciencia. **Constitución y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Robledo, A. (1998). **Diagnóstico Genérico de los Derechos Humanos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la universidad Nacional Autónoma de México. México.

Rodríguez-Arana, J. (2006). Los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho y el Derecho Administrativo Constitucional. **El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Santofimio, J. (1998). El Derecho a la Defensa en las Actuaciones Administrativas. **IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolf Brewer Carías"**. Caracas: Ediciones Funeda.

Schaposnik, E. (1981) Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. **Revalorización Libertaria del Socialismo**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Souza, M. (2001). **El Uso Alternativo del Derecho** (1° Edición). Bogota: Editorial Unibiblos.

Torres del Moral, A. (1996). **Introducción al Derecho Constitucional**. Madrid: Universidad Complutense.

Tribunal Constitucional Alemán. Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2504 del 5 de agosto de 2005, caso: Curtis Howard Potter III.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Sentencia Sala Constitucional N° 1631, del 11 de agosto de 2006, caso: Héctor Acacio Delgado Patiño.

# FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO CONTROLE AMBIENTAL: UMA PROPOSTA ALTERNATIVA À VISÃO CONTRATUALISTA DE MUNDO

Cláudio Ribeiro Lopes<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com este trabalho busca-se traçar algumas ideias sobre a dimensão diferenciada do ambiente enquanto bem jurídico de matiz constitucional e a possibilidade de uma tutela jurídica especializante para a sua salvaguarda e promoção.

**Palavras-chave:** Ambiente. Tutela jurídica. Fundamentos.

**Abstract:** This article just take some ideas about the diverse level from environmental like a constitutional law value and it's possibility for a especiality law preservation to make the safety and promotion to the environmental things.

**Keywords:** Environment. Preservation law. Foundations.

## 1 INTRODUÇÃO

As sociedades humanas tem por necessidade a busca pelo controle da vida de relação. O ambiente, atualmente, não poderia ser relegado a um plano secundário, no que respeita à tutela jurídica que, numa última análise, refere-se ao controle das atividades desenvolvidas pelo ser humano e que podem gerar degradação ou mesmo alterações ambientais significativas.

Assim, o conhecimento do ambiente, bem como, as relações que o ser humano desenvolve com seu entorno, tem por fundamento e limite a tutela jurídica, sem a qual, se estaria diante de uma condição de não-vida, isto é, de completa abertura a excessos e exageros intermináveis, com consequências as mais funestas e o próprio comprometimento final de toda a viabilidade da vida no Planeta.

Logo, tutelar o ambiente por meio do ordenamento jurídico parece ter se tornado não apenas uma necessidade premente, como, também, um meio de promoção de seu desenvolvimento equilibrado. Estas, talvez, as tarefas hercúleas a serem enfrentadas pelo direito na atualidade: não apenas preservar, mas, sobretudo, defender, preservar e desenvolver o meio ambiente.

## 2 A CONCEPÇÃO DO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO

### 2.1 Dignidade Constitucional do Bem

Pode-se partir de um pressuposto de que a finalidade essencial do direito seja a proteção de bens jurídicos. A elevação de determinado interesse à categoria de

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF, Mestre em Direito: Tutela de Direitos SupraIndividuais pela Universidade Estadual de Maringá, professor assistente na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Câmpus de Três Lagoas e membro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito - ABRASD.

bem jurídico tutelado pelo direito deve ter por premissa uma eleição quanto à dignidade do bem.

Assim, em se tratando do ambiente, certo é que se trata, de forma pressuposta, sem dúvida, de um bem jurídico. Galgou este *status*, isto é, passando de mero interesse para a condição de objeto de tutela do direito a partir da consideração elementar de sua característica de imprescindibilidade para a vida humana.

Nessa perspectiva, segundo Rui Carvalho Piva, “o ambiente reflete uma nova ordem de interesses que o direito protege” (2000, 109). Infere-se deste posicionamento que, efetivamente, há uma eleição quanto à identidade e grandeza do bem que se quer tutelar por meio do direito. Essa eleição apenas necessita ser mais bem esclarecida para que se possam identificar quais critérios são considerados no processo legislativo de valoração normativa.

De princípio, como se busca identificar a concepção do ambiente como bem jurídico, se deve inferir seu fundamento legal a partir da própria Constituição Federal, vértice axiológico-normativo do sistema nos países que adotam a *civil-law*, como o Brasil: trata-se de uma visão positivista, mas, que guarda alguma relação com a empiria.

Assim, o fundamento constitucional se encontra no artigo 225, que identifica e positiva características elementares do ambiente, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Além s características, define exigências de defesa e preservação do bem.

Nessa sede, ao se mencionar o ambiente, tem-se, conforme Paulo Afonso Leme Machado, que “os bens ambientais foram amplamente acrescidos na Constituição Federal de 1988” (2000, 117). Este amplo acréscimo de que trata o autor citado deve-se à visão constitucional de eleição dos bens jurídicos essenciais à vida humana, como é o caso do ambiente.

Por outro lado, permanece a indagação: que critérios seriam utilizados pelo constituinte originário para proceder à eleição de interesses e convertê-los em bens jurídicos de arrimo constitucional?

É possível que se relate a escassez do bem como primeiro critério. Todavia, apenas esta característica não basta. Além e a par de haver se tornado escasso, o bem deve guardar uma relação de imprescindibilidade no tocante à preservação da vida. Esta parece ser a conclusão de Édis Milaré, que cita “assim chegamos ao estado atual, em que nossas ações chocam-se contra nossos deveres e direitos, comprometendo nosso próprio destino” (2001, 38).

O ambiente, então, mereceu dimensão de bem jurídico tutelável a partir da ordem constitucional por se revelar não apenas escasso em muitos de seus aspectos e recursos, mas, principalmente, porque é imprescindível à manutenção da sadia

qualidade de vida. Rui Carvalho Piva denomina tal condição pela expressão “vida digna com qualidade” (2000, 111).

A valoração constitucional que se faz do ambiente enquanto bem jurídico tutelável encontra fundamento na primazia que o constituinte brasileiro estabeleceu para a dignidade da pessoa humana, princípio destacado no inciso III, do artigo 1º, da Carta Política.

Nessa ordem, pode-se concluir, ao menos perfunctoriamente, que a eleição do ambiente como bem jurídico tutelável pelo direito em sua dimensão constitucional passa, necessariamente, pela noção de vida digna qualificada, mas, sobretudo, perpassa esta noção, atingindo a dimensão proposta pela consciência ambientalista, a saber, aquela percepção aguda de que um apocalipse não é algo tão estranho, nem tão distante assim; daí a intervenção do direito como *prima ratio*, no sentido de que não se deve esperar mais – a ética, a moral outros freios sociais não bastaram para a preservação ambiental – e que urge tutelá-lo com o mais agudo dos instrumentos de controle social: o direito.

De conseguinte, o ambiente não surgiu para o direito, antes, o direito é que o identificou e lançou-lhe sua dimensão normativa com vistas a tutelá-lo, pois, como bem, preexistia à ordem jurídica.

## 2.2 O Tratamento Jurídico e a Dimensão do Controle Ambiental

Não se pode deixar de mencionar um texto consensual que, se não provido de coerção, ainda assim, revela-se extremamente importante do ponto de vista teleológico para a edição normativa em sede da tutela ambiental.

A denominada Agenda 21, documento consensual, de caráter nitidamente não coercitivo e que explicita uma série de princípios-diretrizes (o documento citado explicita 27 princípios programáticos), sendo um documento relativamente extenso, de natureza programática, mas, como explicita Edis Milaré

mesmo restrita ao papel de diretrizes e a seu caráter suasório, a Agenda 21 é mais do que ‘código de boas intenções’. É referencial importante para podermos aferir dois aspectos essenciais de nossa gestão ambiental:

-Ter uma pedra-de-toque para certificar-nos de que nossos esforços em prol do desenvolvimento socioeconômico, com a característica de sustentável, obedecem às salvaguardas impostas pela qualidade do meio ambiente, inspiradoras do Direito Ambiental.

- Saber que nossas ações ambientais estão em sintonia com o que se procura realizar – e efetivamente se realiza – em outras partes do mundo, concluindo que não estamos isolados como franco-atiradores (2001, 58)

Veja-se: este documento, apesar de não prover força normativa, isto é, com a autoridade jurídica *stricto sensu*, passa a gerar uma condição operatória vinculante para as políticas públicas em sede ambiental. Nesse sentido, refletirá na produção legislativa subsequente, como, v.g., a Lei dos Crimes Ambientais e a tipificação das condutas perpetradas pelos entes jurídicos.

Ponto merecedor de destaque do documento citado é seu princípio 15, que estabelece o chamado princípio da precaução.

Ainda que a Agenda 21 não se revista da característica de coerção normativa, como já mencionado alhures, certo é que esse documento espalhou seus princípios por uma série de leis, incluindo-se algumas convenções internacionais as quais foram assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil.

Assim, a Convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 2/1994 e promulgada pelo Decreto n. 2.519/98, bem como, a Convenção de Mudança do Clima, promulgada pelo Decreto n. 2.652/98.

O princípio da precaução revelou-se como um norte para o legislador brasileiro, particularmente, na edição da Lei n. 9.605/98, que tipificou penalmente condutas lesivas ao ambiente, levando em consideração na construção do injusto penal típico elementos relacionados à ausência de precaução.

De outra sorte, não se pode olvidar que o texto da Carta Política constitui o vértice jurídico-normativo da proteção ambiental. Seja quando estabelece o ambiente como bem jurídico protegido, no artigo 225, como quando designa a função social da propriedade rural, declinando a preservação ambiental como um dos requisitos para o cumprimento do papel social exigido daquela espécie de propriedade privada (artigo 186, II), certo é que, em vários momentos a Constituição Federal confere a imprescindível aquilatação do ambiente, de forma absolutamente explícita, realizando, assim, a eleição com fundamento na dignidade inquestionável do bem.

É importante destacar que a Lei n. 6.938/81 (promulgada cerca de onze anos antes da RIO92 – e, portanto, da própria Agenda 21), em seu artigo 3º, I, conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (2005, 772).

A lei em questão trata da Política Nacional do Meio Ambiente e cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente. É um marco histórico em termos normativos, levando-se em consideração que antecede a própria Constituição Cidadã e a Agenda 21.

Nesse sentido, é possível concluir que, em sede ambiental, já havia um embrião relativamente bem desenvolvido a preceder a eleição do meio ambiente como bem jurídico de arrimo constitucional, em 1988.

Quando se estabeleceu uma política ambiental de proporção nacional, criando órgãos, agências e instrumentos de controle ambiental, ainda no princípio da década de 1980, inclusive, definindo termos como degradação e poluição ambiental, estabelecendo o conceito de poluidor, definindo competências e atribuições, se preparou um terreno bastante fértil que faria aflorar sobremaneira a preocupação sobre a preservação e defesa do ambiente cerca de sete anos mais tarde.

Essa preocupação deu ensejo ao tratamento constitucional do ambiente, inclusive, com a responsabilização penal da pessoa jurídica reconhecida em sede constitucional.

A dimensão constitucional do ambiente enquanto bem jurídico tutelado permanece representada como princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, no entender de Edis Milaré

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de condições de vida adequada em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, 'ecologicamente equilibrado' (2001, 111)

Entretanto, sem procurar amesquinhar o autor citado, tem-se entendido que não se trata de um direito da pessoa humana em si, antes, dada a natureza específica do bem juridicamente protegido – o ambiente equilibrado – se está diante de um macro-bem, logo, tutelável por uma nova dimensão de direitos, que ultrapassa a conceituação iluminista clássica da fruição individual para centrar-se na noção única de bem coletivamente tutelado para a fruição coletiva.

Esta fruição, por certo, limita-se por e para a consecução dos fins de prevenção e precaução no tocante às atividades humanas. O ambiente, então, representa o ponto fulcral que leva à quebra de paradigmas no tocante às exigências da tutela jurídica. Logo, por este prisma, a dimensão do controle jurídico para o ambiente se encontra num espectro diferenciado, mais amplo do que aquele clássico, como se aduzirá a seguir.

Os direitos que nasceram sob a égide do contratualismo, tais como, o civil, o penal, os processuais, tem por fundamento a noção do homem enquanto indivíduo integrante do sistema social.

Por este prisma, a tutela jurídica do ambiente é passível de existir, contudo, de forma absolutamente mitigada, isto é, a proteção ambiental pelo sistema jurídico

jamais ultrapassa o nível funcional. De conseguinte, o ambiente somente existe para o homem, para a fruição humana: o homem é o vértice de toda a proteção ambiental.

Essa espécie de proteção, como se sabe, não conseguiu em mais de dois séculos, conferir a proteção ao bem jurídico ambiental que dela se esperava. Isto, porque, a funcionalização do ambiente levou à exaustão dos instrumentos de tutela, sem que se conseguisse, sequer, conferir um mínimo de proteção efetiva.

Daí que, no meu entender, o problema central diz respeito à especificidade do bem jurídico e da exigência de tutela específica. Em conclusão, não se pode tutelar o ambiente através da concepção clássica de direito. O direito ambiental surge como um ramo autônomo e específico dentro do sistema jurídico, porém, delimitado por conceitos que lhe são absolutamente próprios.

Quando se menciona o princípio de precaução, é possível vislumbrá-lo, também, no direito penal, mormente nos tipos penais culposos. Contudo, em se tratando do bem jurídico ambiente, este princípio ganha novo colorido, um diferencial que o destaca daquele clássico. Isto se deve ao fato de que se entende que o ambiente não deve ser protegido apenas para o homem, antes, também, em face do ser humano (no sentido de precaução) e para além do ser humano (no sentido da expansão evolutiva do ambiente).

Por certo, este posicionamento ora adotado não se coaduna com a funcionalização do bem jurídico que parece grassar no sistema normativo.

Se se pretende a defesa, a prevenção e a promoção do ambiente enquanto bem imprescindível à sadia qualidade de vida – e não apenas da vida humana – não se pode interpretá-lo como um meio em função do homem, mas, numa dialética em que ser humano e ambiente se postem como mutuamente imbricados, rompendo, assim, com o paradigma da Ilustração.

Neste sentido, isto é, mediante a nova visão que esta espécie de bem jurídico impõe, em razão suas características elementares, o ambiente exige um tratamento diferenciado, tal seja, um tratamento a par do sistema clássico de direito. Logo, se está diante da exigência da criação de um microssistema específico para a sua tutela. Essa exigência se estabelece por conta dos princípios gerais do direito ambiental, alguns dos quais se revelam dissociados da concepção iluminista, inspiradora da maior parte das codificações existentes.

Veja-se, a propósito, a questão atinente ao princípio do acesso equitativo aos recursos naturais. Para Paulo Affonso Leme Machado, a abundância do bem não conduz, necessariamente, a um salvo-conduto para a sua exploração, a saber:

O direito ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a

possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos (2000, 42)

Outro problema pertinente e que pode contribuir para o aqui exposto, respeita aos princípios do usuário-pagador e poluidor-pagador. Pela concepção clássica, se poderia entender que indenizando o dano ambiental, a continuidade da degradação estaria autorizada.

Contudo, não é esta a diretriz dos princípios: não se indeniza como forma de realizar a expiação pelo dano causado. Indeniza-se porque se causou ou porque poderá vir a causar um dano ambiental. Como explicita Cristiane Derani “o custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva” (1997, 227).

Desta sorte, outro paradigma clássico é quebrado no sentido de que, em razão da peculiar condição do bem jurídico ambiente e de sua imprescindibilidade, as consequências jurídicas impostas ao usuário-pagador ou ao poluidor-pagador não mais se revestem da natureza meramente reparatória, antes, impera a necessidade da precaução, outro dos princípios específicos do direito ambiental.

Por assim dizer, a dimensão jurídica do controle ambiental foge à regra geral da mera reparação pelo dano causado, matéria esgotada nas codificações civis, penais e na legislação administrativa dos séculos XIX e XX, principiando um novo modelo de tutela do bem, isto é, a inibitória, fulcrada na precaução, além, é claro, de ainda se utilizar dos conceitos de reparação pelo dano causado.

### **3 CONCLUSÕES**

Objetivou-se, neste modesto ensaio, delinear de forma superficial os fundamentos jurídicos do controle ambiental.

Principiando pela citação de documento desprovido de coerção normativa *stricto sensu* (Agenda 21), passou-se pelo reconhecimento da inserção constitucional do bem em 1988, fruto da inegável valoração de sua dignidade.

Posteriormente, citou-se, de forma ainda singela, o texto da lei da política nacional do meio ambiente e explicitaram-se alguns dos princípios pertinentes ao direito ambiental.

Isso feito é possível concluir, neste momento, que a tutela jurídica do ambiente e sua dimensão de controle, necessariamente, encontram guarida na concepção elementar de um microsistema, como espécie diferenciada e que exige

tratamento específico, inclusive no tocante à criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente.

Com esse giro copérnico proposto se busca proteger um macro bem, difuso e destinado à satisfação coletiva, em detrimento da concepção clássica individualista que inspirou as codificações dos séculos XIX e XX. A tarefa, portanto, está em criar instrumentos de tutela que operacionalizem o controle ambiental de forma específica a atender aos seus princípios elementares e específicos, tendo por fim último a preservação, a defesa e a promoção do ambiente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Coletânea de legislação de direito ambiental. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. Organizadora: Odete Medauar. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PIVA, Rui Carvalho. Bem ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2000.

## **O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ÀS MARGENS DE RIOS: ANÁLISE CRÍTICA DA SITUAÇÃO DO BAIRRO BEIRA-RIO NO MUNICÍPIO DE ROSANA/SP**

Fladimir Jerônimo Belinati Martins<sup>1</sup>

**RESUMO:** Nos termos da Constituição de 1988, o meio ambiente passou a ser considerado bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente a Constituição estabeleceu que incumbe ao Poder Público, entre outras providências, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, bem como definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos, sendo relevante para a efetividade de tal proteção as chamadas Áreas de Preservação Permanente (APPs). Com o advento do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), ocorreram alterações nos limites e critérios conceituais das APPs então vigentes, inclusive no que tange às APPs localizadas às margens dos rios, o que produziu repercussões de ordem prática em relação a inúmeras ocupações antrópicas existentes às margens dos rios. Nessa linha de pensamento, tem-se que a análise crítica da situação fática e jurídica do Bairro Beira Rio, no Município de Rosana/SP, constitui importante elemento teórico para a correta compreensão dos limites e repercussões das disposições legais do novo Código Florestal relativas às APPs localizadas às margens dos rios.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente. Área de Preservação Permanente. Margens de Rio. Bairro Beira Rio.

**ABSTRACT:** According to the Constitution of 1988, the environment became considered a good of common use of people, essential to a healthy quality of life, imposing on the government and the collectivity the duty to defend it and preserve it for present and future generations. To ensure the effectiveness to the right of the environment the Constitution has established that it is a task for the Public Power, among other measures, preserve and restore essential ecological processes, preserve the diversity and the integrality of genetic heritage, as well as define territorial spaces to be especially protected, being relevant for such protection effectivity the called Areas of Permanent Preservation (APPs). With the advent of the new Forest Code (Law n. 12.651/2012), it has occurred some changes on the limits and conceptual criteria of APPs prevailing at that time, including those related to the ones located on the riverbanks, which has produced practical repercussions regarding to countless anthropic occupations on that area. In this line of thought, it follows that the critical analysis of factual and juridical situation of Beira Rio neighborhood, in the municipality of Rosana/SP, constitutes an important theoretical element for the correct comprehension of the limits and repercussions of the legal provisions of the new Forest Code related to the APPs located on the rivers margins.

**Keywords:** Environment. Permanent Preservation Areas. Riverbanks. Beira Rio neighborhood.

---

<sup>1</sup> Juiz Federal na 3.a Vara Federal de Presidente Prudente. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério de Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela ITE/Bauru. Professor de Direito Internacional Público e Direito Previdenciário na ITE/Presidente Prudente. Email: fladimirjeronimo@toledoprudente.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi inovadora em matéria ambiental, estabelecendo pela primeira vez no plano constitucional regras específicas sobre o meio ambiente em seu art. 225.

Nos termos da Constituição, o meio ambiente passou a ser considerado bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente a Constituição estabeleceu que incumbe ao Poder Público, entre outras providências, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético, bem como definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos.

Nesse contexto, as chamadas Áreas de Preservação Permanente (APPs) ganham relevo e representam importante instrumento de preservação e promoção ambiental, especialmente quando localizadas às margens de rios.

Ocorre que com o advento do Novo Código<sup>2</sup> Florestal (Lei nº 12.651/2012), ocorreram alterações nos limites e critérios conceituais das APPs então vigentes, inclusive no que tange às APPs localizadas às margens dos rios. Tais alterações produziram repercussões de ordem prática em relação a inúmeras ocupações antrópicas existentes às margens dos rios, inclusive com reflexos em autuações administrativas ambientais já aplicadas e ações judiciais ambientais em curso.

Além disso, eventual processo de regularização ambiental de áreas urbanas e rurais consolidadas – caso seja possível – deverá observar as novas regras ambientais vigentes, razão pela qual se apresenta relevante estudar a atual disciplina jurídica das APPs às margens dos rios.

A relevância do tema ganha ainda mais clareza quando se observa que existem inúmeras ocupações e comunidades à beira dos rios, algumas delas formando verdadeiros bairros, muitas vezes consolidados há vários anos. Nessa linha, no âmbito da Subseção Judiciária Federal de Presidente Prudente<sup>3</sup> podem ser citados os Bairros Beira Rio e Entre Rios, ambos no Município de Rosana/SP, os quais tem sido objeto de inúmeras ações civis públicas ambientais propostas pelo Ministério Público Federal local.

---

<sup>2</sup> Aqui se utiliza a denominação "Código" por já estar consagrada desde a égide da legislação antiga. Em sentido técnico, todavia, a Lei 12.651/2012 não é um verdadeiro Código, pois não foi elaborada de acordo com o processo legislativo estabelecido para a tramitação de Códigos.

<sup>3</sup> A Subseção Judiciária de Presidente Prudente atualmente é composta por 44 Municípios, abrangendo uma população total de cerca de 650.000 (seiscentos e cinquenta mil pessoas). O Município de Rosana se localiza no extremo sudoeste do Estado de São Paulo, distando cerca de 200 km da sede da Subseção.

O presente artigo se propõe a empreender breve análise do conceito de APP, com especial atenção a APP às margens dos rios, à luz da situação concreta verificada no Bairro Beira Rio no Município de Rosana/SP.

## 2 O CONCEITO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A noção legal de área de preservação permanente remonta ao Código Florestal de 1934 (art. 4º do Decreto 23.793/34) que considerava floresta protetora aquela destinada à conservação do regime de águas, proteção contra o processo de erosão das terras pela atuação dos agentes naturais, fixação das dunas e etc.<sup>4</sup>

Segundo Juraci Perez Magalhães, em comentário sobre o antigo Código Florestal, a Lei sujeitou as florestas a dois regimes de utilização: regime especial e regime de utilização limitada. As florestas localizadas em APPs estariam em regime especial, não podendo ser objeto de exploração.<sup>5</sup>

Paulo Afonso Leme Machado explica que o uso da expressão “área de preservação permanente” tem sua razão de ser, consistindo em espaço territorial em que a floresta ou a vegetação devem estar presentes. Segundo o autor, a idéia da permanência não está vinculada somente à floresta, mas também ao solo e à fauna, de tal forma que ainda que a floresta seja suprimida, nem por isso a área perderá sua vocação florestal.<sup>6</sup> A vegetação, nativa ou não, e a própria área são objeto de proteção por si próprias, bem como por sua função protetora das águas, do solo, da biodiversidade e do bem estar humanos.<sup>7</sup>

Segundo o antigo Código Florestal (Lei 4.771/65 e alterações posteriores), em seu art. 1º, § 2º, Inciso II, a área de preservação permanente era “*a área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*”. (incluído pela MP nº 2.166-67/2001)

Depreende-se da leitura dos dispositivos que a APP poderia ou não ao estar coberta por vegetação nativa, sendo que sua função seria justamente a de preservar ou permitir a recuperação da vegetação nativa.

O novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) em seu art. 3º, inciso II, estabeleceu que, para fins desta Lei, Área de Preservação Permanente é: “*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o*

---

<sup>4</sup> Cf. lição de Juraci Perez Magalhães, in *Comentários ao Código Florestal*, p. 52/53.

<sup>5</sup> Op. Cit., p. 54.

<sup>6</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 741.

<sup>7</sup> Op. cit., mesma pág.

*fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.*

A redação atual pouco difere da redação prevista no antigo Código Florestal, podendo se destacar que a APP trata-se de área protegida que pode estar ou não coberta por vegetação nativa, mas que estará vinculada a função ambiental de preservação de recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, com vistas a facilitar o fluxo gênico da fauna e da flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações.

Leonardo Papp esclarece que as APPs devem ser analisadas quanto a sua situação, seu uso e quanto às modalidades existentes.<sup>8</sup> Quanto a situação do imóvel o enquadramento da área como APP independe da existência de vegetação nativa no local. Quanto ao uso o autor informa que a doutrina caracteriza as APPs como floresta de ocupação proibida.<sup>9</sup>

Finalmente, quanto às modalidades, importante lembrar que a APP é gênero que comporta diversas espécies, para as quais a Lei nº 12.651/12 previu regimes jurídicos diferenciados. Assim, poderíamos diferenciar o regime de APPs em áreas consolidadas (previsto em disposições transitórias da Lei) do regime de APPs em áreas não consolidadas (previsto em disposições permanentes da Lei).<sup>10</sup> Com efeito, a Lei nº 12.651/12 se vale com frequência da distinção entre disposições permanentes (para os locais em que ainda não ocorreu a conversão da vegetação nativa para uso alternativo do solo<sup>11</sup>) e entre disposições transitórias (para os locais em que ocorreu a supressão da vegetação nativa para uso alternativo do solo).<sup>12</sup>

Além disso, registramos que a Lei nº 12.651/12 faz nítida diferença entre áreas consolidadas de natureza urbana e áreas consolidadas de natureza rural. Nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei, área rural consolidada é “*área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio*”. Sendo que nos termos do art. 3º, inciso XXVI, da Lei, área urbana consolidada é “*aquela de trata o inciso II do caput do art. 47 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009*”.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> A revisão do Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 12.651/12) – Reflexões iniciais acerca das APPs nas margens de cursos d’água naturais em áreas rurais consolidadas. *Revista Interesse Público*. Editora Fórum. Ano XIV. 2012, nº 73, p. 121/142.

<sup>9</sup> Op. Cit., mesma pág.

<sup>10</sup> Op. Cit., p. 124-125.

<sup>11</sup> Segundo o art. 3º, inciso VI, o uso alternativo de solo corresponde à substituição de vegetação nativa e formações sucessoras por outras coberturas do solo, como atividades agropecuárias, industriais, de geração e de transmissão de energia, de mineração e de transporte, assentamentos urbanos ou outras formas de ocupação humanas.

<sup>12</sup> A revisão do Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 12.651/12) – Reflexões iniciais acerca das APPs nas margens de cursos d’água naturais em áreas rurais consolidadas. *Revista Interesse Público*. Editora Fórum. Ano XIV. 2012, nº 73, p. 124-125.

<sup>13</sup> Referida Lei dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

Ponderadas as considerações iniciais, resta evidente que a solução de qualquer controvérsia ambiental relativa às APPs depende de adotarmos alguns passos na análise conceitual da área controvertida. O primeiro implica em identificar se a área controvertida é ou não enquadrada como APP nos termos da Lei. Em caso negativo, por óbvio não se aplicariam as regras protetivas ambientais especificamente direcionadas às APPs, sem prejuízo da incidência de outras regras ambientais protetivas sobre a área em questão.

Contudo, uma vez identificado que a área controvertida se trata de APP, o próximo passo será analisarmos se referida área se trata ou não de área consolidada<sup>14</sup>, observando nesta hipótese (de área consolidada) os marcos temporais fixados na Lei nº 12.651/12 para tanto.

De fato, a Lei é muito clara em limitar a área rural consolidada como aquela objeto de ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, bem como estabelecer a área urbana consolidada como aquela que cumpre as condições estabelecidas na Lei 11.977 de 7 de julho de 2009. Assim, na hipótese da área urbana consolidada o marco temporal a ser considerado é a data de 07 de julho de 2009.

No caso ora analisado neste artigo, importante ainda delimitarmos as nuances das APPs às margens dos rios, o que se fará a seguir.

### **3 DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ÀS MARGENS DOS RIOS**

Tanto na ótica do Código Florestal antigo, quanto do Código Florestal atual, há regras específicas para APPs relacionadas aos rios.

O art. 2º do antigo Código Florestal, em sua alínea “a”, estabelecia quais as distâncias do nível mais alto dos rios ou curso d’águas deveriam ser consideradas como área de preservação permanente. Segundo referido artigo as áreas de preservação permanente às margens de rios eram de: a) 30 m (trinta metros) para os cursos d’água de menos de 10 m (dez metros) de largura; b) 50 m (cinquenta metros) para os cursos d’água que tenham de 10 m (dez metros) a 50 m (cinquenta metros) de largura; c) 100 m (cem metros) para os cursos d’água que tenham de 50 m (cinquenta metros) a 200 m (duzentos metros) de largura; d) 200 m (duzentos metros) para os cursos d’água que tenham de 200 m (duzentos metros) a 600 m (seiscentos metros) de largura; e) 500 m (quinhentos metros) para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 m (seiscentos metros).

No novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), a questão vem tratada em seu artigo 4º, inciso I. Segundo referido artigo considera-se área de preservação

---

<sup>14</sup> Importante lembrar que para a Lei nº 12.651/12 área consolidada é aquela que já foi objeto de ocupação antrópica e objeto de uso alternativo do solo.

permanente, em zonas urbanas ou rurais, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: a) 30 m (trinta metros) para os cursos d'água de menos de 10 m (dez metros) de largura; b) 50 m (cinquenta metros) para os cursos d'água que tenham de 10 m (dez metros) a 50 m (cinquenta metros) de largura; c) 100 m (cem metros) para os cursos d'água que tenham de 50 m (cinquenta metros) a 200 m (duzentos metros) de largura; d) 200 m (duzentos metros) para os cursos d'água que tenham de 200 m (duzentos metros) a 600 m (seiscentos metros) de largura; e) 500 m (quinhentos metros) para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 m (seiscentos metros).

Pela simples leitura dos parâmetros legais, resta evidente que a regra geral para as áreas de preservação permanente às margens dos rios permaneceram as mesmas. No que interessa a este artigo, a Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal) manteve em seu artigo 4º, I, alínea "e" a regra geral de que a APP em rios com largura superior a 600 metros é de 500 metros. É este o caso do Rio Paraná. Assim, na região do Município de Rosana/SP, restou mantida a regra geral de que a APP seria de 500 metros.

Conforme se verá oportunamente, todavia, a regra geral cede lugar a regra específica quando se tratar de área urbana ou rural consolidada; e isto tanto no atual, quanto no antigo Código Florestal.

Por ora, registre-se que no antigo Código Florestal o Parágrafo Único, do art. 2º, estabelecia que áreas urbanas eram aquelas localizadas no perímetro urbano definido por Lei Municipal, devendo neste caso se observar os planos diretores e leis de uso do solo sem prejuízo de se respeitar os limites previstos no próprio artigo para fins do que se devia observar como APP.

No novo Código Florestal, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei, área rural consolidada é *"área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio"*. Já área urbana consolidada, segundo o art. 3º, inciso XXVI, da Lei, é *"aquela de trata o inciso II do caput do art. 47 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009"*

Fixados estes pontos iniciais, caberia então analisarmos qual a real natureza do Bairro Beira-Rio, localizado no Município de Rosana/SP, ou seja, se de natureza urbana ou rural.

#### **4 DO HISTÓRICO E ORIGEM DO BAIRRO BEIRA-RIO NO MUNICÍPIO DE ROSANA/SP**

É fato público e notório para aqueles que residem na região do Oeste Paulista que o chamado Bairro Beira-Rio, localizado no Município de Rosana, na antiga estrada da Balsa, em direção ao distrito de Primavera, surgiu já no final da década de 1960 como povoamento ocupado inicialmente por ribeirinhos e pescadores que viviam do Rio Paraná.

Em tal localidade havia uma balsa que realizava o transporte de veículos das margens do Rio Paraná no Estado de São Paulo para as margens do Rio Paraná no Estado do Mato Grosso; posteriormente Mato Grosso do Sul.

Com o incremento das atividades agrícolas e desenvolvimento das cidades do Sul do Mato Grosso, principalmente a partir das décadas de 1970/1980 e início da década de 1990, o transporte em referida Balsa teve grande incremento, passando a ser utilizado com bastante regularidade por aqueles que queriam se deslocar do Oeste Paulista para o Sul do Mato Grosso do Sul, e vice versa, pois economizava dezenas de quilômetros em relação à travessia por ponte.

Assim, estimulado por esta movimentação rodoviária decorrente do transporte por Balsa surgiu em referido Bairro Beira-Rio, já no final da década de 1960 e início da década de 1970, uma pequena comunidade formada, sobretudo, por ribeirinhos, pescadores profissionais e pequenos comerciantes que se aproveitavam da movimentação da estrada para estabelecer seu comércio.

Com o enchimento do reservatório da Usina Hidroelétrica Sérgio Motta (Porto Primavera – iniciado em 1998 e concluído em 2001)<sup>15</sup>, o transporte rodoviário entre São Paulo e Mato Grosso do Sul na região do Município de Rosana deixou de ser realizado por Balsa e passou a ser feita sobretudo pela “ponte” de referida Usina. O Bairro se localiza a jusante da barragem e às margens do Rio Paraná.

Com o enchimento do reservatório e a conseqüente diminuição da movimentação na estrada da Balsa, por conta da desativação da balsa que fazia o transporte entre São Paulo e Mato Grosso do Sul (e vice versa), o povoamento do Bairro Beira-Rio passou a ser ocupado principalmente por rancheiros, ou seja, pescadores amadores que se cotizavam para adquirir propriedade nas margens do Rio Paraná.

Embora ainda haja ribeirinhos e pescadores profissionais residindo no Bairro, a grande maioria dos proprietários são rancheiros que utilizam o imóvel apenas para

---

<sup>15</sup> Cf. Informação extraoficial do Ministério Público Federal de Presidente Prudente, em novembro de 1998 a CESP conseguiu derrubar liminar obtida pelo MPF que a impedia de encher o lago. Logo a seguir iniciou a inundação no dia 07 do mesmo mês. A primeira etapa do enchimento do reservatório, na cota 253,00 m, foi concluída em dezembro de 1998 e a segunda etapa, na cota 257,00m, foi concluída em março de 2001. A UHE Sérgio Motta (Porto Primavera) entrou em funcionamento já no ano 2000.

lazer, normalmente em feriados e períodos específicos de pesca amadora. A maior parte destes rancheiros reside em Municípios do Oeste Paulista, mas há casos de moradores da região de São José do Rio Preto/SP, de Ribeirão Preto/SP, de Bauru/SP, de São Paulo/SP, bem como de moradores do Paraná (principalmente nos Municípios de Apucarana, Londrina, Maringá e Paranavai) e até mesmo de moradores de Santa Catarina e Minas Gerais.<sup>16</sup>

O Bairro Beira-Rio, portanto, trata-se de povoamento que já existe há cerca de meio século, sendo dotado de certa infraestrutura urbana, embora atualmente seja ocupado principalmente por rancheiros. O Beira-Rio é anterior a própria instalação do Município de Rosana, que ocorreu em 01/01/1993.<sup>17</sup>

A área do Bairro Beira-Rio não conta com água encanada, mas conta com iluminação pública, coleta de lixo cerca de 3 (três) vezes por semana, telefones públicos e avenida municipal que não é asfaltada. Na região do Bairro Beira-Rio também se encontra a conhecida Praia do Dourado, local utilizado para lazer pela população da região de Rosana e arredores.<sup>18</sup>

Principalmente entre os anos de 1999 a 2002 a Promotoria do Meio Ambiente do Ministério Público Estadual de Presidente Prudente instaurou diversos procedimentos civis para investigar a existência de ocupação antrópica em áreas de preservação permanente (APPs) às margens do Rio Paraná, abrangendo tanto a área do Rio – a jusante da Usina Sérgio Motta (Porto Primavera), quanto a área do reservatório da Usina<sup>19</sup>. Em 2010, após questionamentos quanto a natureza federal do Rio Paraná, referidos procedimentos foram redistribuídos ao Ministério Público Federal de Presidente Prudente, por declínio de atribuição.<sup>20</sup>

Segundo levantamento solicitado pelo Ministério Público Federal (MPF) à Polícia Federal de Presidente Prudente, o povoamento Beira-Rio atualmente conta com cerca de 150 lotes edificadas, quase todos margeando diretamente o Rio Paraná.<sup>21</sup> Na verdade, a quase totalidade dos imóveis de referido Bairro Beira-Rio se encontram edificadas a distâncias inferiores a 100 metros das margens do Rio Paraná, sendo que alguns a distâncias inferiores até mesmo a 30 metros. Na maioria deles são comuns a existência de garagens para barco e rampas de acesso construídas às margens do Rio, bem como a existência de fossa negra.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. se observa das ações civis públicas propostas pelo MPF de Presidente Prudente.

<sup>17</sup> Para saber mais sobre a história do Município de Rosana vide [www.rosana.gov.br](http://www.rosana.gov.br).

<sup>18</sup> Conforme informações que constam das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal.

<sup>19</sup> Segundo dados extraoficiais do MPF em Presidente Prudente, tanto no âmbito do MPE, quanto no âmbito do MPF, foram instaurados cerca de 700 inquéritos civis para apurar responsabilidade ambiental por ocupação antrópica irregular em área de preservação permanente às margens do Rio Paraná, aí incluídas tanto as áreas que margeiam o reservatório da Usina Sérgio Motta, quanto as áreas que margeiam o Rio à jusante da barragem.

<sup>20</sup> No total foram declinados pelo MPE para o MPF 390 inquéritos civis, em 08 de março de 2010, sendo que neste número não estão computados os procedimentos anteriormente encaminhados pelo MPE, em dezembro de 2006, relativos aos Municípios de Panorama e Paulicéia.

<sup>21</sup> Conforme informações que constam das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal.

<sup>22</sup> Idem.

Cada um destes lotes gerou um inquérito civil no âmbito do Ministério Público Federal, com o posterior ajuizamento de ações civis públicas ambientais, na quais o Ministério Público pleiteia a proibição de novas ocupações antrópicas; a proibição de cessão do imóvel a terceiros, bem como que os proprietários promovam a demolição dos imóveis e a regeneração total da área. Como todos os imóveis edificados estão em limites inferiores a 500 metros da margem do Rio Paraná, a procedência integral das ações levará a demolição total dos imóveis e a própria extinção do Bairro Beira-Rio. Nas quatro Varas Federais de Presidente Prudente tramitam atualmente cerca de 115 ações civis públicas ambientais relacionadas ao Bairro Beira-Rio.<sup>23</sup>

A solução da controvérsia depende diretamente de como se pode enquadrar tal Bairro: se de natureza urbana ou rural, o que se fará a seguir.

## **5 DA NATUREZA URBANA DA ÁREA DO BAIRRO BEIRA-RIO NO MUNICÍPIO DE ROSANA/SP**

A controvérsia sobre a natureza urbana ou rural do Bairro Beira-Rio é relevante para o deslinde destas ações civis públicas ambientais, pois nas chamadas áreas urbanas (consolidadas ou não) a regra geral vista anteriormente (de que a APP às margens de rios com extensão superior a 600 metros é de 500 metros), não pode ser aplicada, já que há regra específica para estes casos.<sup>24</sup>

Segundo o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), em seu artigo 3º, inciso XXVI, área urbana consolidada é aquela de que trata o inciso II do art. 47 da Lei 11.977/2009.

Por sua vez referida Lei 11.977/2009 dispõe:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

I – *área urbana: parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica;*

II – *área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:*

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;*
  - b) esgotamento sanitário;*
  - c) abastecimento de água potável;*
  - d) distribuição de energia elétrica; ou*
  - e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;*
- (...)"*

O Código Florestal, por óbvio, não estabelece o que seja área urbana, mas a Lei 11.977/2009 é clara no sentido de que área urbana é aquela incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por Lei Municipal específica. Da mesma

<sup>23</sup> Cf. informação extraoficial do MPF.

<sup>24</sup> O Novo Código Florestal também prevê regras específicas para as chamadas áreas rurais consolidadas.

forma, a leitura sistemática do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) nos remete ao mesmo entendimento. Sob esta ótica, portanto, resta evidente a natureza de área urbana do Bairro Beira-Rio, pois foi considerado como tal tanto pela Lei Municipal Complementar nº 20/2007<sup>25</sup>, quanto pela Lei Complementar Municipal nº 24/2008<sup>26</sup>. A Prefeitura, aliás, cobra regularmente IPTU dos imóveis localizados no Bairro.

A nosso ver, contudo, sob o prisma ambiental, melhor se considerar o Bairro como área urbana consolidada. Nessa linha, ainda que tais Leis Municipais não tivessem incluído o Bairro Beira-Rio como área urbana, a localidade poderia ser considerada como área urbana consolidada, pois preencheria os requisitos do art. 47, inciso II, da Lei 11.977/2009. De fato, o Bairro Beira-Rio se localiza ao largo da antiga Estrada da Balsa, atualmente Avenida Erivelton Francisco de Oliveira, e conta com distribuição de energia elétrica, com coleta de lixo regular e parcelamento dos lotes, preenchendo assim a condição de área urbana consolidada para fins do novo Código Florestal.

Marli T. Deon Sette em lição sobre a competência constitucional dos Municípios lembra que a Constituição atribuiu a eles a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, podendo *“suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, de acordo com o artigo 30, I, II e VII, da CF/88”*<sup>27</sup>.

Nessa linha de pensamento, temos que é a Lei Municipal quem deve definir se a área do município é rural, urbana ou de expansão urbana. Por óbvio que esta Lei deve respeitar as limitações administrativas de natureza ambiental, sob pena de tanto os proprietários, quanto o próprio Município estarem sujeitos a indenização e correção do dano ambiental. Contudo, não pode o órgão ambiental considerar como rural uma área de natureza urbana ou que seja considerada como de expansão urbana, quando esta cumprir os requisitos mínimos para ser considerada como tal (área urbana).

Sob outra ótica, do ponto de vista ambiental, ainda que determinada área seja considerada urbana pela Lei Municipal não poderá ser considerada pelos órgãos ambientais como tal (área urbana) se não cumprir requisitos mínimos de infraestrutura urbana e se a localidade não puder ser objeto de regularização ambiental. Nessa linha, as chamadas áreas de risco (ambiental e social) mesmo se consideradas urbanas pela Lei Municipal são passíveis de ação corretiva por parte dos poderes públicos, podendo até mesmo haver demolição dos imóveis e remoção dos moradores.

---

<sup>25</sup> Referida Lei institui o Perímetro Urbano do Bairro Beira-Rio e dá outras providências.

<sup>26</sup> Referida Lei autoriza o Poder Executivo a expandir o Perímetro Urbano da cidade de Rosana.

<sup>27</sup> *Direito Ambiental*, 377.

Não obstante, com o advento do novo Código Florestal as antigas Resoluções Conama<sup>28</sup> que disciplinavam a matéria –estabelecendo quais e quantos equipamentos de infraestrutura urbana deveriam existir para se considerar determinada área como urbana – , se encontram revogadas, pois atualmente o critério para se considerar uma área como urbana para fins de regularização ambiental é apenas o expressamente previsto na Lei 11.977/2009.

Pois bem. Fixada a premissa de a área do Bairro Beira-Rio é área de natureza urbana consolidada, tanto por conta das Leis Complementares Municipais, quanto em razão de preencher os critérios previstos na Lei 11.977/2009, caberia então identificar qual o limite de APP aplicável ao Bairro.

## 6 DA APP APLICADA ÀS ÁREAS URBANAS CONSOLIDADAS

Conforme já mencionado anteriormente, a regra geral de que no Rio Paraná a APP é de 500 metros cede em face da regra específica prevista no novo Código Florestal.

O novo Código Florestal não estabelece expressamente qual deve ser a área de preservação permanente aplicável às margens de rios em áreas urbanas, mas estabelece qual deve ser a APP mínima às margens de rios para o caso de áreas urbanas consolidadas. Assim, quer se considere que a área do Bairro Beira-Rio, por força das Leis Complementares Municipais nº 20/2007 e nº 24/2008, é de natureza urbana, quer se considere que se trata de área urbana consolidada por preencher os critérios previstos na Lei 11.977/2009, o limite de APP a ser considerado deve ser o mesmo previsto para as áreas urbanas consolidadas, na forma do que dispõe o artigo 65, § 2º, de referida Lei 12.651/2012.

Confira-se as regras específicas aplicáveis:

Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos assentamentos inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da [Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009](#).

§ 1º O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas.

Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da [Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009](#).  
(...)

---

<sup>28</sup> Vide Resolução Conama nº 369 de 2006.

**§ 2º Para fins da regularização ambiental prevista no caput, ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado.**

§ 3º Em áreas urbanas tombadas como patrimônio histórico e cultural, a faixa não edificável de que trata o § 2º poderá ser redefinida de maneira a atender aos parâmetros do ato do tombamento.

Dessa forma, a área de preservação permanente a ser aplicável no Bairro Beira-Rio é de 15 metros, quer consideremos a automática natureza urbana da área por conta das Leis Complementares Municipais já referidas, quer se considere que se trata de área urbana consolidada nos termos da Lei 11.977/2009.

Abre-se neste ponto um parêntese para sublinhar que o novo Código Florestal admitiu expressamente a possibilidade de que áreas urbanas consolidadas, tal qual o Bairro Beira-Rio, no Município de Rosana/SP, possam ser objeto de regularização ambiental, mediante a aprovação de projeto de regularização fundiária, nos termos da Lei 11.977/2009 e de acordo com o cumprimento dos requisitos previstos no próprio Código Florestal, mantendo-se, nestes casos, APPs específicas e inferiores à regra geral prevista no art. 4º, do novo Código Florestal.

Com efeito, formalizada a regularização ambiental, que deve ser objeto de ação da municipalidade, nada obsta que a área de preservação permanente no Bairro Beira-Rio seja considerada como de no mínimo 15 metros, com futura ampliação da mesma.

Este é o expresse comando do § 2º, do art. 65, da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal), pois *“Para fins da regularização ambiental prevista no caput, ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado”*.

Nada impede que, no futuro, a Municipalidade de Rosana promova a competente regularização ambiental do Bairro Beira-Rio, na forma admitida pelo novo Código Florestal, adotando todas as intervenções públicas necessárias para a preservação do meio ambiente e a manutenção da Comunidade do Beira-Rio. Registre-se que no bojo do processo de regularização ambiental, nada obsta que a APP seja aumentada do limite mínimo atual de 15 metros para até mesmo o limite máximo (que parece ser de 30 metros em áreas urbanas consolidadas). Além disso, é bom sublinhar que se o entendimento for no sentido de não caber a regularização ambiental, certamente deverá ser promovido o reassentamento dos moradores da localidade, podendo os demais proprietários até mesmo vir a ser indenizados por benfeitorias.

A solução adotada pelo novo Código Florestal é perfeitamente compreensível, pois o bem ambiental não é o único “bem” fundamental a ser preservado pelo ordenamento jurídico. A Constituição Federal garante expressamente o Direito à Moradia como direito fundamental do cidadão (art. 6º, da CF), além de

estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III, da CF). Além disso, a Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental da República (art. 3º, da CF) a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, bem como a construção de uma sociedade justa. No plano das políticas públicas de habitação, a Constituição Federal garante expressamente que a política urbana deve visar a garantir o bem estar de seus habitantes.

Por fim, importante sublinhar que mesmo considerando que a APP do Bairro Beira-Rio é de 15 metros, permanece a necessidade de regularização ambiental dos imóveis, quer pela via da fiscalização ambiental do IBAMA e da Polícia Ambiental, quer pela via da ação civil pública ambiental, quer pela via da regularização ambiental proposta pela municipalidade, pois conforme já mencionado, a grande maioria dos imóveis localizados no Bairro Beira-Rio possuem indevidas intervenções antrópicas diretamente às margens do Rio, como rampas e garagens para barco. Além disso, como o Bairro não conta com sistema de coleta de esgoto, há necessidade de que sejam construídas fossas sépticas nos imóveis, o que reforça a necessidade de que a localidade passe por intervenções destinadas ao pleno cumprimento das normas protetivas previstas no novo Código Florestal.

## 7 CONCLUSÃO

Com base no presente estudo podem ser obtidas algumas conclusões, as quais passamos a referir.

1. As chamadas Áreas de Preservação Permanente (APPs) representam importante instrumento de preservação e promoção ambiental, especialmente quando localizadas às margens de rios.

2. Segundo o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) em seu art. 3º, inciso II, Área de Preservação Permanente é: *“área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”*.

3. A Lei nº 12.651/12 faz nítida diferença entre áreas consolidadas de natureza urbana e áreas consolidadas de natureza rural. Nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei, área rural consolidada é *“área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio”*. Sendo

que nos termos do art. 3º, inciso XXVI, da Lei, área urbana consolidada é “*aquela de trata o inciso II do caput do art. 47 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009*”.

4. Tanto na ótica do Código Florestal antigo, quanto do Código Florestal atual, há regras específicas para APPs relacionadas aos rios. Mesmo com o novo Código Florestal a regra geral para as áreas de preservação permanente às margens dos rios permaneceram as mesmas. No que interessa ao Rio Paraná, a Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal) manteve em seu artigo 4º, I, alínea “e” a regra geral de que a APP em rios com largura superior a 600 metros é de 500 metros.

5. O Bairro Beira-Rio, localizado no Município de Rosana/SP e às margens do Rio Paraná, surgiu por conta de ocupação antrópica ocorrida no final da década de 1960, na antiga estrada da Balsa (que vai do Município em direção ao distrito de Primavera). No local havia uma Balsa que fazia o transporte de veículos de São Paulo para o Mato Grosso do Sul e vice versa. Tal povoamento foi ocupado inicialmente por ribeirinhos e pescadores que viviam do Rio Paraná, bem como por pequenos comerciantes que se aproveitaram da movimentação da estrada para estabelecer seu comércio.

6. Com o enchimento do reservatório da Usina Sérgio Motta (Porto Primavera) e a conseqüente diminuição da movimentação na estrada da Balsa, por conta da desativação da balsa que fazia o transporte entre São Paulo e Mato Grosso do Sul (e vice versa), o povoamento do Bairro Beira-Rio passou a ser ocupado principalmente por rancheiros, ou seja, pescadores amadores que se cotizavam para adquirir propriedade nas margens do Rio Paraná.

7. O povoamento Beira-Rio atualmente conta com cerca de 150 lotes edificadas, quase todos margeando diretamente o Rio Paraná. Cada um destes lotes gerou um inquérito civil no âmbito do Ministério Público Federal, com o posterior ajuizamento de ações civis públicas ambientais, na quais o Ministério Público pleiteia diversas medidas, entre elas a demolição total dos imóveis.

8. O Bairro Beira-Rio foi considerado como área urbana tanto pela Lei Municipal Complementar nº 20/2007, quanto pela Lei Complementar Municipal nº 24/2008. A Prefeitura cobra regularmente IPTU dos imóveis localizados no Bairro.

9. Sob o ponto de vista ambiental, é mais adequado se considerar o Bairro Beira-Rio como área urbana consolidada, pois o Bairro conta com iluminação pública, coleta de lixo cerca de 3 (três) vezes por semana, telefones públicos e avenida municipal que não é asfaltada, preenchendo os critérios previstos pelo Novo Código Florestal e pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

10. Ainda que se considere que a área do Bairro Beira-Rio, por força das Leis Complementares Municipais nº 20/2007 e nº 24/2008, é de natureza urbana, ou mesmo que se considere que se trata apenas de área urbana consolidada, por preencher os

critérios previstos na Lei 11.977/2009, o limite de APP a ser considerado no Bairro deve ser o mesmo previsto para as áreas urbanas consolidadas, na forma do que dispõe o artigo 65, § 2º, de referida Lei 12.651/2012, ou seja, deve ser de 15 metros da margem do Rio.

11. Muito embora a APP no Bairro Beira-Rio seja de 15 metros, recomenda-se que, no futuro, a municipalidade de Rosana promova a competente regularização ambiental do Bairro Beira-Rio, na forma admitida pelo novo Código Florestal, adotando todas as intervenções públicas necessárias para a preservação do meio ambiente e a manutenção da comunidade do Beira Rio. Nessa hipótese, a APP de 15 metros poderá ser ampliada conforme admite o novo Código Florestal.

12. Como no Bairro Beira-Rio a maioria dos imóveis possuem fossa negra e tem rampas de acesso e garagem para barcos construídos diretamente nas margens do Rio, apesar da APP na localidade ser de apenas 15 metros, permanece a necessidade da intervenção dos Poderes Públicos para obrigar os proprietários a corrigir as ilegalidades existentes.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12ª edição. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

BAUMANN, Alexandre. Supressão de vegetação e intervenção em áreas de preservação permanente: a Resolução nº 369/2006 do Conama. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano XI, 2009, nº 55, p. 238/272.

FIALDINI, Matheus Jacob & HELENA, Alexandre Petry. As Resoluções Conama e a Reforma do Código Florestal. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano XII, 2012, nº 66, p. 299/313.

SETTE, Marli T. Deon. *Direito Ambiental*. São Paulo: MPEditora, 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Lei nº 12651, de 25 de maio de 2012: Análise Inicial das Disposições Gerais do Novo Código Florestal Brasileiro. *Revista Síntese Direito Ambiental*. São Paulo: Síntese. Ano II, 2012, nº 8, p. 23-34.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *Comentários ao Código Florestal*. 2ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à Moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, Antomar Viegas de. Áreas de Preservação Permanente no Novo Código Florestal. *Revista Síntese Direito Ambiental*. São Paulo: Síntese. Ano II, 2012, nº 8, p. 09-22.

PAPP, Leonardo. A revisão do Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 12.651/12) – Reflexões iniciais acerca das APPs nas margens de cursos d'água naturais em áreas rurais consolidadas. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano XIV, 2012, nº 73, p. 121/142.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL E A COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Daniel Reus de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa discorrer brevemente sobre a responsabilidade civil objetiva e solidária dos causadores de danos ambientais como fatores importantes e benéficos na defesa do meio ambiente em juízo, trazendo como contraponto um fator essencial e polêmico que se torna o primeiro grande problema dos operadores do direito ao propor demandas de massa, quer seja, a questão da competência territorial nas ações coletivas de proteção ao meio ambiente, disposta nos artigos 92 da Lei 8.078/90 e 2, da Lei 7.347/85, quando o dano ultrapassa o interesse local atingindo mais de um município ou mais de um Estado, usando como método de abordagem na pesquisa o dialético.

**Palavras-chave:** Responsabilidade objetiva. Responsabilidade solidária. Competência territorial. Ação coletiva. Danos ambientais.

**ABSTRACT:** This article aims to summarize the objective and supportive civil responsibility of who causes environmental damage as important and beneficial factors in protecting the environment, bringing as an essential counterpoint and controversial factor that becomes the first major problem of law operators proposing demands mass, whether the question of territorial jurisdiction in collective actions to protect the environment, prepared in Articles 92 of Law 8.078/90 and 2 of Law 7.347/85, when the damage exceeds the local interest reaching more than one state, using as a method of dialectical approach in research.

**Keywords:** Objective responsibility. Supportive responsibility. Territorial jurisdiction. Class action. Environmental damage.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>2</sup>, constituindo assim, uma inovação no direito constitucional brasileiro em matéria ambiental, pois, utilizando instrumentos que já constavam da Lei n.º 6.938/81, elevou a matéria ao nível constitucional<sup>3</sup>.

A referida norma constitucional, ainda traz em seu parágrafo 3º que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores,

---

<sup>1</sup> Mestrando na Universidade Católica de Santos. Advogado. Ex Delegado Regional da ANDIF – Associação Nacional de Defesa dos Consumidores de Instituições Financeiras. Ex Presidente do CONDEPHAAT - Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Município de Presidente Prudente-SP. danielreus1950@gmail.com

<sup>2</sup> CF/88, art. 225, *caput*.

<sup>3</sup> Granziera, Maria Luíza Machado. *Direito ambiental*. – São Paulo: Atlas 2009, p. 75.

pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados<sup>4</sup>.

De acordo com Maria Luiza Granziera (2009), a reparação integral do dano ambiental é prevista na Declaração do Rio/92, Princípio 13, e constitui uma obrigação que complementa o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>5</sup>.

Veja-se que, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito eminentemente coletivo, pois, “todos” (identificados ou não) têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim sendo, a reparação de eventuais danos causados, deveria ter um tratamento também especial, ou seja, ser tutelado de forma coletiva, no intuito de haver uma melhor efetivação das medidas reparadoras e até mesmo para desafogar o judiciário e facilitar o acesso à justiça.

No entanto, em razão da falta de unificação das normas ou de um Código de Processo Coletivo, as legislações específicas das tutelas coletivas, como a Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), a Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), são inversamente aplicadas de maneira subsidiária ao Código de Processo Civil, e, ao invés de facilitar, muitas vezes dão margem para infundáveis discussões jurídicas e a interposição de vários recursos processuais, indo na contramão da celeridade pretendida pelo legislador.

Como o meio ambiente desconhece fronteiras, podendo uma mesma floresta pertencer a mais de um país, como no caso da amazônica, um rio, passar por várias Cidades e até mesmo cruzar Estados, como o São Francisco, e, normalmente os danos ambientais cruzam essas fronteiras e divisas, o primeiro grande desafio encontrado pelo operador do direito, Promotor Público ou Advogado, ao intentar demanda judicial para reparação de danos causados ao meio ambiente e a terceiros é a questão da competência territorial para a interposição da ação judicial.

Assim, da mesma forma em que há questões pacíficas e benéficas na defesa do meio ambiente em Juízo tais como a responsabilidade objetiva e a responsabilidade solidária, há questões controvertidas, como no caso da competência territorial nas ações coletivas, que podem dar margem a discussões processuais que em nada contribuem para a defesa e proteção do meio ambiente, ou seja, são dissonantes do objetivo da lei.

A legislação, artigo 2.º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e artigo 92, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), demonstra que a intenção do legislador é a de facilitar a coleta das provas, e que, portanto, a melhor interpretação

---

<sup>4</sup> CF/88, art. 225, § 3.º.

<sup>5</sup> Granziera, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. – São Paulo: Atlas 2009, p. 60.

àquelas normas será a que permitirá uma boa instrução processual com a facilitação da defesa dos direitos coletivos.

## 2 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NOS DANOS AMBIENTAIS

Dispõe a Lei 6.938/81, em seu artigo 4º, inciso VII, que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição ao poluidor e predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

De acordo com a legislação supra mencionada, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva, fica demonstrada a obrigação da reparação do dano ambiental privado, conforme se verifica no artigo 14, § 1º,

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Granziera (2009) diz que o atual Código Civil estabeleceu ainda uma outra forma de responsabilidade objetiva, a teoria do risco, segundo a qual aquele que, em sua atividade econômica, expuser a sociedade ao risco é obrigado a reparar eventuais danos que venha a causar. Nos termos do parágrafo único do art. 927<sup>6</sup>,

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, nos dizeres de Maria Helena Diniz (2009), consagrada está a responsabilidade civil objetiva que impõe o ressarcimento de prejuízo, independentemente de culpa nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade do lesante importar potencial risco para direitos de outrem<sup>7</sup>.

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade<sup>8</sup>.

Explica Diniz (2009) que essa responsabilidade está calçada na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa, como produção de energia nuclear ou produtos químicos, manuseio de máquinas ou utilização de veículos.

<sup>6</sup> Granziera, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. – São Paulo: Atlas 2009, p. 586.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 626.

<sup>8</sup> Enunciado n. 38, aprovado na *Jornada de direito civil*, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

A Lei nº 11.105/05, em seu artigo 20, também tratou da responsabilidade objetiva,

Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

Sobre o tema o STJ pacificou o entendimento de que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva<sup>9</sup>, não havendo margens para outra interpretação. Fundado na teoria do risco, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes, sendo aqui inserida a atividade econômica.

### 3 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A responsabilidade solidária em matéria ambiental encontra guarida na Lei 6.938/81 que conceitua, em seu artigo 3.º, inciso IV, poluidor como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental<sup>10</sup>.

Também, como esclarece Granziera (2009) no art. 942, do Código Civil, em sua parte final, “se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Essa regra caracteriza a responsabilidade solidária. Quando vários agentes tiverem participação de uma ação que venha a causar a poluição ou a degradação ambiental, ou ainda quando não se tiver certeza de qual deles – em um rol de possíveis autores – foi o responsável pelos danos, aplica-se o conceito<sup>11</sup>.

Acerca do instituto da responsabilidade solidária o Promotor de Justiça de Sergipe, Dr. Eduardo Lima de Matos<sup>12</sup> sustenta que “a questão da solidariedade é fundamental também para assegurar a concreta reparação em matéria ambiental, pois, em alguns momentos, somente com a utilização desse instituto jurídico, será possível conseguir a reparação almejada”.

Prossegue Matos “Um exemplo clássico, bem mencionado por Milaré, refere-se a um dano ambiental – no caso em estudo, degradação de um rio próximo de um complexo industrial, podendo-se identificar o dano, porém não o autor, e qual a solução cabível ao caso. Em primeiro lugar, deve ser lembrado que o meio ambiente pertence a todos (art. 225, CF); dessa forma, o objetivo maior é assegurar a proteção ao ambiente. Em segundo lugar, a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva do tipo risco integral. Assim os empreendedores daquele citado complexo industrial responderão solidariamente, repartindo-se o ônus pelo risco das atividades ali

<sup>9</sup> STJ – 2.ª T. RESP 1069155/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 07.12.2010, DJE 03.02.2011.

<sup>10</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm).

<sup>11</sup> Granziera, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. – São Paulo: Atlas 2009, p. 590.

<sup>12</sup> Responsabilidade Civil pela má utilização da água: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero12/artigo15.pdf>

desenvolvidas. Defender o contrário é contrariar o texto constitucional que elenca como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CF). A solidariedade garantirá a reparação do dano causado ao rio, assegurando, dessa forma, o cumprimento do mandamento constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quando o operador do Direito sintoniza a frequência do Direito Ambiental, ele está sintonizado com um sistema jurídico estabelecido para garantir a continuidade do ciclo da vida”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça amplia ainda mais o rol dos legitimados passivos solidários, cabendo trazer a baila o disposto no REsp 650728, da lavra no Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin, no qual preleciona que

Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem<sup>13</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça traz ainda uma questão de extrema importância sobre o tema, na qual, em que pese a responsabilidade pelo dano ambiental ser solidária, o litisconsórcio é facultativo, cabendo ao autor escolher quem vai figurar no polo passivo da ação, logo, mesmo havendo múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio, abrindo-se ao autor a possibilidade de demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto<sup>14</sup>.

#### **4 DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL**

Os institutos da responsabilidade objetiva e solidária não deixam dúvidas de que as normas constitucionais e infraconstitucionais tratam a proteção do meio ambiente de maneira especial, havendo um evidente avanço sobre este aspecto, no entanto, em matéria processual, a aplicação dessas normas nem sempre é plena e efetiva.

Normalmente, um dano ou acidente ambiental, atinge uma grande quantidade de pessoas, e, em caso de contaminação de águas, nascentes, mananciais, etc., esses danos ultrapassam os interesses locais e algumas vezes as divisas Estaduais. Assim sendo, o Ministério Público passa a ser o principal representante jurídico da sociedade nessa área.

---

<sup>13</sup> STJ-REsp 650728, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/10/2007, T2 - SEGUNDA TURMA.

<sup>14</sup> REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010

Além da atuação do MP, entidades civis de defesa do meio ambiente, também buscam o Poder Judiciário no intuito de preservar ou obrigar os poluidores a recuperar áreas degradadas em razão de atividade econômica.

Assim, nos casos em que o dano ultrapassa as fronteiras territoriais ou as Comarcas de atuação, surge o primeiro obstáculo à interposição das medidas judiciais, ou seja, qual o Foro competente para o ajuizamento da ação.

Cumpra antes alertar que o art. 21 da Lei nº 7.347/85 acrescentado pela Lei nº 8.078/90 determina que para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, é aplicável o “Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Por sua vez, o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor faz remissão à Lei da Ação Civil Pública, dispondo que às ações previstas no mesmo Título III, aplica-se a “Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”. Portanto, as disposições do Título III do Código do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública aplicam-se a quaisquer direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A competência territorial nas ações coletivas é regulada pelos artigos 2º da Lei da Ação Civil Pública e 93 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe,

**Art. 2º** - As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

**Art. 93** - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local:

**I** - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

**II** - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

De acordo com Ada Pellegrini, como o art. 2º da LACP menciona que a referida competência é funcional, deve-se entender que, especificamente quanto às ações coletivas, a competência territorial é absoluta, certamente em razão da relevância social dos direitos tutelados, tratando-se de norma específica, diversa da regra do art. 111, segunda parte, do Código de Processo Civil<sup>15</sup>.

Assim, se ajuizada a ação coletiva em Juízo manifestamente incompetente, nos termos do artigo 113, do Código de Processo Civil, deverá ser declarada *ex officio* sua incompetência<sup>16</sup>, haja vista que a competência será definida de acordo com a extensão do dano, quer seja, local, regional ou nacional.

Com relação ao dano local, nos parece não haver dúvidas de que o foro competente é o do lugar onde ocorreu o fato. A questão parece ficar um pouco obscura

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 879.

<sup>16</sup> Art. 113, CPC. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção

quando o dano ocorrer em vários municípios ou até mesmo ultrapassar as divisas dos Estados.

Teoricamente, analisando-se friamente a letra da lei, também não haveria margem para dúvidas, pois, se o dano ultrapassar o limite municipal a competência se desloca imediatamente para a Capital do Estado, e, caso ultrapasse as divisas dos Estados, a competência se desloca para o Distrito Federal.

Ocorre que, na prática, se interpretarmos o referido artigo de maneira literal, tendo em vista a vasta extensão territorial brasileira e mesmo dos Estados, poderíamos ter imensas dificuldades na interposição de ações coletivas em danos que ultrapassassem os limites municipais, pois há Comarcas que ficam extremamente distantes das Capitais, o que por conseqüência, inviabilizaria a interposição de demandas coletivas.

Ao teor do que dispõe o artigo 2º, da Lei 7.347/85, fosse dada a interpretação literal à norma, seria insuficiente e levaria a equívocos processuais.

Digamos que por suposição, uma empresa localizada no interior de um Estado Brasileiro, com uma concentração de pequenos municípios de até 20 (vinte) mil habitantes, essa empresa lança efluentes sem o devido tratamento no rio que banha essas cidades, ocasionando uma contaminação na água, que venha a atingir cinco ou seis municípios, seria esse um dano regional? – Nos parece que sim, num primeiro momento. No entanto, seria razoável que qualquer ação judicial nesse caso, fosse proposta na Capital do Estado?

Veja-se que tendo o Brasil um território continental, bem como, não havendo conceitos legais de dano local ou regional, deve haver, por parte dos operadores do direito, o bom senso em avaliar qual é o melhor local para a interposição das ações judiciais de reparação ou indenização em matéria ambiental.

No entanto, conforme já mencionado e também salientado na doutrina, a competência territorial é matéria cogente de natureza absoluta, não podendo ser alterada por vontade das partes. Assim, na eventualidade de um dano ambiental de proporções territoriais, ou seja, que atinja vários municípios pequenos, evidentemente que o causador do dano, vai querer deslocar a competência para a Capital do Estado, no intuito de dificultar o trâmite e o bom andamento processual, por isso, não se pode fazer uma interpretação literal do dispositivo legal, bem como, a questão da competência territorial deverá ser analisada no caso concreto tendo sempre por fundamento a facilidade na coleta das provas.

Sabe-se que a interpretação literal situa-se no último degrau do processo intelectual de hermenêutica, conforme ensina o Exmo. Juiz Aloísio Palmeira Lima, do E.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>17</sup>. Por tal razão é que se afirma que a interpretação literal pode transformar a lei numa “caricatura grotesca” da intenção do legislador ou do magistrado, sendo que a maturidade e o desenvolvimento do direito se evidenciam quando os intérpretes dão maior ênfase aos propósitos e objetivos da lei do que às palavras por ela empregadas<sup>18</sup>.

Neste sentido, os Promotores de Justiça mineiros Renato Franco de Almeida e Paulo Calmon Nogueira da gama afirmam que<sup>19</sup> “...os objetivos da norma jurídica, ao determinar a competência do juízo do local do dano, são claros: a *prevalência da importância da res iudicium deducta sobre as partes em lide; a facilidade na coleta de provas.*”

Na lição de MAZZILLI (2008), ao comentar a Lei da Ação Civil Pública, a lei estabeleceu regras especiais de competência para ações civis públicas ou coletivas, com o escopo de facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, assim, estabelece, como regra geral, que essas ações devem ser ajuizadas no foro do local do dano. Sendo duas Comarcas, a competência não deveria se deslocar à Capital do Estado, ficando a critério do autor o local do ajuizamento da ação, priorizando a melhor viabilidade na coleta da prova<sup>20</sup>.

O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, define com maior clareza a questão da competência territorial, no entanto, não atenta para a questão primordial que é a “facilidade na coleta de provas”, senão vejamos o disposto no seu artigo 20,

É absolutamente competente para a causa o foro:  
I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;  
II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;  
III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias;  
IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;  
IV – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.  
§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.  
§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

Veja-se que a doutrina é unânime ao afirmar que as regras de competência

<sup>17</sup> STJ – Resp. nº 98.454-RJ - Rel. Aldir Passarinho Junior – j. 26.09.2000 – DJU de 23.10.2000

<sup>18</sup> Jerome Frank. Courts on Trial. Princeton University Press, 1950, p. 292 e ss.

<sup>19</sup> A competência nas ações coletivas no CDC - <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4826/a-competencia-nas-acoes-coletivas-do-cdc>

<sup>20</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 260

devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude de defesa e o devido processo legal.

No processo civil em geral, a fixação da competência territorial tem por objetivo a comodidade das partes e a maior facilidade na colheita de provas; no caso específico da ação civil pública, as razões de a Lei 7.347/85 ter escolhido como regra geral o foro do local do dano são (a) a facilidade no ajuizamento da ação e na colheita da prova e (b) o julgamento pelo órgão jurisdicional que tenha tido (ou possa vir a ter) maior contato com o dano (efetivo ou potencial). Ora, não é razoável supor que o artigo 93, II, do CDC, tenha vindo ao universo jurídico para arruinar esses elementos teleológicos já tão arraigados na teoria geral do processo.

Assim, há um evidente confronto de normas, na qual, se forem aplicadas literalmente as normas de proteção coletivas, em casos onde ocorrem danos que ultrapassem os interesses locais, haverá um retrocesso e um evidente prejuízo na defesa do meio ambiente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O meio ambiente possui normas de proteção em nível constitucional e infraconstitucional, com evidentes benefícios e facilidades para a sua defesa. No entanto, tendo em vista que normalmente a defesa e a efetivação dessas normas se dá através de Ações Coletivas propostas pelo Ministério Público ou entidades Cíveis, não havendo um regramento único e objetivo com relação a essas normas, torna-se, processualmente falando, muito difícil a defesa do meio ambiente em Juízo.

Questões básicas, como a competência territorial para a propositura das ações coletivas não levam em conta a dimensão continental do Brasil, dando margem para equívocas interpretações legais, infundáveis recursos e, por conseqüência, a impunidade dos predadores do meio ambiente.

Assim, nas ações judiciais que visam a proteção e defesa do meio ambiente, as normas processuais devem ser interpretadas de maneira a beneficiá-lo, cabendo ainda ao legislador, dada as dimensões continentais do nosso país, priorizar e determinar com clareza e objetividade que, no caso concreto, seja o meio ambiente o beneficiado.

## **REFERÊNCIAS**

A COMPETÊNCIA nas ações coletivas no CDC. Disponível em:  
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4826/a-competencia-nas-acoes-coletivas-do-cdc>>  
Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 20 maio 2013.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENUNCIADO n. 38, aprovado na *Jornada de direito civil*, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

FRANK, Jerome. Courts on Trial. Princeton University Press, 1950.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 260

RESPONSABILIDADE Civil pela má utilização da água:  
<http://www.cjf.jus.br/revista/numero12/artigo15.pdf>

REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010

STJ. 2.<sup>a</sup> T. RESP 1069155/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 07.12.2010, DJE 03.02.2011.

STJ. REsp 650728, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/10/2007, T2 - SEGUNDA TURMA.

STJ. Resp. nº 98.454-RJ - Rel. Aldir Passarinho Junior – j. 26.09.2000 – DJU de 23.10.2000.

## A LIBERDADE RELIGIOSA NA PERSPECTIVA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Silvia Araújo Dettmer<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo analisar o direito à liberdade religiosa e sua referência à apreciação axiológica com postulados de matriz judaico-cristã. Parte-se do pressuposto de que esta se estruturou em diversos *corpora*, como pedra angular do pensamento ocidental. Neste segmento, retrata-se a emergência dos direitos fundamentais numa sociedade com crescente complexidade sistêmica dentro de um modelo de Estado Constitucional Cooperativo. No tocante a doutrina, Häberle (2002) propugna pela sociedade aberta e pluralista numa transação entre contextos e Neves (2009) propõe um diálogo transconstitucional de conversações constitucionais orientado pelas noções de um regime global de bem-estar em uma sociedade mundial impregnada de conflitos geopolíticos e dispersiva fragmentação cultural. Neste contexto, verifica-se que a liberdade religiosa é a espécie do gênero liberdade de expressão ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana que se constitui como regra norteadora do ordenamento jurídico e elemento unificador dos direitos fundamentais. Tendo em vista os princípios teórico-metodológicos a serem adotados nesta pesquisa, busca-se priorizar procedimentos pertinentes à pesquisa exploratória, visando a resgatar uma abordagem qualitativa quanto ao tema e priorizar, em fontes bibliográficas, o maior número de informações, considerando, para tanto, a perspectiva temporal diacrônica.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo, dignidade da pessoa humana, direito à liberdade religiosa, símbolos religiosos

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the right to religious freedom and its reference to axiological appreciation with postulates of Judeo-Christian origin. Part from the assumption that this was structured in different *corpora*, as the cornerstone of Western thought. In this segment, it portrays the emergence of fundamental rights in a society with increasing systemic complexity within a model of Cooperative Constitutional State. Regarding the doctrine, Häberle (2002) advocates for the open and pluralistic society in a transaction between contexts and Neves (2009) proposes a transconstitucional dialogue of constitutional talk guided by notions of a global system of welfare in a worldwide society steeped of geopolitical conflicts and dispersive cultural fragmentation. In this context, it appears that religious freedom is a species of the genus freedom of expression anchored in the principle of human dignity that constitutes a guiding rule of law and unifying element of fundamental rights. Given the theoretical and methodological principles to be adopted in this research, the proposal is to prioritize the relevant exploratory procedures, aiming to rescue a qualitative approach to the topic and prioritize, in bibliographic sources, much information considering for both the diachronic temporal perspective.

**Keywords:** transconstitucionalism, human dignity, the right to religious freedom, religious symbols

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional – PUCSP. Professora Adjunto II, do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Campus de Três Lagoas/MS. email: [silviadettmer@globo.com](mailto:silviadettmer@globo.com)

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do final do século passado, constitucionalistas de diversas tradições teóricas e de países os mais diferentes, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados (NEVES, 2009, p. XIX).

Tem-se deparado com a complexidade do tema das relações entre Direito Interno e Direito Internacional quando se lança um rápido olhar pelo mundo e observa-se dentre esses desafios mundiais que refletem no território nacional, católicos contra protestantes na Irlanda do Norte, cristãos contra muçulmanos nos Balcãs, muçulmanos contra hindus na Índia, hindus contra budistas no Sri Lanka, suicídios religiosos coletivos na África e nos Estados Unidos, terrorismo de seitas religiosas no Japão, embates entre igrejas e seitas por todo lado (GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2005, p. 7), a identificação do fundamentalismo islâmico e tantos outros casos recentes.

Um dos fatos mais alarmantes do século XX foi o surgimento de uma devoção militante, popularmente conhecida como fundamentalismo, dentro das grandes tradições religiosas. Suas manifestações são às vezes assustadoras. Observa-se que a religião voltou a ser uma força que nenhum governo pode ignorar impunemente. Hoje é parte essencial da vida moderna e certamente influirá nas questões nacionais e internacionais do futuro. (ARMSTRONG, 2001, p. 9).

Diante dessa integração da sociedade mundial decorrente da gravidade e intensidade dos conflitos religiosos existentes no mundo e da importância do fenômeno religioso, essa complexa e crescente sociedade heterogênea torna-se atual e instigante quando se insere para reflexão, o direito à liberdade religiosa<sup>2</sup> e os símbolos religiosos, especificamente o véu islâmico, raiz referencial desse estudo. (NEVES, 2009, p. XXI).

A presente pesquisa tem como fio condutor o direito à liberdade religiosa<sup>3</sup>. Para essa reflexão, buscou-se fundamentação nos seguintes documentos internacionais: Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e

---

<sup>2</sup> Neste estudo adota-se o conceito aberto de religião adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos que consagra a liberdade religiosa previsto no artigo 9º da Convenção Européia de Direitos Humanos. Artigo 9º: Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem

<sup>3</sup> Sara Guerreiro elucida quanto ao tema que está é uma matéria que se relaciona com as mais profundas convicções dos leitores. Há pré-conceitos associados a estas convicções. É o risco que se corre ao abordar um assunto que se relaciona com aquilo que de mais pessoal e íntimo existe e que nos define como seres humanos: a nossa idéia do mundo, da vida e da eventual existência de algo superior. E o modo particular de como encarar esta questão que provoca as cisões mais terríveis.

Discriminação fundadas na religião ou nas convicções e Convenção Européia de Direitos Humanos. Dentre os casos que de algum modo relacionam-se com a liberdade religiosa submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, destaca-se o direito de utilizar vestimentas, trajes ou símbolos religiosos.

O tópico concreto desse estudo<sup>4</sup> funda-se na reflexão do direito à liberdade religiosa na esteira do que propõe Häberle (2002, p. 9) ao propugnar-se pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta, orientada pela realidade cuja potencialidade diz respeito a todos (2002, p. 24). Assenta-se também em Neves (2009, p. 87), segundo suas noções de um regime global de bem-estar pautado na teoria do diálogo transconstitucional entre as múltiplas ordens jurídicas na esfera interna e externa dentro de um modelo de Estado Constitucional Cooperativo. (GUERREIRO, 2005, p. 121).

O direito constitucional nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais (NEVES, 2009, p. XXI).

Neste sentido, os instrumentos internacionais especialmente aqueles que lidam com os direitos humanos, pretendem guiar a comunidade internacional no seu todo e em toda a sua diversidade. Uma comunidade constituída por indivíduos monoteístas, politeístas, ateus, agnósticos, pensadores livres e espiritualistas. Instrumentos esses que se dirige a Estados que encaram determinada religião como intrínseca ao funcionamento do sistema de Governo, bem como a Estados que vêem a separação entre Igreja e Estado como um elemento constitutivo da sua ordem constitucional. (EVANS, 1999, p. 385).

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional, (no sentido estrito) ou, com freqüência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco (GUERREIRO, 2005, p. 121).

O desafio desse estudo está na interação do tratamento do transconstitucionalismo como fundamental à integração social e 'ponte de transição'<sup>5</sup> de uma sociedade no enfrentamento do problema da inclusão/exclusão de pessoas,

---

<sup>4</sup> Esse estudo pauta-se também no conceito de transconstitucionalismo de Marcelo Neves, em que passa a ser considerado entre uma pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas. Torna-se assim, fundamental à integração social da sociedade de hoje, ou seja, para enfrentar o problema da inclusão/exclusão de pessoas. A esse respeito, terá relevância particular o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, envolvendo uma multiplicidade de ordens jurídicas.

<sup>5</sup> Expressão adotada por Marcelo Neves.

quando o conflito assenta-se na liberdade religiosa, bem como a imbricação de símbolos<sup>6</sup> religiosos como formas de afirmação pública de liberdade de expressão.

## 2 RELEVÂNCIA DO TEMA

Na Antiguidade, a religião<sup>7</sup> costumava andar intimamente associada à vida do povo. A ideia religiosa foi, entre os antigos<sup>8</sup>, o sopro inspirador e organizador da sociedade (COULANGES, 2009, p. 46).

Cada nação, tribo ou clã tinha os seus deuses próprios que se supunham defender e proteger o povo. Cumpria venerá-los e evitar-lhe as iras, em especial provocadas pela infidelidade ou mau procedimento de alguns membros da comunidade, por meio de sacrifícios, preces e outros atos rituais. Não aceitar a religião nacional ou não a praticar, equivalia, de certa maneira, a ser infiel ao próprio povo e a atrair sobre ele as iras da divindade; pelo que tal fato era geralmente considerado crime grave, punido, por vezes, até com a pena de morte (MIRANDA, 1978, p. 266).

Desde os alvares da história da humanidade pode-se constatar o caráter naturalmente social da religião. O fenômeno religioso, em consequência, constitui um fator social e, portanto, não pode deixar de ser tido em conta pelos ordenamentos jurídicos civis (ADRAGÃO, 2002, p. 31).

Nesse panorama em mutação, decorrente da internacionalização do direito constitucional, emerge questões heterogêneas com diferentes concepções sobre sistema jurídico, conflitos de culturas e de religiões, e aspirações de hegemonia. Mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem estatal no âmbito do respectivo território (NEVES, 2009, p. XXI).

Assim, esses fenômenos religiosos que assolam a humanidade, impõem novas ideias à teoria jurídica tradicional ou simplesmente rediscutir velhas ideias à luz

---

<sup>6</sup> Cita-se José Severino Croatto quando explica as diferenças entre símbolo e outras manifestações da linguagem (metáfora, alegoria e signo) cujos conceitos possuem fronteiras próximas, gerando o risco de serem confundidas e usadas de maneira incorreta. A partir daí, o autor define uma série de características pertinentes ao símbolo, demonstradas a seguir: o símbolo é polissêmico, pois uma mesma coisa pode significar diversos símbolos (mas no momento da manifestação do sagrado o símbolo apresenta apenas uma das várias significações que ele possa possuir). Como vimos anteriormente, é também relacional e por isso se torna um fato social. O símbolo é permanente, posto que as coisas terão sempre a mesma representação simbólica através dos tempos, sendo também universal, uma vez que podem aparecer ao mesmo tempo e em lugares diferentes ou em épocas diferentes. O símbolo é pré-hermenêutico; ele exige interpretação.

<sup>7</sup> Sara Guerreiro explica que apesar de a religião ser um conceito extremamente difícil de concretizar, não queremos deixar de registrar algumas tentativas de definição encetadas por alguns autores, e chegar, pelo menos, a um conceito operativo<sup>7</sup> que permita a sua utilização como 'instrumento de trabalho' no presente estudo. Há quem entenda que não é possível atingir nenhuma definição satisfatória ou que esta pode ser contraproducente. Falharam os esforços em incluir aquela definição na Declaração para a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou Crença e mesmo o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América<sup>7</sup> (STEUA) tem mostrado relutância em definir o termo religião.

<sup>8</sup> Dentre os traços marcantes deste período destaca-se a relevância da religião, a comunhão no culto doméstico e a predominância da tradição religiosa na sociedade política considerada como uma transposição da estrutura familiar ao espaço cívico.

de novos fatos. O debate sobre a expansão da internacionalização do direito ou a aproximação dos direitos nacionais por meio do direito comparado não são debates novos. Nota-se que vários conceitos são revisitados pelos autores contemporâneos à luz de uma nova realidade. A ideia de direito global, por exemplo, assemelha-se à antiga ideia de direito universal, embora possam ser também fenômenos muitos distintos, conforme os autores e a época (VARELLA, 2013, p. 21).

Não é fácil abordar o assunto religião, na atualidade, tendo em vista que é um tema complexo, de alta diversidade e peculiaridades. No seu exame inserem-se considerações de extrema relevância e delicadeza de questões relativas não só a temas de alta indagação, como também a aspectos pouco explorados da teoria dos direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 1994, Parecer).

Dessa forma, retrata-se o lugar especial de Peter Häberle, referendado por Canotilho, e seu valor antropológico-cultural, diante da premissa em que, a esfera pública pluralista e a realidade colocam problemas constitucionais e fornecem material para uma interpretação constitucional cujo processo é aberto e realçado pela cláusula de fidelidade constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 30 e 35).

Nesse contexto, adentra-se em Dworkin, e em alguns de seus importantes trabalhos que se dirigem a temas de alta complexidade teórica e filosófica, como democracia e liberdade religiosa (MACEDO JR, 2010); em Durkheim (1996, p. 18) na classificação das forças religiosas que inspiram sentimentos de respeito, repugnância e horror, juntamente com as características que definem a religião, dentre elas, o formalismo religioso<sup>9</sup>; em Karen Armstrong (2008, p. 6), que traz a arraigada necessidade humana de buscar transcender os limites da condição terrena, e demais aspectos históricos, sociológicos, antropológicos e filosóficos, ligados a questões religiosas.

Na doutrina, esse estudo apóia-se em Robert Alexy, Jorge Miranda, Canotilho, Ingo W. Sarlet, Jónatas Machado, Paulo Pulido Adragão, Sara Guerreiro, dentre outros. Ressalta-se, porém, a teoria de Marcelo Neves<sup>10</sup> na contextualização da sociedade aberta de Häberle.

---

<sup>9</sup> Durkheim explica a importância primordial dada por quase todos os cultos à parte material das cerimônias. Esse formalismo religioso, muito provavelmente a forma primária do formalismo jurídico, advém de que a fórmula a pronunciar, os movimentos a executar, tendo em si mesmos a fonte de sua eficácia, a perderiam, se não se conformassem exatamente ao tipo consagrado pelo sucesso.

<sup>10</sup> Marcelo Neves ao introduzir o conceito de transconstitucionalismo, analisa os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais (as pontes de transição) e critica o uso metaforicamente arbitrário do termo 'Constituição', para enfatizar a necessidade de precisa localização histórica e delimitação semântica do conceito. O tratamento do transconstitucionalismo supõe uma delimitação semântica do conceito de Constituição, ao qual se associam as noções de constitucionalismo e constitucionalização. Diante da dimensão pragmática do seu emprego, de termos intensamente ambíguos e extensamente vagos, vem-se desenvolvendo, mais recentemente, a concepção de que a Constituição consiste em uma metáfora do discurso ou da retórica política. Entendida a metáfora não simplesmente como 'deslocamento de palavras', mas sim como 'uma transação entre contextos', ou seja, uma interação (...), todo uso de linguagem natural carrega uma carga metafórica maior ou menor. Nesse sentido, não há dúvida de que Constituição é uma das metáforas da semântica social contemporânea. Porém, isso não redundaria forçosamente em um vazio de significado. Se o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora do viver e agir precisa adequar-se a ele, porque senão, ela perde a conexão com a realidade. A

Enfim, não se propõe aqui uma análise exaustiva da teoria acima aludida e sua implicação no direito à liberdade religiosa e sim, buscar nestes aportes teóricos, componentes que contribuam para desdobrar um tema de intenso conflito jurídico-moral neste período de transformação profunda na sociedade hodierna constatada pelo regresso do sagrado (CATROGA, 2006, p. 32) observada na questão de Deus à esfera pública, e que transcende o território do Estado.<sup>11</sup>

### 3 A SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA DA ATUALIDADE

Nos fins do século XVIII inicia-se o processo moderno de diferenciação entre política e direito e a sociedade torna-se 'multicêntrica' ou 'policontextual', em que a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade (NEVES, 2009, p. 23). Isso leva a uma pluralidade de códigos-diferença orientadores da comunicação nos diversos campos sociais, acarretando tensões, emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados (NEVES, 2009, p. 33).

Na China, as autoridades prenderam um monge budista tibetano, após ter falado com o Relator Especial da ONU e em outro caso, prenderam um sacerdote católico na clandestinidade enquanto celebrava missa numa casa particular em Pequim, tendo aparecido morto horas depois. No Irã, um padre católico, nascido muçulmano e convertido ao cristianismo, foi encontrado enforcado em circunstâncias confusas, depois de vários pastores protestantes terem sido mortos (ADRAGÃO, 2002, p. 122).

Não é por acaso que os direitos humanos estão hoje confrontados com importantes desafios, como sucede em Estados como a Turquia ou a França, com o debate em torno da secularização do espaço público e do uso do véu islâmico<sup>12</sup>, a polêmica européia em torno das caricaturas de Maomé e da liberdade de expressão ou a controvérsia gerada nos EUA com a construção de um centro islâmico no Ground Zero. Igualmente relevante é o ressurgimento do constitucionalismo assumidamente

---

Constituição em sentido moderno depende, no plano estrutural, de amplos pressupostos e exige, no nível semântico, clareza conceitual, para que seja uma categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea.

<sup>11</sup> Essa transformação, analisada por Marcelo Neves em casos diversos, demonstra que o Estado deixou de ser um 'locus' privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos 'loci' em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado.

<sup>12</sup> Quanto ao uso do véu islâmico, cabe a explicação de Karen Armstrong quando retrata a obra "Libertação das mulheres" de Qassim Amin (1865-1908), que atribuía o atraso do Egito à aviltante posição feminina, frisando particularmente o uso do véu. O véu representava uma enorme barreira entre a mulher e sua elevação e, consequentemente, uma barreira, entre a nação e seu progresso. O uso do véu não é original nem fundamental no Islã. O Alcorão não ordena que todas as mulheres cubram a cabeça, e o hábito de vê-las e isolá-las nos haréns só se difundiu no mundo islâmico cerca de três gerações após a morte do Profeta. Nem todas, porém, usavam o véu, que sendo, indicador de status, estava restrito às camadas superiores. Entretanto, o véu passou a simbolizar a autenticidade islâmica para muitos muçulmanos, enquanto para mundos ocidentais era e ainda é a prova da inextirpável misoginia do Islã. Assim, muitos muçulmanos consideram o véu obrigatório para todas as mulheres e o vêem como um sinal do verdadeiro Islã.

islâmico, em Estados como o Irã, o Iraque, a Turquia, o Egito, a Tunísia, a Líbia dentre outros (MACHADO, 2013, p. 15).

Cita-se também, Ibn Khaldun, historiador do século XIV, que retrata Jerusalém como expressão de 'Cidade Santa', quase sempre usada para descrever a reverência de seus locais de culto e que se tornou o lugar essencial na terra para a comunicação entre Deus e o Homem (MONTEFIORE, 2013, p. 15).

Ilustra-se também com a presença dos conflitos sagrados originados entre os adeptos das três maiores religiões monoteístas ocasionados devido à adoração a esse lugar especial. Dentre todos os lugares sagrados do mundo, Jerusalém ocupa um lugar de destaque devido à sua singularidade histórica e ao turbulento entrave político que ameaça permanentemente a região e o mundo (ARMSTRONG, 2000, p. 12).

Cabe elucidar que a França é uma sociedade de maioria monoconfessional, onde mais de 80% da sua população é católica, ainda que rigorosamente apenas 15% sejam praticantes, e que o islamismo é a segunda religião em seguidores no país, com cerca de 4 milhões de fiéis. As demais religiões não alcançaram um milhão de fiéis cada. Há um duelo no cenário francês referente ao afastamento de uma religião versus a prática considerável de uma religião importada (PEREIRA, 2011, p. 31).

Em 2011, o parlamento francês aprovou definitivamente, com voto do senado, o projeto de lei que interdita o uso do véu islâmico em espaços públicos. Esse texto não visa expressamente ao véu integral, mas sim a dissimulação do rosto no espaço público, o que inclui as ruas, mas também os lugares abertos ao público, como estabelecimentos comerciais, transportes, parques ou cafés, ou lugares afetos a um serviço público, como autarquias, escolas e hospitais.

Apesar de condenar o uso dos véus islâmicos integrais como a "burka"<sup>13</sup> e "nigab"<sup>14</sup>, a maioria da esquerda se negou a participar na votação, aludindo aos riscos de "inconstitucionalidade", tanto na França como na União Europeia, de uma proibição geral, e de uma "estigmatização" dos muçulmanos. A direita governista alega que o uso da vestimenta fere a liberdade e a dignidade da mulher e é ainda um risco à segurança, já que não permite sua identificação. Os opositores socialistas advertiram que a proibição geral da burca vai contra a Constituição Francesa e, além disso, pode ter problemas práticos de aplicação.

Vê-se, portanto, que comparativamente à atuação do estado francês no tocante à liberdade religiosa, a Alemanha tem conduta muito mais pacificadora e harmônica com os diversos atores sociais e as confissões, não sendo de surpreender que a França seja muitas vezes demandada na esfera regional por questões religiosas (PEREIRA, 2011, p. 31).

---

<sup>13</sup> Cobre completamente a cabeça e o corpo, inclusive os olhos, onde há uma rede para permitir a visão.

<sup>14</sup> Cobre integralmente a cabeça e o corpo, deixando, apenas os olhos descobertos.

A discussão também ocorre em outros países, como Suíça<sup>15</sup>, Itália<sup>16</sup>, Holanda<sup>17</sup>, Espanha e Bélgica<sup>18</sup>.

Busca-se nessa análise não se perder na riqueza temática que a matéria suscita, entretanto, cabe mencionar que estudos apoiados pela Organização das Nações Unidas (ONU) indicam que a promoção da liberdade religiosa maximiza os direitos fundamentais. A chave dessa ligação encontra-se, no conceito de laicidade e, conseqüentemente, na tolerância dentro do meio social (GUERREIRO, 2005, p. 28).

Neste sentido, o Estado Constitucional necessita reexaminar as suas pressuposições e axiomas valorativos. Por exemplo, a notoriedade que tem rodeado o chamado neo-atéismo, com fortes implicações no mundo, os debates gerados a propósito da introdução dos casamentos homossexuais e do impacto que este tema tem tido na liberdade religiosa das confissões religiosas que defendem o casamento heterossexual monogâmico tradicional (MACHADO, 2013, p. 16).

Assim, o Estado Constitucional deve edificar uma comunidade constitucional inclusiva, baseada na afirmação da igual dignidade, liberdade e responsabilidade de todos os indivíduos, independentemente das suas convicções ideológicas, tal como decorre dos valores e princípios fundamentais da matriz judaico-cristã (MACHADO, 2013, p. 18). No entanto, no tratamento vigente constante na realidade de cada Estado observam-se conflitos relacionados ao direito à liberdade religiosa que convergem na sua horizontalidade e verticalidade.

No ano de 2012, a União Internacional Humanista e Ética (IHEU) produziu o primeiro estudo referente à Liberdade de Pensamento: Relatório Global sobre a Discriminação contra os humanistas, os ateus e os não-religiosos<sup>19</sup>, que foi divulgado em outubro do mesmo ano. O enfoque recaiu no tratamento dispensado pelos países ao redor do mundo aos ateus<sup>20</sup> e de leis que negam o direito deles existirem, restringem sua liberdade de crença e de expressão, revogam seu direito de cidadania,

---

<sup>15</sup>No final de 2009, a ministra da Justiça Eveline Widmer-Schlumpf disse que uma proibição dos véus que encobrem a face deveria ser levada em conta se muitas mulheres muçulmanas passassem a usá-lo e acrescentou que o véu a faz sentir-se desconfortável.

<sup>16</sup>Em 2004, políticos do norte do país ressuscitaram uma antiga lei contra o uso de máscara para tentar banir o uso da burca por mulheres. Alguns prefeitos da Liga Nortista Anti-imigração também baniram o uso de vestimentas islâmicas.

<sup>17</sup>Em 2006, o governo holandês considerou, e depois abandonou, os planos de proibir todas as formas de vestimentas que cobrissem o rosto em locais públicos, sob o argumento de que eles perturbavam a ordem e a segurança pública. Advogados disseram que a medida era inconstitucional e violava direitos civis. O governo sugeriu então a proibição em prédios públicos, mas nenhuma lei até hoje foi aprovada.

<sup>18</sup>Embora não haja uma lei nacional proibindo o véu islâmico, diversos distritos baniram o uso da burca em locais públicos, fazendo uso de uma antiga lei originalmente aprovada para proibir os cidadãos de usar máscaras que cobrissem o rosto durante o Carnaval.

<sup>19</sup> O relatório Liberdade de Pensamento 2012 está disponível em: < <http://www.iheu.org>>. Acesso em 19 de fev. de 2013.

<sup>20</sup> O relatório mostra que nos países islâmicos (Afeganistão, Irã, Maldivas, Mauritània, Paquistão, Aràbia Saudita e Sudão) ser ateu ou desertar da religião oficial pode trazer a pena capital. Em países europeus e nos EUA as leis favorecem os religiosos e suas organizações e tratam os ateus e humanistas como cidadãos de segunda classe. Em Bangladesh, Egito, Indonésia, Kuwait e Jordânia, a publicação de idéias ateístas ou humanistas sobre religião são totalmente proibidos ou limitados, conforme as leis de blasfêmia. Na Malásia, os cidadãos têm de se registrar como seguidores de religiões oficialmente reconhecidas: islã, cristianismo e judaísmo. A América Latina e América do Norte, embora tenham governo secular, há tratamento diferenciado a igrejas cristãs.

restringem o seu direito de se casar e o acesso à educação pública, proíbem o exercício de cargo público, criminalizam a sua crítica da religião e executam-nos por deixar a religião de seus pais.

Citou-se neste relatório, que a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, e leis infraconstitucionais protegem, a liberdade de consciência, religião ou crença; sendo considerado inconstitucional promover a intolerância religiosa no país.

### 3.1 A COMPLEXIDADE BRASILEIRA

No território nacional brasileiro há uma constante problematização de situações que envolvem a religião em espaços públicos e da antinomia entre o público e a religião, e com isso, a pluralização dos sentidos de laicidade.

Em 2007, o Conselho Nacional de Justiça pronunciou-se oficialmente pela manutenção do crucifixo em seus estabelecimentos, uma vez que, o uso do crucifixo não fere o caráter laico do Estado, havendo neste caso, uma representação cultural do símbolo.<sup>21</sup> Posteriormente, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, considerou a presença religiosa em espaços públicos como tema irrelevante.

Em janeiro de 2010 criou-se o Primeiro Plano Nacional de Proteção à Liberdade Religiosa. Sendo que no mesmo mês passou-se a comemorar o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa que foi incluído no calendário cívico.

Cabe mencionar a discussão sobre a liberdade de cátedra em universidades confessionais que ocorreu a partir da demissão de Debora Diniz da Universidade Católica de Brasília, em 2002. O caso<sup>22</sup> encontra-se em trâmite na justiça nacional<sup>23</sup>, e provocou uma imensa repercussão internacional.

Para Diniz, a liberdade de cátedra<sup>24</sup> é uma norma constitucional no Brasil que garante a liberdade de ensino e pesquisa a professores, pesquisadores e estudantes. Diferentemente de outros países democráticos e com forte tradição liberal, como é o caso dos EUA e do Canadá, o Direito Brasileiro diferencia a liberdade de cátedra de outras garantias e princípios constitucionais, como a liberdade de expressão ou de pensamento.

Trata-se de um direito específico que protege pesquisadores, professores e estudantes no exercício de suas atividades acadêmicas. A liberdade de cátedra é um

---

<sup>21</sup> Conforme o site [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)

<sup>22</sup> Conforme explica Debora Diniz, uma característica do rudimentar debate brasileiro é a preponderância de autores com filiações religiosas, ou seja, o tema da liberdade de cátedra em universidade confessionais foi, preferencialmente, analisado por representantes ou líderes de universidades confessionais.

<sup>23</sup> Na jurisprudência, esse processo é uma referência nos tribunais brasileiros. O que foi discutido no Poder Judiciário, em particular no STF antes da CF/88, foram situações específicas em torno da extensão da autônoma universitária, e não especificamente a liberdade de cátedra<sup>23</sup>. Diniz discute a pergunta de como se expressaria a liberdade de cátedra em universidades confessionais sobre temas relacionados aos direitos sexuais ou reprodutivos.

<sup>24</sup> A confessionalidade é uma identidade institucional prevista pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)

dos instrumentos que promove a educação como um bem público. O tema da liberdade de cátedra é pouco discutido no Brasil. (DINIZ, BUGLIONE, RIOS, 2006, p. 73).

Em 2011, palestrantes e conferencistas do Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça e realizado em Brasília, levantaram questões relacionadas à garantia do respeito à liberdade religiosa num Estado plural e democrático de direito.

Com efeito, a importância e oportunidade do Seminário ligam-se ao fato de que tem surgido crescentemente, na esfera judiciária, questões de caráter administrativo ou judicial envolvendo as relações entre o espiritual e o temporal (MARTINS FILHO, 2011, p. 7). Questões polêmicas diante da presença de símbolos religiosos<sup>25</sup> têm sido levantadas, especialmente ao se notar menção ao aspecto religioso em diversas esferas e setores: em órgãos públicos, como em salas de audiências e tribunais; menção de Deus nas notas de dinheiro no país; os feriados judeus; a militância de bancadas religiosas na política; a imunidade tributária aos templos de qualquer culto<sup>26</sup>, dentre outros, são algumas das apresentadas.

Recentemente, a decisão judicial<sup>27</sup> da 17ª Vara do Rio de Janeiro proferida em maio desse ano, indeferiu o pedido de antecipação de tutela do MPF/RJ para a retirada dos vídeos referentes a opiniões da Igreja Universal sobre a crença afro-brasileira hospedados na internet. A decisão não entrou no conceito de religião, mas delimitou o campo semântico de liberdade e no exame da tutela declarou que “as manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença, mas são manifestações de livre expressão de opinião”.

Posteriormente, diante da repercussão na mídia e aclamação da sociedade civil quanto a possíveis violações aos princípios da liberdade religiosa e do estado laico de sua decisão, o magistrado reviu os seus fundamentos e fez a adequação argumentativa reconhecendo os cultos afro-brasileiros como religião.

As afirmações constitucionais sobre a igual dignidade dos seres humanos são inteiramente consistentes com a teologia judaico-cristã. A dignidade humana afirmada na constituição portuguesa ou na brasileira não é fruto de uma decisão arbitrária do povo soberano nem é uma verdade evidente por si mesma. Antes resulta do aprofundamento multissecular dos axiomas vertidos nos textos fundacionais do Judaísmo e do Cristianismo (MACHADO, 2013, p. 38).

---

<sup>25</sup> Posição do Conselho Nacional de Justiça: os símbolos religiosos não devem obrigatoriamente ser retirados dos tribunais; os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e não interferem na universalidade e imparcialidade do Poder Judiciário.

<sup>26</sup> Artigo 150, VI, 'b' CTN: o Supremo tribunal Federal considerou como cláusula pétreia.

<sup>27</sup> Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101

#### 4 A LIBERDADE RELIGIOSA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): A PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO

Em sede de liberdade religiosa, pode-se verificar que são inúmeros os casos submetidos à margem de apreciação no TEDH, dentre eles, o caso do **SAS v France** diz respeito à queixa de um cidadão francês, que é um muçulmano praticante, por não ser mais permitido usar o véu de rosto inteiro em público após a entrada em vigor, em abril de 2011, de uma lei que proíbe a ocultação do próprio rosto em lugares públicos.<sup>28</sup>

O direito de utilizar vestimentas ou símbolos religiosos é dos que mais suscita demandas perante o TEDH, afinal, abarca uma série ilimitada de condutas, acarretando conflito entre um interesse particular pela ostentação de um símbolo religioso e o interesse coletivo ou estatal do convívio harmônico da pluralidade de crenças e religiões. Nesses casos, o TEDH opta pela prevalência do interesse coletivo que encontra legitimidade no artigo 9º, n. 2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>29</sup>

Quando os símbolos religiosos ou trajes são ostentados em locais públicos como escolas e universidades, o TEDH tem entendido que estes símbolos são indevidos, como entende a maior parte dos estados membros.<sup>30</sup>

Um dos pontos interessantes em relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos refere-se à influência de suas decisões fora da Europa, entre países, portanto, que não são signatários da CEDH (NEVES, 2009, p. 142).

No que tange a temática dessa pesquisa, reporta-se que as condições sociais da religião na Alemanha revelam a existência de duas confissões religiosas mais importantes: a Igreja Evangélica, e a Igreja Católica, com 28,9 milhões, respectivamente; os muçulmanos são 2,5 milhões (ADRAGÃO, 2002, p. 33).

A Alemanha tem postura diversa da francesa, quanto ao uso de símbolos religiosos por discentes. Na Alemanha, não só a questão da utilização de lenço pelas alunas de religião muçulmana nunca foi posta em causa, como se admite com naturalidade a dispensa das aulas de educação física mista das alunas cujos cânones de vestuário não possam ser respeitados (ALVES, 2005, p. 255).

---

<sup>28</sup>The Court will be holding 2 hearings in November 2013. The case of *Jeunesse v. the Netherlands* concerns the refusal to grant a residence permit to a Surinamese woman who, married to a Netherlands national with three children, did not leave the Netherlands after the expiry of her tourist visa in 1997. The case of *S.A.S. v. France* concerns the complaint of a French national, who is a practising Muslim, that she is no longer allowed to wear the full-face veil in public following the entry into force, in April 2011, of a law prohibiting concealment of one's face in public places. Siteo virtual do TEDH: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> – acesso em 06/11/2013.

<sup>29</sup>Artigo 9º, n. 2 da CEDH: traz exceções na qual é restringida a liberdade de religião, ou seja, as condições para que as eventuais restrições sejam legitimamente reconhecidas. ('não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei...').

<sup>30</sup>Limitação à liberdade religiosa em prol da afirmação do Estado Democrático e Laico. Casos *Dogru vs França* (queixa n. 27058/05) e *Kervanci vs França* (queixa n. 31645/04)

Vê-se, portanto que comparativamente à atuação do estado francês no tocante à liberdade religiosa, a Alemanha tem conduta muito mais pacificadora e harmônica com os diversos atores sociais e as confissões, não sendo de surpreender que a França seja muitas vezes, demandada na esfera regional por questões religiosas (PEREIRA, 2011, p. 31).

Na América Latina, há uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência do modelo constitucional dos Estados Unidos da América na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, também o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão (NEVES, 2013, p. 178).

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas vem-se desenvolvendo sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se expressa apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas de Acórdãos, como parte da '*ratio decidentis*' (NEVES, 2013, p. 179).

Diante da complexidade do tema, coloca-se o problema peculiar da burocracia decisória no ato de julgar. Há uma racionalidade nesse procedimento em relação à motivação, que o poder judiciário aduz para justificar o que se decidiu e o da racionalidade do que ele aferiu, que lhe permite realizar inferências justas sobre o que seria mais coerente admitir como propósito da lei (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 292).

No Supremo Tribunal Federal, conforme explica Marcelo Neves, o transconstitucionalismo pende para um diálogo com o constitucionalismo alemão. Entretanto, no plano da dogmática constitucional recente há um equilíbrio entre uma conversação com o constitucionalismo americano e o alemão, cujas influências são dominantes na experiência brasileira. Fundamental é, portanto, que sejam feitas as devidas adaptações em que a jurisprudência e a doutrina constitucional não fiquem deslocadas do seu contexto jurídico e social.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Neste sentido, elucida Hârbele que a jurisdição constitucional é um catalisador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional. A sua efetiva influência interpretativa suscita indagação sobre a sua legitimação, questão que também se aplica para as outras forças participantes do processo de interpretação e que reclama uma análise de vários pontos.

## 5 IMPLICAÇÕES PARA O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE RELIGIOSA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A visão judaico-cristã do mundo parece ser a que melhor permite justificar racionalmente a primazia e a universalidade dos valores e princípios do Estado Constitucional (MACHADO, 2013, p. 9).

A neutralidade religiosa e ideológica do estado Constitucional encontra-se associada ao princípio da separação das confissões religiosas do Estado e da sua independência recíproca (MIRANDA, MEDEIROS, 2005, p. 448).

Hodiernamente, a religião parece querer retomar o seu lugar na esfera pública, e reporta-se aqui a contribuição de Jónatas Machado para a reflexão sobre estas questões, em que, a neutralidade religiosa e ideológica do Estado Constitucional encontra-se associada ao princípio da separação das confissões religiosas do Estado e da sua independência recíproca (MIRANDA, 2005, p. 448).

Sendo que, o princípio da laicidade tem subjacente a procura de uma posição de neutralidade e não identificação com “qualquer tese, dogma, religião, ou verdade de compreensão do mundo e da vida” (CANOTILHO, 2003, p. 226). E o princípio da separação das confissões religiosas do Estado apresenta-se como um elemento constitutivo do Estado Constitucional e tem sido entendido, desde os alvares do constitucionalismo moderno, como um corolário da liberdade de consciência, de pensamento e de religião. Porém, não é totalmente claro que o Estado Constitucional possa ser plenamente compreendido como uma entidade mundivisional e eticamente neutra (MACHADO, 2013, p. 14).

Alguns acontecimentos das últimas décadas têm vindo a colocar o Estado Constitucional e o princípio da laicidade sob pressão. O ressurgimento da religião e o avanço do islamismo no mundo e na Europa, e larga medida através dos movimentos migratórios, têm evidenciado a necessidade de refletir sobre o seu significado e as suas pressuposições metafísicas, bem como sobre o respectivo impacto político, jurídico, económico e social. Os direitos humanos reconhecidos no Ocidente, por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, confrontam-se agora com uma versão alternativa islamizada, sob reserva da *Sharia*, apregoada e ativamente promovida como lei suprema (MACHADO, 2013, p. 16).<sup>32</sup>

Dessa forma, o Estado Constitucional necessita reexaminar as suas pressuposições e axiomas valorativos. Por exemplo, a notoriedade que tem rodeado o chamado neo-ateísmo, com fortes implicações no mundo, os debates gerados a propósito da introdução dos casamentos homossexuais e do impacto que este tema

---

<sup>32</sup> Conforme Declaração do Cairo dos Direitos do Homem, no Islão, adotada por 45 Estados, em 1990.

tem tido na liberdade religiosa das confissões religiosas que defendem o casamento heterossexual monogâmico tradicional (MACHADO, 2013, p. 16).

Observa-se que apesar da maioria das religiões se encontrarem imbuídas de um sentido de pertença à humanidade, a história registra provavelmente mais exemplos de desumanidade entre homens que de boa-vizinhança e do desejo de satisfazer as necessidades dos menos favorecidos (GUERREIRO, 2005, p. 43) ou dos grupos minoritários inseridos na sociedade.

Concomitantemente, a premissa judaico-cristã da igual dignidade de todos os homens e mulheres diante de Deus esteve na base de séculos de reflexão política e jurídica. Ela tem o fundamento na criação de todos os seres humanos, homens e mulheres, à imagem e semelhança de deus. Ela é o fundamento dos direitos de liberdade individual e da autodeterminação coletiva, constituindo também uma limitação moral ao respectivo exercício (MACHADO, 2013, p. 48).

É importante notar a dificuldade de encontrar-se um modelo puro de separação ou união entre Estado e igrejas e conseqüentes confissões religiosas. Entre a separação e a união, a realidade mostra-nos um sem número de ligações mais ou menos estreitas e mais ou menos institucionais.

Esta dicotomia Estado laico e Estado confessional não coincide necessariamente com a dicotomia separação/não separação entre Estado e igrejas. Assim, o Estado laico, apesar de não se pronunciar sobre a questão da existência de Deus, pode manter uma determinada relação institucional com uma ou mais igrejas. No entanto, é mais difícil imaginar um Estado confessional sem ligação a uma igreja (GUERREIRO, 2005, p. 75). Daí que a neutralidade pode assumir um caráter negativo ou positivo (ADRAGÃO, 2002, p. 264).

Assim, a liberdade religiosa, tal como se conhece hoje, é o resultado de séculos de perseguições e conflitos, que começou a ser afirmada na sequência das revoluções liberais e da atenção conferida ao indivíduo e seus direitos fundamentais, e culmina por ser consagrada pelo Direito Internacional, adquirindo progressivamente uma incontestável universalidade no plano jurídico (GUERREIRO, 2005, p. 43).

## **6 O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA PERSPECTIVA DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: UM CAMINHO DE TOLERÂNCIA EM MATÉRIA DE LIBERDADE RELIGIOSA**

A etimologia da palavra tolerância retrata o sentido de paciência ou constância em suportar. Tradicionalmente, são-lhes associados dois sentidos, um negativo consistindo numa simples permissão de um mal, que não se pretende, mas que se consente, com vista a evitar um mal maior ou a conseguir um bem maior (URBANO, 2005, p. 87).

A questão da tolerância requer atenção crescente, quer no plano de organização política da União Europeia, quer no plano da sociedade civil que vai se tornando mais rapidamente complexa do que as respostas institucionais se organizam (MOREIRA, 2005, p. 7).

A liberdade religiosa só pode existir verdadeiramente num ambiente pluralista, mas o pluralismo, como diz Joseph Raz, abre as portas da tolerância, uma vez que são necessariamente confrontadas visões diferentes do mundo e da vida (RAZ, 2005, p. 88).

Dessa forma, a fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. É evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna (NEVES, 2009, p. 122).

O transconstitucionalismo tem-se desenvolvido intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas ele ainda se encontra muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial. Isso, em parte, deve-se à persistência do provincianismo constitucional, especialmente no direito estatal.

É claro que não se pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal: essa ainda constitui uma dimensão importante do sistema jurídico. Mas a abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes, torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional (NEVES, 2009, p. 131).

Ilustra-se com um dos casos mais delicados apresentado recentemente na relação entre a ordem jurídica brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, no município de Tapauá (Amazonas), bem como o Projeto de Lei 1057, de 2007, destinado à criminalização das práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas.<sup>33</sup> Esse projeto também propunha tipificação dos 'homicídios de criança, em caso de crença' embora não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de diálogo transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> - acesso 05/10/2014.

<sup>34</sup> Genocídio cultural: postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades. Antropóloga Laura Segato: 'a tarefa ingrata de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, de fazer uma forte aposta na transformação do costume.'

Dessa forma, a análise realizada por Marcelo Neves em casos diversos, demonstra que o Estado deixou de ser um '*locus*' privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos '*loci*' em cooperação e concorrência na busca do tratamento de tantos problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim, dizer, emanciparam-se do Estado (NEVES, 2009, p. 297).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado ainda é um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial. O que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.<sup>35</sup>

A nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista a emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados.<sup>36</sup>

Em março de 2013 foram divulgadas<sup>37</sup> tendências preocupantes no mundo da liberdade religiosa. O novo relatório<sup>38</sup> divulgado pelo *Pew Research Center* de Religião e Vida Pública do Projeto destaca uma série de tendências preocupantes sobre o estado da liberdade religiosa em todo o mundo a partir de 2012. A participação dos países com alto ou muito alto nível de hostilidades sociais que envolvem religião atingiu um pico de seis anos em 2012, de acordo com o estudo é desanimador, se não de todo surpreendente.

O relatório concluiu que um terço dos cerca de 200 países e territórios pesquisados "tinha grandes hostilidades religiosas em 2012." Potencialmente ainda mais perturbador é que "enquanto a percentagem de países com um alto ou muito alto nível de restrições do governo sobre a religião permanecem praticamente o mesmo ", a Europa viu o mais alto nível de aumento de restrições no ano passado. E aqui está mais uma estatística assustadora: mais de três quartos da população mundial reside agora em uma área marcada por restrições religiosas, sejam elas impostas pelo governo ou o produto das hostilidades sociais.

---

<sup>35</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 34.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>37</sup> Site [www.irla.org](http://www.irla.org) - Acesso: março/2014.

<sup>38</sup> Site <http://www.pewforum.org/2014/01/14/religious-hostilities-reach-six-year-high/> - Acesso: março/2014.

Diante de tão vasto e relevante universo temático, dos aspectos e problemas específicos passíveis de análise, buscou-se, para tanto, reconduzir a temática ao valor da dignidade da pessoa humana como elemento integrativo da matéria de direitos fundamentais.

Ademais, importa citar Sarlet (2010, p. 31), para quem, para a dignidade da pessoa humana, aplica-se a noção referida por Bernard Edelman de que qualquer conceito, inclusive jurídico, possui uma história<sup>39</sup>, que necessita ser retomada e reconstruída para, assim, apreender o seu sentido (SARLET, 2010, p. 31).

Assim, o transtucionalismo em um sistema jurídico está entrelaçado a uma pluralidade de ordens relacionadas com problemas de direitos fundamentais ou de direitos humanos.

Tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. Os conteúdos praticamente coincidem. A diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada. Os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 253).

## REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

ALVES, Pedro Delgado. **Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial européia**. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Coimbra: Almedina, 2005.

ALVES, Pedro Delgado. **Sinais de identificação e simbologia religiosa na escola pública – um olhar sobre a recente evolução jurisprudencial européia**. In Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. Volume II. Coordenação Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Coimbra: Almedina, 2005.

ARMSTRONG, Karen. **Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo**. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

---

<sup>39</sup> Durkheim nos ensina que só a história nos permite decompor uma instituição em seus elementos constitutivos, uma vez que nos mostra esses elementos nascendo no tempo uns após os outros. Toda vez, portanto, que empreendemos explicar uma coisa humana, tomada num momento determinado do tempo, quer se trate de uma crença religiosa, de uma regra moral, de um preceito jurídico [...], é preciso começar por remontar à sua forma mais simples e primitiva, procurar explicar os caracteres através dos quais ela se define nesse período de sua existência, fazendo ver, depois, de que maneira ela gradativamente se desenvolveu e complicou, de que maneira tornou-se o que é no momento considerado.

\_\_\_\_\_ **Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo.** Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_ **Em nome de Deus: o fundamentalismo no Judaísmo, no Cristianismo e no Islamismo.** Tradução: Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

\_\_\_\_\_ **Jerusalém. Uma cidade, três religiões.** Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CATROGRA, Fernando. **Entre deuses e césores. Secularização, laicidade e religião civil.** Coimbra: Almedina, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CROATTO, José Severino. **As linguagens da experiência religiosa: uma introdução à fenomenologia da religião.** São Paulo: Paulinas, 2001.

DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp. **Entre a dúvida e o dogma: liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil.** Brasília: Letras Livres; Porto Alegre Livraria do Advogado, 2006.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália.** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

EVANS, Carolyn. **Religious freedom in European Human Rights Law: the search for a guiding conception.** JANIS, Mark W.;

EVANS, Carolyn. **Religion and international law.** The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 385. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância.** Coimbra: Almedina, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue.** Parecer. São Paulo, 24/10/1994.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões.** Tradução Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância.** Coimbra: Almedina, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento.** In GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Apresentação.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. **O Estado laico e a liberdade religiosa**. São Paulo: LTr, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978.  
\_\_\_\_\_ **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Limitada, 2005.

MONTEFIORE, Simon Sebag. **Jerusalém: a biografia**. Tradução: Berilo Vargas e George Schlesinger. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MOREIRA, Adriano. In GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_ **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, João Luiz Quinto. **Liberdade religiosa na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem – TEDH**. Relatório das disciplinas Direitos Fundamentais I e II apresentado ao Mestrado Científico na área de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010/2011.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York, Oxford, 1986. p.401 *apud* GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROBERT, Jacques. **A liberdade religiosa num Estado Democrático – problemas e soluções**. Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, Consciência e liberdade, 1º. Semestre, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

URBANO, Francisco de Paula Vera. **La libertad religiosa como derecho de la persona**. Instituto de Estudios Políticos. Madrid: 1971, p. 41 *apud* GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**. Coimbra: Almedina, 2005.

## A DECISÃO INJUNCIONAL

Bernardo Silva de Seixas<sup>1</sup>

**RESUMO** O presente trabalho tem o escopo de estudar duas características da decisão oriunda do mandado de injunção, quais sejam, a possibilidade de uma sentença constitucional regulamentar uma norma constitucional e a feição objetiva contida na decisão que julga o mandado de injunção. Para tanto, visando conceder fundamento teórico sobre esta garantia constitucional este ensaio dissertará sobre a eficácia das normas constitucionais, a questão da omissão inconstitucional, bem como versará sobre as teorias jurídicas que fundamentam os efeitos da decisão oriunda do mandado de injunção, assim como qual a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal para, ao fim, verificar quais foram as modificações que o mandado de injunção causou na atuação do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Mandado de Injunção. Decisão Injuncional.

**ABSTRACT:** This work have finally study two characteristic of decision for injunction Warrant namely: the possibility for constitutional sentence regular one constitutional norm and the objective feature who have decision of Warrant Injunction. For both, aiming grant theory foundation for this constitutional guarantee this essay going to discourse about the effectiveness of constitutional norm, the question of omission unconstitutional, as well as going to concern about judicial theory who justify the effect of decision for injunction warrant as well as which adopt for Federal Supreme Court for examine which modification who warrant injunction occasion in procedure of Federal Supreme Court.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Injunction Warrant. Injunction Decision.

### 1 INTRODUÇÃO

Dentre inúmeras classificações que a Constituição Federal de 1988 recebe a principal delas é quanto à finalidade do texto constitucional. Esta segmentação determina que as Constituições podem ser constituição-dirigente ou constituição-balanço. A primeira espécie, que interessa ao presente estudo, pode ser conceituada como um texto constitucional, que além de estruturar e delimitar o poder do Estado, estabelece um plano de metas e programas a serem atingidos pelo Estado, objetivando o bem-estar social de todos os indivíduos que compõem aquele.

Visando cumprir este desiderato a Constituição de 1988 contém diversas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, sendo necessária a atuação dos poderes constituídos, principalmente dos Poderes Legislativo e Executivo, para que se concretizar as metas e programas contidos no texto constitucional. Todavia, algumas normas de eficácia limitada expressão direitos subjetivos aos indivíduos que também não podem ser obstados de fruição por desídia regulamentar dos Parlamentares.

Tendo como escopo conceder a máxima efetividade às previsões constitucionais, bem como sabedor que a tradição jurídico-constitucional brasileira é a não observância dos ditames constitucionais, o poder constituinte originário criou dois mecanismos que tem a finalidade de combater as denominadas omissões

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/BAURU. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM.

inconstitucionais. Esses instrumentos são o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Oportunamente, este trabalho se justifica pela necessidade de uma análise mais profunda sobre as decisões que julga o mandado de injunção, tendo em vista a potencialidade que este instrumento detem para a concretização da Constituição Federal e dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, este trabalho irá se restringir ao Mandado de injunção visando elucidar, de forma não exaustiva, a seguinte problemática: Quais são os possíveis efeitos da decisão judicial que julga o mandado de injunção? Qual a teoria sobre os efeitos do Mandado de Injunção adotada pelo Supremo Tribunal Federal? A decisão em mandado de injunção o torna um legislador positivo? Há um caráter objetivo na decisão injuncional?

Partindo desses questionamentos este ensaio terá como objetivo principal o estudo do Mandado de Injunção e de sua decisão jurídica. Como propósito específico visará esclarecer a novel função exercida pelo Supremo Tribunal Federal no momento em que julga o Mandado de Injunção.

Para tanto, visando atingir a finalidade pretendia se analisará, primeiramente, a questão da classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, haja vista se faz necessário esta abordagem para compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Posteriormente, se detalhará questões referentes à inércia do Poder Legislativo que afronta a Constituição, descrevendo, dentre diversas temáticas, o momento de sua ocorrência, bem como demonstrando os efeitos danos que a inconstitucionalidade causa para o texto Constitucional.

Por conseguinte, se tratará a respeito da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXI, CF/88, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dos efeitos do mandado de injunção, analisando-se os principais julgados do Pretório Excelso sobre este instrumento processual, que visa assegurar a fruição de direitos subjetivos que se encontram obstados por falta de norma reguladora.

Por fim, se debaterá questões referentes à decisão judicial que julga o mandado de injunção e o seu suposto caráter objetivo preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, dissertando sobre a modificação de paradigmas que esse instrumento da jurisdição constitucional brasileira causa na atuação do Supremo Tribunal Federal.

## **2 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A SUA EFICÁCIA**

O mandado de injunção é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXI, Constituição Federal de 1988 (CF/88) que visa combater as omissões do Poder Legislativo que impeçam a fruição de direitos fundamentais pelos indivíduos.

Preceitua o texto constitucional que conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para entendermos a real função que o mandado de injunção exerce no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário o estudo da classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia.

No texto constitucional existem diversas normas que necessitam de regulamentação pelo Poder Legislativo, haja vista que a Constituição Federal prevê determinado direito, no entanto, designa ao legislador infraconstitucional, em muitos

casos, a atribuição de regulamentar a forma de exercício deste direito. Neste diapasão, faz-se necessário citar a tradicional classificação de José Afonso da Silva sobre as normas constitucionais e sua eficácia. O supramencionado doutrinador classificou as normas constitucionais, segundo o critério da aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena referem-se àquelas que não necessitam de regulamentação pelo Poder Legislativo, haja vista que são autoaplicáveis. No direito norte-americano são denominadas de *self-executing provisions*.

Leciona Gilmar Mendes (2012, p. 22) que as normas de eficácia plena “[...] são as normas imediatamente aplicáveis, por regulamentarem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam”. As normas de eficácia plena veiculam proibições, conferem isenções e fomentam prerrogativas, sendo os arts. 12, I, e 14, § 1º, CF/88, exemplos de normas de eficácia plena. Ressalta-se que as normas que veiculam direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata por expressa disposição constitucional, nos termos do art. 5º, § 1º, CF/88, assim, as normas que veiculam direitos fundamentais devem ser aplicadas mesmo sem regulamentação legal do legislador infraconstitucional.

Por sua vez, as normas de eficácia contida são autoaplicáveis tal qual as de eficácia plena, todavia o âmbito de sua aplicabilidade pode sofrer restrições em virtude de atividade legislativa infraconstitucional. Segundo Michel Temer (1993, *apud* PIOVESAN, 2003, p. 67) “as normas de eficácia contida são normas de eficácia redutível ou restringível, que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional”. São exemplos dessas normas, no texto constitucional de 1988, os arts. 5º, LVIII e o art. 170. Ressalta-se que alguns direitos fundamentais, tais como a liberdade de profissão e ofício prevista no art. 5º, XIII, CF/88, podem sofrer regulamentação, com o escopo de se criar requisitos para o exercício de determinada profissão.

Por fim, a última espécie de norma constitucional, segundo a classificação quanto à aplicabilidade, se refere às normas de eficácia limitada, sendo este conceito de imprescindível importância para se entender a questão das omissões inconstitucionais.

A principal característica das normas de eficácia limitada é que para que ocorra a produção dos efeitos previsto no dispositivo faz-se necessário a atuação do legislador infraconstitucional.

Assim, essas normas constitucionais tem aplicabilidade mediata, somente podendo ser exercido o direito nelas previstas caso exista um ato normativo infraconstitucional. No direito estadunidense essas normas são designadas como *not self-executing provisions*. Para Flávia Piovesan (2003, p. 68), as normas de eficácia limitada:

São todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

Oportunamente, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal entende que as normas de aplicabilidade limitada tem um mínimo de aplicabilidade no tocante ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois, mesmo que estas normas não sejam aplicadas no plano dos fatos por falta de regulamentação legal, não podem ser objeto de afronta por norma infraconstitucional, haja vista que se encontram no texto normativo constitucional, no ápice do ordenamento jurídico, não podendo ser desrespeitadas pelo simples argumento de que não tem aplicabilidade.

A doutrina subdivide as normas de eficácia limitada em normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais programáticas. As primeiras seriam aquelas que estabelecem a estruturação de institutos, instituições, entidades e órgãos. Pode-se citar como exemplo desta modalidade de norma constitucional o art. 37, IX, CF/88, assim como o art. 134, CF/88 que define a Defensoria Pública como instituição essencial à justiça.

As normas constitucionais programáticas, segundo a lição de Paulo Branco (2012, p. 79), “[...] impõem uma tarefa para os poderes públicos, dirigem-lhe uma dada atividade, prescrevem uma ação futura”. Pode-se afirmar que as normas de conteúdo programático, normalmente, veiculam direitos fundamentais de segunda dimensão que necessitam de uma atuação estatal para que possa ser usufruídos pelos administrados, tais como direito à saúde, previdência social e assistência social.

É neste contexto de normas de eficácia limitada que dependem da atuação legislativa que surge a questão da omissão legislativa e a inconstitucionalidade resultante da inércia do legislador que será tratada a seguir.

### **3 A INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA INÉRCIA DO LEGISLADOR. UMA FORMA DIFERENCIADA DE DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, sob a ótica de uma classificação doutrinária, é uma constituição rígida, desta maneira, sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado deve seguir um procedimento especial, mais rigoroso, previsto no próprio texto constitucional, que se difere do processo legislativo das leis ordinárias e complementares.

Esta rigidez, que também pode ser considerado como uma proteção das normas constitucionais, decorre da posição que ocupa o texto constitucional no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição é a lei suprema no ordenamento jurídico positivo, é considerada o ápice do sistema jurídico pátrio, sendo o local em que todas as leis infraconstitucionais retiram sua validade. Sobre esta temática, cita-se os ensinamentos de Dimoulis e Lunardi (2011, p. 18):

A rigidez-imutabilidade expressa a supremacia (primazia) constitucional. A Constituição é o conjunto dos dispositivos supremos no ordenamento jurídico, é a “suprema lei do país”, a “superlei”, a “lei das leis”. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ela. Utilizando a imagem comum, as Constituições estão no topo da hierarquia normativa ou da pirâmide das fontes do direito, sendo o “Paramount law”.

Sendo a CF/88 o ápice do ordenamento jurídico pátrio, uma de suas principais características, dentre outros elencados pela doutrina, é de servir de parâmetro para que o legislador, no exercício do seu poder legiferante, confeccione leis infraconstitucionais válidas. Assim, devem os parlamentares, ao apresentar um projeto de lei ou quando o aprovarem, verificar a compatibilidade deste projeto de lei com a

Constituição Federal, sob pena deste ato normativo ser declarado inválido perante o ordenamento jurídico e ser extirpado do mundo jurídico por decisão do Poder Judiciário ou do próprio Presidente da República, através do veto. Sobre este aspecto sancionatório do controle de constitucionalidade leciona André Ramos Tavares (2009, p. 191)

[...] a inconstitucionalidade, a par de designar o vício, a falha, a falta de observância com os mandamentos contidos na Constituição, comumente é empregada como expressão designativa da “sanção”, querendo indicar, neste passo, o efeito, a consequência daquela verificação ou seja, a nulidade do ato caracterizado como inconstitucional no primeiro dos sentidos.

Desta forma, o fenômeno da inconstitucionalidade ocorre quando uma lei infraconstitucional não respeita os ditames previstos no texto constitucional. Este fenômeno pode surgir de diversas formas, no entanto, considerando os limites deste trabalho, apenas, se analisará a conceituação, de forma perfunctória, da inconstitucionalidade por ação ou omissão.

A incompatibilidade por ação ocorre quando um ato afronta os ditames constitucionais, sendo que este ato pode ter origem tanto no Poder Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atividade estatal contrária as normas constitucionais.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão surge quando o Poder Legislativo ou a Administração Pública não cumprem com as determinações contidas nas normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal. Esta modalidade de inconstitucionalidade se caracteriza por uma inércia do Legislativo, na sua função precípua de legislar, e do Poder Executivo, quando tem que regulamentar determinada legislação infraconstitucional. Ademais, não podemos olvidar que pode ocorrer inconstitucionalidade por omissão no âmbito do Poder Judiciário, sendo que esta ocorre quando o magistrado não julga determinada demanda ajuizada, se configurando, na realidade, uma verdadeira denegação de justiça, o que é vedada pelo princípio do *non liquet*, contido no art. 126, CPC.

Sobre esta modalidade de inconstitucionalidade, faz-se referência à Daniel Wunder Hachem (2012, p. 66)

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional). Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição.

É importante, todavia, fazer menção quando surge esta modalidade de inconstitucionalidade. No estudo da inconstitucionalidade por omissão a tarefa de constatar o momento de que a inércia do legislador ou do administrador se tornou danosa ao texto constitucional é de difícil constatação, pois seria leviano apontar que o Poder Legislativo, principal responsável pela omissão inconstitucional, seria transgressor do texto constitucional em 06 de Outubro de 1988 em relação às normas de eficácia limitada contida na Constituição Federal, haja vista que o processo legislativo de criação de leis é complexo, demanda debates políticos, reflexões sociais, dentre outras características que permeiam o consenso democrático necessário para

confeção de uma lei, que visa, sobretudo, conceder legitimidade ao texto infraconstitucional.

Assim, ao se analisar o estudo desta modalidade de inconstitucionalidade deve-se observar, necessariamente, o fator tempo, devendo, aquele que seja competente para julgar uma omissão inconstitucional, verificar se houve um transcurso razoável de tempo para as discussões políticas, de maneira que as matérias mais complexas previstas no texto constitucional deve-se despende um lapso temporal mais longo para o trâmite do projeto de lei daquelas matérias menos complexas, visando que seja concedido aos parlamentares um interregno de tempo maior para se alcançar um consenso comum sobre a regulamentação.

Para melhor desenvolvimento do tema analisado, menciona-se um conceito sobre omissão legislativa, segundo Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (2011, p. 99)

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro, gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional.

Do conceito retromencionado abstraem-se os elementos configuradores de uma omissão legislativa, quais sejam, dever de legislar previsto no texto constitucional, um comportamento passivo, um *non facere*, do legislador – sem olvidar de que as omissões constitucionais também podem ocorrer em virtude da inércia do administrador público – e impossibilidade de fruição do direito fundamental por seu titular.

Outrossim, menciona-se que a inconstitucionalidade por omissão é tão danosa quanto à inconstitucionalidade por ação, pois, ocasiona afronta ao texto constitucional, perda da força normativa desta e não fruição de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ademais, esta inércia legislativa causa o fenômeno de mutação informal da Constituição, o que pode ocasionar oscilação na aplicação do texto constitucional pelos poderes da República e resultar em insegurança jurídica nas relações sociais e na aplicação do Direito. Sobre estas consequências para o texto constitucional imprescindível é o comentário de André Puccinelli Júnior (2007, p. 121):

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] pressente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa.

Desta feita, em virtude das diversas consequências desta modalidade de inconstitucionalidade devem todos os agentes públicos, que detenham competência para saná-las, envidar esforços para extingui-las do ordenamento jurídico, fazendo uso dos meios jurídico ou políticos.

Desta forma, tanto a inconstitucionalidade por ação e, principalmente, por omissão devem ser evitadas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que tais incompatibilidades das leis infraconstitucionais podem causar risco à segurança jurídica que todo Estado democrático deve prezar para alcançar sua finalidade maior que é o bem estar social dos indivíduos.

Ademais, o fato de um dos poderes constituídos não cumprir com sua função acarreta a possibilidade de outro poder preencher os espaços vazios, ocasionando desequilíbrio na harmoniosa relação de poderes.

Isto posto, constatada que do não cumprimento das normas constitucionais de eficácia limitada surge a inconstitucionalidade por omissão, imperioso é o estudo do mandado de injunção, um dos instrumentos aptos a sanar o vácuo normativo ocasionado pela não atuação do Poder Legislativo.

#### **4 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A EVOLUÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL COMO FORMA DE GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Neste tópico iremos abordar algumas questões referente ao mandado de injunção, citando sua natureza jurídica, finalidade, principais características e, principalmente, a evolução jurisprudencial que este instrumento da jurisdição constitucional brasileira teve no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O mandado de injunção é uma garantia constitucional que visa conceder a efetividade dos direitos fundamentais previsto na Carta da República de 1988 que carecem de regulamentação infraconstitucional, sendo o instrumento utilizado contra as omissões legislativas que obstam a plena fruição dos direitos subjetivos dos indivíduos.

As das principais características do mandado de injunção são a legitimidade ativa ampla e irrestrita para propositura deste *writ* constitucional, assim como os efeitos da decisão jurídica é restrito às partes da demanda. Não olvidando, outrossim, que quando esta garantia é ajuizado por uma entidade de classe, que pleiteia direito difuso, os efeitos da decisão jurídica se estenderá à terceiro, os substituídos processualmente, logo, o que determinado na sentença não se restringirá ao autor e réu da demanda. Diversa característica é apontada por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2012, p. 234) “[...] um meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional”.

Das características apontadas, pode-se classificar o mandado de injunção como um instrumento do controle difuso de constitucionalidade.

Sobre a finalidade deste instituto, cita-se o entendimento de Daniel Wunder Hachem (2012, p. 78):

A finalidade do instituto consiste em atribuir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando o seu exercício, quando este encontrar-se obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional. Constitui, portanto, a necessária instrumentalização do princípio da aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, CF.

Destarte, o escopo do mandado de injunção é garantir a fruição de direitos fundamentais contidos na constituição que se encontram inviabilizados em virtude da inércia do legislador. Neste ínterim combate o fato, decorrente da história constitucional brasileira, das normas constitucionais serem letras mortas, despidas de nenhuma efetividade, tornando a Constituição somente símbolo na ordem jurídica interna.

Quanto à origem do Mandado de Injunção há diversos posicionamentos defendidos pela doutrina, existindo aqueles que defendem que esta garantia constitucional tem origem no direito anglo-saxão. Há, ademais, os que entendem que o Mandado de Injunção tem origem no direito constitucional alemão. Por fim há os defensores da tese que o instituto não encontra precedente no direito alienígena e foi criado, originalmente, pelo constituinte originário de 1988.

Sem adentrar no mérito de cada corrente que visa explicar a origem do Mandado de Injunção, haja vista não ser objeto deste trabalho, defendemos que esta garantia constitucional, nos moldes previstos na Constituição Federal, não encontra semelhança com nenhum instituto do Direito Comparado. Sobre este tópico, importante citar a lição de Flávia Piovesan (2003, p. 178) “De fato, nos moldes em que é concebido, o mandado de injunção não encontra similar no direito alienígena. Trata-se de verdadeira inovação da Constituição de 1988”.

Quanto aos efeitos do mandado de injunção tem intensa controvérsia doutrinárias, haja vista que a falta de regulamentação legal impede que se tenha certeza do real alcance desta garantia constitucional.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 170) defende que a decisão do mandado de injunção detem caráter constitutivo no sentido de que o “[...] juiz deve criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada”. Desta maneira, o juiz deveria agir como legislador positivo e realizar a regulamentação da situação fática que depende de lei, criando uma norma ao caso concreto para as partes daquela demanda.

Todavia, este posicionamento não foi o adotado, inicialmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Para os ministros da suprema corte brasileira, afastando-se do ônus de concretizar direitos fundamentais e apoiando-se em argumentos clássicos, tais como o princípio da separação dos poderes, determinou que o mandado de injunção tem nítido caráter mandamental servindo, apenas, o *writ* constitucional como uma forma de notificar o Poder Legislativo de sua mora legiferante. Ressalta-se que ao se posicionar sobre o caráter mandamental o Supremo Tribunal Federal igualou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Sobre este posicionamento cita-se a crítica de José Carlos Barbosa Moreira (1990, p. 172):

Conceber o mandado de injunção como simples meio de pautar a inexistência da norma reguladora e comunica-la ao órgão competente para a edição é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação.

Contudo, este entendimento do Supremo Tribunal Federal refere-se aos primeiros pronunciamentos sobre o mandado de injunção. Com o decorrer do tempo, o próprio Pretório Excelso, modificou seu entendimento sobre a natureza do pronunciamento proferido em sede de mandado de injunção.

Após reduzir a aplicabilidade das decisões em mandado de injunção a uma mera notificação ao órgão omissor, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção 283-5, modificou seu entendimento e determinou que caso

persistisse a mora legislativa de determinada norma de eficácia limitada esta deveria ser aplicada como norma de eficácia plena.

Esta nova visão do Supremo decorreu da análise do art. 8º, § 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que determina aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

O Poder legislativo não editou a lei e os indivíduos lesados impetraram mandado de injunção no Poder Judiciário com o escopo de receber a indenização prevista no supramencionado dispositivo.

No julgamento da ação constitucional o Supremo Tribunal Federal determinou que o processo legislativo da norma infraconstitucional se iniciasse em 60 (sessenta) dias, inclusive com a realização da sanção presidencial. Afirmou-se, contudo, que ultrapassado o prazo supramencionado o impetrante poderia, utilizando-se da via processual adequada, requerer diretamente ao Poder Judiciário a indenização devida, mesmo sem existir lei infraconstitucional que regulamentasse a matéria.

Deste julgado podemos extrair duas mudanças de posicionamento na jurisprudência do Supremo no tocante ao mandado de injunção. Primeiro que se admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena concedendo aos indivíduos o direito subjetivo público para requerer em juízo os direitos previstos na legislação constitucional. Segundo que o mandado de injunção é instrumento apto à concretização de quaisquer direitos que não possam ser usufruídos por falta de regulamentação legal e não somente os direitos fundamentais previsto na Constituição da República.

Todavia, foi com os julgamentos do Mandado de Injunção n. 670, 708 e 712, que tratavam sobre a omissão legislativa no tocante à possibilidade de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, CF/88), que novamente o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento em relação aos efeitos do Mandado de Injunção.

As supramencionadas demandas foram ajuizadas por entidades classistas de servidores públicos requerendo ao Supremo Tribunal Federal o direito de realizar movimentos grevistas em face do Poder Público visando melhores condições de trabalho. Todavia, este direito não poderia ser exercido, lícitamente, sem que houvesse a norma infraconstitucional que regulamentasse o movimento paredista.

A Suprema Corte ao analisar o caso concreto determinou a aplicação, analogicamente, da lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei 7.783/89). Sobre o julgamento do Mandado de Injunção n. 708, importante citar o comentário de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 237):

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a injunção para garantir o direito de greve dos funcionários públicos, adotando a tese concretista, determinou que fosse aplicada, enquanto não formulada a lei, a legislação do setor privado aos impetrantes, garantindo uma norma que assegurasse o direito. Essa decisão pode marcar um passo importante para a efetivação das garantias constitucionais, passo que se esperava do Supremo Tribunal Federal há vinte anos!

Novamente, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, haja vista que não tornou a norma prevista no art. 37, VII, CF/88 de eficácia plena, mas se utilizando de métodos clássicos de integração de lacunas normativas, a analogia (art. 4º, LINDB), determinou a aplicação de uma norma que regulamenta caso semelhante.

O supramencionado entendimento, ao que parece, é o que se aplica, atualmente, na corte constitucional brasileiro, haja vista que foi reiterado no julgamento do mandado de injunção n. 758, onde se reconheceu o direito de servidores públicos, que trabalhassem em condições insalubres ou de risco, de requererem aposentadoria especial com base na lei de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91), haja vista que não há lei que regulamente o disposto no art. 40, § 4º, CF, norma constitucional que prevê aposentadoria especial para servidores públicos que laborem em condições insalubres e perigosas.

Neste íterim, faz-se necessário citar o comentário de Luís Roberto Barroso (2012, p. 177) sobre este entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Com essa decisão, o STF finalmente diferenciou, no que concerne aos efeitos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão constitucional. Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido.

Constata-se, portanto, que em virtude da falta de norma regulamentadora para disciplinar a garantia constitucional que é o mandado de injunção a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve que se posicionar sobre diversas nuances deste instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Percebe-se que o posicionamento do Supremo fora se desenvolvendo no sentido de resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos em detrimento de argumentações clássicas – tais como o princípio da separação dos poderes - que privilegiavam a inércia dos poderes constituído.

Todavia, esta atuação inovadora do órgão de cúpula do Poder Judiciário tem relativizado alguns conceitos clássicos da jurisdição constitucional, principalmente, no afastamento da função de legislador negativo teorizado por Hans Kelsen e na concessão de efeito *erga omnes* em um instrumento processual que faz parte do controle difuso de constitucionalidade.

## **5 A DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. UMA MEDIDA PROVISÓRIA JUDICIAL E A MODIFICAÇÃO NA FORMA DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Neste tópico iremos abordar questões referentes à decisão oriunda do procedimento que visa combater os vácuos normativos existentes em virtude da desídia do Legislador. Todavia, primeiramente, se mencionará a regra geral da decisão que julga uma inconstitucionalidade por ação para, posteriormente, analisar questões atinentes à técnica de decisão aplicada ao julgamento do mandado de injunção.

Inicialmente, devemos ressaltar que o conceito de decisão judicial da jurisdição ordinária não se aplica à jurisdição constitucional, já que aquela, segundo a própria definição do Código de Processo Civil, é qualquer decisão que ponha fim à fase de conhecimento do processo com ou sem resolução do mérito. Partindo desta

premissa tradicional, verifica-se a incompatibilidade deste conceito com a decisão oriunda da jurisdição constitucional que, através do processo objetivo, defende o texto constitucional de atos normativos contrários os preceitos constitucionais, não se utilizando de qualquer hipótese prevista no Código de Processo Civil para resolver, ou não, o mérito da demanda. Georges Abboud (2011, p. 110) conceitua sentença constitucional como

[...] ato processual, realizado por um órgão colegiado do STF, que, ao examinar o mérito do processo, decide acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade (ADIn/ADPF/ADC) de determinado texto normativo, sobre a inconstitucionalidade em razão de omissão legislativa (ADIO), ou pronuncia a normatividade necessária ao exercício de algum direito fundamental em razão da ausência legislativa (MI), sempre extinguindo o processo.

Desta feita, verifica-se que a decisão de mérito proferida mediante atuação da jurisdição constitucional é diversa daquela proferida na jurisdição ordinária, pois não há lide para resolver, os efeitos da decisão podem ser *erga omnes*, bem como há a possibilidade de modulação temporal dos efeitos do acórdão.

Ademais, as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma tem a característica de serem antidemocráticas e negativas, pois extirpa do ordenamento jurídico uma lei que ultrapassou todo processo legislativo e foi amplamente debatida no Parlamento. É negativa no sentido que anula todos os seus efeitos jurídicos desde sua edição, ou seja, tem efeito *ex tunc*. Assim leciona Calil Simão (2014, p. 165),

[...] o ato jurídico inconstitucional é invalidado desde a sua existência, sendo classificado como um vício de nulidade, devendo receber da jurisdição constitucional uma decisão de natureza declaratória. Os respectivos efeitos produzidos devem ser avaliados à luz das regras que integram o sistema de controle de constitucionalidade.

Portanto, a regra geral é de que o órgão competente para defesa da constituição anule um ato normativo contrário ao texto magno, sendo esta tese defendida por Hans Kelsen (2013, p. 132) desde a criação do Tribunal Constitucional austríaco, onde definiu que a atuação de seus membros seria apenas como legislador negativo. Esta função consistiria na hipótese de que a “anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa”.

Todavia, há quem não concorde com a denominação de Kelsen a respeito da atuação da Corte Constitucional como função legislativa. André Ramos Tavares (2009, p. 206) entende que esta função da Corte Constitucional em anular uma lei que afronte a Constituição não a transformar em um legislador negativo, mas tão somente é o exercício de uma função constitucional prevista no texto magno.

Na teoria de Kelsen, o tribunal constitucional, por eliminar a leis, seria um órgão legislativo (negativo), o que implica atribuir à decisão do tribunal constitucional força legislativa. Ao contrário do que sustentou Kelsen, ao desempenhar a função de eliminar as leis não se arvora o tribunal constitucional em função propriamente legislativa (sentido estrito), mas sim em função tipicamente constitucional (estatura normativa máxima).

Entendemos que a atuação originária da Corte Constitucional – anular um ato contrário a Constituição – o torna de fato um legislador negativo, pois sua decisão extirpará o ato normativo do ordenamento jurídico em virtude de desrespeito ao que se encontra preestabelecido no texto constitucional de forma geral e abstrata, tal qual um ato normativo.

No entanto, com as modificações realizadas na Constituição, principalmente com a inclusão de normas de eficácia limitada, houve a necessidade de se modificar a forma de atuar do Tribunal Constitucional, deixando-se de lado a atuação meramente declaratória de nulidade de um ato normativo com a Constituição para uma atuação jurídico-legislativa positiva, principalmente, com a instituição do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro, onde se permite que o Supremo emita, de forma subsidiária à atuação do Legislador, a norma regulamentadora que impede a fruição do direito fundamental. Sobre a novel atuação das Cortes Constitucionais é o escólio de Georges Abboud (2011, p. 177)

[...] a atividade do Supremo não mais consiste em anular de forma geral um ato legislativo. Posicionar o Pretório Excelso como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade restringir-se a um aspecto formal. Essa inadequação é principalmente demonstrável nas sentenças manipulativas, ou seja, aquelas em que o Supremo se comporta como um legislador corrigindo o ordenamento jurídico e adequando-o à Constituição, seja adicionado um sentido constitucionalmente adequado ao texto não contemplado pelo enunciado legislativo (sentenças aditivas), ou substituindo parcela do enunciado legislativo por outro (sentenças substitutivas) proferido pelo STF, com o objetivo de conformá-lo à Constituição. Perante a ordenança nacional, essa inadequação é mais evidente em razão do mandado de injunção, que permite ao Supremo proferir a normatividade essencial para corrigir a ausência legislativa, podendo adquirir efeitos *ultra partes* [...].

Esta possibilidade de controlar a constitucionalidade da omissão do Poder Legislativo tornou necessário, também, a modificação na forma de expedir o pronunciamento judicial, sendo necessária a teorização de novas técnicas de decisão judicial. Neste sentido posiciona-se Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 359)

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar no ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental.

Assim também se posiciona a doutrina estrangeira ao perceber que as omissões inconstitucionais obrigam uma atuação diferenciada das Cortes Constitucionais que não somente a declaração de nulidade. Francisco Fernández Segado (2009, p. 1.022) afirma que

Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tende a configurarse como um modelo particular em función de sus relaciones com el ordenamiento constitucional em el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener em cuenta la combinación de tres

factores determinantes em el caso italiano: la existência de una com una flerte carga programática y “avocada” a um desarrollo progressivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal com fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultânea ineficácia del Parlamento para dar una respuesta em el tempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional

Portanto, a inclusão da possibilidade de controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional acarretou a transformação, também, da maneira de decidir das Cortes Constitucionais. Essas deixaram de atuar somente como legislador negativo para exercer uma função normativa, agindo como um legislador positivo, pois em virtude da inconstitucionalidade por omissão a regra geral de declarar a nulidade de uma norma que afronta a constituição não é possível, pois nessas situações não há nem ato normativo para se declarar a nulidade.

A atuação das Cortes Constitucionais como legislador positivo consistiria na hipótese de, através de uma sentença com força normativa, ocorrer a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada. Sobre a função legislativa dos Tribunais Constitucionais leciona Anderson Sant'Ana Pedra (2011, p. 03)

Cobra relevo registrar de partida que, inquestionavelmente, é o Legislativo que detém a competência titular (originária) para legislar. Suas escolhas jurídico-políticas gozam de legitimidade ótima. Contudo, defende-se que o Tribunal Constitucional exerça função legislativa *stricto sensu* quando a atuação do Legislativo se mostrar insuficiente ou omissa. Não se está a defender a possibilidade do Tribunal Constitucional atuar como um legislador positivo (*stricto sensu*) de forma primeira e original, mas sim em substituição provisória ao titular. As decisões do Tribunal Constitucional, quando oriundas do exercício da função legislativa *stricto sensu* devem ser compreendidas como decisões tipicamente derivadas de uma distribuição constitucional de competências, em que cada “órgão constitucional de soberania” respeite as competências dos demais, inadmitindo-se a ideia de que com a atuação do Tribunal Constitucional ocorreria a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, já que não se está defendendo a perda de competência, mas sim uma substituição provisória da função de legislar. Após estas observações primeiras, pode-se afirmar que a natureza jurídica das decisões do Tribunal Constitucional, quando no exercício da função legislativa *stricto sensu*, ombréia-se com a função legislativa exercida comumente pelo Legislativo quando atua como legislador positivo. A atuação do Tribunal Constitucional na função legislativa *stricto sensu* dá-se tão somente em substituição provisória ao Legislativo titular. Por consequência lógica, o enunciado normativo editado pelo substituto (Tribunal Constitucional) não pode ter natureza jurídica distinta da atuação do substituído (Legislativo).

Desta feita, constata-se que é plenamente possível uma atuação de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal, desde que esta ocorra de forma subsidiária e somente quando nas hipóteses de vácuo normativo, sendo que esta atuação positiva se afasta da tradicional função negativa teorizada por Hans Kelsen. Neste ínterim, iremos nos debruçar sobre esta novel forma de atuar do Supremo Tribunal Federal, especificamente, no combate a falta de norma regulamentadora que inviabilize direito subjetivo dos indivíduos.

A primeira questão a ser analisada é referente a possibilidade de expedição de norma regulamentadora pelo Pretório Excelso através do Mandado de Injunção. Lecionando sobre a possibilidade de atuação como legislador positivo do Supremo Tribunal Federal Calil Simão (2014, p. 187) afirma que esta é possível através do mandado de injunção.

A decisão de procedência do mandado de injunção não é uma recomendação, mas uma ordem que desrespeitada corresponde à desobediência. Assume o Poder Judiciário o papel do administrador ou do legislador ao criar a regulamentação necessária para o caso concreto.

Esta regulamentação é expedida através de uma decisão atípica (MORAES, 2012, p. 66) da justiça constitucional, pois ao invés de declarar ou não a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, essas tem por fim a interpretação e a integração criadora das normas constitucionais. Afasta-se, portanto, da clássica teoria da nulidade para exercício de atividade normativa através de decisão judicial.

Léo Brust (2014, p. 233) ensina que para cada teoria jurídica que versa sobre os efeitos do mandado de injunção há um efeito diferenciado para a decisão judicial. Para a primeira teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal – de que o mandado de injunção teria efeitos semelhantes ao da ação direta de inconstitucionalidade – a decisão judicial teria a denominação de sentença de mera comunicação da omissão, que teria o escopo de informar a existência da omissão. Para a segunda corrente, que torna de eficácia plena uma norma constitucional de eficácia limitada, também já adotada pelo Supremo, a decisão jurídica concede origem a sentenças apelativas com concessão diferida do direito, autorizando que o impetrante ajuíze ação ordinária para exercer o direito subjetivo contido na norma constitucional. Por fim, a terceira tese, já comungada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, defende a possibilidade da elaboração da norma regulamentadora pelo Supremo Tribunal Federal que origina as sentenças normativas supletória, podendo ter efeitos *inter partes* ou *erga omnes*.

No entanto, mesmo com a doutrina autorizando que em sede de Mandado de Injunção que é viável o Supremo Tribunal Federal editar uma norma regulamentadora, tal decisão ainda não foi tomada, sendo que na jurisprudência do Pretório Excelso, apenas, se determina que a norma constitucional de eficácia limitada se torne de eficácia plena ou determina a aplicação de lei já existente no ordenamento jurídico, através da analogia.

Defende-se que através de uma decisão judicial do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro deve ocorrer a regulamentação da matéria contida na norma de eficácia limitada com o escopo de evitar que os indivíduos não tenham seus direitos fundamentais frustrados em virtude de inércia do legislador, alçando, assim, o Supremo Tribunal Federal ao patamar de concretizador de direitos subjetivos e, de forma reflexa, guardião da Constituição Federal.

Entende-se que esta decisão judicial se caracterizaria como uma medida provisória judicial, tendo em vista que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal teria um caráter provisório e precário, subsistindo até que o Poder Legislativo regulamentasse a norma constitucional. Corroborar este entendimento a lição de Léo Brust (2014, p. 249)

[...] a sentença normativa supletória tem o objetivo de suprir normativamente uma omissão total do legislador e viabilizar um

direito constitucional no caso concreto, dando assim plena aplicabilidade ao mandado de injunção. O regime jurídico elaborado pelo Tribunal valerá de forma provisória, enquanto não sobrevinha a lei. Seu conteúdo pode ser criado totalmente pelo Tribunal [...] ou por analogia com uma lei já existente.

Atuando através de sentenças normativas supletória, exerce o Supremo a função de um legislador positivo. Despindo-se da mera função de legislador negativo, estará se respeitando a vontade do legislador constituinte originário no cumprimento do dever de concretizar os direitos fundamentais contido texto constitucional para todos os indivíduos independentemente de atuação dos demais poderes. Na esteira de Luís Roberto Barroso (2013, p. 59) não há maior avanço na cultural constitucional de um Estado

[...] do que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos [...]. Daí por que se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, sem ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais.

Assim, deve o Poder Judiciário utilizar de todos os instrumentos hábeis para concretizar a vontade do legislador constituinte originário. No entanto, menciona-se que a decisão judicial que irá regulamentar a norma constitucional será transitória e precária, prevalecendo até que o Poder Legislativo edite ato normativo que regulamente a relação jurídica posta em juízo perante o Supremo. Desta maneira, estará se respeitando a função do Poder Legislativo, haja vista que a sentença constitucional não subsistirá quando houver o ato normativo expedido pelo Poder competente.

Essa posição adotada em relação ao mandado de injunção do órgão de cúpula do Poder Judiciário é importante, tendo em vista que, finalmente, o Pretório Excelso se afastou de sua posição conservadora, atuando como transformador da realidade social e cumpridor da Constituição ao extinguir a mora legislativa e regulamentando, através de uma decisão jurídica, para todos aqueles que estivessem na mesma situação pudessem usufruir o direito fundamental contido na norma constitucional de eficácia limitada.

Sobre esta modificação de atuação do Supremo Tribunal Federal menciona-se o comentário de Gilmar Mendes (2013, p. 43)

[...] o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar a eficácia da decisão limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Contudo, não podemos concordar como entendimento que o Supremo não tenha assumido o compromisso com o exercício de uma função legislativa. No momento em que este expede uma decisão judicial com efeitos para todos os indivíduos que se encontrem na mesma situação jurídica transforma a sentença constitucional num ato normativo geral e abstrato que regulamentará as relações jurídicas, desta maneira, ao decidir pelo caráter objetivo implícito na decisão que julga o mandado de injunção o Supremo Tribunal Federal rompe barreiras com a tradicional tese do legislador negativo para exercer uma função de legislador positivo. Sobre esta

Os organismos de justiça constitucional detem uma função legislativa, exteriorizada pela criação de normas dotadas de abstração, generalidade e autonomia, aptas a inovar o sistema jurídico. Nesse sentido, a função propriamente legislativa da justiça constitucional coadunar-se-ia com o fenômeno da "descentralização da produção normativa", que se baseia na negação do postulado do monopólio da criação do direito pelo Poder Legislativo.

Desde a adoção deste entendimento pelo Supremo Tribunal Federal atingiu-se, enfim, o patamar almejado pelo constituinte no momento que instituiu o mandado de injunção no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pois houve um resultado prático que concretizou a vontade do legislador e tornou possível a fruição do direito fundamental previsto na constituição pelos indivíduos.

No entanto, entendemos que o Supremo Tribunal Federal ainda pode evoluir mais em suas decisões referente ao mandado de injunção, haja vista que pode haver situações que não seja possível a regulamentação, via aplicação de lei já existente no ordenamento jurídico, da norma constitucional de eficácia limitada, sendo necessário que o próprio Tribunal estabeleça sem observar qualquer ato normativo existente, mas tão somente os limites impostos pela própria Constituição, os critérios objetivos para extinção dos óbices que impedem a fruição dos direitos fundamentais pelo indivíduo, inovando no ordenamento jurídico pátrio mesmo que não detenha legitimidade social para exercer tal função, pois nada pior para um Estado constitucional do que impedir a concretização da Constituição.

Ultrapassada a questão da decisão judicial em mandado de injunção ter o poder de regulamentar a norma constitucional que necessita de ato normativo infraconstitucional, impõem-se o estudo doutra característica deste instrumento processual constitucional, qual seja, o caráter objetivo da decisão injuncional defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

Através de decisões oriundas dos Ministros Eros Grau, relator do mandado de injunção n. 712, e Gilmar Ferreira Mendes, relator dos mandados de injunção n. 670 e 708, em que se teve como temática a questão referente ao direito de greve dos servidores públicos, de forma inovadora, foi decidido que a decisão em mandado de injunção tem um caráter objetivo, ou seja, mesmo que esta garantia constitucional tenha por finalidade o cumprimento de direitos subjetivos que se encontram obstados pela situação de vácuo normativo há possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal determine a aplicação da decisão jurídica a terceiros que não se encontravam no polo ativo do mandado de injunção.

É cediço que o mandado de injunção é um instrumento do controle difuso de constitucionalidade, sendo que uma de suas principais características é a restrição dos efeitos da decisão às partes indicadas nos polos da demanda, não podendo ser expandido a terceiros que não atuaram na demanda.

Ao declarar a presença de características do processo objetivo no mandado de injunção, segundo os ensinamentos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2013, p. 410), o Supremo assume a teoria da independência jurisdicional e a tese concretista geral, que defendem a possibilidade do Poder Judiciário legislar, de forma supletiva, em situações de vácuo normativo, através de sentenças aditivas com eficácia *erga*

*omnes*. Comentando esta temática Gilmar Ferreira Mendes leciona que (2013, p. 18-19)

O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos normativos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também para os demais casos que guardem similitude. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva com eficácia *erga omnes*, a qual serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

Comentando o ineditismo das decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, Walter Claudius Rothenburg (2010, p. 71) explica que

O que surpreende nessa apreciação não é apenas o conteúdo “constutivo” da decisão, mas a intensão de conferir-lhe uma eficácia transcendente, com a fixação das condições objetivas de exercício do direito de greve no serviço público não somente para a situação específica que foi objeto do mandado de injunção, senão que para quaisquer outras situações semelhantes.

Em que pese a vanguarda deste entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, defendido, principalmente, pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no julgamento do MI 712, tal interpretação não se coaduna com os ditames constitucionais, pois não há previsão nem abertura constitucional que viabilize a extensão dos efeitos do mandado de injunção para todas as pessoas em situações jurídicas semelhantes. Ressalta-se que é a própria Constituição que determina, nos casos da Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de inconstitucionalidade, que os efeitos da decisão serão *erga omnes*, logo, por expressa falta de previsão constitucional, não há como aplicar à terceiros a decisão de um mandado de injunção.

Ressalta-se que, tal decisão adota um posicionamento que tende a aplicar institutos do controle abstrato de constitucionalidade à instrumentos do controle concreto, sendo este fenômeno denominado de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Criticando a objetivação do controle difuso Georges Abboud (2011, p. 98-100) leciona que

A doutrina e o STF em alguns votos têm sinalizado para uma objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que essa chamada objetivação tem possibilitado decisões discricionárias por parte do STF, provocando decisões até mesmo contrárias ao texto expresso da Constituição. [...] Essas decisões são discricionárias e inconstitucionais porque violam texto expresso da Constituição, inaugurando um decisionismo de caráter schmittiano incompatível com o Estado Democrático de Direito. É o teor literal da Constituição que demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente toleráveis. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da CF não são admissíveis.

Em que pese haver razões que autorizem esta amplitude da decisão do mandado de injunção, tais como segurança jurídica, respeito ao princípio da igualdade

e possibilidade de decisões conflitantes, entendemos que a aplicação de técnicas do controle de constitucionalidade concentrada aos instrumentos do controle difuso pode ocasionar a extinção deste último, devendo tal prática ser desestimulada, tendo em vista que o controle concreto de constitucionalidade é a única forma dos indivíduos defenderem seu posicionamento do que é constitucional ou não perante o Supremo Tribunal Federal, sem depender dos legitimados para propositura das ações abstratas do controle de constitucionalidade. Oportunamente, ressalta-se que modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro somente pode ser admitido através de emenda constitucional. Ademais, tal transformação não se encontra autorizada, seja de forma expressa ou implícita no texto constitucional, logo, não é legítima esta atuação do Supremo Tribunal Federal, já que ultrapassa os limites impostos pela Constituição.

## **6 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, este trabalho abordou, especificamente, a questão dos efeitos da decisão que julga o mandado de injunção.

No entanto, para alcançar o objetivo deste ensaio, constatou-se que a inclusão de normas de eficácia limitada no corpo permanente das constituições ocasionou uma transformação na forma de atuar das Cortes Constitucionais, alterando sua própria dogmática de controle de constitucionalidade de origem austríaca, pois o órgão competente para proteção da Constituição se absteve de meramente pronunciar a nulidade de um ato normativo contrário à Constituição para afastar, através de uma sentença constitucional, os óbices que frustram a vontade do legislador constituinte originário.

Ao afastar esses óbices o órgão responsável pela defesa da Constituição estará exercendo uma função normativa, que consiste em regulamentar a norma constitucional, ao invés desta ser disciplinada por deliberação do Poder Legislativo.

Esta função normativa é exercida através de uma sentença constitucional que objetivará, seja através da aplicação analógica de outros atos normativos, seja transformando uma norma constitucional de eficácia limitada em plena, seja criando o próprio ato normativo somente com base na Constituição. Todavia, esta será permeada de transitoriedade e precariedade, pois não subsistirá caso o Poder Legislativo expeça o ato normativo regulamentar da Constituição Federal.

No Brasil, tal temática tem gerado inúmeras controvérsias, pois quem exercer esta função normativa é o Supremo Tribunal Federal, órgão integrante do Poder Judiciário brasileiro, que suscita a polêmica de eventual afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que estará o Poder Judiciário exercendo a função precípua do Legislativo.

Para resolver esta controvérsia de maneira a se preservar a separação de poderes seria importante criar-se um Corte Constitucional no Brasil, órgão independente, sem vinculação com qualquer função estatal. Todavia, tal medida necessária de proposta de emenda constitucional e causaria despesa ao erário.

No entanto, atualmente, no Brasil é o Supremo que exerce esta função normativa, entendemos que quando o Pretório Excelso, através do mandado de injunção, expede, via sentença constitucional, decisão jurídico-normativa, que visa destravar as barreiras que impedem a fruição total e plena de direitos fundamentais, não se encontra afrontando nenhum princípio constitucional, mormente a separação dos poderes, haja vista que esta, apenas, exercendo sua função de guardião máximo

da Constituição Federal. Impõem-se nesta seara a observância intransigente do princípio da supremacia da constituição, interpretando-se este no sentido de se conceder máxima efetividade aos ditames constitucionais, apenas observando os limites impostos pela própria Constituição, haja vista que nada mais temível para um Estado constitucional do que o desrespeito da normatividade constitucional.

Esta novel atuação tem o escopo de concretizar direitos fundamentais não podendo ser reprimida por argumentações que visem privilegiar teorias jurídicas retrogradadas que apenas tolham a atuação do Poder Judiciário como instância garantidora dos direitos dos indivíduos, que diminuam o âmbito de atuação do Poder Judiciário, tornando-o, apenas, um mero espectador do desrespeito da regra constitucional.

No entanto, entendemos que deve haver certos limites a esta atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, não podendo este estender os efeitos da decisão injuncional para terceiros, haja vista a falta de norma constitucional autorizando esta diligência, mesmo que a argumentação – segurança jurídica, risco de decisões judicial divergentes e respeito ao princípio da isonomia - que fundamenta este tipo de expansão também se encontra de forma implícita no texto constitucional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 2011.

ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento – A inércia do legislador e suas consequências*. Curitiba : Juruá, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. – 16. ed. atualizada até a E.C 68 de 21 de Dezembro de 2011. – São Paulo : Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro : Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte : Fórum, 2013.

BRUST, Léo. *Controle de Constitucionalidade : A tipologia das decisões do STF*. Curitiba : Juruá, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais* – São Paulo : Atlas, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. - 3º ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2013.

LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de. (org.) *Estudos de Direito Processual Constitucional : Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio*. São Paulo : Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo : Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In MENDES, Gilmar Ferreira et. al. (org.). Mandado de Injunção. Estudos sobre sua Regulamentação. – São Paulo : Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. - 7º ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. Justiça Constitucional : Limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo : Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. S.O.S. para o Mandado de Injunção. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, p. 11, 11 set. 1990.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Mandado de Injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In MENDES, Gilmar Ferreira et. al. (org.). Mandado de Injunção : estudos sobre sua Regulamentação. – São Paulo : Saraiva, 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas : ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. – 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador. – São Paulo :Saraiva, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Segunda Geração do Mandado de Injunção. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 47, n. 188, out./dez. 2010.

SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional : uma visión de Derecho comparado. Madrid : Dyckinson, 2009.

SIMÃO, Calil. Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade. 2º ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional - 7º ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional : Superando as Teses do “Legislador Negativo” e do ativismo de Caráter Jurisdicional. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer.

## INTERESSE RECURSAL NAS AÇÕES POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXOS DA LEI DA FICHA LIMPA

Silas Silva Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** O estudo versa sobre o possível alargamento da noção de interesse recursal no processo civil, a ponto de se admitir recurso com o objetivo único de alterar o fundamento adotado na decisão impugnada. Trabalha-se com a hipótese de improbidade administrativa cuja verificação pode dar-se a título de dolo ou de culpa (art. 10, da Lei nº 8.429/92) para se questionar sobre a viabilidade de recurso tendente a modificar tão somente o fundamento em que se assenta o reconhecimento da improbidade, haja vista os reflexos que o dolo ou a culpa podem ensejar no campo da inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "I", da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades), com a redação da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da "Ficha Limpa").

**Palavras-chave:** interesse recursal; sucumbência; gravame; alteração de fundamento; improbidade administrativa dolosa; inelegibilidade; Lei da "Ficha Limpa".

**ABSTRACT:** The study analyzes the possible extension of appellate interest in civil process, admitting appeal with the sole purpose of changing the foundation adopted the contested decision. Works with the hypothesis of improper conduct whose verification can take place by way of deceit or guilt (art. 10 of Law No. 8,429 / 92) for questioning the viability of appeal seeking to modify solely on the basis who sits on the recognition of wrongdoing, given the consequences that malice or guilt may give rise to the field of ineligibility provided for in art. 1, item I, letter "I", the Supplementary Law No. 64/90 (Law of Ineligibility), with the wording of Complementary Law No. 135/2010 (Law on "Clean Sheet").

**Keywords:** appellate interest; defeat; lien; change of plea; willful improper conduct; ineligibility; Law of "Clean Sheet".

Apesar dos embates doutrinários que o assunto ainda pode suscitar<sup>2</sup>, parece ter havido uma consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno do elemento subjetivo que subjaz à noção de improbidade administrativa. Diz-se comumente que a improbidade não se traduz na mera ilegalidade. Daí que, num esforço de síntese, prevalece a orientação segundo a qual a improbidade administrativa tipificada nos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92, só se concretiza na presença de *dolo*, ao passo que o comportamento ímprobo descrito no artigo 10, da mesma lei, caracteriza-se tanto na presença de *dolo* como na de *culpa*<sup>3</sup>.

Paralelamente a isso, a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), ao modificar a redação da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Professor no Centro Universitário Toledo Prudente; Juiz de Direito no Estado de São Paulo

<sup>2</sup> Cfr., por todos, o conceito de improbidade administrativa de MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva (*Probidade administrativa*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 115). Na doutrina também se fala em "graus de improbidade" (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49-51).

<sup>3</sup> Exemplificativamente: STJ, REsp 1.261.994/PE, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.04.2012, DJe 13.04.2012; STJ, AIA 30/AM, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.09.2011, DJe 28.09.2011.

64/90), criou no sistema eleitoral brasileiro mais uma hipótese de inelegibilidade, baseada também na noção de improbidade administrativa. Assim se deu por força do comando constitucional arquitetado pelo art. 14, § 9º, da Constituição da República, segundo o qual lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Então, considerado o sistema eleitoral como um todo, exige-se que o cidadão, para exercer o *ius honorum*, preencha as condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º) e ainda não esteja enquadrado em quaisquer dos fatores de inelegibilidade<sup>4</sup>.

Daí que o art. 1º, inciso I, alínea "I", da Lei Complementar nº 64/90, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, estabelece que são inelegíveis, para qualquer cargo, "os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena".

À luz desse enunciado linguístico tem-se entendido que são seis os requisitos para configuração da questionada hipótese de inelegibilidade: "(i) ação de improbidade administrativa; (ii) com decisão condenatória transitada em julgado ou proferida por um colegiado; (iii) decisão essa que o tenha condenado à suspensão de seus direitos políticos; (iv) bem como tenha reconhecido que o ato ímprobo foi praticado de forma dolosa; (v) e resultado prejuízo ao erário; (vi) com enriquecimento ilícito do agente. Em síntese, deve ser reconhecida uma improbidade administrativa qualificada"<sup>5</sup>.

Em consonância com o que se vem de afirmar, abalizada doutrina ainda adverte que "somente as hipóteses dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92 são aptas a gerar a inelegibilidade enfocada (alínea 'I'), ficando excluídas as decorrentes de infração a princípios da administração pública, previstas no artigo 11"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

<sup>5</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código Eleitoral interpretado*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 551. Há quem entenda, todavia, que a hipótese de inelegibilidade aqui enfocada possa advir de improbidade administrativa dolosa e causadora de lesão ao patrimônio público, mesmo que ausente a figura do enriquecimento ilícito. Aduz-se, nessa perspectiva, que a conjuntiva "e", presente no texto legal, deve ser compreendida como disjuntiva "ou" (GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 195). Em tom mais flexível ainda, confira-se a interpretação de JOEL J. CÂNDIDO (*Direito eleitoral brasileiro*. 15ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 146-147).

<sup>6</sup> GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral, cit.*, p. 195. JOEL CÂNDIDO, porém, posiciona-se no sentido de que a improbidade fundada na violação aos princípios da administração pública (art. 11, da Lei de Improbidade) também rende ensejo à inelegibilidade aqui cogitada (*Direito eleitoral brasileiro, cit.*, p. 147).

Como facilmente se decalca dessas asserções, o cenário que se construir no âmbito da chamada ação de improbidade administrativa terá significativos reflexos na seara eleitoral, com implicações contundentes no exercício do direito de ser votado, tudo em obséquio ao mandamento constitucional que busca assegurar, dentre outros valores, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato (CF, art. 14, § 9º).

Partindo da premissa, definida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que a improbidade administrativa enclausurada na moldura do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, pressupõe comportamento *doloso*, chega-se à conclusão de que a causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "I", da Lei Complementar nº 64/90, estará também concretizada caso se verifique, na espécie, prejuízo ao erário e seja imposta a sanção de suspensão dos direitos políticos (art. 12, I, da Lei nº 8.429/92). Vale lembrar que a menção à figura do art. 9º, da Lei de Improbidade, já traz embutida a ideia de enriquecimento ilícito.

Noutra perspectiva, a hipótese a que alude o art. 10, da Lei de Improbidade, conquanto possa ensejar a suspensão dos direitos políticos (art. 12, II, da Lei nº 8.429/92) e advir de situação caracterizadora de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário, pode estar atrelada a um comportamento *doloso* ou *culposo*.

Veja-se que, mediante um juízo de proporcionalidade em torno da gravidade do comportamento ímprobo e de suas consequências, tanto a culpa quanto o dolo podem justificar as sanções previstas no art. 12, II, da Lei de Improbidade.

Implica dizer que, a depender da gravidade do caso, *tanto faz* se a conduta do agente desponta como dolosa ou culposa. Num caso ou noutro, a consequência poderá ser a mesma: reconhecimento de lesão ao erário e de enriquecimento ilícito e imposição da suspensão dos direitos políticos, *ex vi* do art. 10, *caput*, conjugado com o art. 12, II, ambos da Lei nº 8.429/92.

Nessa perspectiva, a conclusão da sentença ou do acórdão seria uma só (fixação das sanções do art. 12, II, da Lei de Improbidade), independentemente da perquirição sobre se o comportamento ímprobo qualifica-se, na espécie, como culposo ou doloso. Não se está a dizer que a improbidade, na hipótese do art. 10, da Lei nº 8.429/92, advenha de comportamento desatrelado das noções de dolo ou culpa. O que se almeja pôr em destaque, na verdade, é a prescindibilidade, em certos casos, da exata distinção entre um e outro desses elementos.

Bem é de ver que a resposta judicial à pretensão das partes, via de regra, tem suas balizas fixadas pelo *pedido* que se formula na petição inicial e pelos  *fatos* em que se baseia a pretensão. Daí que, embora o juiz esteja necessariamente vinculado,

na decisão da causa, aos fatos narrados pelo autor, reconhece-se que tal vinculação não ocorre quanto à *qualificação jurídica* que o autor confere aos fatos descritos<sup>7</sup>.

Parece coerente afirmar, então, que o julgador de uma ação por improbidade administrativa fundada no art. 10, da Lei de Improbidade, pode reconhecer que o comportamento narrado na petição inicial como doloso caracterize, na realidade, um comportamento culposo. E o inverso também é verdadeiro.

Mesmo nessa situação de discrepância entre a qualificação jurídica exposta na petição inicial e aquela reconhecida na decisão (sentença ou acórdão), é bem possível que as consequências jurídicas pretendidas pelo autor da demanda encontrem ressonância na decisão judicial. Isto é, ainda que por fundamento diverso daquele exposto pelo autor (e.g., culpa em vez do dolo), julga-se o pedido procedente. Em suma, o dispositivo coincide com o que pretendeu o autor, mas a fundamentação destoa no que concerne à qualificação jurídica dos fatos.

Nesse cenário, costuma-se dizer que o autor não está *vencido*, razão pela qual lhe falta interesse jurídico para rediscutir, em sede recursal, apenas o fundamento em que se assenta o dispositivo da decisão. De fato, o art. 499, *caput*, do CPC, enuncia que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

Essa diretriz normativa está em compasso com antiga lição segundo a qual o interesse recursal nasce de uma decisão não só *teoricamente* mas *praticamente* desfavorável<sup>8</sup>. A doutrina pátria encampa essa noção e adverte, com inteira razão, que o interesse recursal eclode mediante a presença de dois fatores: “de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda uma situação *mais vantajosa*, do ponto de vista *prático*, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”<sup>9</sup>. Em palavras bem diretas, “se a situação do recorrente puder, em tese, ‘melhorar’, terá *interesse*”<sup>10</sup>.

E essa *melhora* só pode ostentar uma conotação *prática*, já que o processo jurisdicional não constitui ambiente destinado a solucionar teses ou embates puramente acadêmicos<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, n. 946, p. 287, vol. III; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 209.

<sup>8</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965, § 84, III, p. 982. Na doutrina italiana recente, cfr. REDENTI e VELLANI (*Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2011, n. 107, II, p. 380).

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 166, p. 298, vol. V (grifos do original). Sem discrepar: MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª tir., São Paulo: RT, 2011, nota II ao art. 499, p. 529.

<sup>10</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 205 (grifo do original).

<sup>11</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

No que importa para o presente estudo, o principal corolário que se retira das asserções até aqui expostas traduz-se na lição segundo a qual não existe utilidade no recurso que se funda na singela discrepância entre os fundamentos da decisão e os argumentos que a parte agitou em seus postulados. Por isso é que “não se recorre de fundamento, mas do *decisum*, propriamente dito”<sup>12</sup>. BARBOSA MOREIRA, a propósito, assim preleciona: “só se admite recurso *contra o dispositivo*, e não *contra a motivação*”<sup>13</sup>.

Contudo, sobreleva notar que a noção de prejuízo ou gravame, que está à base da configuração do interesse recursal, deve ser entendida em sentido bem amplo<sup>14</sup>, a significar que “também se considerará *vencida* a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, *tudo* que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito”<sup>15</sup>.

Assim, numa ação popular em que o pedido seja julgado improcedente sob o fundamento de “deficiência de prova” (art. 18, da Lei nº 4.717/65), ao réu tocará o legítimo interesse recursal, com vistas a obter a mesma improcedência calcada, porém, em *fundamento diverso*. Exemplificativamente, o réu pode pretender, com o recurso, obter o reconhecimento de que não existe a alegada lesão ao patrimônio público ou que o vício de nulidade descrito na petição inicial não se verifica.

Veja-se que, nessa particular hipótese, a improcedência com base na “deficiência de prova” autoriza nova investida judicial contra o réu, desde que surjam novas provas (art. 18, *in fine*, da Lei nº 4.717/65), ao passo que a improcedência justificada na própria ausência de lesão ou de vício torna a definição do caso imune a futuros ataques.

Situação semelhante ocorre na seara da tutela dos interesses difusos e coletivos (art. 81, p. único, inc. I, do CDC), visto que a sentença de improcedência calcada na “insuficiência de provas” não torna o caso imune a discussões futuras, bastando, para se autorizar a repetição da demanda, que surja “nova prova”, *ex vi* do art. 103, I, da Lei nº 8.078/90. Assim também dispõem os artigos 16, da Lei nº 7.347/85, e 4º, da Lei nº 7.853/89<sup>16</sup>. Tal cenário resulta no que a doutrina designa de “coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*, ou seja, a formação ou não da coisa julgada dependerá do resultado da demanda e da prova produzida”<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Ob. cit.*, p. 205.

<sup>13</sup> *Ob. cit.*, n. 167, p. 301-302.

<sup>14</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Ob. cit.*, p. 202.

<sup>15</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ob. cit.*, n. 167, p. 300 (grifos do original).

<sup>16</sup> A esse respeito, RICARDO LEONEL explica: “Quando improcedente a demanda por insuficiência de provas, haveria apenas fenômeno aproximado à coisa julgada formal (imutabilidade da decisão no mesmo processo), sendo viável a repositura da ação (idênticos causa de pedir e pedido), por qualquer um dos legitimados, inclusive pelo primeiro autor, desde que fundada em novas provas” (*Manual do processo coletivo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 286).

<sup>17</sup> COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 296-297.

Sob o incentivo dessas regras, parece lícito inferir que a improcedência do pedido lastreada na insuficiência probatória autoriza, mesmo assim, o recurso interposto pelo réu. É que nessas hipóteses, a improcedência fundada na insuficiência probatória “não constitui o *melhor* resultado *possível* para os réus”<sup>18</sup>, em ordem a se admitir, conquanto excepcionalmente, a interposição de recurso com vistas à “confirmação da sentença, por fundamento diverso”<sup>19</sup>.

No processo penal também existe exemplo clássico de admissão de recurso com objetivo específico de alteração de fundamento. Trata-se da sentença absolutória fundada na insuficiência de provas, contra a qual o réu – absolvido – maneja apelação para buscar a mesma absolvição, mas por *fundamento diverso*, que lhe seja mais favorável e, por isso mesmo, útil do ponto de vista prático<sup>20</sup>. Assim se dá porque certas circunstâncias reconhecidas no processo penal – legítima defesa própria, por exemplo – geram reflexos significativos na seara da responsabilidade civil. Costuma-se dizer que nesses casos a decisão do processo penal “faz coisa julgada no cível”.

Como se vê, ainda que com o timbre da *excepcionalidade*, o sistema processual em vigor consente com o recurso destinado a atacar não propriamente a conclusão do pronunciamento judicial, mas sim a fundamentação com que se justifica aquela conclusão. Ou seja, em vez de se atacar o *dispositivo*, bate-se contra a *fundamentação*.

Mas a base de sustentação desse raciocínio traduz-se sempre na existência de um relevante *efeito prático* que pode decorrer da modificação de fundamento ambicionada pelo recorrente.

No que concerne à inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea “I”, da Lei Complementar nº 64/90, que se funda exclusivamente no ato doloso de improbidade administrativa, tem-se que a capacidade eleitoral passiva do cidadão vem atingida pela decisão que se proferir em outra seara. Há um nítido *vínculo de prejudicialidade* entre o motivo em que se funda a improbidade administrativa e o reconhecimento da inelegibilidade no processo eleitoral de registro de candidatura<sup>21</sup>.

A presença ou não do dolo no campo da improbidade administrativa influencia o teor da decisão que vier a ser proferida no processo eleitoral, sendo relevante considerar que neste não se poderá rediscutir questão decidida naquele.

---

<sup>18</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ob. cit.*, n. 167, p. 300.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 300.

<sup>20</sup> Cfr., por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2009, p. 106.

<sup>21</sup> Segundo BARBOSA MOREIRA, a *prejudicialidade* revela, “em sua essência, uma prioridade *logicamente necessária* na solução de determinadas questões, em razão do *condicionamento* que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no *sentido* em que essas outras hão de ser, por sua vez, resolvidas” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 41-42). Em sentido parelho manifestam-se ALVIM, Thereza (*Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 24) e OLIVEIRA NETO, Olavo (*Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 87).

Relembre-se, por oportuno, que a procedência do pedido veiculado na chamada *ação de impugnação de registro de candidatura* implica a negativa de registro ao candidato impugnado, se ainda não o obteve; mas, se já o tiver obtido, o registro de candidatura fica cancelado; e ainda que o candidato tenha sido eleito e já diplomado, a procedência daquela ação eleitoral redundará na declaração de nulidade da diplomação<sup>22</sup>.

Está aí o *reflexo prático*, e não puramente teórico, que faz deflagrar o interesse recursal das partes em relação à fundamentação em que se lastreia a procedência de ação por improbidade administrativa.

Presente, então, discussão judicial em torno da improbidade prevista no art. 10, da Lei nº 8.429/92, o Ministério Público, mesmo diante da procedência de seu pedido, poderá manejar recurso para buscar tão somente a *alteração da qualificação jurídica daquele comportamento ímprobo*: de culposos para dolosos. E o demandado, mesmo se resignando com a procedência do pedido, poderá interpor recurso para modificar o fundamento em que se assentou o reconhecimento da improbidade: de doloso para culposo.

Num desenvolvimento deste raciocínio, parece coerente argumentar que haverá espaço para *embargos de declaração* quando o pronunciamento judicial transparecer omissão quanto à exata definição sobre se a improbidade reconhecida caracteriza-se como dolosa ou culposa.

É que não raras vezes os julgadores reputam sem influência a distinção clara entre dolo e culpa no campo da improbidade administrativa versada no art. 10, da Lei de Improbidade, visto que, num caso ou noutro, a consequência jurídica pode ser a mesma, já que às hipóteses do art. 10, da Lei de Improbidade, são aplicáveis as sanções do art. 12, inc. II, da mesma lei.

Portanto, mesmo que para o *resultado* de uma determinada ação por improbidade administrativa seja irrelevante a distinção entre dolo e culpa, mostra-se útil a interposição de embargos de declaração, dados os *reflexos externos* da definição entre dolo e culpa.

Essa preocupação em torno dos embargos de declaração justifica-se diante da orientação jurisprudencial pacífica no sentido de que o julgador não está obrigado a responder, um a um, os argumentos manejados pelas partes, sendo suficiente a adoção de fundamento que, por si só, justifique a conclusão.

Na hipótese que anima este trabalho, evidencia-se que, mesmo sem reflexos na conclusão da sentença ou do acórdão, a análise detida e a definição precisa sobre a verificação de dolo ou culpa constituem elementos indispensáveis para o surgimento da

---

<sup>22</sup> MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121.

causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea “I”, da Lei Complementar nº 64/90.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina construída na seara eleitoral tem proclamado que as circunstâncias previstas na alínea “I” do art. 1º, da Lei de Inelegibilidades, não de estar reconhecidas de maneira *bem clara* na decisão que julgar a ação por improbidade administrativa. Caso contrário, tais pronunciamentos judiciais devem ser desprezados para os fins programados pela chamada Lei da Ficha Limpa<sup>23</sup>.

Noutra perspectiva, mas pelos mesmos fundamentos até aqui expostos, é de se admitir a interposição de *apelação* contra sentença que tenha reconhecido a improbidade administrativa com base em elemento subjetivo diverso daquele afirmado pela parte. Mais uma vez, sem alteração da conclusão ou do dispositivo, autoriza-se o manejo de recurso para que a parte extraia do pronunciamento judicial a máxima utilidade prática que dele possa advir.

Com efeito, o *reflexo direto* da improbidade dolosa no campo da inelegibilidade faz com que as partes da ação por improbidade estejam autorizadas a debater, em sede recursal, tão somente o fundamento, doloso ou culposo, em que se assenta o reconhecimento da improbidade. Em outras palavras, é lícito afirmar, na hipótese considerada neste ensaio, que a *prejudicialidade externa* irrompe como fator suficiente para desencadear o interesse recursal quando se quer discutir apenas a fundamentação do pronunciamento judicial impugnado.

Como se pode inferir dessa exposição, além de a chamada Lei da Ficha Limpa recomendar uma nova forma de decidir as ações por improbidade administrativa, exigindo-se do julgador uma detida apreciação sobre a presença de dolo ou de culpa, dúvidas não pairam quanto à ampliação da noção de interesse recursal, apta a abarcar, nos casos aqui considerados, a viabilidade de impugnação exclusiva dos fundamentos da decisão, isto é, mesmo que se não busque a alteração do *decisum*.

Acredita-se que esse modo de entender o processo esteja em consonância com a diretriz constitucional que vela pela probidade administrativa e pela moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa dos candidatos (CF, art. 14, § 9º). Significa dizer, em outras palavras, que se deve buscar, mesmo que na via recursal, a máxima utilidade que a ação por improbidade administrativa possa render no cumprimento de seu notável papel na ordem constitucional brasileira.

A partir do raciocínio que se tentou construir acima, parece lícito alinhar as seguintes *conclusões*: (i) a improbidade administrativa descrita no art. 10, da Lei nº 8.429/92, constitui fator de inelegibilidade nos termos da Lei Complementar nº 64/90, desde que reconhecida a hipótese de *improbidade dolosa*; (ii) por isso, releva que o

---

<sup>23</sup> CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*, cit., p. 148.

juiz, ao acolher o pedido na ação por improbidade administrativa fundada no art. 10, da Lei de Improbidade, defina se a improbidade reconhecida é *dolosa* ou *culposa*; (iii) a ausência dessa definição autoriza o manejo de *embargos de declaração*, mesmo que a precisão em torno do elemento subjetivo em nada altere a conclusão do *decisum*; (iv) a parte que discorde da definição judicial acerca do elemento subjetivo da improbidade, nas circunstâncias enunciadas no art. 10, da Lei de Improbidade, ostenta *interesse recursal* para interpor apelação com o objetivo específico de *alterar o fundamento – doloso ou culposo – em que se assenta o reconhecimento da improbidade*.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. V.
- \_\_\_\_\_. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Apelação civil: teoria geral, procedimento e saneamento de vícios pelo tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 15ª ed., São Paulo: EDIPRO, 2012.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2009.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código Eleitoral interpretado*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 3ª ed., São Paulo:

Saraiva, 2006.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2011.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

# A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA NA ERA ANTITERROR

Isabelle Dias Carneiro Santos<sup>1</sup>

**RESUMO:** O fenômeno do terrorismo não é recente na história da humanidade, todavia, tem-se firmado como um problema latente de nossos dias, em que atos de terror vêm sendo perpetrados em diversas partes do globo, tornando-se uma preocupação em todos os continentes. Tal realidade põe em xeque não só a Segurança nacional e internacional, como também a própria proteção da pessoa humana, principal vítima de tais atos, razão pela qual vem-se questionando não só como implementar instrumentos antiterror, como também o não violar os direitos humanos na busca de coibir o terrorismo. Desse modo, com base em pesquisa descritiva e qualitativa, calcada no levantamento bibliográfico, o presente artigo tem por escopo tratar o combate ao terrorismo e concomitantemente o rechaço as violações aos direitos da pessoa humana, assim como as proteções que existem e/ou que podem ser criadas com o fim de evitar ou ao menos mitigar o desrespeito ao ser humano por seu semelhante e/ou por seu próprio Estado ou Estados terceiros.

**Palavras-chaves:** Segurança Internacional. Terrorismo. Direitos da pessoa humana.

**ABSTRACT:** The phenomenon of terrorism is not new in the history of humanity, however, has established itself as a latent problem of our day, in which acts of terror has been perpetrated in various parts of the globe, becoming a concern in every continent. This reality calls into question not only the National and International Security, as well as self-protection of the human person, the main victim of such acts, which is why it comes up questioning not only how to implement anti-terrorism instruments, as also not to violate human rights in seeking to curb terrorism. Thus, based on descriptive and qualitative research, based on bibliographic, the scope of this paper is to treat the fight against terrorism and the concomitant rejection rights violations of the human person, as well as the protections that exist and / or that may be created in order to avoid or at least mitigate the contempt of his fellow human being and/or their own State or third country.

**Keywords:** International Security. Terrorism. Rights of the human person.

## 1 INTRODUÇÃO

A consolidação dos Direitos Humanos tornou-se uma preocupação de suma importância em 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, período em que o número de civis atingidos pelo conflito internacional superou enormemente o número de vítimas em conflitos armados anteriores.

Diante de tal realidade, verificou-se a necessidade de se positivar direitos visando à proteção da pessoa humana por meio de documentos internacionais de âmbito global e regional.

Desde então o rol de tratados internacionais de proteção ao ser humano

---

<sup>1</sup> Professora Assistente no curso de direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Campus de Três Lagoas. Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Universidade de Lisboa (FDUL). E-mail: professoraisabellesantos@gmail.com.

aumentou consideravelmente, todavia, o cumprimento de tais documentos não se deu na mesma proporção, sendo notório que os Estados em maior ou menor escala têm violado os direitos humanos por motivos variados, dentre os quais hodiernamente está o terrorismo.

O fenômeno do terrorismo, apesar de existir desde a Antiguidade, se acentuou e se espalhou nos últimos tempos, sendo atualmente debatido em diversas esferas do conhecimento em razão da frequência e dimensão que tomou nas últimas décadas, em especial após os ataques em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América.

Tais atos de terror, dantes relegados a certas partes do globo e com alvos de ataques mais específicos, hoje tem se espalhado para diversas regiões, tornando-se não só conhecido como temido em razão da imprevisibilidade e violência cada vez maior.

Em virtude da tamanha amplitude e dificuldades em lidar com tal fato, uma vez que Estados soberanos, grupos de pessoas ou até mesmo indivíduos isoladamente surgem para protestar, reivindicar e até fomentar, por meio de táticas terroristas, questões de cunhos variados, é que o direito e as relações internacionais passaram a ser reanalisadas, incluindo nesse rol a questão da proteção do ser humano, principal vítima de tais ataques.

Assim, para que o ser humano não continue sendo não só um alvo fácil de tais atrocidades, como de violações maciças a seus direitos mais vitais é que faz necessária uma análise sobre as ameaças que o terrorismo tem sobre o desrespeito aos direitos humanos e as medidas possíveis para que se refrear tais violações.

## **2 BREVE HISTÓRICO E CONCEITOS DE TERRORISMO**

A existência de atos similares ao que hoje se denomina terrorismo tem sua gênese na Idade Antiga durante a República Romana no século III a. C., época em que práticas análogas eram utilizadas como tática militar (WOLOSZYN, 2009, p. 17), tendo a presença de violência física e psicológica. Nesse sentido, Sun Tzu, militar do século IV a. C., já ensinava como táticas de guerra o uso de atos de terror aplicando a máxima do “Mate um, amedronte dez mil”, afirmando também que “[...] a batalha deve ser vencida muito mais pela pressão psicológica (terrorismo) do que pelo choque de forças.” (TZU, 2006, p. 13-29)

Porém o terrorismo nos moldes que atualmente conhecemos surge tão somente no século XVIII com a Revolução Francesa, sendo utilizado de maneira sistemática como forma de aterrorizar a população, por parte de quem detinha o poder.

Mas é com o século XX que o terrorismo passa a desconhecer as fronteiras estatais, em especial após a primeira metade do século, período a partir do qual grupos como o Euskadi Ta Askatsuna (ETA), o Exército Republicano Irlandês (IRA), a Al Qaeda, o Fathar, o Hamas, o Hezbolah, o Partido Trabalhista do Kurdistan (PKK), o Sendero Luminoso, dentre outros começaram a surgir, transformando-se num tema central de discussão e combate, sobretudo após o ataque ao World Trade Center e Pentágono nos Estados Unidos em 2001, período em que se sedimenta expressões como *crime de terrorismo* e *guerra ao terror*.

Desde então, inúmeros ataques foram perpetrados e as vítimas compostas principalmente de civis sempre estiveram entre o maior número de afetados, tendo-se como exemplos de terrorismo de Estado atos cometidos por Israel na faixa de Gaza, por alguns governos latino-americanos durante a ditadura militar, a invasão dos Estados Unidos da América na Nicarágua e medidas do governo russo na Chechênia.

De outra parte também houve ataques terroristas por grupos e organizações com esse fim na Argentina em 1994, nos Estados Unidos em 2001, na Tunísia em 2002, no Quênia em 2002 e 2013, Arábia Saudita em 2003, Espanha em 2004, Nigéria em 2013, dentre outros casos, em que a contabilização de todos os afetados com o efeito morte, perpetrados por pessoas isoladamente ou em grupos organizados, já alcança o número de milhares de pessoas.

O certo é que com as transformações ao longo do século XX e em especial das primeiras décadas do presente século, o conceito e os tipos de terrorismo também mudaram, razão pela qual tratar o tema à luz do direito criando um padrão conceitual aceito universalmente passou a ser algo cada vez mais dificultoso, tendo em vista que são inúmeras as razões que levam aos ataques terroristas, bem como os meios de financiamento e as partes envolvidas.

Diversificadas são as definições, provenientes desde Organizações Internacionais até doutrinas, em que podemos citar primeiramente a trazida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em Relatório do ano de 2005, que o definiu como sendo: “[...] ação designada para causar morte ou sérios ferimentos a civis e, não combatentes com o propósito de intimidar uma população ou compelir um governo ou organização internacional a fazer ou deixar de fazer algo” (MAGNOLI, 2007, p. 17).

Na mesma seara Brant, transcreve a definição trazida no *Terrorism Act 2000* da legislação britânica, como:

[...] uma ação ou uma omissão quando o uso ou ameaça é feito com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos e que esta ação ou omissão inclui “inter alia” séria violência contra uma pessoa, sérios danos a uma propriedade, ou cria um sério risco à saúde ou segurança do público ou uma parte do público. (BRANT, 2003, p.16).

Independente dos variados conceitos, as dúvidas sobre o que possa ser considerado ou não terrorismo por vezes persiste, em razão dos diversos tipos de terrorismo existentes nos últimos tempos, motivo pelo qual alguns critérios foram estabelecidos para diferenciar atos similares ao terrorismo do próprio terrorismo, tais como: objetivos e motivos políticos, violência efetiva e potencial, condução por uma organização identificável, perpetração por grupos subnacionais e entidades não estatais e, promoção intencional de repercussões psicológicas que transcendem os efeitos sobre as vítimas ou alvos imediatos (EMMANUELI, 2011).

Tais definições sejam elas decorrentes de tratados internacionais sobre o combate a atos terroristas não é completa, pois, não tipifica claramente o terrorismo, o que ocasiona celeumas entre o que pode ser considerado ou não terrorismo.

## **2.1 Aspectos que Envolvem o Terror**

Diante de tal debate, um ponto não poderia ser esquecido. Afinal o que está por traz dos atos considerados como ou não como de terror?

Para Dornelles, “A questão do terrorismo não se restringe a seus aspectos técnico-jurídicos, ou mesmo às ações violentas na prática política. Na realidade trata-se de um tema político por excelência” (2003, p. 14), razão pela qual a tipificação do que seja terrorismo é tão variável de região para região do planeta e conforme os interesses de cada país.

Na mesma seara Andreu–Guzmán trata o tema, afirmando que:

[...] as dificuldades de ordem política, ideológica e jurídica para o estabelecimento de uma definição do delito de terrorismo internacional [...] especialmente, no que diz respeito a diferenciar claramente o terrorismo da luta legítima dos povos e no exercício de seu direito à autodeterminação e à legítima defesa contra a agressão e a ocupação (2012, p. 119)

Assim fixar juridicamente se um ato é legítima defesa, o que é permitido conforme previsão legal da Carta das Nações Unidas, se é um direito a autodeterminação dos povos, princípio internacional que permeia lutas em diversas partes do globo por independência estatal ou se é efetivamente um ato de terrorismo é crucial para definir quem pode ser ou não considerado terrorista e, conseqüentemente se debater e elaborar normas a respeito.

Porém essa distinção não se encontra de modo claro e delineado na esfera jurídica como vem se pretendendo, continuando a ser fixado com base em alguns

elementos normativos e, em especial, conforme os interesses de cunho político de um ou mais Estados.

## 2.2 Aplicação do Direito Humanitário

Os ataques terroristas e o desrespeito às normas de direitos humanos como já exposto pode ser cometido pelos Estados, grupos organizados ou até mesmo um único indivíduo agindo sozinho, contra pessoas desarmadas e desavisadas, em que regras jurídicas são claramente lesionadas e a vida, a integridade física e moral, a liberdade, dentre outros direitos inerentes à pessoa humana são desrespeitados.

Vale aqui citar como exemplo de tratado que segue essa concepção, a Convenção Europeia de Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais que prevê em seu artigo 17 que:

Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção (CONSELHO DA EUROPA, 1950).

Justamente por poder tais ataques envolver o indivíduo, chegou-se a aventar se o direito humanitário poderia ser aplicado em tal situação, o que foi rechaçado, uma vez que a aplicação deste ramo do direito está relacionada a casos de beligerância, e a circunstâncias que configure crime de guerra, crime de lesa humanidade e/ou genocídio.

Apesar de existir uma corrente que entende ser a “guerra contra o terror” como um conflito armado no sentido legal, a visão prevalecente é de que o terrorismo não configura violação e aplicação ao direito humanitário.

Nesse espírito Seitenfus e Ventura asseveram que:

Nenhuma norma que rege o Direito da Guerra pode ser aplicada aos terroristas, pois eles são simplesmente civis, criminosos detentores de diferentes vínculos de nacionalidade. Suas ações não são reivindicadas por nenhum Estado – portanto inexistente imputabilidade da responsabilidade jurídica internacional (2006, p. 227)

Ademais, vale lembrar que os ataques terroristas, boa parte das vezes ocorre, durante períodos de paz ou guerra não declarada, motivo pelo qual os atos de terror são considerados uma violação aos direitos humanos e, quando inseridos na legislação nacional do país, afronta aos direitos fundamentais, podendo ser alvo também de aplicação do direito penal internacional.

### 3 O TERRORISMO E AS NORMAS JURÍDICAS DE CONTRATERRORISMO

Os países há séculos possuem uma preocupação em manter sua própria existência e segurança, sendo os tópicos relacionados à defesa e segurança nacional de suma importância em suas agendas. Todavia, nas últimas décadas o tema da proteção humana vem crescendo, tomando corpo em debates de âmbito nacional e internacionais.

Isso ocorre, pois a *guerra contra o terror* existente no presente século não possui inimigo definido, já que "... a vítima direta não é o Estado, e sim, a população civil" (SEITENFUS; VENTURA, 2006, p.226), o que faz com que os instrumentos jurídicos atuais para combater o terrorismo sejam insuficientes e os meios de proteção na esfera interna e internacional pouco, ou nada eficazes.

Por tal razão é que um dos questionamentos mais latentes na atualidade vem sendo o como construir um direito internacional de combate ao terrorismo conectado diretamente com a proteção da pessoa humana.

#### 3.1 No Âmbito Interno

O Brasil trata a questão do terrorismo através da Constituição Federal de 1988 em dois planos. No plano internacional, o artigo 4º, VIII repudia o terrorismo, considerando tal vedação como um princípio fundamental que rege as relações internacionais do país.

Já no artigo 5º, XLIII do mesmo diploma legal estabelece que:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 1988)

No plano das normas infraconstitucionais elenca a questão na Lei 8.072/90 como crime hediondo prevendo em seu artigo 2º que o terrorismo será insuscetível de anistia, graça e indulto, não comportando ainda fiança e liberdade provisória.

Também trata o assunto na Lei 7.710/83, como tema de Segurança Nacional, no qual estabelece em seu artigo 20 ser o terrorismo:

o ato de devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoa ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinado à manutenção de organizações políticas clandestinas (BRASIL, 1983).

Ressalte-se que a lei supracitada foi criada no regime militar e, se preocupou mais com atos percebidos como subversivos e perpetrados contra o Estado, do que com atos terroristas nos moldes atuais.

Apesar do Estado brasileiro tratar o terrorismo em âmbito nacional, participar do Comitê Interamericano contra o Terrorismo e ser signatário de tratados internacionais de âmbito regional e global, no que se refere a temática o país até o momento não inseriu internamente uma tipificação específica do terrorismo, não sendo, pois, o assunto tratado como crime, mas apenas como atos similares.

Ademais, além da ausência de definição legal do terrorismo o órgão judicial máximo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) não distingue o terrorismo dos demais crimes políticos, dificultando o trabalho de legislar de forma mais aprofundada sobre o tema.

Alterar tal postura faz-se necessário, pois o Brasil, apesar de ser considerado um Estado pacífico entre a sociedade internacional, já foi alvo de suspeitas de possuir em seu território células de grupos terroristas na região da Tríplice Fronteira que envolve o Brasil, a Argentina e o Paraguai, desconfiança afastada posteriormente por órgãos nacionais e internacionais.

Segundo palavras de André Luís Woloszyn “Os órgãos de inteligência brasileiros, entre eles a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e a Inteligência Militar das Forças Armadas, afirmam que não há registros de existência de grupos, células ou atividades terroristas internacionais em território brasileiro” (2009, p. 100).

Mesmo não havendo evidências que comprovem a presença de terroristas e/ou seus financiadores no território brasileiro, isso não deve ser motivo de impedimento e omissão do Estado brasileiro para que um trabalho legislativo sobre terrorismo possa ser aprofundado e sedimentado em sua legislação nacional e, discussão em sua agenda internacional.

Impende frisar que além do exposto quanto à realidade brasileira, países da Europa como a França, a Grã-Bretanha e a Espanha e, nas Américas como a Argentina, o Paraguai e a Colômbia, já possuem em seus ordenamentos jurídicos internos leis antiterror e têm pretensão de tratar o tema de modo mais fortalecido e específico, enquanto outros países ainda resistem e passam a margem de tal questão.

### **3.2 Na Esfera do Direito Internacional**

O enfoque jurídico do terrorismo é bastante controverso não existindo até o momento um tratado ou resolução que o tipifique de forma clara e abrangente o assunto, existindo tão somente tentativas, tendo em vista que os tratados e

convenções internacionais, bem como as Organizações Internacionais não criaram um conceito unívoco e universal de terrorismo, existindo um rol extenso de definições a respeito.

Isso é resultado de omissões ocorridas desde a elaboração da Carta das Nações Unidas em 1945 e documentos posteriores como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Estatuto de Roma de 1998, tratados esses que não mencionaram o terrorismo.

Apesar de tais falhas, algumas definições genéricas passaram a constar de documentos internacionais como a Convenção de Genebra para a Prevenção e Repressão do Terrorismo de 1937, a Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas Internacionalmente Protegidas, incluindo os Agentes Diplomáticos de 1973, a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terrorista a Bomba de 1998, a Convenção Internacional para a Repressão ao Financiamento do Terrorismo de 1999 e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo de 2002.

Vale aqui ressaltar que dos tratados antiterroristas e do direito internacional geral, surgiram deveres acessórios de repressão a serem efetivados pelos países e, diante de tal realidade Resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) foram elaboradas, dentre as quais a Resolução nº 1.373, criada após os Ataques em 11 de setembro de 2001 e conhecida como Resolução "Antiterrorismo".

Esta Resolução inovou o direito internacional ao impor aos Estados o respeito às Convenções sobre antiterrorismo e ao estabelecer que os países não devem conceder a condição de refugiados a terroristas, porém é motivo de críticas, pois prevê que Estados mesmo não signatários devem observar o texto, desrespeitando tal medida o princípio internacional do *pacta sunt servanda*.

Já no âmbito das três Américas um tratado para combater o terrorismo somente foi criado em 1971 com a Convenção para Prevenir e Sancionar os Atos de Terrorismo configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa quando estes tenham Transcendência Internacional, criada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA, 1971).

O certo é que atualmente existe, dentre os documentos internacionais referentes a atos terroristas e combate ao terrorismo, doze Convenções sob a égide da Organização das Nações Unidas, e outras oito que são regionais, dos quais o Brasil é signatário de nove e outras estão em processo junto aos Poderes Legislativo e Executivo.

## **4 TERRORISMO VERSUS DIREITOS DA PESSOA HUMANA**

Não há nos dias hoje como desvincular os atos terroristas dos direitos inerentes à pessoa humana. Nesse sentido, aliás, a extinta Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, hoje Conselho de Direitos Humanos, em Relatório de 1999 ressaltou que:

Parece haver um consenso generalizado acerca da relação direta e indireta entre terrorismo e o respeito dos direitos humanos. Ademais, os efeitos devastadores do terrorismo na vida, liberdade e dignidade do indivíduo têm sido claramente expressados e documentados nos debates e nas declarações pertinentes sobre terrorismo por parte dos órgãos e organismos competentes das Nações Unidas, assim como das organizações intergovernamentais regionais. (KOUFA, 1999).

Assim, o terrorismo é tido como crime que viola os direitos humanos, seja direta ou indiretamente, motivo pelo qual se faz necessário que se coíba tal relação danosa aos direitos fundamentais, que visam proteger o ser humano em sua integridade na esfera nacional de cada país por meio de suas legislações pátrias e, aos direitos humanos ou direito internacional dos direitos humanos (DIDH) existente e aplicável no âmbito externo através de tratados internacionais.

### **4.1 Violação aos Direitos Humanos**

Os direitos humanos tem sua gênese na Antiguidade, além de influências de documentos e eventos ocorridos nos períodos históricos posteriores. Mas é com a Idade Contemporânea e início do século XX que esse ramo do direito internacional se consolida, com o advento da Organização das Nações Unidas em 1945 e diversos documentos internacionais que passam a ser criados posteriormente com o escopo de proteção da pessoa humana.

Ocorre que apesar de existir Estados com uma legislação rica na proteção do ser humano e de ratificarem documentos internacionais sobre o tema, os mesmos violam tais direitos de forma reiterada, seja ao permitir que terroristas ou grupos de terroristas se instalem em seus territórios, seja ao violar o direito de seus próprios cidadãos no combate ao terror, havendo uma nítida dificuldade e desequilíbrio entre o combate de um e o respeito ao outro.

Como exemplos disso tem-se o caso dos Estados Unidos da América, acusado de espionar seus cidadãos e cidadãos de outros países com a finalidade de combater possíveis ataques e, o Barhein que criou uma lei que revoga a nacionalidade de seus cidadãos que sejam condenados por terrorismo, permitido assim, a figura do

apátrida em violação ao que prega o artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Vê-se, pois que não é incomum a violação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos quando o assunto é combate ao terrorismo e preservação da segurança nacional e internacional dos Estados, no entanto, não pode ser esquecido que os Direitos Humanos é tido como "... conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento da sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos."(PIRES, 2006, p. 817) , razão pela qual em nome de uma proteção estatal, os cidadãos desses mesmos Estados vêm tendo direitos desrespeitados, sob pena desse mesmo país ser responsabilizado internacionalmente por tal infração.

#### 4.2 Combate ao Terrorismo e a Carta Das Nações Unidas

A Carta das Nações Unidas estabelece em seu artigo 2º, nº 3 que o uso da força o como regra é um ilícito internacional, cuja exceção se encontra também na própria Carta no artigo 51 que prevê: "Nenhuma disposição da presente Carta prejudicará o direito natural de *legítima defesa* individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas [...]" (ONU, 1945).

Cot e Pellet (1991, p. 774) em análise ao artigo supracitado discorrem afirmando que:

O artigo 51 permite o emprego da força somente na reação a uma "agressão armada", e na condição que sejam observadas as normas de procedimento que prescrevem que o Conselho de segurança seja imediatamente informado da ação armada em legítima defesa [...] O que implica que a legítima defesa deva se limitar a repelir a agressão armada.<sup>2</sup> (tradução livre)

Do exposto percebe-se que não se permite a ação militar de um Estado para impedir uma provável ameaça, como quis Israel na década de 1970 sustentar quando dos conflitos existentes em sua região, tese essa que à época foi rechaçada.

Ocorre que os Estados Unidos da América pós 11 de setembro de 2001 levantou a questão da luta contra o terror baseada justamente no artigo 51 da Carta de São Francisco, alegando que as intimidações e atos de terror em si configuram verdadeira ameaça à paz e segurança internacionais, um dos principais objetivos a serem alcançados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

---

<sup>2</sup> L'article 51 permet l'emploi de la force seulement en réaction à une "agression armée", et à condition que soient observées les normes de procédure qui prescrivent que le Conseil de sécurité soit immédiatement informé de la action armée en legitime défense [...] Ceci implique que la legitime défense doit se limiter à repousser l'agression armée.

Por tal razão, a medida estadunidense que a *priori* seria inaceitável por não configurar o terrorismo como conflito armado, foi aceita pela ONU por incorrer em ação de insegurança internacional, permitindo desse modo o uso da força para repelir o terror.

Ressalte-se que a legítima defesa deve obedecer certos princípios como a ameaça concreta e iminente, a proporcionalidade da reação ao ato e a temporariedade da ação de defesa que deve subsistir enquanto o perigo existir.

### **4.3 Mitigação da Violação dos Direitos da Pessoa Humana na Era Antiterror**

É sabido que se necessita de uma política de contenção multilateral do terrorismo, porém medidas nesse sentido são praticamente inexistentes, razão pela qual alguns documentos referentes ao combate e sanções quanto aos atos terroristas vêm sendo elaborados, tanto na esfera nacional como principalmente internacional com a finalidade de acabar ou ao menos mitigar tais atos.

Ocorre que tal finalidade é de difícil obtenção quando os atos são provenientes de grupos ou de uma pessoa isoladamente, pois não há, a priori, como impeli-las a cumprir e como sancioná-las em caso de desrespeito aos direitos humanos e normas que tratam sobre a vedação do terrorismo.

Isso se dá, pois como já dito, não se aplica o direito humanitário e, o Tribunal Internacional Penal (TPI), órgão encarregado de punir pessoas físicas por crimes como de guerra, contra a humanidade, e de genocídio, não tem no seu rol de proibições o terrorismo, sendo essa uma falha ímpar do Estatuto de Roma de 1998, documento basilar do TPI, omissão essa que ainda pode ser sanada pelos Estados que são seus signatários, por meio de modificação do próprio tratado nesse quesito.

Enquanto isso não é feito, o Tribunal Internacional Penal não tem possibilidade de processar, julgar e se for o caso impor sanção aqueles que se enquadrem como terroristas, pois citado tribunal trata de temas mais relacionados ao direito humanitário, que é aplicável nos casos de conflitos armados internacionais e conflitos armados internos, ficando a questão do terrorismo fora da competência desse ramo do direito, não podendo-se inserir o terrorista no rol de prisioneiro de guerra, já que mesmo para se fazer a guerra há a necessidade de se cumprir com normas internacionais, que o terror não observa.

Desse modo, uma vez modificado o Estatuto de Roma, haverá a possibilidade de um maior controle e coibição do terror na era contemporânea, já que aquele que seja considerado parte em atos de terror poderá ser não apenas julgado por seu Estado ou Estado onde tenha cometido o ilícito, como também, de maneira subsidiária, poderá ser julgado na esfera internacional.

No que tange aos Estados, o órgão jurisdicional encarregado de julgar as controvérsias que sejam submetidas pelos próprios Estados é a Corte Internacional de Justiça (CIJ), órgão das Nações Unidas, porém não consta no bojo do Estatuto da Corte a sua atuação quanto a questões que envolvem países que acolhem grupos terroristas e/ou que violam os direitos da pessoa humana em nome da luta ao terror ou mesmo o terrorismo estatal.

Outra grande dificuldade quando se trata da luta contra o terror, vislumbrando ao mesmo tempo a coibição de violações aos direitos humanos, é a criação de um valor comum de âmbito internacional no combate ao terrorismo e de proteção ao ser humano, uma vez que tais questões estão relacionadas à forma como os países tratam os direitos da pessoa humana, tendo em vista que uns são apoiadores do Relativismo, tais como alguns países africanos e do Oriente Médio e outros do Universalismo, em regra países do ocidente.

Nesse sentido vale citar Immanuel Kant (2002, p. 67), ao afirmar que:

[...] a violação do direito em um ponto da terra repercute em todos os demais, a ideia de um direito cosmopolita não resulta numa representação fantástica nem extravagante, senão que completa o código não escrito do direito político e do direito das gentes num direito público da humanidade, sendo complemento da paz perpétua.<sup>3</sup> (tradução livre)

Assim, somente é possível um ideal comum de combate ao terror e proteção ao ser humano com a defesa de direitos humanos universais, algo que ainda não é unânime aceite entre os Estados soberanos.

Citando alguns ensinamos de Federico Andreu-Guzmán (2012, p. 172-174), os Estados devem nessa “guerra ao terror” observar dentre outros critérios o respeito aos direitos humanos, tanto os que estão dispostos em tratados como no próprio direito internacional consuetudinário, assim como em caso de excepcional necessidade de medidas mais drásticas, que as mesmas sejam feitas sob controle judicial com base no que prega a legislação sobre direitos humanos.

A criação de uma tipificação do terrorismo em um instrumento internacional universal, além de possibilitar um combate coordenado e eficiente, evitando que determinados comportamentos por uns considerados passíveis de se enquadrar no rol de atos conducentes ao terrorismo por outros não seja visto do mesmo também, auxiliando também tal homogeneização de pensamento internacional na elaboração da legislação interna dos Estados e combate ao terror em suas esferas internas.

---

<sup>3</sup> [...] la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás, la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes en un derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O terrorismo, seja por motivo político, ideológico ou mesmo religioso, vem ganhando cada vez mais relevância internacional, não só em fóruns de discussão por partes dos governos, como também da mídia, acusada por vezes de aprofundar o terror perante a comunidade internacional e a sociedade civil.

Tais debates crescem substancialmente em função dos atos terroristas poderem ser perpetrados tanto pelo Estado como pelo ser humano, em que as vítimas também podem ser os Estados como o próprio homem.

No caso brasileiro, a legislação ainda é falha nesse sentido, pois não trata de forma o suficiente profundo e claro para que não haja dúvidas sobre o que pode ou não ser considerado terrorismo e os meios de coibir e punir os violadores. Não obstante, o direito pátrio não foi totalmente omissivo, abarcando o tema na Lei Maior brasileira e, apesar de alguns pontos ainda a serem trabalhados de modo mais detalhado, trata-o como crime e ato a ser repudiado, valendo ressaltar que no que tange aos direitos humanos, o Brasil é signatário de diversos tratados sobre a proteção humana, dentre os quais tratados específicos sobre a criminalização do terrorismo.

Na esfera internacional, apesar dos esforços efetuados, não se conseguiu diferenciar de forma precisa e incontestável o terrorismo dos demais tipos de crimes, assim como defini-lo unívoca e, muito menos prevenir e diminuir a possibilidade de ações de terror por meio de tratados internacionais, já que não há um consenso de âmbito global sobre o que possa se considerar como terrorismo e nem mesmo sobre o que pode configurar violação dos direitos humanos, existindo até o momento apenas meios paliativos e, via de regra, pouco eficazes no combate ao terrorismo e proteção da pessoa humana.

O certo é que o número de ataques terroristas não tem reduzido mesmo com medidas de repressão e controle, existindo ao invés um número cada vez mais expressivo de hostilidade e abusos aos direitos humanos.

Diante de tal realidade, é que dentre os desafios para o direito internacional e os Direitos Humanos no século XXI esta a busca de mecanismos de implementação e efetivação a tais direitos, correspondentes ao legado de regras internacionais do século XX, em que o combate ao terror e a violação aos direitos humanos, vise tolher as ações daquilo que tradicionalmente se entende por terrorismo, seja por parte dos Estados como dos indivíduos, mas também coibir que os Estados ao combater tais atos em nome de sua segurança nacional também desrespeitam os direitos humanos, tanto de terroristas e supostos terroristas, como de sua própria população e/ou cidadãos de outros Estados.

Para que tais medidas sejam verdadeiramente possíveis com a defesa nacional e internacional coordenada com a vedação da violação/ou limitação dos direitos da pessoa humana na era antiterror, necessário que haja entre os Estados um espírito de trabalho conjunto, com fulcro no princípio internacional da solidariedade, para que um consenso sobre os temas terrorismo e direitos humanos seja criado e implantado de forma universal.

## REFERÊNCIAS

ANDREU-GUZMÁN, Federico. **Terrorismo y Derechos Humanos**. Disponível em <<https://doc.es.amnesty.org/cqibin/ai/BRSCGI/Informe?CMD=VEROBJ&MLKOB=29924465454>> Acesso em 15 de jun. de 2014.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.) **Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Saraiva: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei 7.710 de 1983.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei 8.072 de 1990.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950**. Disponível em:<<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em 12 de ago. de 2014

COT, Jean-Pierre; PELLET, Alain. **La Charte des Nations Unies**. Paris: Economica, 1991.

DORNELLES, João Ricardo W. **Guerra Imperial versus Direitos Humanos**. Artigo apresentado no Seminário “Direitos Humanos – Viena +10 – Desafios e Perspectivas” Núcleo de Direitos Humanos da PUC/RJ, out. 2003.

EMMANUELI, Claude. **Terrorisme Internationale**. Palestra ministrada no XXVIII Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), no ano de 2011 na cidade do Rio de Janeiro.

KANT, Immanuel. **Sobre la Paz Perpetua**. Alianza Editorial, Madrid, 2002.

KOUFA, Kalliopi K. **Terrorismo e Direitos Humanos. Relatório apresentado à Comissão de Direitos Humanos em 07 de junho de 1999**. Disponível em:<<http://www.un.org>>. Acesso em 15 de jun. de 2014.

MAGNOLI, Demétrio. **Terror Global**. São Paulo: Publifolha, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan trascendencia internacional de 1971**. Disponível em:<<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-49.html>>, Acesso em: 22 de nov. de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em:<<http://www.onu.org.br/>>. Acesso em 15 de ago. de 2014.

PIRES, Renato Barth. **O direito de petição aos Organismos Internacionais e a efetividade dos Direitos Humanos**. São Paulo, 2006.

TZU, Sun. **Arte da Guerra**. São Paulo: Jardim dos Livros, 2006.

WOLOSZYN, André Luís. **Terrorismo Global. Aspectos Gerais e Criminais**. Porto Alegre: Est Edições, 2009.

## DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Maryana Chott de FREITAS<sup>1</sup>  
Caíque Tomaz Leite da SILVA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho busca demonstrar a significativa evolução do direito de família especialmente no que diz respeito ao poder familiar. A Constituição Federal de 1988 revolucionou as relações paterno-filiais ao trazer princípios para nortear as relações familiares, modificando os paradigmas que regem essa relação, de modo que os pais passaram a ter um “poder dever” em relação aos filhos, devendo, desta forma, respeitar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da afetividade, assim como as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o direito de família, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre as obrigações atribuídas aos pais, inserem-se o dever de assistência material, intelectual, moral e afetiva, proporcionando suporte para que seu filho possa se desenvolver de forma plena e construir sua personalidade de maneira saudável.

**Palavras-chave:** Pátrio Poder. Poder Familiar. Pais. Filhos. Deveres.

**ABSTRACT:** This paper seeks to demonstrate the significant developments in family law, especially with regard to family power. The Federal Constitution of 1988 revolutionized the paternal-filial relationship to bring principles to guide family relationships, changing the paradigms that govern this relationship, so that parents now have a "duty power" in relation to children and should thus respect the constitutional principles of human dignity, of full protection and affection, as well as constitutional and infra-constitutional norms governing family law, such as the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents. Among the obligations incumbent on parents, are part of the duty of material assistance, intellectual, moral and emotional, providing support for your child can develop fully and build your personality in a healthy way.

**Keywords:** Parenting. Family power. Parents. Children. Duties.

### 1 INTRODUÇÃO

O direito de família é uma das áreas mais afetadas pelas transformações da sociedade. Sendo assim, com a modificação dos costumes e dos ideais da sociedade, há uma consequente alteração nas relações sociais, econômicas e políticas, que reflete diretamente sobre as relações familiares. Nesse sentido, as relações paterno-filiais vêm evoluindo ao longo dos anos adaptando-se às transformações sociais. Nos últimos 30 anos o direito de família assistiu a uma fragmentação da instituição familiar, reconhecendo como família alguns arranjos que outrora não ostentavam tal característica. Tal pluralidade familiar se projeta também sobre as relações paterno-filiais.

---

<sup>1</sup>Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

<sup>2</sup>Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Banca Examinadora da *American University* (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário e Professor Visitante do *Ius Gentium Coninbrigae*, Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professor das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado.

Nos primórdios das relações familiares, o pátrio poder era desempenhado somente pelo pai, e sua característica marcante era o “temor” à autoridade paterna (*Patria Potestas*). Com o passar dos anos, e os princípios constitucionais que conduzem o direito de família na atualidade, as relações familiares tornaram-se mais complexas, assegurando aos pais o poder/dever sobre seus filhos, ou seja, a responsabilidade de guardar, dar assistência, educação, entre outros deveres inerentes a paternidade. Tais poderes-deveres foram revestidos de premente legalidade e seu controle é, também judicial, a despeito da proteção à intimidade e vida privada.

Ressalta-se, ainda, que uma das mudanças mais significativas no direito de família foi o advento da igualdade absoluta entre os genitores, com a conquista da igualdade da mãe no tocante ao poder sobre seus filhos, que até então era apenas do pai, dando origem ao que se denomina de poder familiar.

## 2 DO PÁTRIO PODER

Primeiramente, faz-se necessário atentar que o presente trabalho não almeja abordar toda modificação do poder familiar dos pais em relação a sua prole desde sua origem até os dias atuais, pois tomamos como ponto partida a chegada do instituto do pátrio poder ao ordenamento brasileiro através do direito luso-brasileiro, e prosseguimos com os aspectos essenciais da tutela jurídica atinente ao tema desde então.

O instituto do pátrio poder chegou ao Brasil por intermédio das Ordenações Filipinas, quando ainda imperava no Brasil o direito luso-brasileiro, direito este que sofreu grande influência do direito romano quanto ao direito de família. Neste sentido, cumpre ressaltar que as Ordenações Filipinas podem ser consideradas como direito pré-codificado, haja vista que imperou no direito pátrio mesmo após a Proclamação da República, até a edição do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916.<sup>1</sup>

Nos termos do direito lusófono aplicado às relações jurídicas materiais vigentes no Brasil, o pátrio poder era desempenhado pelo pai que tinha o poder de escolha e controle sobre a vida e a morte de todos aqueles que estavam sob seu poder, como sua esposa, seus filhos, escravos, entre outros.<sup>1</sup> Seguindo esta perspectiva, ressalta-se duas peculiaridades romanas importantes: “Em primeiro lugar, o pátrio poder é tido como prerrogativa exclusiva do varão. Outrossim, tal poder é perpétuo para o pai. Durará enquanto este viver, a não ser que sobrevenha uma das causas específicas da extinção” (NETO, 1994, p. 40).

George Long pontua que “o *pater familias* tinha *vitae necisque potestas* - o “poder da vida e da morte” - sobre os seus filhos, a sua esposa (nalguns casos

apenas), e os seus escravos, todos os quais estavam *sub manu*, "sobre a sua mão". (LONG, 1875, pp. 873-875)

Neste sentido, é interessante ressaltar que neste período a mãe não desempenhava o pátrio poder em nenhuma hipótese, ocupando assim o mesmo posto que seu próprio filho, ou seja, ostentava condição de inferioridade e obediência ao marido, detentor, com exclusividade, do pátrio poder. Ressalta-se que apenas com o advento do decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, a mulher que se encontrava viúva começa a desempenhar o pátrio poder sobre seus filhos. Assim, com a morte do pai e desde que a mulher viúva não contraísse novo matrimônio, a mãe, a partir do advento do decreto supracitado, poderia exercer livremente e com todas as prerrogativas, o pátrio poder. Tal decreto foi um importante marco em relação à independência das mulheres na sociedade, assim como dispõe Denise Comel, pois "veio conceder à viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não contraísse novas núpcias. Regra de significativa importância e que consistiu num marco da evolução do pátrio poder, por deixar de considerá-lo como prerrogativa exclusivamente masculina, ainda que o jugo do homem somente viesse a ser definitivamente superado quase cem anos depois." (2003, p. 25).

Com essa prerrogativa conferida à mulher, o direito pátrio se afastou da tradição romana e das fontes portuguesas, segundo dispõe José V. Castelo Branco (1960, p. 42): "O direito Pátrio, como se vê, afastou-se gradativamente da tradição romana e das fontes portuguesas, que não admitiam fosse confiado o pátrio poder à mãe, a quem apenas se concedia a prerrogativa de servir de tutora aos filhos menores, se lhes não fossem deixado, em testamento, tutor ou curador."

Quando se trata do pátrio poder em relação aos filhos é importante ressaltar que apenas os filhos tidos como legítimos e os legitimados eram alcançados pelo direito civil pátrio. Filho legítimo é gerado na constância do casamento, e filho legitimado é aquele gerado antes do casamento e que logo após o nascimento da criança, era legitimado pelo casamento com a mãe.

São excluídos do pátrio poder os filhos denominados ilegítimos, sejam eles naturais ou espúrios. Neste aspecto, o direito civil brasileiro da época dispunha que os filhos ilegítimos eram divididos em dois grupos: os naturais e os espúrios. Os filhos ilegítimos naturais provêm da relação entre homem e mulher que podem contrair matrimônio, não tendo para tanto nenhum impedimento, e os filhos ilegítimos espúrios quando possuem impedimentos para o matrimônio. Os espúrios, por sua vez, se subdividem em filhos contraídos por uma relação adúltera ou incestuosa; os filhos adúlterinos advêm de uma concepção entre homem e mulher onde um dos dois ou os dois já são casados; os incestuosos advêm da concepção entre homem e mulher da mesma família, ou seja, que tenha um grau de parentesco.

Observa-se ainda que, neste período, a maioridade iniciava-se com 25 anos, o que não era, contudo, o suficiente para extinção do pátrio poder sobre o filho, haja vista que se o filho permanecesse em dependência do pai o pátrio poder subsistia. Em 31 de Outubro de 1831, a maioridade foi reduzida para 21 anos, e trouxe a prerrogativa de emancipar os filhos para todos os propósitos.

Os deveres do pai sobre os filhos, àquela época, segundo Castelo Branco Rocha (1960, p. 39) competia em:

- a) educá-los e dar-lhes profissão, de acordo com sua condição e posses;
- b) castigá-los moderadamente, e, se incorrigíveis, entregá-los aos magistrados de polícia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, obrigando-se a sustentá-los;
- c) repeti-los de quem lh'os subtraísse e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso;
- d) exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de soldada ou salário, salvo se lh'os prometeu;
- e) nomear-lhes tutor testamentário e designar as pessoas, que hão de compor o Conselho de Família;
- f) substituí-los pupilarmente;
- g) defendê-los em juízo ou fora dele;
- h) contratar em nome do filho impúbere, quando do contrato puder vir proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho impúbere.

A extinção do pátrio poder no direito luso-brasileiro, segundo ainda José V. Castelo Branco Rocha (1960, pp. 40-41), se dava da seguinte maneira:

- a) pela morte do pai ou do filho;
- b) pelo banimento;
- c) pelo casamento do filho;
- d) pela carta de emancipação do filho, passada por juiz de órfãos, em virtude de escritura de demissão do Pátrio Poder, voluntariamente concedida pelo Pai em favor do filho, quer fosse maior, quer menor;
- e) pelo exercício de cargos Públicos, se o filho fosse maior de 21 anos;
- f) pela colação de grau acadêmico;
- g) pela entrada do pai, ou do filho, em religião aprovada;
- h) por ato do pai que abandonasse os filhos, ou tratasse com crueldade ou induzisse a maus costumes;
- i) pela investidura de ordens sacras maiores;
- j) se o pai aceitasse legado ou herança com a condição de emancipar o filho;
- k) quando o pai expusesse o filho, que passaria a ser criado por outrem;
- l) por sentença passada em julgado, nos casos em que o pai é compelido a emancipar o filho.

O pátrio poder vigente no Brasil em pleno século XIX mostrava-se inadequado. Com isso, a evolução natural da sociedade ocasionou mudanças nas relações familiares e sociais, tendo em vista que o arcaico sistema das Ordenações já

não mais satisfazia as necessidades da época. Assim, surgiu o Código Civil de 1916, conduzido pela brilhante visão de Clóvis Beviláqua (1928, p. 540), que asseverava: “O Pátrio Poder, segundo o que organiza o nosso Código Civil, não é um poder discricionário, a que se não oponham os imperativos da moral, as exigências da vida social orientadas pelos ideais da civilização, e os conselhos da higiene, que a sociedade moderna erige em normas obrigatórias do proceder”; completando logo em seguida: “ O Pátrio Poder há de exercer-se dentro das normas ethicas, e no interesse da moral do filho”. O pátrio poder veio elencado no artigo 384, no Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 384 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I. dirigir-lhes a criação e educação;

II. tê-los em sua companhia e guarda;

III. conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV. nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder;

V. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assistí-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e

VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O dispositivo deixou evidente que as ideias da sociedade haviam mudado. Assim, os doutrinadores perceberam que deveriam modificar o conceito de pátrio poder, transformando-o em conjunto de deveres que o pai deveria exercer em favor do filho com fundamento na ideia de proteção ao filho. Diante disso, nos deparamos com o surgimento da valorização da relação social paterno-filial, o que caracterizou um marco na evolução das relações familiares porque inverteu a relação de cuidado de perigo existente entre o pai e a prole.

Mostra-se pertinente tecer alguns comentários acerca das principais mudanças trazidas pelo artigo 384, e seus incisos, do Código Civil de 1916.

Em relação ao inciso I, ressalta-se a responsabilidade de ambos, pai e mãe, no exercício do poder de educar e criar. Assim, o dispositivo nos traz: compete aos “pais” e não apenas ao “pai”. Vale enfatizar que a educação descrita no inciso I, deve ser compreendida em sentido amplo, incluindo a educação intelectual, moral e social da criança.

Ratificando a ideia acima elencada, Castelo Branco Rocha dispõe: “No dever de educar, que a lei impõe ao pai ou tutor, estão compreendidos: a) a fiscalização da conduta; b) o direito de admitir ou proibir, de acordo com a conveniência do filho as amizades ou companhias acaso preferidas por ele; c) a orientação religiosa; d) a

instrução, inclusive a escolha dos mestres e colégios; e) a persuasão decorrente do bom exemplo; f) a eleição do ofício socialmente útil.” (1960, p. 137).

Apesar do poder dos pais perante seus filhos, no que tange a educação, ser compartilhada, o pátrio poder em 1916 ainda era exercido pelo homem, uma vez que as mulheres eram consideradas submissas aos maridos. Isso fica evidente pelo que dispõe o art. 380, do C.C de 1916:

“Art. 380- Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.”

Prosseguindo com a leitura do art. 384, o inciso II refere-se ao dever dos pais de companhia e guarda de seus filhos. Assim, podemos entender que o poder de guarda e da companhia dos pais pressupõe cuidado, amparo, proteção, de modo que, para ter a guarda, os pais têm que dar assistência e fiscalizar os atos de seus filhos. Conforme Castelo Branco Rocha, “a guarda tem por finalidade: a) proteger a inexperiência do filho; b) acautelar a sua pessoa e vida contra eventuais perigos; c) premuni-lo de más influências; d) impedir que o filho cause danos a outrem” (1960, p. 140).

Neste sentido, é importante realçar que para exercer o pátrio poder não se fazia necessário ter a guarda, pois esta poderia, excepcionalmente, ser delegada a outra pessoa, enquanto o pátrio poder continuaria como prerrogativa do pai. Ressalta-se também que houve uma grande mudança no que diz respeito a filiação que se submete ao pátrio poder, uma vez que, enquanto no período luso-brasileiro apenas os filhos legítimos e legitimados eram submetidos ao pátrio poder, com o advento do Código Civil de 1916, os filhos que eram legalmente reconhecidos e os filhos adotivos foram inseridos no rol, como podemos observar: “Art.379- Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.”

Os filhos não reconhecidos ficavam sob o poder familiar da mãe.

O pátrio poder é um instituto de ordem pública, por isso o estado tem o encargo de fiscalizar e conter os atos e abusos dos pais em relação a seus filhos. Nesse sentido, Castelo Branco Rocha:

“O pátrio poder tem vinculações com a ordem social, porque o Estado não pode ser indiferente a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens. É um instituto de proteção aos que, por sua pouca idade

e inexperiência, reclamam a assistência de um órgão tutelar. [...] Daí, a legitimidade da interferência do poder público na tutela das relações familiares, ressalvadas, porém, a liberdade e a iniciativa individuais. A autoridade do Estado não pode substituir a autoridade do chefe de família, mas esta é supervisionada pelo poder público.” (1960, p. 48).

Promulgado o Código Civil de 1916, a realidade do pátrio poder foi mudada, pois os direitos dos pais sobre seus filhos passaram a ser acompanhado de deveres, observando sempre, em primeiro lugar, a proteção dos filhos. Após essa ideia trazida pelo Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1937 reservou um capítulo exclusivo para tratar da família, enfatizando a fiscalização e a proteção do estado sobre esta entidade. A Constituição de 1937 enfatizou que a educação é dever primordial dos pais e de significativo interesse do estado, que garante dar suporte para colaborar com o desenvolvimento da criança e do adolescente, com base no art. 127, da CF de 1937:

“Art.127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.”

A preocupação do estado com a instituição familiar veio crescendo conforme a evolução da sociedade de modo a refletir no ordenamento jurídico pátrio. A Constituição Federal de 1946 também preocupou-se com a família, como podemos observar nos artigos 163 e 164:

“Art.163- A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

“Art.164- É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.”

A partir da década de 50, especialmente na década de 70, houve uma visível modificação nas relações familiares, uma vez que o instituto do pátrio poder já não estava condizendo com as necessidades da época, pois o pátrio poder enfatiza um sistema familiar muito rígido, devendo, dessa forma, ser superado por um sistema familiar que deixe de ser concentrado, hierarquizado, patriarcal, matrimonializado, e se transforme num sistema em que o poder familiar é exercido de forma compartilhada entre pai e mãe, horizontal, passando a valorizar a solidariedade e o afeto.

Mesmo observando os anseios de mudança no sistema familiar, a Constituição Federal de 1967 e a Constituição Federal de 1969 suspenderam direitos dos cidadãos e os direitos da família, em razão do regime militar.

Porém, com a chegada do movimento “Diretas Já”, a democracia voltou a imperar no país e houve, assim, a necessidade de uma redemocratização, reformando suas instituições e oportunizando uma nova ordem constitucional, ou seja, a promulgação de uma nova Constituição Federal que atendesse às necessidades e aos anseios dos cidadãos e da família brasileira.

José Sebastião Oliveira afirma que “diante das marcantes mudanças ocorridas na sociedade, como a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o expressivo aumento do número de casamento, entre outros fatores que modificam a realidade da sociedade, requer-se uma adaptação do estado através de novas normas” (2002, p. 77).

Neste sentido, é promulgada a Constituição Federal de 1988, que colocou o Código Civil de 1916 em posição secundária, de forma residual em relação ao direito de família, prescrevendo princípios fundamentais e constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade material entre homem e mulher, ao passo que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo ECA (Lei n. 8.069/90). A respeito do instituto do pátrio poder, a Constituição Federal de 1988 e o ECA modificaram de forma significativa seu conteúdo, embora a nomenclatura tenha sido mantida, substituída apenas com o advento do Código Civil de 2002.

## **2.1 Do Poder Familiar**

Uma mudança substancial no instituto familiar chegou ao direito pátrio com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo aduz Denise Comel (2003, pp. 39-40):

“A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, atendendo ao que já vinha sendo preconizado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de

Família de tal envergadura que bastaram três de seus artigos, quais sejam, o art. 5º, inc. I, o art. 226 nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, e o art. 227, nos dois últimos parágrafos, para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas deixassem de ser recepcionadas.”

Com base no disposto acima, houve um enorme conflito na doutrina sobre a questão da recepção ou não dos dispositivos do Código Civil de 1916, e a doutrina majoritária posicionou-se em favor da não recepção, em relação àqueles dispositivos que não deixavam homem e mulher em condição de igualdade. Os dispositivos que eram compatíveis com a Constituição Federal continuaram a produzir efeitos jurídicos, em razão de sua recepção pelo texto constitucional.

No que diz respeito ao pátrio poder, os doutrinadores verificaram uma lacuna legal, pois como afirma Denise Comel: "A rigor, então, se estava diante de uma lacuna na lei, uma vez que não havia legislação civil dispondo a respeito de como deveria ser exercido o pátrio poder em igualdade de condições pelo homem e pela mulher. (2003, p. 45).

Ao observar o novo caráter das relações familiares, percebemos que o conceito de pátrio poder foi superado, uma vez que o que dispunha esse instituto, com toda sua rigidez e patriarcalismo, não condizia com a realidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Assim, trataremos do pátrio poder como poder familiar, em razão da igualdade material entre homem e mulher.

Passados dois anos desde a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, finalmente a lacuna na lei foi resolvida através da promulgação da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e assim foi disciplinado o instituto do poder familiar, ainda, sob nomenclatura de pátrio poder. Também deve ser observado, neste contexto, a chegada do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, trazida pelo ECA em seu artigo 4º, com base e fundamento no art. 227 da CF/88, que oferece suporte ao princípio da proteção integral. Podemos observar que o estado, juntamente com a família, assumiu responsabilidades para assegurar direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes.

O art. 21 do ECA deixa claro a igualdade de condições e posições ocupadas e exercidas pelo pai e pela mãe, esclarecendo todas as questões que circundavam este tema:

Art. 21. O pátrio poder (poder familiar) será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Embora o ECA tenha esclarecido a omissão deixada pela CF/88 em relação ao pátrio poder (poder familiar), apenas com a promulgação do Código Civil de 2002 essas lacunas foram superadas. Uma das mudanças observadas com o advento do Código Civil de 2002, foi a esperada mudança da nomenclatura do instituto 'pátrio poder' para o que agora denominamos 'poder familiar', uma vez que a filosofia pregada pelo instituto do pátrio poder não era condizente com a realidade social vivida. A nomenclatura é, contudo, ainda hoje objeto de divergências doutrinárias, uma vez que alguns entendem que o mais apropriado seria "poder parental", enquanto outros defendem a utilização de "autoridade parental".

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha aproveitado grande parte do dispositivo simétrico no Código Civil de 1916, no que diz respeito ao instituto do pátrio poder, adaptando-o a nova realidade, isso não é suficiente para afirmar que o instituto familiar é o mesmo, como evidencia Denise Damo Comel (2003, p. 54):

"Assim, o que se tem é que o código Civil evoluiu da denominação *pátrio poder* para *poder familiar*, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas sim o fez compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que não evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função."

O conceito de poder familiar não foi objetivamente fixado pelo Código Civil de 2002, tarefa desempenhada pela doutrina. Maria Helena Diniz aduz que (2002, p. 439): "O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho".

Nessa perspectiva, podemos afirmar que o poder familiar é a responsabilidade que os pais têm sobre os filhos de assegurar-lhes os direitos familiares fundamentais devidamente dispostos nos artigos 227 e 229 da CF/88, que prescrevem que a criação e a educação dos filhos deve ser gerida em igualdade de condições por ambos os pais, orientada sempre pelo interesse superior da prole.

Ressalta-se que dentro do instituto poder familiar, cabe ao filho o dever de obedecer e respeitar seus pais, possibilitando, nesse sentido, as condições necessárias para que os pais realizem seus deveres acima elencados, quais sejam: criação, educação e assistência a seus filhos. Em relação às características do poder familiar, ressalta-se sua irrenunciabilidade, intransmissibilidade e imprescritibilidade, como bem relata Denise Damo Comel:

"O poder familiar é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Não se reconhece

aos pais o direito de abrir mão do poder familiar segundo conveniências ou em proveito próprio. (...) é intransmissível pois somente pode ser atribuído aos que ostentam a qualidade de pai e de mãe - daí o caráter personalíssimo - não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros, seja a que título que for. Trata-se de uma qualidade ínsita à condição de pai, da qual não se pode apartar por trata-se de um interesse transubjetivo (...) Imprescritível, então, o poder familiar, não se extinguindo com o não-exercício. (COMEL, 2003, pp. 75-76)

É necessário sobrelevar que caso os pais não exerçam de forma adequada o poder familiar, e sujeitam à sanção penal, administrativa e civil. A responsabilização administrativa se dá conforme disposto nos artigos 249 e 24, do ECA:

Art.249- Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder (poder familiar) ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Pena: multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art.24- A perda e a suspensão do pátrio poder (poder familiar) serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Podemos encontrar a responsabilização penal pelos crimes de perigo disposta nos artigos 244 e 247 do Código Penal, que tipificam o abandono material, intelectual e moral, não havendo a necessidade de ocorrer danos para que haja a efetiva responsabilização dos pais no âmbito penal, cabendo, nesse contexto, o que aduz PENTEADO (1998, p. 60), em relação ao abandono material "diz respeito ao apoio material, sem o que, evidentemente, ela [sua família] não pode permanecer ou subsistir". Quanto ao abandono intelectual, os pais deixam de prover instrução a seus filhos, deixando de ampará-lo no sentido de lhes promover o ensino, o que resulta na tipificação. Por fim, o abandono moral tutela a construção do caráter do menor, e configura-se quando os pais não proporcionam ao menor condições propícias de afeto para a construção moral do menor.

Além da responsabilidade administrativa e penal, existe ainda uma discussão que diz respeito a responsabilização civil por abandono afetivo, hipótese em que os pais não dão carinho e não administram a relação de cuidado de perigo para com a prole.

### **3 DA FILIAÇÃO**

#### **3.1 Da Filiação e Suas Implicações**

Filiação é a relação de parentesco natural (consanguíneo) ou civil (por adoção, inseminação artificial e fertilização *in vitro*), em primeiro grau e em linha reta,

que vincula pais e filhos. Configura-se filiação toda vez que os direitos e deveres referirem-se aos filhos independentemente da origem do vínculo.

Assim, a filiação não decorre exclusivamente de um vínculo biológico, consanguíneo, mas também de um parentesco civil construído através de uma ficção jurídica que constrói a relação familiar. A filiação civil se dá através: 1) da adoção, que é o ato jurídico civil em que uma pessoa ou um casal assume permanentemente os direitos e deveres de pai e/ou mãe; 2) da inseminação artificial, que pode ser realizada em mulheres casadas ou em união estável. É denominada de inseminação artificial homóloga aquela em que o sêmen é do marido ou companheiro, e heteróloga quando há expressa autorização do marido ou companheiro para utilização de um sêmen de doador. Admite-se, também a inseminação heteróloga de pessoas solteiras que querem constituir família, desde que respeitado o princípio constitucional da dignidade da pessoa; 3) da fertilização *in vitro*, que é a fecundação realizada fora do corpo humano, sendo colhido o óvulo da mulher, o espermatozoide do homem, e depois de realizada a fecundação o óvulo será introduzido no útero da mulher.

Porém, ao nos depararmos com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e com o art. 1596 do Código Civil, veremos que referentes dispositivos elencaram apenas a adoção como parentesco civil, não abrangendo a inseminação e nem a fertilização *in vitro*, que deverão ser interpretadas de forma análoga à adoção, como ressalta Guilherme C. N. da Gama (2001, p. 105):

(...). O artigo 1596 do Código Civil de 2002, tem a seguinte redação: “Os filhos havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. A redação do dispositivo somente abrangeu a filiação adotiva no âmbito do parentesco civil, não atentando para a filiação resultante de reprodução assistida heteróloga na linha paterna (e/ou materna). O equívoco decorre da própria redação do parágrafo 6º, do art. 227, da Constituição Federal que, em 1988, se baseou na assimilação do parentesco civil à adoção (com fundamento no revogado art. 332, do código Civil de 1916). Assim, para que haja harmonia com o artigo 1593, do Código de 2002, o artigo 1596 deverá ser interpretado como referindo-se à adoção apenas a título exemplificativo. A melhor redação seria o seguinte: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por origem civil, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Além dos tipos de filiação supracitadas, existe uma modalidade de filiação que está tornando-se tendência mundial, causando uma revolução no direito de família pátrio. Trata-se da filiação socioafetiva, que é uma relação familiar com base no afeto, na convivência diária, na dedicação, no companheirismo, no cuidado, enfim, na posse

de estado de filho, que independe do liame biológico e dá espaço para o liame afetivo. Como bem conceitua Maria Cristina Almeida (2001, pp.159-160):

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constantes.

Mesmo diante da omissão do legislador a respeito da filiação e da paternidade socioafetiva, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo essa relação, principalmente com base no princípio da proteção integral, que conduz à legalização e ao reconhecimento da paternidade e filiação socioafetiva diante da posse de estado de filho.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE PATERNIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - APELADO QUE REGISTROU FILHA SABENDO QUE NÃO ERA SUA - INEXISTÊNCIA DE ERRO - ADOÇÃO À BRASILEIRA - IRREVOGABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.609 DO CÓDIGO CIVIL - CARACTERIZAÇÃO DE PATERNIDADE "SÓCIO-AFETIVA" - ARREPENDIMENTO INADMISSÍVEL - RECURSO PROVIDO.

1. "O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), que é irrevogável, descabendo postular-se a anulação do registro de nascimento, salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que inócorreu no caso em tela." (TJPR, Apelação Cível nº 180203-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rau, pub. 18/11/2005).

2. "A paternidade sócio-afetiva prevalece em detrimento da paternidade biológica, especialmente quando inexistem provas de que tenha havido erro, dolo ou coação." (TJPR, Apelação Cível nº 171329-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Accácio Cambi, pub. 04/11/2005).

Por fim, ainda existe a filiação ocasionada pela adoção de uma criança por casais homoafetivos, seja ela filha de terceiros, seja ela fruto de inseminação de um dos companheiros. O que vêm sendo defendido pela doutrina e pela jurisprudência é a total equiparação no que diz respeito ao instituto da união instável, com todos os direitos e deveres que os pais têm sobre seu filho adotivo. Nesse sentido caminha a jurisprudência pátria:

STJ - RECURSO ESPECIAL :REsp 1281093 SP  
2011/0201685-2  
CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO  
HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL.

## POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DEVANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calçado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75-76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado

para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.

Diante das modalidades de filiação elencadas, analisaremos o regime jurídico de tutela de cada uma das modalidades de filiação, na Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código Civil de 2002, e finalmente, Convenção sobre os Direitos das Crianças.

### **3.1 Filiação na Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas para o instituto da filiação, nos termos do art. 227, § 6º. Primeiramente e principalmente devemos destacar a igualdade entre os filhos. Essa foi a maior transformação trazida pela Constituição de 1988, uma vez que antes de sua vigência fazia-se diferenciação e discriminação entre os filhos. Hoje, contudo, todos os filhos (sejam eles biológicos, adotivos, afetivos, etc), são equiparados em direitos e deveres, sendo vedada qualquer discriminação, de acordo com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações." (GONÇALVES, 2011 p. 109)

Em sede de direitos, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 229, o direito de ser assistido, cuidado e educado por seus pais. Em contrapartida, trouxe o dever de ajudar e amparar os pais na velhice. Além desses direitos e deveres entre pais e filhos, o art. 227, assegurou direitos que deverão ser efetivados não só pela família, mas também pelo estado e pela sociedade, dando assim uma proteção integral às crianças e aos adolescentes para que tenham um desenvolvimento saudável. Assim, a família fica amparada pelo estado e pela sociedade em relação a esses direitos que a constituição elencou como prioritários, seja através de políticas públicas, entidades não-governamentais, sendo dever de todos e não só da família contribuir para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Por fim, a Constituição trouxe de forma expressa a proteção das relações paterno-materno filiais prevendo, ainda, a responsabilidade da família, da sociedade e do estado, no que diz respeito a proteção integral das crianças, dos adolescentes, e dos jovens, em relação aos direitos fundamentais para o desenvolvimento saudável.

### **3.2 Da filiação no Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescentes, Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990, tratou da filiação em seu artigo 27, evidenciando que o direito de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer momento e sem nenhuma restrição. Cuidou também de assegurar a igualdade de direitos e qualificações entre todos os filhos, sendo proibidas quaisquer forma de discriminação relativas a filiação, nos termos do art. 20 do ECA.

O art. 21 do ECA dispõe sobre o poder familiar, que deverá ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação civil. Assim, por se tratar de um instituto diferente do pátrio poder (cujo poder era exercido somente pelo pai), o Código Civil, em seu art. 1630, substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”.

O art. 26, do ECA, trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, apresentando uma numa grande inovação uma vez que anteriormente esses filhos eram considerados ilegítimos e não eram tutelados legalmente. Este dispositivo foi inserido no Código Civil de 2002, em seu art. 1609. O ECA também assegurou o direito da criança e do adolescente à criação e à educação no seio familiar, independentemente do tipo familiar, podendo ser tanto família natural (biológica) como substituta (por guarda, tutela ou adoção) desde que haja uma convivência familiar saudável, observando o disposto no art. 19 do ECA.

Por fim, ressalta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por se tratar de uma lei anterior ao Código Civil de 2002, e principalmente por inovar e conceituar matérias anteriormente não tuteladas, foi o grande vetor de inspiração para a criação das normas civis referentes à criança e ao adolescente, especialmente no que diz respeito à filiação.

### **3.3 Filiação no Código Civil de 2002**

A primeira mudança significativa observada no Código Civil de 2002 em relação à filiação foi a adequação ao texto constitucional no que diz respeito à igualdade entre os filhos. Assim, o Código Civil reafirmou a ideia trazida pelo princípio constitucional da igualdade de que todos os filhos têm os mesmos direitos e

qualificações, sendo vedado qualquer tipo de discriminação, nos termos do artigo 1596 do Código Civil. Nesse sentido, Rosana Fachin (2002, p. 122):

O capítulo da filiação explícita de modo expresso a transformação tácita decorrente do texto constitucional. O limite do Código foi o horizonte normativo constitucional. Basta ver o enunciado dos direitos iguais e da proibição das designações discriminatórias. Acolhe o princípio da igualdade já esculpido na Constituição, sem detalhamento ou novas configurações.

O Código Civil de 2002 introduziu, no art. 1597, a igualdade entre os filhos advindos da fecundação artificial homóloga, inseminação artificial heteróloga e aos embriões excedentários, tutelando filiações que, apesar de já existirem há alguns anos, eram excluídas do âmbito de proteção da norma. Sendo assim, apesar do legislador tratar de forma genérica o assunto, não restam dúvidas sobre os direitos à filiação dos filhos advindos dessas fecundações artificiais, sendo tratados de forma equiparada para todos os efeitos aos naturais e adotados.

Além de tratar das filiações por inseminações artificiais, o dispositivo supracitado refere-se também à presunção de maternidade e paternidade em geral, com o objetivo de proteger integralmente o nascituro. Sendo assim, a maternidade é presumida no momento da concepção no útero da mãe e a paternidade é determinada no momento do nascimento da criança, sendo garantido à criança todos os direitos e deveres de um filho, respeitando as situações e as regras do art. 1597, que expressamente diz como proceder nos determinados casos.

Nos artigos 1607 à 1617, o Código Civil de 2002 prevê as regras para o reconhecimento dos filhos. O art. 1607 tratou dos filhos havidos fora do casamento, que poderão ser reconhecidos pelos pais conjunta ou separadamente, de forma voluntária ou judicial. Já o art. 1609 tratou do reconhecimento voluntário do filho havido fora do casamento, que poderá se dar pelo registro do nascimento, por escritura pública, por escrito particular arquivado em cartório, por testamento e por manifestação direta e expressa feita ao juiz. Vale ressaltar que o reconhecimento é irrevogável e poderá preceder ao nascimento, bem como ser realizado posteriormente ao falecimento do filho que tenha deixado descendentes.

O filho reconhecido não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do cônjuge, nos termos do artigo 1611, do Código Civil. Se ambos os pais reconhecem o filho, mas não convivem juntos, o filho menor deverá ficar sob guarda daquele que melhor atender seus interesses, é essa a inteligência do artigo 1612, do Código Civil.

Por fim, o art. 1614 do Código Civil dispõe que o filho maior não será reconhecido sem o próprio consentimento; e o filho menor poderá impugnar o reconhecimento até quatro anos após sua maioridade ou sua emancipação.

As prerrogativas do poder familiar foram estabelecidas pelo artigo 1634; as hipóteses de perda ou suspensão pelos artigos 1637 e 1638; e as hipóteses de extinção pelo artigo 1635, todos do Código Civil.

Ressalta-se enfim que, apesar da evolução legal, o legislador deixou de regulamentar algumas situações peculiares, como a filiação por inseminações artificiais e a filiação sócioafetiva, que são frequentes no Brasil e tendência mundial, haja vista que a doutrina e a jurisprudência tem preferido um vínculo de amor e de afeto em detrimento do vínculo meramente biológico, dentre outras matérias que carecem de tutela na atualidade.

### **3.4 Filiação na Convenção sobre o Direito das Crianças**

A Convenção sobre os Direitos das Crianças é um instrumento de direitos humanos, sendo considerada mundialmente a Carta Magna dos direitos das crianças. Foi ratificada por 193 países em Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 20 de Novembro de 1989, sendo o instrumento mais aceito entre os países das Nações Unidas pois apenas Estados Unidos e Somália não a ratificaram. No Brasil, a convenção foi promulgada pelo decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990, revogando, dessa maneira, qualquer disposição contrária a ela.

Tendo como vetor o princípio da dignidade da pessoa humana, a convenção tratou de reconhecer que o seio familiar, por ser o ambiente onde a criança cresce e se desenvolve, merece tutela e assistência especial, visando sempre um ambiente familiar pautado na educação, compreensão, felicidade e amor, objetivando o desenvolvimento saudável da criança.

Em relação à filiação, a convenção assegurou em seu art. 7, §1º, o direito da criança, ao nascer, de ter seu nome registrado, de conhecer seus pais e ser cuidado por eles, sempre que isso for possível. A convenção também se comprometeu em zelar pela relação entre pai e filho, preservando, sempre que possível, a criança sob poder e cuidado dos pais. O estado também intervêm nas situações em que os pais vivem separadamente e nos casos de adoção, visando sempre o maior e melhor interesse da criança, nos termos do art. 9, §§ 1º, 2º e 3º. A jurisprudência pátria reconhece a convenção como um instrumento normativo imediatamente exequível, senão vejamos:

TJ-BA - Apelação: APL 00126323120098050001 BA 0012632-31.2009.8.05.0001

APELAÇÃO. ADOLESCENTE. GUARDA. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. BRASIL. RATIFICAÇÃO. SENTENÇA.

OBSERVÂNCIA. JULGADO. CONFIRMAÇÃO. RECURSO. DESPROVIMENTO.

Tendo o Brasil subscrito e ratificado a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ocorrendo divergência entre os pais sobre a guarda de filhos, o caso deve ser solucionado com base no princípio do superior interesse da criança, daí porque mostrando os autos que o exercício da guarda por parte do pai apresenta-se mais conveniente para o adolescente, ratifica-se a sentença nesse sentido prolatada e nega-se provimento ao recurso interposto pela genitora do mesmo, observando-se a mesma linha conclusiva da Ilustrada Procuradoria de Justiça, preservando-se, no entanto, a visitação materna.

TJ-MG - Apelação Cível : AC 10342120078171001 MG

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - MÃE DROGATÍCIA E PAI DESCONHECIDO - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES - PRESCINDÍVEL ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Por força da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Governo Brasileiro e promulgada pelo Decreto Federal n. 99.710/90, "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança".

- E conforme estatuído na Constituição da República, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente compete aos pais garantir o pleno e sadio desenvolvimento do filho menor, responsabilizando-se por sua criação, proteção, educação, guarda e assistência material, moral e psíquica.

- O poder familiar pertence naturalmente aos pais biológicos, como decorrência da consanguinidade, sendo admitida, excepcionalmente, a sua extinção caso constatado o descumprimento dos deveres e responsabilidades a eles inerentes, mormente à vista do periclitante estado da mãe biológica, usuária de drogas.

- A necessidade de prévia inscrição no Cadastro Nacional de adotantes, nos termos do art. 50 do ECA, cede ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, e deve ser mitigada em razão, e por prestígio, a proteção integral e melhor interesse da criança.

TJ-DF - Apelação Ci-vel : APL 228142220098070001 DF 0022814-22.2009.807.0001

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO - GUARDA E RESPONSABILIDADE - AVÓS MATERNOS - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR - RECURSO PROVIDO.

1. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERMITE A ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DO MENOR AOS AVÓS, UMA VEZ CONSTATADO QUE ESSA SITUAÇÃO ATENDE AOS INTERESSES DO INFANTE.
2. DEVE-SE OBSERVAR O PRINCÍPIO DO "MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA", CONSAGRADO PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, SEGUNDO O QUAL OS INTERESSES DO MENOR SOBREPÕEM-SE AOS DE OUTRAS PESSOAS OU INSTITUIÇÕES.
3. RECURSO PROVIDO.

O art. 18 da convenção reconhece a igualdade de responsabilidades entre pai e mãe em relação ao seu filho, evidenciando que ambos têm obrigações comuns no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seu filho, mitigando todo e qualquer tipo de discriminação e desigualdade entre os pais. Para que essa igualdade de responsabilidades seja efetivamente cumprida, os estados-partes na convenção comprometeram-se em dar assistência, aos pais ou aos representantes legais, para que eles possam desempenhar suas funções, garantindo de forma plena a educação das crianças.

Os estados-membros ao aderirem à convenção, comprometem-se, através do art. 19, §§ 1º e 2º, a adotar todas as medidas necessárias e eficazes para proteger a criança contra qualquer tipo de violência, maus tratos, exploração, abuso sexual, enquanto estiver sob o poder e os cuidados de seus pais ou representante legal. Finalmente, o art. 27 e seus parágrafos dispõe que os estados-membros reconhecerão o direito da criança ao desenvolvimento completo e saudável, cabendo principalmente aos pais o encargo de oferecer as condições necessárias, dentro de suas limitações financeiras e, subsidiariamente, ao estado, por meio de medidas assistenciais à família, inclusive, colaborando para assegurar a pensão alimentícia devida, por parte dos pais ou responsável.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a entidade familiar acompanha as mudanças filosóficas, sociais, religiosas e políticas de todos aqueles fatores que influenciam o desenvolvimento da sociedade. Podemos notar que num primeiro momento a sociedade suportava um poder familiar muito rígido, embasado em um patriarcalismo, onde apenas o pai tinha o poder sobre todos os entes que compõe a entidade familiar, inclusive sobre a mulher, que era submissa a seu esposo. Nesse período de pátrio poder nem todos os filhos eram submissos a esse poder, apenas os legítimos e legitimados. Com a conquista da mulher no mercado de trabalho e a

chegada da democracia, o pátrio poder deixou de refletir a organização das funções sociais e domésticas.

Diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, e a entrada em vigor do ECA (Lei nº 8.069/90) e Código Civil de 2002, surge o poder familiar, que trouxe ao âmbito familiar a igualdade material entre pai e mãe, entre mulher e homem, quanto às responsabilidades familiares. Trouxe também a igualdade entre os filhos, sejam eles concebidos na constância do casamento ou não.

Conclui-se, então, que a família é uma entidade muito importante para o ordenamento pátrio, de modo que o estado se mostra cada vez mais preocupado em tutelar a família, no sentido de fazer valer todas as garantias disposta na lei maior e em todo ordenamento jurídico, uma vez que esses direitos são tidos como fundamentais e devem ser priorizados e efetivamente garantidos a todos aqueles que fazem parte da entidade familiar, cabendo sanção em vários âmbitos caso esses deveres inerentes ao poder familiar não sejam verdadeiramente cumpridos.

## REFERÊNCIAS

180 ANOS de Senado: Redemocratização em dois atos. Disponível em: <[www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf](http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/180anos/es060410.pdf)>. Acesso em: 23.jul.2007

ARAGÃO, S. R.; VARGAS, A. L. de S. *O Estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEVILLAQUA , Clóvis (Fev/1928,p.540) “A questão dos menores”

BITTAR, C. A. (coord). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-82.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

COMEL, D. D. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da “Princípios Fundamentais norteados para o direito de família” , Del rey, 2005.

*Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 5 vol. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

DINIZ, M. H.. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família*. 5 vol. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

FÁVERO, Eunice Teresinha , “ Questão Social e perda do poder familiar”, Veras Editoras , 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama "Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08 : família, criança, adolescente e idoso. São Paulo, Atlas, 2008.

INSTITUIÇÕES de direito civil: direito de família. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.5.

Jus Brasil: <http://www.jusbrasil.com.br/>

LOBÔ, P. L. N. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 09.07.2007

\_\_\_\_\_. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 18.dez.2007

LONG, George. "Patria Potestas", in William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, John Murray.

MAZZINGH, Jorge Adolfo " Tratado de derecho de família : Filiación. Procreación assistida. Patria Potestad. Tutela Y Curatela. Parentesco. Mediación. Tomo 4-4 a . Ed. –Buenos Aires: La ley,2006.

OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO, J. de C. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA, J. V. C. B. *O Pátrio Poder*: estudo teórico-prático. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

RODRIGUES, S. R. *Direito Civil*: direito de família. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.6.

SANTOS NETO, J. A. de P. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, M. A. da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental*: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

# A CONSTITUIÇÃO MUTANTE E A DEBILIDADE DE SUA FORÇA NORMATIVA: TRANSTORNOS À SEGURANÇA JURÍDICA

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves<sup>1</sup>

**Resumo:** O estudo enfoca as mutações constantes no texto constitucional geram a fraqueza de sua força normativa, bem como trazem insegurança jurídica à comunidade jurídica e social, denotando-se, portanto, que não basta alterar a Constituição Federal para a mesma ganhar eficácia social e jurídica, mas, sim, interpretá-la tal como está se adequando à realidade fática.

**Palavras-chave:** Mutações. Constituição Federal. Força normativa. Insegurança jurídica.

**ABSTRACT:** The study focuses on the constant changes in the Constitution generate the weakness of its normative force, as well as bring legal uncertainty to the legal and social community, denoting, therefore, it is not enough to change the Constitution to make same social efficiency and legal, but rather interpret it as is fitting to the objective reality.

**Keywords:** Mutations. Federal Constitution. Normative force. Legal uncertainty.

## 1 INTRODUÇÃO

Abordamos por intermédio de pesquisas bibliográficas nacionais e estrangeiras, a segurança jurídica, a Constituição e a força normativa da Constituição Federal.

No primeiro capítulo definimos a segurança jurídica e discorremos sobre a mutação constitucional. No segundo capítulo abordamos sobre a Constituição, a sua rigidez e o seu dirigismo. E, ao final, a força normativa da Constituição Federal de 1988 foi aventada, a fim de se demonstrar que precisamos dela para garantir a estabilidade nas relações jurídicas.

## 2 SEGURANÇA JURÍDICA

O Estado Democrático e Social de Direito tem na segurança jurídica um dos seus princípios basilares, sendo para alguns autores um dos elementos objetivos da ordem jurídica, protegendo a confiança do povo. O ser humano tem diante desse Estado o direito de poder confiar que seus atos ou decisões sejam todas feitas em normas jurídicas válidas. Todas as autoridades dos três “poderes” devem seguir esse

---

<sup>1</sup> Docente nos cursos de Direito, Administração e de Técnico em Gestão Financeira das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada.

princípio, o que torna previsível os efeitos jurídicos, que também estão previstos e prescritos. Para Gomes Canotilho<sup>2</sup>, isso significa três refrações: (1) relativamente a atos normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a atos jurisdicionais – inalterabilidade a coisa julgada; (3) em relação a atos administrativos – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a expressão “segurança jurídica” designa um conjunto abrangente de ideias e conteúdos que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas<sup>3</sup>.

Para Gustav Radbruch a segurança jurídica envolve quatro condições, quais sejam: que haja ordenamento estatuído em leis; que este esteja baseado em fatos e não se remeta a juízos de valor do juiz em torno do caso concreto, mediante critérios genéricos como o da boa-fé e o dos bons costumes; que os fatos em que se baseia o ordenamento possam estabelecer-se com a menor margem possível de erro, sendo praticáveis; e que o ordenamento não deve ser exposto a modificações frequentes<sup>4</sup>. No entanto, a sociedade muda e a Constituição precisa ser alterada pelo Poder Derivado, com a finalidade de ser manter atual, pois a sociedade evolui.

Há também um dos aspectos menos desenvolvidos de um direito à segurança jurídica, qual seja, o da sua eficácia e efetividade, na qual o indivíduo tem a possibilidade de confiar na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já íntegra, vedando-se, contudo, o retrocesso social, isto é, o retrocesso em matéria de direitos fundamentais<sup>5</sup>. Fala-se em desobediência ao “princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso” quando há a possibilidade do legislador, seja por emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 256.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50/51.

<sup>4</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 40/41.

<sup>5</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 87.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 98.

Verifica-se que a definição de segurança jurídica pode ter diversos significados. No entanto, para o presente trabalho, firmamos o entendimento de que a segurança jurídica decorre da estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas e efetividade das mesmas, e também de que o ordenamento não deve ser exposto a modificações frequentes.

A segurança jurídica decorre da solidez do sistema, que emana, conseqüentemente, sua credibilidade e sua eficácia jurídica e social. Este direito, qual seja, o direito à segurança jurídica, também traz como corolário à estabilidade das relações jurídicas das pessoas, não podendo essas ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixem instáveis e inseguras quanto ao futuro, presente e até mesmo passado<sup>7</sup>. Traduz-se:

*[...] un deseo arraigado en la vida anímica del hombre, que siente terror ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. La exigencia de seguridad de orientación ... es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad<sup>8</sup>.*

Pode-se também dizer que a segurança jurídica possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva exige um patamar mínimo de continuidade do e no Direito, enquanto que, a dimensão subjetiva, refere-se a proteção da confiança do indivíduo na continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas<sup>9</sup>.

Contudo, o direito fundamental que todo ser humano tem à segurança jurídica, corresponde à estabilidade da Constituição e dos atos que a realizam. Os limites jurídicos das leis e até das emendas precisam ser aferidos segundo os parâmetros da segurança jurídica.

## 2.1 Mutação constitucional e segurança jurídica

Ensina a doutrina constitucional que as Constituições quando são criadas têm a vocação de serem permanentes, embora possam ser flexíveis. Com isso, não se quer dizer que somos avessos às mutações na Constituição Federal de 1988, mas que as mesmas devem ser realizadas com parcimônia e prudência pelos congressistas.

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 168/169.

<sup>8</sup> LUNO, Antonio Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. 2. ed. rev. Barcelona: Ariel, 1994, p. 24.

<sup>9</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

Citando a doutrina alemã, Gomes Canotilho<sup>10</sup> fala em alteração constitucional, a *Verfassungsänderung*, que consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada de alteração no próprio texto constitucional<sup>11</sup>. No entanto, os aspectos materiais, os fatos e a realidade circundante impulsionam as mudanças.

Como revela Antonio Negri<sup>12</sup>, o poder constituinte se apresenta, inicialmente, como ruptura. Em sua natureza de poder originário ou de contrapoder, potência historicamente determinada conjunto de necessidades, desejos e determinações singulares, mas estabelece limites futuros.

Há por vezes em decorrência das atividades do Legislativo, o surgimento de leis e de emendas à Constituição. Estas inovações na ordem jurídica levariam uma norma retroativa ser apenas, mas sempre, inconstitucional quando confrontar com outra norma ou princípio constitucional<sup>13</sup>.

No entanto, esse problema da retroatividade deve ser discutido levando em conta a eficácia intertemporal das leis que é diferente nas leis retroativas e nas disposições chamadas de transitórias. Quando uma nova lei não pode ter eficácia em relação aos fatos passados, existe sim uma proibição de retroatividade. Por outro lado, quando uma lei nova não pode ter eficácia imediata diz-se que existe a necessidade de um direito transitório<sup>14</sup>.

Diz-se isso porque as normas constitucionais devem ser genéricas, e o constituinte tem como escopo englobar a maior quantidade de hipóteses fáticas possíveis. Caso contrário, a norma fundamental acaba sendo superada pelos fatos sociais e políticos, necessitando, conseqüentemente, de reforma e gerando lesão à regra da perdurabilidade e da segurança jurídica<sup>15</sup>.

A problemática está, por outro lado, na função realizada pelo Supremo Tribunal Federal da Lei Maior, quando se pode chegar ao extremo de mutações constitucionais, ou seja, algo que foge a normalidade.

Denota-se no Brasil que há uma crônica compulsão dos governantes de modificar a Constituição, a fim de torná-la à imagem e semelhança de seus governos, variando-a ao sabor de conjunturas e polêmicas efêmeras. Esta situação que atualmente ocorre no país pode ser denominada de narcisismo constitucional<sup>16</sup>, mas que é na verdade uma mutação normativa<sup>17</sup>, que como ficará demonstrado difere da interpretação autêntica.

---

<sup>10</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1191.

<sup>11</sup> LOEWNSTEIN, Carl. *Teoria de la Constitucion*, p.164.

<sup>12</sup> NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p.17.

<sup>13</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 259.

<sup>14</sup> TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita <in> Nos dez anos da Constituição*, p.277 e ss.

<sup>15</sup> BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 109/110.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46.

<sup>17</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1191.

Voltando à produção de leis, basta observar que uma fatia considerável do esforço legislativo tem sido gasta na reforma da Constituição, como se o país estivesse usando a maior parte da capacidade criativa dos governantes para corrigir os erros do passado, ensina o cientista político Sérgio Abranches<sup>18</sup>.

Verifica-se, entretanto, que o constitucionalismo brasileiro e suas instituições ainda não vivem a maturidade plena, mas sim a insegurança. Insegurança essa que se irradia na paisagem jurídica do país, em decorrência do narcisismo constitucional, pelo qual cada governante quer um texto à sua imagem e semelhança<sup>19</sup>.

Conviver com uma Constituição mutante é um problema, vez que serve como alicerce às demais leis. E, se o alicerce é frágil, todo o corpo legal perde força. É assombroso como mutações constitucionais geram impactos inclusive econômicos, segundo ensina o economista Armando Castelar Pinheiro do Instituto de Economia Aplicada (Ipea), pois a insegurança jurídica e a morosidade da Justiça sacrificam em pelo menos um ponto percentual por ano a taxa de crescimento do país<sup>20</sup>.

Sempre foi considerado que a estabilidade de um sistema político:

*...es una de las mayores conquistas a que puede aspirar el hombre, porque es sinónimo de seguridad jurídica. Desde la antigüedad, grandes pensadores políticos, tales como Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón, Santo Tomás de Aquino y muchos más, formularon su profunda preocupación por la inestabilidad de los sistemas políticos y su anhelo por construir estructuras perdurables que respondieran al ideal de justicia, al interés general, al derecho natural o al bien común. Todos ellos propusieron sistemas que tendrían la virtud de la estabilidad y, consecuentemente, un orden jurídico fundamental perdurable. Esta perdurabilidad relega por innecesaria toda reforma constitucional, cuando las leyes fundamentales son efectivamente idóneas para que se desenvuelva la idea política dominante en la sociedad<sup>21</sup>.*

Uma Constituição deve ser redigida do melhor modo possível para ter estabilidade e não ser objeto de reformas. As modificações constitucionais somente são viáveis quando os fatos demonstram, indubitavelmente, que são inevitáveis para satisfazer as profundas necessidades da sociedade, que não encontram uma solução aceitável na norma constitucional e nem em sua interpretação. Como toda reforma constitucional lesiona a perdurabilidade do sistema, sua concretização deve ser absolutamente indispensável. Portanto, é preferível sacrificar a possibilidade de

<sup>18</sup> LAHÓS, André. Remendos sem fim. Revista Exame. São Paulo: Abril, 2004, 13 de outubro. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0828/noticias/remendos-sem-fim-m0041256>>. Acesso em 27 mai.2013.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

<sup>20</sup> LAHÓS, André. op.cit.

<sup>21</sup> BADENI, Gregório. *Instituciones de derecho constitucional*. Reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 107/108.

incorporar alguma instituição moderna ou nova no texto constitucional, do que alterar a estabilidade e a segurança jurídica da organização social<sup>22</sup>.

Observa-se, portanto, que a interpretação constitucional também tem como escopo buscar:

*...el acoplamiento entre la norma y la realidad histórica. Por eso la reforma constitucional es, o debe ser, en el estado democrático de derecho, un último recurso ante la imposibilidad de conseguir ese resultado por vía interpretativa sin falsear la Constitución. [...]»<sup>23</sup>.*

Com efeito, as normas constitucionais devem ser flexíveis para que alguns dos seus conteúdos genéricos possam abrigar as necessidades imprevisíveis do futuro. Mas, esta flexibilidade, não tem relação alguma com a categoria das Constituições flexíveis e nem com os mecanismos de reforma constitucional. Melhor dizendo, a flexibilidade constitucional não significa promover ou facilitar um sistema de reforma constitucional, mas sim desenvolver uma técnica de redação da lei fundamental, que permita ser atual e vigente no curso do tempo através da interpretação dinâmica<sup>24</sup>.

Fala-se em *mutabilidade informal* o processo difuso de modificação da Constituição através da interpretação, que se processa lentamente através da construção dos tribunais, pela influência dos grupos de pressão e de outros meios, que provocam ou possam provocar alterações na realidade constitucional, sem modificar a letra da Constituição. Tais modificações, que se diferem da *mutabilidade formal*, que se delinea via reforma constitucional, seja por revisão ou emenda, não tem o condão de gerar deformações maliciosas, subversões traumatizantes<sup>25</sup> e, acima de tudo, insegurança jurídica, como no mais das vezes ocorrem com a mutabilidade formal. O legislador não pode fixar o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação à legislação infra, uma vez que isso envolve a vontade do Poder Constituinte. Portanto, uma interpretação autêntica do Legislativo somente poderia ser feita por um processo de revisão previsto na própria vontade do legislador originário.

Mas, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal teria um papel importante na defesa da ordem de valores e dos princípios, possibilitando interpretação das mutações.

A Constituição em constante modificação, além de gerar insegurança jurídica perde a sua "... eficácia social, deixa de ser confiável e, assim, abandona o nobre mister de manter a harmonia do ordenamento como um todo, gerando sua ruína"<sup>26</sup>,

---

<sup>22</sup> BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 108.

<sup>23</sup> BAZÁN, Víctor (Coord.). *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 420.

<sup>24</sup> BADENI, Gregorio. *op.cit.*, p. 109.

<sup>25</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Alterações informais na Constituição*. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXIII, n. 73, p. 199-204, nov. 2003.

<sup>26</sup> SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 37.

sem contar com a debilidade que irá gerar no que tange à sua força normativa, explicando-nos melhor Hesse:

*Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição<sup>27</sup>.*

Por fim, torna-se inarredável a conclusão de que as constantes emendas trazidas à Constituição Federal de 1988, ou seja, as mais de 72 (setenta e duas) em apenas 25 (vinte e cinco) anos de vigência, geraram a debilidade de sua força normativa e transtornos à segurança jurídica. Tudo isso, conseqüências da inaplicabilidade: do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso, da interpretação constitucional e das normas constitucionais.

### 3 CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição varia muito entre os autores, e também existem várias concepções que a definem, segundo o sentido sociológico, político e jurídico. Jorge Miranda<sup>28</sup> refere-se às outras concepções que definem a Constituição, como por exemplo, a jusnaturalista, a historicista, a marxista, dentre outras. Entretanto, no presente trabalho convém trazer a lume os conceitos de Constituição elaborados por alguns juristas.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano<sup>29</sup> descrevem que diversos são os enfoques e diferentes são os sentidos atribuídos à Constituição. No entanto, o mais importante é buscar um conceito jurídico que delimite o seu alcance e explique seu conteúdo. Sendo assim, a definem como sendo:

---

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 4.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 52/53: As concepções *jusnaturalistas* consideram a Constituição como expressão e reconhecimento, de princípios e regras de Direito Natural, sobretudo dos que exigem o respeito dos direitos fundamentais das pessoas; as concepções *historicistas* vislumbram a Constituição como sendo expressão da estrutura histórica de cada povo, levando em conta suas tradições, sua religião; e a concepção *marxista* considera a Constituição como superestrutura jurídica da organização econômica que prevalecem dos instrumentos da ideologia da classe dominante.

<sup>29</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

... a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.

José Afonso da Silva<sup>30</sup> ensina-nos que todas as acepções da palavra "constituição" são analógicas, em razão de exprimirem o modo de ser de alguma coisa. Desse entendimento, pode-se dizer que todo Estado tem uma constituição, que é o seu simples modo de ser. Logo, a constituição do Estado para tal autor seria:

*... um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.*

Já, para Michel Temer<sup>31</sup>, a Constituição "é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época".

Portanto, a Constituição pode ser considerada como sendo um complexo de normas fundantes ou fundamentais que regem o Estado e seus elementos (povo, território e poder soberano), trazendo-lhes segurança jurídica. Tais normas são consideradas fundantes, pois, servem de base para a construção das normas fundadas, ou seja, das normas infraconstitucionais. Essa é uma das razões da Constituição encontrar-se num patamar hierarquicamente superior ao das normas fundadas e ser considerada suprema.

Trazem em seu bojo matérias de alta complexidade, como, os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado, a organização dos Poderes, a defesa do Estado e das instituições democráticas, a tributação e o orçamento, a ordem econômica, financeira, e social.

Pode-se comparar a Constituição a um maestro que deve reger toda a sua orquestra sistematicamente, a fim de que essa última não desafine. Tal correlação da Constituição foi feita como sendo um maestro, porque esse tem como finalidade reger, dirigir a orquestra, que é representada pelo Estado e pela sociedade. Pois bem, caso o maestro não maneje sistematicamente a orquestra, provavelmente ela desafinará. E, essa perda de afinação corresponderá ao não atendimento do bem comum à sociedade e ao Estado e, sobretudo, o desencadeamento da insegurança jurídica.

---

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41/42.

<sup>31</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 17.

Para esta apreciação acadêmica, a Constituição serve para estabelecer os limites jurídicos das leis e de todas as outras espécies normativas, que tem de ser aferidos segundo seus parâmetros, como que as leis penais retroagem para beneficiar e as normas tributárias não podem retroagir.

### 3.1 Classificação da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada levando em conta diversos critérios, pois a doutrina estabelece diferentes critérios, entre os quais a possibilidade de alteração, que existe obedecendo a limitações circunstanciais, temporais e materiais, estas chamadas de “cláusulas pétreas”. As principais classificações:

a) Quanto à origem: em promulgada ou votada, por ser elaborada pelos representantes do povo, mediante a convocação de uma Assembleia Constituinte, como se depreende da leitura do preâmbulo;

b) Quanto à mutabilidade: é rígida, em razão de exigir para a sua mutabilidade um processo legislativo mais minucioso do que o das leis ordinárias, consoante paralelo entre os artigos 60 e 61, 60 e 65, 60 e 47 todos da Constituição Federal;

c) Quanto à forma: em escrita ou dogmática, por se apresentar de forma sistematizada em um único texto, em um único documento escrito;

d) Quanto ao conteúdo: é formal, por não descrever a real maneira de ser das coisas, mas sim como elas devem ser; e dirigente, porque possui normas constitucionais que enunciam diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado, pela sociedade e pela família;

e) Quanto à extensão: em analítica ou prolixa, pois abrange vários aspectos da vida social.

Realizada a classificação acima, se faz necessário para o presente trabalho, tecermos maiores comentários quanto à mutabilidade e ao conteúdo da Constituição Federal de 1988, para posteriormente entendermos os transtornos gerados à segurança jurídica, embora possa ser classificada como Constituição Dirigente, onde há normas programáticas, segundo Gomes Canotilho<sup>32</sup>, que aborda ainda as classificações de compromissária, unitextual e longa. Todavia, para esta apreciação, alguns pontos são de importância, entre os quais a possibilidade de mudança dentro de um processo solene e dificultoso de mudança em relação à legislação ordinária.

---

<sup>32</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.217.

### 3.2 A Rigidez Constitucional

No que tange à mutabilidade da Constituição Federal de 1988, pode-se classificá-la como sendo rígida, vez que para a sua mutabilidade exige-se um processo legislativo mais minucioso do que para as leis ordinárias.

Outros caracteres também devem ser aludidos como primado da rigidez, sendo eles: o dificultoso processo reformador da Constituição, a segurança da estabilidade constitucional e o resguardo dos direitos e garantias fundamentais, a fim de que se mantenham as estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições<sup>33</sup>.

Essa rigidez constitucional, explica Agra<sup>34</sup>:

... se deve à importância do seu texto e parte do postulado de que, quanto maior o tempo de vigência da Constituição, maior será a probabilidade de suas normas alcançarem eficácia. A maior estabilidade das normas é uma decorrência da supremacia do seu texto.

Mas será que atualmente, deve-se concordar com a afirmação de que, quanto maior o tempo de vigência da Constituição, maior será a probabilidade de suas normas alcançarem eficácia?

A Constituição Federal de 1988 já possui 25 (vinte e cinco) anos e, em razão desse lapso temporal, a probabilidade de suas normas alcançarem eficácia será que aumentou? Parece-me que não. Denota-se que a eficácia das normas constitucionais continua engatinhando, muitas vezes em razão da não agilidade dos Poderes e da sociedade.

A preferência pela mutação da Constituição ante a ausência de interpretação e efetividade (eficácia social) das normas constitucionais tem como corolário a insegurança jurídica, vejamos:

*La constitución flexible en su redacción es aquella que puede ser adecuada a las nuevas condiciones y requerimientos sin experimentar modificaciones. De modo que, en rigor, cuanto más acertadamente flexible sea una constitución, más innecesaria y superflua será su reforma<sup>35</sup>. (grifo nosso)*  
*La regularidad operativa de las normas e instituciones de un sistema jurídico es una condición, aunque no la única, de su eficacia. Asimismo, a la inversa, el funcionamiento irregular o el incumplimiento sistemático de las normas, o sea, la falta de eficacia de un ordenamiento jurídico conducen a la quiebra de la seguridad. [...]<sup>36</sup>.*

<sup>33</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Alterações informais na Constituição*. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXIII, n. 73, p. 199-204, nov. 2003.

<sup>34</sup> AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

<sup>35</sup> BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 109.

<sup>36</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. 2. ed. rev. Barcelona: Ariel, 1994, p. 36/37.

Diversas são as causas levadas a se descumprir a Constituição, como, por exemplo, a falta de interesse político. Essa pode decorrer por interesses pessoais, econômicos, por pressões estrangeiras, no mais das vezes toleradas pelos próprios órgãos de controle. Outra causa, seria o descumprimento do princípio da máxima efetividade<sup>37</sup> ou princípio da maior efetividade possível, que teceremos maiores comentários logo abaixo.

Sabe-se que as normas constitucionais devem ser interpretadas, sempre que possível, num sentido que lhe atribua maior eficácia. Tal efetividade traduz-se na preservação da carga material que cada norma possui, devendo a mesma prevalecer, sendo inaceitável sua nulificação, seja total ou parcial<sup>38</sup>.

Nessa ânsia de propiciar a materialização no mundo dos fatos dos ditames constitucionais, acertadamente ensina-nos Barroso<sup>39</sup>:

*[...]. Na interpretação do Direito Constitucional, o grande vetor incorporado em épocas recentes é aquele que aponta para a realização prática das normas constantes da Lei Maior. De fato, partindo da premissa de que um dos principais fatores do fracasso institucional brasileiro tem sido a falta de concretização das regras e princípios constitucionais, a doutrina e a jurisprudência têm dirigido sua atenção para assegurar o seu real cumprimento. Neste processo de valorização da Constituição, a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realidade concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social.*

Percebe-se, então, que dependerá muito dos intérpretes a realização dos valores constitucionais e a efetivação do sistema de direitos fundamentais, através de instrumentos processuais inibidores das omissões do Poder Público, por um lado, e, por outro, ultrapassando o formalismo positivista, ao se introduzir uma consideração de ordem axiológica na tarefa de interpretação da Constituição<sup>40</sup>.

Urge, portanto, fazer com que as normas constitucionais tornem-se mais eficazes, através de sua concretização no seio da sociedade. Ocorre que tal efetivação só se dará a partir do momento em que os intérpretes, sejam eles, pessoas, representantes da sociedade, de instituições, bem como do Estado, deixarem de lado o

---

<sup>37</sup> PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição e ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 90.

<sup>38</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 104/106.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 395/396.

<sup>40</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 63/64.

formalismo positivista, e passarem a interpretar a Constituição dando-lhe uma consideração de ordem axiológica.

Com isso, se procurará, também, alcançar a segurança jurídica, através da aplicação do princípio da maior efetividade possível.

### 3.3 O Dirigismo Constitucional

Neste tópico, serão tecidos alguns comentários sobre a obra de Canotilho<sup>41</sup>, para demonstrar-se o quão se faz necessário a compreensão do que vem a ser uma Constituição Dirigente, para, posteriormente, entendermos o por quê dela trazer segurança jurídica. Uma das características é que existem normas de eficácia limitada na classificação de José Afonso da Silva, que precisam ser complementadas pelas políticas públicas e também com a elaboração das espécies normativas primárias.

A lei fundamental aproxima-se de um plano em que a realidade é assumida como tarefa, visando a transformação do mundo ambiente limitador dos cidadãos. Desse modo, as tarefas econômicas e sociais do Estado correspondem aos novos paradigmas da constituição dirigente.

Dentro da riqueza das formas constitucionais, qual delas oferece melhor aptidão para assegurar a normatividade da Constituição? Qualquer que seja a opção concreta, o problema se reconduz à concretização das normas constitucionais dirigentes. As imposições constitucionais terão problemas com a sua efetivação legislativa, com o que hoje se designa de reserva do possível. É que a efetivação dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjetivos insusceptíveis de serem derivados normativamente da Constituição como direitos imediatamente realizáveis, correndo-se o risco de transformá-los em “cláusulas vazias”.

Do conjunto normativo-constitucional deduz-se que a concretização das imposições constitucionais não é só uma tarefa de legislação, mas também de direção política. Radica-se a necessidade de substituir a expressão imposições legiferantes por imposições constitucionais, perspectivando o problema da concretização destas como um problema de direção política. Assim, a execução-atualização dos preceitos constitucionais dirigentes não depende apenas de um ato de legislação, mas sim de um processo complexo de regulação, que exige a participação ativa de vários órgãos constitucionais.

As imposições constitucionais, no plano jurídico, constituem um processo e não um ato; é uma sequência de atualização; já no plano político, as imposições constitucionais consubstanciam-se em uma luta democrática quotidianamente

---

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 163-193 passim, 480.

renovada a fim de realizar os fins e as tarefas constitucionais.

Já as imposições legiferantes nos conduz a consequências inaceitáveis, como as da Constituição como simples instrumento de governo ou das normas programáticas como “compromissos dilatórios”.

Interessa-nos, ainda, neste tópico, trazer à tona a obra "Canotilho e a Constituição Dirigente"<sup>42</sup>, que é resultado das "Jornadas sobre a Constituição dirigente em Canotilho" realizada em Curitiba-PR, sob a organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na qual vários docentes reunidos debatiam com José Joaquim Gomes Canotilho, o prefácio da segunda edição do seu livro *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Sendo assim, para o presente trabalho, foi feito um apanhado geral dessa obra, que seguirá abaixo.

A Constituição Dirigente engloba o bloco de normas constitucionais que definem fins e tarefas do Estado, estabelecem diretivas e estatuem imposições. A Constituição do Brasil não é mero "instrumento de governo", enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. A Constituição dirigente sujeita a política à fundamentação constitucional.

A Constituição do Brasil é, e tem sido, dirigente e vincula o legislador. Tal vinculação se faz necessária. Atualmente questiona-se a firme manutenção dos princípios, torná-los operacionais, e continuar a considerá-los diretivos de qualquer comunidade inclusiva, pois, ou são princípios materiais, ou não são nada.

Lenio Luiz Streck<sup>43</sup> pergunta o que é a Constituição brasileira? O que é isto, a Constituição? A Constituição é uma espécie de negativo da fotografia da Sociedade: as promessas de modernidade só estão consubstanciadas no seu texto porque até hoje não foram concretizadas. A Constituição deve ser entendida como existencial, como manifestação da própria condição existencial do ser humano. Compreendemos a Constituição como "o novo" em terra brasilis? Esse novo consiste no resgate das promessas de modernidade, a partir de uma perspectiva dirigente-compromissária. Assim, a Constituição constitui-a-ação do Estado.

Canotilho posicionou-se sobre a Constituição Dirigente, segundo Fernando Facury Scaff<sup>44</sup>, no sentido de que o dirigismo está sempre presente, vivo, o que nele não mais existe é sua dimensão revolucionária. Outro aspecto a ser observado refere-se às normas presentes na Constituição. Elas vinculam o legislador, fazendo com que os princípios econômicos, sociais e culturais sejam implementados.

---

<sup>42</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14-130 passim.

<sup>43</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83/84.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 89.

Dimas Salustiano da Silva<sup>45</sup>, discorre que a Constituição brasileira foi generosa com os direitos econômicos, sociais e culturais, só que quer ver os mesmos concretizados na Constituição. Descreve, ainda, que outros operadores do Direito, em especial aqueles que detêm o poder, desejam que outros aspectos da Constituição sejam concretizados, como por exemplo, a ordem tributária e a Constituição econômica. Só que nosso interesse é outro, é a concretização dos direitos e garantias fundamentais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais.

E, continua dizendo que a base conceitual da Constituição dirigente, para nós brasileiros, é extremamente importante, porque ela se mostra adequada à realidade brasileira, sendo um espelho invertido da realidade, colocando-se claramente em posição de compromisso com o processo civilizatório nacional. A Constituição dirigente abre janelas para ganhar força e aplicabilidade na realidade concreta, com força normativa no mundo vivido.

O próprio Canotilho afirma que os esquemas de racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos sociais (saúde, segurança social, ensino) são o exemplo típico que a constituição social que precisa de novos arrimos jurídico-dogmáticos<sup>46</sup>.

Antônio José Avelãs Nunes<sup>47</sup> descreve que se deve valorizar a Constituição, interpretando-a consoante os valores e objetivos mais profundos que ela incorpora e veicula, no sentido de fazê-la respeitar como instrumento jurídico vinculante do Estado brasileiro, dos cidadãos e de todas as entidades jurídicas, criando, destarte, uma consciência jurídica nacional de um estado constitucionalmente vinculado.

Por isso, complementamos com os dizeres de Eros Roberto Grau<sup>48</sup> no sentido de que o juiz, o intérprete autêntico, deve, ao interpretar/aplicar a Constituição, ir além, ou seja, atingir também os fatos. Jamais se deve interpretar a Constituição isolando-a dos fatos sobre os quais irá aplicá-la. Quando se toma a Constituição de 1988 ante os fatos da realidade social atual, ela já não é mais a Constituição de 1988, mas sim a de hoje. O juiz não deve interpretar apenas os textos, mas os textos-e-os-fatos, transformando-os em normas.

Menelick de Carvalho Netto<sup>49</sup> enfatiza o resgate do constitucionalismo como conquista civilizatória universal, ou seja, o limite ao poder e garantia dos governados contra os governantes. A Constituição não pode mais ser vista como mera regra geral, abstrata e estática; mas, deve-se enxergar os direitos fundamentais e todo o constitucionalismo como a afirmação e a exigência de efetivação de princípios vivos. Todo o Direito, sobretudo o constitucional, deve realizar como dizia Dworkin, a

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 96.

<sup>46</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.a edição portuguesa, p. 261.

<sup>47</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117/118.

<sup>48</sup> Ibid., p. 99.

<sup>49</sup> Ibid., p.128.

integralidade do Direito, ou seja, a idealidade de que somos uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, que vivem sob a égide de leis regedoras da vida concreta.

Noutro compêndio, fala-se em uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como sendo uma teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos, visando construir condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, que colocam em xeque o Estado Democrático de Direito. Essa Teoria implica numa interligação com uma teoria do Estado, visando a construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade<sup>50</sup>.

Há que se deixar firmado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado; e que a Constituição deve constituir a ação do Estado, mormente porque no Brasil, nunca constituiu. Na Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas de modernidade, que deve ser resgatado. Ocorre que, no Brasil, formou-se um silêncio eloquente sobre o significado da Constituição, naquilo que têm de norma diretiva fundamental. E, sob o manto de uma baixa constitucionalidade, muito pior que o silêncio é não prestarmos atenção a ele<sup>51</sup>.

É preciso colocar as Constituições democráticas do século XX, sobre outro aspecto, diz Maurizio Fioravanti referido por Streck<sup>52</sup>:

[...] qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a idéia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.

Por derradeiro, ante as exposições acima exaradas, conclui-se que a Constituição brasileira de 1988 é dirigente, porque possui normas constitucionais que enunciam diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Sendo assim, autorizamos a abertura de suas portas para ganhar força e aplicabilidade na realidade concreta, ou seja, no mundo fático. E, com isso, a Constituição brasileira resgata as promessas de modernidade nela inseridas, tornando juridicamente eficazes suas normas e, conseqüentemente, trazendo segurança jurídica, bem como o desenvolvimento de sua força normativa.

---

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica; uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 135.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 144/145.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 101.

## 4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, como dito outrora, engloba o bloco de normas constitucionais que enunciam diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado, pela família e pela sociedade. Portanto, estamos definindo-a não como uma Constituição-garantia que: "... é um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos..."<sup>53</sup>, mas sim como uma Constituição dirigente.

Sabe-se que a Constituição dirigente visa definir, por intermédio de suas normas, os fins e as tarefas do Estado e da sociedade. Sendo assim, precisamos saber o que vêm a ser fins e tarefas incumbidas ao Estado e a sociedade.

Os fins referem-se aos objetivos que os Poderes Públicos se propõem a realizar; e as tarefas geralmente aparecem caracterizadas por um elemento específico, qual seja, o dever jurídico<sup>54</sup>.

Destarte, observa-se que, num Estado de Direito moderno a função do Direito é positiva, impondo o dever de assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural<sup>55</sup>.

Quanto a esse dever positivo, ensina-nos María Cristina Serrano<sup>56</sup>:

*[...] los derechos que la Constitución reconoce u otorga son la cobertura jurídica de diferentes valores, que deben hacerse vida en nuestra comunidad, el estado no debe ni puede limitarse a respetarlos, sino que frente a ellos está obligado a realizar prestaciones positivas de dar y de hacer a favor de sus titulares o sujetos activos, buscando así promoverlos en forma permanente. ...*

Dizer que os direitos fundamentais que levam o ser humano a ter uma vida digna são impossíveis, assinala Bidart Campos<sup>57</sup>:

*Nos angustia que los derechos se violen. Pero igualmente angustioso es que sean de disfrute imposible. Por eso, está bien el o respeto y la defensa de los derechos, pero además se requiere ineludiblemente su promoción, y una forma de promoverlos es hacerlos posibles, es intervenir enérgicamente para que su goce no quede excluido, o perdido, o destruido.*

Urge, então, materializar as tarefas e os fins impostos pela Constituição, pois sabemos que essa, por si só, não realiza nada, por isso que ela pode impor tarefas. Só

---

<sup>53</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.36, n. 142, p. 37, abr./jun. 1999.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 286.

<sup>55</sup> BERCOVICI, Gilberto. op.cit. p. 37.

<sup>56</sup> BAZÁN, Víctor (Coord.). *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 252/253.

<sup>57</sup> CAMPOS, Germán José Bidart. *La re-creación del liberalismo. Política y Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 145.

que a Constituição apenas se transformará em força ativa, se essas tarefas forem efetivamente realizadas. A conversão dessa força ativa só se fará presente, quando, a vontade de poder e a vontade da Constituição estiverem concomitantes<sup>58</sup>. Estas são as supremas exigências constitucionais de toda sociedade pluralista quer ser e se preservar como tal.

Essa vontade da Constituição origina-se de três vertentes diversas: a de que a ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana; a ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade; e essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, não se encontra abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis, uma vez que todos nós estamos convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas<sup>59</sup>.

É o que Canotilho<sup>60</sup> nível essencial das prestações, começando pela realização referente a um direito social que consubstancia um autêntico direito individual irrestringível fundado nas normas constitucionais. A constitucionalização constitui uma determinação à autonomia normativa e administrativa. Esse mesmo nível essencial deve determinar e condicionar as políticas econômicas e financeiras.

As tarefas impostas pela Constituição dependerão, portanto, de atos de vontade, mas com prestações condicionadas. Se não houver concurso da vontade humana proveniente da família, da sociedade e do Estado (através de seus representantes) em efetivá-la, ao invés de reformá-la, a ordem constitucional não será eficaz e não trará segurança jurídica. Pois, é mediante os atos de vontade que a ordem constitucional se mantém vigente e segura, até porque, se assim não o for, embora permaneça vigente, será ineficaz. Por fim, é a partir desses atos de vontade, que passamos a dar direção, conformação à vida do Estado, e, sobretudo, segurança jurídica à sociedade. Em suma, tais atos irão fazer a "vontade da Constituição" dando-lhe força ativa, concomitantemente com a vontade de poder.

Além disso, os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa, referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à praxis constitucional<sup>61</sup>.

Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder ao presente, haverá de ser mais seguro o desenvolvimento de sua força normativa. Ela deve limitar-se pelo estabelecimento dos princípios fundamentais, e, para que a Constituição preserve a força normativa dos seus princípios, deve incorporar parte da

---

<sup>58</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

<sup>59</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19/20.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 20.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 20.

estrutura contrária, qual seja, a de que os direitos fundamentais não podem existir sem deveres<sup>62</sup>.

Não se pode olvidar que o conteúdo da Constituição de 1988 corresponde ao presente, até porque, sendo ela dirigente, almeja um papel conformador do porvir, e o porvir, comparado à data de sua promulgação (05 de outubro de 1988), é agora, hoje, e não daqui a dois ou três anos, sendo assim, no mais das vezes, não necessitará de reformas e o desenvolvimento de sua força normativa se transformará em segurança jurídica.

Dessa forma, sendo a Constituição a Lei Máxima de um Estado, todos lhe devem obediência, seja através do Legislativo, Executivo e Judiciário, por intermédio de seus órgãos e agentes, seja por todos os membros da sociedade. E o Estado como têm o dever jurídico de realizar o conjunto de normas impostas pela Lei Máxima, encontra-se investido da obrigação de satisfazê-las, dadas finalidades em prol do interesse coletivo<sup>63</sup>, ou seja, em prol da segurança jurídica.

Outro pressuposto que permite à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa, refere-se à práxis constitucional. Como dizia Walter Burckhardt<sup>64</sup> mencionado por Hesse, a vontade da Constituição deve ser honestamente preservada, e quem se mostrar disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional.

Outrossim, precisamos trazer a norma constitucional para a realidade, fazendo com que a situação por ela regulada seja concretizada. Disso, resulta a conclusão de que a radical separação entre realidade e norma, isto é, entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), não leva a qualquer avanço<sup>65</sup> e só gera insegurança jurídica.

Ocorre que, o mundo do ser e o do dever ser:

*... caminham divorciados, sem se permearem, sem se vivificarem reciprocamente. De um lado, o universo normativo constitucional, prenhe de direitos fundamentais, de princípios generosos e grandiosos, de programas igualmente magnânimos, humanitários e plenos de benesses sociais. De outro, o mundo das concretitudes, eivado de atentados de toda sorte à Lei das Leis, quer por meio de golpes desencapuchados que cinicamente a deitam por terra, quer por meio de inconstitucionalidades praticadas a varejo e à sorrelfa, autênticos pecadilhos que minam e corroem o edifício constitucional<sup>66</sup>.*

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 20/21.

<sup>63</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 31, 1981.

<sup>64</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.

<sup>65</sup> Ibid., p. 14.

<sup>66</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 388.

Essa tensão imanente entre realidade e norma, isto é, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional<sup>67</sup> precisa ser eliminada de alguma forma, senão a força normativa da Constituição e a segurança jurídica não se consumarão.

Far-se-á necessário darmos uma interpretação evolutiva da Constituição que segundo André Ramos Tavares<sup>68</sup> é adequada no caso do Brasil, pois contempla em si finalidades distintas.

Para Gustavo Zagrebelsky, consiste "na operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta"<sup>69</sup>. O próprio Zagrebelsky na obra "El derecho dúctil"<sup>70</sup> revela que a coexistência de valores e princípios, sobre a que hoje deve basear-se necessariamente a Constituição para não renunciar os seus compromissos de unidade e integração e ao mesmo tempo fazer-se compatível com sua base material pluralista, exige que cada um dos valores e princípios sejam assumidos em caráter absoluto, mas compatíveis uns com os outros para que possam conviver.

Só que a interpretação da Constituição não pode ficar entregue ao Poder Judiciário como questão reclusa, a ser resolvida dentro dos gabinetes e das salas de juízes e Tribunais. É preciso que a sociedade acompanhe tal atividade e comprometa-se com a realidade constitucional, e o Judiciário faça de si o seu grande intérprete ao vocalizar a vontade da Lei Maior<sup>71</sup>.

Estando o Judiciário no quadro dos Poderes do Estado, sua atuação torna-se mais intensa em razão do importante fundamento à multiplicação principiológica na Constituição e nas leis. Por isso, a extensão e a profundidade da exegese judicial passa a se ampliar em razão da maior flexibilidade dada pelos princípios ao raciocínio jurídico<sup>72</sup>, em especial, pelo princípio da maior efetividade possível.

Hodiernamente, se não houver a concretização da Constituição, enquanto mecanismo de orientação da sociedade deixará esta de funcionar como documento legitimador do Estado. E, se as responsabilidades e respostas sempre forem transferidas para o futuro, a falta de concretização constitucional ampliar-se-á e o grau de desconfiança e descrédito no Estado intensificar-se-á<sup>73</sup>.

Contudo, as normas constitucionais precisam ganhar força e aplicabilidade na realidade concreta, que muitas vezes independem de reformas ensejadas por

---

<sup>67</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 78.

<sup>69</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*, 1998, v. 1, p.83.

<sup>70</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 14.

<sup>71</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 389.

<sup>72</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 30.

<sup>73</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 158-162.

interesses políticos ou até mesmo pessoais dos governantes, para que se efetivem. Uma das crises pelas quais passa o Estado, segundo Luigi Ferrajoli<sup>74</sup> é da mesma capacidade regulativa do direito, devido a elevada complexidade das sociedades contemporâneas. A multiplicidade das funções exigidas do Estado social, há uma inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas para atender questões sociais, tecnológicas e econômicas.

Assim, a radical separação entre realidade e norma, isto é, entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*) deixa de se perpetrar, e a Constituição brasileira acaba por resgatar as promessas de modernidade nela inseridas, tornando juridicamente eficazes suas normas, e conseqüentemente, assegura o desenvolvimento de sua força normativa, bem como a segurança jurídica à sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

É cediço que as constantes emendas trazidas à Constituição Federal de 1988, ou seja, as mais de 72 (setenta e duas) em apenas 24 (vinte e quatro) anos de vigência, geraram a debilidade de sua força normativa e transtornos à segurança jurídica. Importante ressaltar que a criação política se faz a partir apenas da vontade dos deputados e senadores, ou seja, uma expansão extremamente generosa, mas com base apenas nos desejos. Muitas vezes esses desejos que deveriam levar em conta a Lei Maior, buscam apenas as questões sociais e pessoais, que podem não estar em sintonia com as concepções do poder originário.

Com isto, as normas constitucionais deixam de alcançar uma maior eficácia jurídica e efetividade, necessitando, destarte, que os intérpretes da Constituição, sejam eles, pessoas, representantes da sociedade, de instituições, bem como do Estado, deixem de lado o formalismo positivista, e passem a interpretar a Constituição dando-lhe uma consideração de ordem axiológica. Assim, estes intérpretes, através de atos de vontade, perpetraram as tarefas impostas pela Constituição. E, se estes atos de vontade não advierem, a ordem constitucional não será eficaz e não trará segurança jurídica. Portanto, o primeiro problema da crise em que se encontra o sistema de garantias é do valor vinculante da Lei Maior, que precisa ser conhecido por parte dos titulares do processo legislativo.

O poder constituinte é um processo histórico, que é limitado, mas temporalmente aberto à interpretação e a reforma. O espírito constituinte é radical, sendo que a revolução é o motor do poder constituinte do Estado Democrático e Social de Direito. Nas mudanças podem ocorrer contradições, mas o conjunto de limites e

---

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantias – La Ley del más débil*, Madrid,, 2009, p.17.

proibições impostas de forma certa, geral e abstrata não consegue coibir uma inflação legislativa.

A mutação constitucional deve preservar uma categoria central dogmática jurídico-constitucional, um núcleo essencial que pode ou não estar nas "cláusulas pétreas" de direitos, liberdades e garantias. Trata-se de reconhecer que determinar a essência de um direito estipulado pelo Poder Constituinte não é uma tarefa fácil, sobretudo quando o Poder Legislativo sofre pressões das mudanças.

Urge-se, portanto, realizar mutabilidades informais na Constituição e não mutabilidades formais, que no mais das vezes geram deformações maliciosas, subversões traumatizantes e a tão indesejada insegurança jurídica.

Entrementes, não é alterando frequentemente o texto constitucional que o Estado Democrático de Direito se mantém seguro e eficaz, mas, sim, a partir desses atos de vontade, que passamos a dar direção, conformação à vida do Estado, e, sobretudo, segurança jurídica à sociedade. Por fim, tais atos irão fazer a "vontade da Constituição" concomitantemente com a vontade de poder, dando-lhe força ativa, em prol da tão almejada segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAZÁN, Víctor (Coord.). *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.36, n. 142, p. 37, abr./jun. 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Alterações informais na Constituição*. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXIII, n. 73, p. 199-204, nov. 2003.
- CAMPOS, Gérman José Bidart. *La re-creación del liberalismo. Política y Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 4 ed. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.a edição portuguesa, Coimbra: Coimbra Editores, 2008.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías – La Ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAHÓS, André. Remendos sem fim. Revista Exame. São Paulo: Abril, 2004, 13 de outubro. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0828/noticias/remendos-sem-fim-m0041256>>. Acesso em 27 mai.2013.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. 2. ed. rev. Barcelona: Ariel, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 31, 1981.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 4.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*, Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2002.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. *Constituição e ineficácia social*. Curitiba: Juruá, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

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

SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei n. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica; uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita <in> Nos dez anos da Constituição* (Jorge Miranda, organizador), Lisboa: Almedina, 1986.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*, 1. Ed. (1988). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998, v. 1.

\_\_\_\_\_. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*, Torino: Trotta, 7 ed., 2007.

## ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Isabela Quissi MARTINES<sup>1</sup>  
Edson Freitas de Oliveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** No Brasil, os empregados gozavam de estabilidade definitiva até a criação do sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que, a princípio, coexistia com o sistema de estabilidade, mas logo o substituiu. Hoje, restam as chamadas estabilidades provisórias, como a estabilidade da gestante. Esta, como tantos outros institutos do Direito do Trabalho, é regulamentada em muito pela jurisprudência, em especial pela Súmula 244, TST, com alteração polêmica que estendeu a estabilidade às empregadas contratadas por prazo determinado. Ademais, recentemente, o legislador incluiu o Artigo 391-A à CLT, que regulamenta a estabilidade da gestante que tem a confirmação da gravidez durante o aviso prévio, pautado no entendimento do TST.

**Palavras-chave:** Estabilidade decenal. FGTS. Estabilidade Provisória. Estabilidade da gestante. Contrato por prazo determinado.

**ABSTRACT:** In Brazil, employees enjoyed definitive stability until the creation of the Guarantee Fund for Time of Service system that, in principle, coexisted with the stability system, but soon replaced him. Today, the calls remain provisional stabilities, the stability of the pregnant woman. This, like many other institutions of labor law, is regulated in much the case law, in particular by Precedent 244 TST with controversial amendment that extended stability to employees hired for a specific period. Moreover, recently, the legislature included Article 391-A of the Labor Code, which regulates the stability of the pregnant woman who has the confirmation of pregnancy during the notice, based on understanding of TST.

**Keywords:** Decadal stability. FGTS. Provisional stability. Stability of the pregnant woman. Fixed term contract.

### 1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de estabilidade, o Brasil adotava inicialmente a chamada decenal ou definitiva, pela qual, de forma geral, os empregados que completassem 10 (dez) anos na mesma empresa não poderiam ser dispensados, salvo por justa causa.

No entanto, com o passar do tempo e durante o regime militar, a estabilidade decenal foi sendo substituída pelo sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço até sucumbir.

Hoje, restam as denominadas estabilidades provisórias que, como a própria terminação já induz, impede que o empregado seja dispensado sem justa causa por determinado período de tempo e em razão de uma condição especial.

---

<sup>1</sup> A autora é advogada, orientadora jurídica pelo Município de Presidente Venceslau, bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Cursa o primeiro termo do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela mesma instituição.

<sup>2</sup> Docente e coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo".

Dentre as estabilidades provisórias, analisar-se-á a estabilidade da gestante, apresentando-se a evolução e mais recentes entendimentos dos magistrados trabalhistas, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, com a modificação da Súmula 244 para estender a estabilidade às empregadas contratadas por prazo determinado, e na legislação, com o acréscimo do Artigo 391-A, Consolidação das Leis do Trabalho, que estendeu a estabilidade para as empregadas que tem a confirmação da gravidez no curso do aviso prévio.

Para tanto, no presente trabalho valeu-se do método dedutivo, auxiliado pelo método histórico e comparativo, primeiramente, fazendo-se um apanhado geral sobre a estabilidade decenal até a criação do sistema FGTS, bem como, explanando sobre a estabilidade provisória de forma genérica.

Após, ingressa-se no tema central, analisando-se a estabilidade provisória da gestante, seus fundamentos, previsão legal e construção jurisprudencial, tudo permeado de trechos pertinentes da doutrina e, principalmente, de decisões relevantes da justiça trabalhista.

Buscou-se demonstrar a evolução das diretrizes jurisprudenciais no que diz respeito à estabilidade da gestante, apresentando-se a ampliação desta garantia baseada nos seus fundamentos, quais sejam, proteção da mãe trabalhadora e do nascituro.

## **2 DA ESTABILIDADE DEFINITIVA AO FGTS**

A estabilidade definitiva não mais existe em nosso ordenamento jurídico e é assim denominada porque o empregado que preenchesse os requisitos legais a adquiria e não mais poderia ser dispensado sem justa causa.

Em geral, o requisito para tornar-se um empregado estável era permanecer durante 10 (dez) anos na mesma empresa, por isso, tal estabilidade também ficou conhecida como decenal.

Ademais, após evolução legislativa, a estabilidade decenal passou a ser direito de todos os empregados, logo a chamam de estabilidade geral.

A doutrina é uníssona em afirmar que a estabilidade definitiva ingressou no ordenamento jurídico pátrio através do serviço público.

Em esfera privada, historicamente, aponta-se como a primeira norma brasileira que tratou sobre o assunto o Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923, denominada Lei Eloy Chaves.

O contexto histórico para a criação dessa norma é elucidado com propriedade por Sérgio Pinto Martins (2007, p. 395). *In verbis*:

Eloy Chaves era deputado federal, representante eleito pela categoria dos ferroviários. As ferrovias eram poucas, mas poderosas. Tinham grande número de empregados. Os empregados mais velhos ficavam sujeitos a doenças e a dispensas em primeiro lugar que os outros empregados. Teriam de estar amparados, assim, pela Previdência Social. Para isso, estabeleceu-se uma forma de dificultar as dispensas, isto é, a estabilidade.

A citada Lei garantia que os ferroviários com 10 (dez) anos de serviço em uma mesma empresa somente poderiam ser dispensados por falta grave, após Inquérito Administrativo presidido por engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

Posteriormente, a estabilidade foi estendida a outras categorias de trabalhadores. Cite-se a Lei nº 5.109/1926 que estendeu aos empregados de empresas de navegação marítima ou fluvial, o Decreto nº 17.940/1927 aos portuários, o Decreto nº 20.465/1930 aos trabalhadores de empresas de transporte urbano, energia elétrica, telefone, telégrafos, água e esgoto, o Decreto nº 22.096/1932 aos mineiros, o Decreto nº 24.615/1934 aos bancários, e assim por diante.

Importante destacar que, a princípio, as normas que garantiam estabilidade decorreram de interesses em arrecadação previdenciária. Assim, se o trabalhador estivesse empregado, conseqüentemente seu empregador estaria contribuindo para a Previdência.

Tanto é que, a primeira lei que garantiu estabilidade aos ferroviários (Lei Eloy Chaves) tem natureza previdenciária e somente o artigo 42 veio a tratar do instituto estudado.

Em 1935, a Lei nº 62 generalizou a estabilidade, como explica o douto Amauri Mascaro Nascimento: “O seu desenvolvimento (da estabilidade) é marcado pela generalização da garantia que lhe foi dada pela Lei n. 62, de 1935, aplicável a industriários e comerciários, portanto ao grande contingente trabalhista da época”.

Assim dispunha o Artigo 10 da referida lei:

Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos da lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do artigo 5º.

Percebe-se que, inicialmente, a estabilidade prevista em lei era a chamada definitiva, ou seja, uma vez que o empregado atendesse ao requisito temporal, em geral 10 (dez) anos (por isso nomeada decenal), a estabilidade estendia-se por toda relação empregatícia.

A estabilidade definitiva seguiu por muito tempo, sendo a Constituição de 1937 a primeira a mencioná-la e, mais tarde, a Magna Carta de 1946 permaneceu garantindo a estabilidade com indenização no caso de despedida.

Já em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a disciplinar a estabilidade nos Artigos 492 a 500. Todos os empregados foram abrangidos pela estabilidade definitiva, dispondo-se que, após 10 (dez) anos de trabalho em mesmo estabelecimento, o empregado não poderia ser dispensado se não por falta grave, apurada por inquérito judicial.

Note-se que o empregado se tornava, na prática, o ocupante definitivo do cargo na empresa. A visão da época era que o trabalhador ingressasse no estabelecimento e lá permanecesse até a aposentadoria.

Neste contexto, começaram a surgir posicionamentos contra a estabilidade definitiva. Com propriedade, José Augusto Rodrigues Pinto (1997, p. 458) apresenta o contexto histórico:

O movimento político-militar de 1964, acossado pelo duplo problema da resistência do capital estrangeiro em investimentos empresariais no Brasil, sob a sombra do modelo de proteção ao emprego, então vigente, e da crise habitacional popular desenvolvida no ventre da política de congelamento de aluguéis inaugurada com a Lei n. 1.300, de 28.12.50, resolveu alterar o sistema protetor do emprego.

Desta feita, em razão dos problemas econômicos enfrentados no início da ditadura militar, o desejo do governo federal era eliminar a estabilidade definitiva e substituí-la pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

No entanto, devido à forte pressão social da época, principalmente de operários e intelectuais, não houve a extinção total do regime até então adotado. A tentativa foi de que regimes do FGTS e estabilidade coexistissem.

Neste contexto, foi criada a Lei nº 5.017, de 16 de setembro de 1966 que tentou conciliar os dois regimes, dando ao empregado o direito de optar entre a estabilidade e o FGTS, ou, nas palavras de Rodrigues Pinto (p. 459), “optar entre a proteção de emprego e do tempo de serviço e a proteção só do tempo de serviço”.

Segundo entendimento, mais uma vez, de Rodrigues Pinto (1997, p. 459), a primeira lei que tratou do FGTS era inconstitucional, haja vista que a Magna Carta de 1946 garantia a estabilidade do emprego e não previa sistema alternativo.

Em verdade, após a criação da citada norma, a estabilidade definitiva ou decenal, foi perecendo. Isto porque, a pressão patronal era grande para que os empregados optassem pelo regime do FGTS.

As Constituições seguintes, de 1967 e 1969, recepcionaram a Lei nº 5.017/66 e a dualidade de sistemas perdurou até a promulgação da Constituição cidadã de 1988.

A partir da Magna Carta de 1988, o único sistema vigente é o do FGTS, previsto no artigo 7º, inciso III. Todavia, a Lei nº 7.839/1989 ressaltou o direito daqueles que já gozavam da estabilidade decenal.

Atualmente, a Lei nº 8.036/1990 regulamenta o FGTS e prevê a multa de 40% sobre os valores depositados para o empregado dispensado sem justa causa.

Em relação à estabilidade, apesar da modalidade decenal ter sido eliminada para novos contratos de trabalho com o advento da atual Constituição, permaneceram as chamadas estabilidades provisórias, dentre elas a da gestante.

O que era generalizado, ou seja, atingia a todos os trabalhadores, chamada estabilidade geral, passou a ser especial. Assim, a estabilidade é temporária e se fundamenta “em causas especiais que as motivam e somente persistem enquanto existirem referidas causas” (ROMAR, 2013, p. 499).

### **3 ESTABILIDADE PROVISÓRIA: DENOMINAÇÃO, CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO**

A doutrina nos traz muitas denominações para o termo estabilidade, diferenciando-se o que é estabilidade do emprego com estabilidade no emprego e, ainda, de garantia de emprego.

Valendo-se das palavras do notório Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 675):

Há duas acepções da palavra estabilidade. Primeira, a de estabilidade *do* emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade. [...] É a estabilidade no sentido econômico. Segunda, a de estabilidade *no* emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico.

Assim, quando nos referirmos à estabilidade provisória garantida às gestantes, trata-se de estabilidade no emprego, no sentido jurídico do termo.

Alguns doutrinadores diferenciam, ainda, a estabilidade da garantia de emprego. É o caso de Sérgio Pinto Martins (2007, p. 397), apontando que “garantia de emprego é o gênero que compreendem medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço”.

Cita o autor, como formas de garantia de emprego, entre outros, o Artigo 93, da Lei 8.213/91, que estabelece a obrigação de empresas com mais de 100 empregados contratarem de 2 a 5% de pessoas com deficiência.

O mesmo douto nomeia a estabilidade provisória como garantia de emprego, afirmando que a verdadeira estabilidade é a decenal, que já não tem previsão, haja vista que, sendo estabilidade, não poderia ser provisória (2007, p. 407).

Todavia, convencionou-se denominar as estabilidades hoje garantidas como provisórias e não como garantia de emprego. Por isso, assim a chamaremos neste trabalho.

Uma vez que já diferenciadas a estabilidade provisória da estabilidade definitiva ou decenal e a estabilidade especial da provisória no tópico supra, passemos a conceituar a estabilidade provisória.

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexistam causas objetivas a determinar sua despedida. Tem assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário (MARTINS, 2007, p. p. 397-398).

Desta feita, a estabilidade, no sentido jurídico, é o direito que o empregado tem de se manter no emprego contra a vontade do empregador. Hoje, é especial porque depende de uma condição específica para existir, no caso estudado, a mulher ser gestante. É provisória, pois perdura somente por um período que a lei determinar. É, ainda, relativa, pois o empregado pode ser dispensado pelas causas legais, pela dispensa por justa causa.

Rodrigues Pinto (p. 468) traz a natureza jurídica, “*pelo lado do empregador, a perda ou a limitação do direito potestativo de rescisão unilateral do contrato individual de emprego, conforme se manifeste em sua forma absoluta ou relativa*”.

Desta feita, o empregado estável não pode ser dispensado e, se isso ocorrer tem direito à reintegração ao cargo ou, ainda, indenização correspondente, conforme veremos no caso da gestante.

Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 682), aponta para duas teorias a respeito da estabilidade no emprego. A primeira, francesa, afirma que o emprego é propriedade do empregado.

A segunda, e mais correta, pauta-se no princípio da continuidade da relação, afirmando-se que o emprego deve ser mantido em razão da natureza alimentar dos salários para a proteção do trabalhador e suas famílias.

Atualmente, como no Brasil não há mais estabilidade definitiva e generalizada, cada espécie de estabilidade provisória tem seus fundamentos próprios.

Ressalte-se que existe uma tendência internacional (Convenção n. 158, 1982, da OIT) de que seja vedada qualquer tipo de dispensa imotivada ou arbitrária do

emprego, conforme ensina Süsseskind (2002, vol. 01, p. 683), o que extinguiria a nossa dispensa sem justa causa. Mas, isso é tema de um trabalho específico.

## **4 ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE**

### **4. 1 Fundamentos**

Ao explanar sobre as medidas protetivas da maternidade, Süsseskind (2002, vol. 02, p. p. 973 e 974), argui que o objetivo das normas, entre elas a da estabilidade da gestante, é a proteção da mãe-trabalhadora. Assim explica: “Essa proteção à trabalhadora, especialmente quanto ao aspecto de que estamos tratando (maternidade), visa a conservar em toda integridade as forças vitais da operária, de modo a que ela possa cumprir normalmente sua função de mãe”.

Justifica o citado autor tal posição alegando que, nas normas internacionais, há sempre a referência à mãe-trabalhadora.

Sérgio Pinto Martins (2007, p. 413), por sua vez, afirma que a estabilidade da gestante está relacionada à proteção do nascituro e não da mulher. Veja-se:

A gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou incapaz. Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso temporal. A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.

Correto seria se mesclar os dois entendimentos. É claro que há proteção ao nascituro, já que, por óbvio, se a mãe não tem um emprego, seu sustento é prejudicado e desenvolvimento por consequência.

No entanto, não deixa de ser uma proteção da mãe-trabalhadora. Ora, tutela o direito da mulher de ter seus filhos, poder planejar sua família sem ter que ser vítima da dispensa arbitrária do empregador.

Não há que se dizer que a proteção à gestante é porque a gravidez é doença, mas sim em decorrência do modelo capitalista em que vivemos, onde o patrão não quer manter uma empregada que ficará sem trabalhar por um período longo.

### **4.2 Previsão Legal**

Existem diversos dispositivos pelo ordenamento jurídico brasileiro que importam na proteção da mulher no trabalho, sendo que muitos deles relacionam-se à mulher gestante.

Internacionalmente, como cita Amauri Mascaro Nascimento (2003, p. 863), a proteção à maternidade já é prevista desde a Convenção n. 3, de 1919, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 423, de 12.11.1935.

Pinto Martins (2007, p. 413), cita a Convenção n. 103, da OIT, de 1952, aprovada em nosso país pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30.04.1965, “que estabelece proibição da dispensa da empregada durante a licença – maternidade e seu prolongamento”.

No atual cenário jurídico brasileiro, a estabilidade provisória da gestante, que, conforme cita Mascaro Nascimento (2003, p. 864), era restrita às Convenções Coletivas, ganhou *status* constitucional a partir da Magna Carta de 1988.

Assim dispõe o Artigo 10, inciso II, alínea “b”, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 10. [...]

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) [...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Todas as empregadas têm direito à estabilidade da gestante, as urbanas, as rurais e as domésticas, conforme afirma Carla T. M. Romar (p. 506).

Desta feita, a empregada grávida não pode ser dispensada pelo empregador sem justa causa no período da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Não há necessidade, como nos casos de outros estáveis temporários (como o dirigente sindical), de instauração de inquérito judicial para apuração da falta grave da empregada gestante, prevista no Artigo 494, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, basta que a empregada tenha cometido quaisquer das faltas previstas no Artigo 482 ou outro dispositivo.

A própria empregada poderá dispor de seu direito com pedido de demissão.

Tal estabilidade gera certo empecilho na contratação de mulheres, logo, o legislador brasileiro procurou criar um invólucro protetor ao trabalho das mulheres.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, dispõe sobre o assunto na Seção V, “Da proteção à Maternidade”, com alterações recentíssimas sobre a estabilidade que serão analisadas.

Importa destacar que o Artigo 373, IV, da CLT, veda a exigência de qualquer tipo de atestado ou exame de esterilidade ou gravidez para admissão ou permanência

no emprego. E, ainda, que a Lei n. 9.029/95, além de reafirmar a vedação, prevê condutas criminosas relacionadas em seu Artigo 2º<sup>3</sup>.

Apesar das previsões legais, a grande regulamentação da estabilidade provisória da gestante tem sido feita pela jurisprudência.

### 4.3 Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho

Como muitos institutos do Direito do Trabalho, a estabilidade provisória da gestante é regulamentada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Desta feita, a Súmula 244 do TST constitui principal fonte para interpretação da garantia.

Assim regulamenta o TST:

Súmula 244. I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade.

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

O item I da Súmula preceitua que veio a pacificar uma celeuma doutrinária a respeito do início da estabilidade.

Para o termo final da estabilidade, o constituinte adotou um critério objetivo, qual seja, cinco meses após o parto. No entanto, dúvidas pairavam acerca do termo “confirmação da gravidez” na redação do Artigo 10, II, “b”, do ADCT, que estabelece o início da estabilidade.

Romar (p. 506) ensina que havia duas correntes a respeito:

De um lado, a corrente que sustenta ser a confirmação da gravidez um ato formal a ser praticado pela empregada, que deve comunicar e comprovar ao empregador que está grávida. Não cumprindo esta formalidade, inexistiria o direito à estabilidade. De outro lado, outra parte da doutrina sustenta a desnecessidade de qualquer comunicação ao empregador,

---

<sup>3</sup> Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

tendo em vista que o direito à estabilidade fundamenta-se na teoria do risco objetivo, na teoria do risco social e, principalmente, na proteção à maternidade.

Em síntese, a discussão doutrinária gira em torno da responsabilidade do empregador ser subjetiva ou objetiva, se é pertinente ou não o conhecimento do estado gravídico.

O Tribunal Superior do Trabalho filiou-se ao segundo entendimento, como se observa da leitura do item I, da Súmula 244.

Veja-se a Ementa de um dos Acórdãos que serviram de precedente para o item I:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 10, II, "B", DO ADCT/CF/88. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO EMPREGADOR.

1. O artigo 10, inciso II, do ADCT não impôs qualquer condição à proteção da empregada gestante. Assim, o desconhecimento da gravidez, pelo empregador, no momento da despedida imotivada não constitui obstáculo para o reconhecimento da estabilidade constitucional. Dessa forma, viola o texto constitucional a decisão que não reconhece a estabilidade da empregada gestante em virtude do desconhecimento da gravidez pelo empregador no ato da sua demissão. 2. Recurso ordinário em ação rescisória provido. (ROAR 400356-75.1997.5.02.5555 - Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros DJ 12.05.2000/J-11.04.2000 - Decisão unânime).

O entendimento do TST de que o conhecimento do estado gravídico pelo empregador é prescindível para o direito de estabilidade da gestante coaduna com o princípio da proteção, interpretando-se a norma constitucional de forma mais favorável ao empregado (*in dubio pro operario*) e imputando-se ao empregador responsabilidade objetiva.

Ora, se o constituinte não exigiu qualquer formalidade para o início da estabilidade e nem uma norma infraconstitucional regulamentou neste sentido, correto o entendimento de que doutrina e jurisprudência não poderiam criar óbices não legais.

Uma vez que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não impede a estabilidade da gestante, o desconhecimento desta sobre o estado gravídico não é barreira para o direito. Como afirma Romar (p. 507): "O que importa é que a empregada esteja grávida no momento da extinção do contrato".

Quanto ao item II, da Súmula em estudo, o TST pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a dispensa sem justa causa da empregada gestante gera direito à reintegração no emprego, mas somente durante o período em que ainda há estabilidade.

Esclarecendo, ocorrendo despedida arbitrária da gestante, esta pode pleitear em juízo sua reintegração no emprego somente no período da confirmação da gravidez até os 05 (cinco) meses após o parto.

Caso a empregada ingresse com a reclamatória após ter cessado o prazo ou caso a decisão judicial seja posterior à estabilidade, não existe direito à reintegração, somente a indenização em salários e demais direitos do período correspondente.

Sendo assim, muitas mulheres que sofreram despedida arbitrária na gestação não queriam voltar a trabalhar no mesmo local, então, interpunham as ações trabalhistas somente após o término do prazo de estabilidade ou dentro do prazo, mas somente com o pedido de indenização.

Desta feita, os advogados das reclamadas iniciaram a tese de que, quando a empregada propunha a ação depois do período de estabilidade, ela agia com abuso de direito ou renunciava ao direito de estabilidade.

A primeira posição adotada pelo Tribunal respalda a tese de abuso de direito:

RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. DEMORA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ABUSO DE DIREITO. Impende considerar-se que a interpretação da norma em exame - artigo 10, II, do ADCT - não pode dissociar-se da realidade em que se insere, nem do componente de razoabilidade com o qual deve ser aplicada. Com efeito, restou consignado nos autos que a demora da reclamante em interpor a reclamação, configurou-se em abuso de direito no exercício da demanda. Significaria, na prática, condenar a empregadora, sem que lhe tenha sido oportunizado o cumprimento de sua obrigação, ante deliberada delonga da reclamante. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 83600-73.2001.5.02.0301 Data de Julgamento: 24/10/2007, Redator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 18/4/2008).

Contudo, mais recentemente, o TST vem se filiando à tese contrária. Veja-se:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - AÇÃO PROPOSTA APÓS EXAURIDO O TÉRMINO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO - ART. 10, -B-, II, DO ADCT - DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. A regra constitucional inscrita no art. 10, II, 'b', do ADCT apenas condiciona a aquisição da estabilidade ao requisito da confirmação da gravidez, ou seja, a empregada está a salvo da despedida desde a concepção, garantidos os salários do período, sendo que na impossibilidade de reintegração da empregada, lhes são devidos os salários e os demais direitos a que faria jus no período da estabilidade. Esta é a conclusão que se extrai da exegese dos itens I e II da Súmula 244 do TST, a qual condiciona o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade apenas à confirmação da gravidez, não fazendo nenhuma referência a lapso temporal que deve a gestante observar para pleitear seu direito assegurado constitucionalmente. Nesse contexto, o exercício do direito à ação fica submetido apenas à limitação temporal erigida no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. 2. Assim sendo, merece reforma a decisão regional, que concluiu que o ajuizamento da ação após o término do período de garantia no emprego se constituía em fato impeditivo ao direito à indenização do

período estável. Recurso de revista provido." (Processo: RR - 187400-93.2006.5.04.0202, data de julgamento: 10/3/2010, Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, data de divulgação: DEJT 12/3/2010)

Em decisão recentíssima:

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRÓXIMO AO TÉRMINO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. No caso dos autos, o ajuizamento da ação ocorreu ainda no período da estabilidade provisória, que se exauriu no decorrer do processo. A jurisprudência sedimentada desta Corte confirma a ausência de renúncia à estabilidade ou de abuso de direito, mesmo em se tratando da hipótese de ajuizamento após o período de estabilidade, mas dentro do período a que alude o art. 7º, XXIX, da Constituição. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 90-45.2011.5.15.0045 Data de Julgamento: 06/02/2013, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)

Verifica-se que a Corte trabalhista apontou para uma responsabilidade objetiva do empregador, em razão de que a estabilidade da gestante decorre, além da proteção à mãe-trabalhadora, e, sobretudo, aos direitos do nascituro:

RECURSO DE EMBARGOS. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMORA INJUSTIFICADA PARA AJUIZAR AÇÃO BUSCANDO GARANTIA DE EMPREGO, IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR ABUSO DE DIREITO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Não demonstrado o exercício abusivo do direito, já que sobre isso não há notícia nos autos, configura-se o direito da reclamante à indenização relativa à estabilidade provisória, nos termos como decidido pela col. Turma. A regra legal, contida no art. 10, II, letra b, do ADCT, dispõe que é vedada a despedida da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O abuso de direito não se presume. Decorre ele da demonstração de que a parte utiliza o controle jurisdicional com o fim de, maliciosamente, retirar da outra parte a possibilidade de reparar, por outro meio, a lesão de direito ou a minorar seus efeitos. **A demora injustificada para o ajuizamento da reclamação trabalhista não é motivação excludente da reparação do direito violado.** A opção de uma das partes da relação jurídica em conduzir-se contrariamente à ordem jurídica atrai a ilicitude do ato praticado, provocando a lesão a um direito. Na ordem constitucional a finalidade da proteção à maternidade mais se dirige ao nascituro do que propriamente à mãe. **Daí, objetivamente, não há que se perquirir culpa.** O tempo decorrido entre a dispensa e a propositura da ação não revela abuso. Ao contrário, está a revelar a inércia; a negligência que, ao fim irá desaguar no interesse social da segurança das relações jurídicas, consubstanciada no direito tornado incerto. Para tanto, a prescrição, o que não ocorreu no presente caso. Embargos conhecidos e desprovidos (TST - E-RR 577/2007-049-12-00 - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJE 19.02.2010). **(Grifos nossos).**

Alguns juristas entendem que a decisão mais acertada é a de que, se a ação trabalhista for ajuizada após o prazo de estabilidade, deve ser julgada improcedente.

Neste diapasão, Bezerra Leite (2010, p. 72):

Em todos esses casos, pensamos ser imprescindível que o empregado tenha ajuizado a ação trabalhista no prazo da garantia provisória no emprego, pois, caso deixe ultrapassar tal prazo e formule pedido único de indenização deverá, a nosso sentir, ter seu pedido julgado improcedente. Afinal, o bem da vida protegido pelo ordenamento jurídico é o emprego, e não a indenização.

Em que pese tal posicionamento, mais acertado é aquele que vem se firmando na Corte trabalhista, que, inclusive, editou a OJ 399, SDI-1/TST:

OJ-SDI1-399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Ora, todos os empregados que têm seus direitos violados gozam do prazo de 02 (anos) dois anos após o término do contrato de trabalho para ingressar com a ação pertinente. Não há razão para dar prazo menor à empregada que tem sua garantia de estabilidade violada.

Não há como presumir a má-fé, o abuso de direito de quem interpõe a ação dentro do prazo prescricional.

É claro que o pedido de reintegração somente será procedente se o período de estabilidade ainda vigorar quando da decisão, sendo o pedido de indenização subsidiário.

Em caso de ter se findado o prazo, o pedido de indenização passa a ser o principal. Do contrário, premiar-se-ia o empregador por ter dispensado a empregada gestante e não se atenderia aos interesses do nascituro.

Último comentário pertinente ao item II é que, em algumas situações, não é possível ou viável a reintegração da empregada ao cargo ocupado. São casos em que o julgador pode e deve, mesmo no curso do período estável, converter a reintegração em indenização.

Romar (p. 507) cita as seguintes hipóteses: “a) quando o empregador se recusar a reintegrar a empregada; b) quando haja comprovada incompatibilidade entre as partes; ou c) quando haja outro motivo justificável”.

Muito comum de acontecer tais hipóteses no caso da empregada doméstica. É, no mínimo, uma situação delicada para as partes, havendo desconforto no âmbito familiar. O magistrado deve, então, valer-se da razoabilidade para decidir.

Por fim, o item III, da Súmula 244, traz a polêmica atuais sobre a estabilidade provisória da gestante, já que alterado há pouco tempo.

A antiga redação do item em estudo obstava às empregadas, contratadas por prazo determinado, o direito à estabilidade. Tal entendimento baseava-se no fato de que, em contratos dessa espécie, a empregada já tem ciência do término da relação empregatícia, não sendo surpreendida por uma dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Por isso, *a contrario sensu*, a doutrina entendia que a empregada gestante não poderia sofrer dispensa arbitrária no contrato por prazo determinado.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal passou a dar interpretação ampla ao Artigo 10, inciso II, alínea “b”, ADCT. Neste sentido:

E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO –ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da **trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador.** Doutrina. Precedentes. - **As gestantes** – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, **as contratadas por prazo determinado**, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação

contratual da gestante(servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocresse tal dispensa. Precedentes. (RE 634093 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação – 07/12/2011) (**Grifos nossos**).

Com a interpretação dada pela Corte constitucional, detentora da última palavra sobre matérias da Magna Carta, o Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar a interpretação ampla para estender a estabilidade provisória às mulheres contratadas por prazo determinado.

Desta feita, assim passou a decidir o TST:

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DE GESTANTE. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro.

2. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

3. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, "b", do ADCT/88. (RR 107-20.2011.5.18.0006, 1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa DJE 16.12.2011/J-07.12.2011 - Decisão unânime).

O entendimento atual da jurisprudência é de que qualquer trabalhadora tem direito à estabilidade gestante, independentemente do regime jurídico, mesmo aquelas que exerçam cargo em comissão.

O comum entre todos os posicionamentos da estabilidade gestante é que se considera que tal garantia ultrapassa a seara de direitos da mulher para alcançar a do nascituro. Daí decorre a interpretação ampla do dispositivo constitucional.

O mesmo que vale quanto ao entendimento sobre o termo inicial da estabilidade, vale quanto aos contratos por prazo determinado, o Artigo 10, inciso II, alínea "b", não diferenciou qualquer tipo de contrato para a garantia existir, não poderia a jurisprudência tolher este direito, se nem o constituinte o fez.

Sendo assim, a nova redação da Súmula do TST é acertada diante do novo cenário de direitos fundamentais.

#### 4.4 Gravidez no Aviso Prévio

Recentemente, por meio da Lei Nº 12.812, de 16 de maio de 2013, o legislador alterou a Consolidação da Leis do Trabalho para acrescentar o Artigo 391-A, com a seguinte redação:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Há alguns anos atrás, a Corte Trabalhista direcionava-se a entendimento contrário<sup>4</sup> ao da alteração legislativa, consolidando jurisprudência de que a gestante não teria direito à estabilidade se a gravidez ocorresse no curso do aviso prévio em consonância com a Súmula 371<sup>5</sup> do Tribunal.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisões dos últimos anos, alterou sua interpretação sobre a matéria e passou a afirmar o direito à estabilidade da gestante mesmo que a gravidez ocorra no curso do aviso prévio, indenizado ou trabalhado:

RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO . **A SBDI -1 do TST vem consagrando a tese de que a estabilidade provisória da gestante permanece mesmo quando a gravidez se confirma no curso do aviso prévio, afastando a aplicação da Súmula 371 do TST**, cujo entendimento fora construído com espeque em situações distintas, que não guardam relação com as particularidades que envolvem a estabilidade da gestante. Apelo que não ultrapassa o contido na Súmula 333 do TST e no art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido. (TST - RR: 703008820055170009 70300-88.2005.5.17.0009, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/05/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/05/2011). **(Grifos nossos)**

Novamente, a Corte Trabalhista enquadrou seu entendimento tendo em vista as particularidades da estabilidade da gestante, vez que, como já afirmado, mais do

---

<sup>4</sup> I- AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. Diante de potencial contrariedade à Súmula 371 do TST, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO . A jurisprudência pacífica desta Corte está no sentido de que a projeção do aviso prévio indenizado tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas nesse período, não alcançando a estabilidade provisória da gestante. Inteligência da Súmula 371/TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 06/05/2009, 3ª Turma.)

<sup>5</sup> Súmula nº 371 do TST. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTA (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nº 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28.11.1995 e 27.11.1998)

que uma proteção à mãe trabalhadora, a finalidade do instituto é de guardar os direitos do nascituro.

Desta feita, interpretou-se sistematicamente o compêndio de leis trabalhistas, em especial o Artigo 487, parágrafo único<sup>6</sup>, haja vista que o aviso prévio, ainda que indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os fins.

A alteração legislativa, em consonância com a jurisprudência e com a finalidade de proteção ao nascituro, veio para conferir maior segurança jurídica à gestante diante das alterações de interpretação pelos magistrados.

#### 4.5 Aborto Espontâneo e Natimorto

Como destaca Romar (p. 508), vale fazer considerações a despeito da estabilidade provisória da gestante nas hipóteses em que ocorre o aborto espontâneo ou involuntário e no caso de morte da criança após o parto.

Na primeira situação, ocorrendo o aborto involuntário, há inteligência no sentido de que a estabilidade atingiu o período anterior ao aborto e não se projeta para o período posterior<sup>7</sup>.

Nesse caso, o Tribunal Superior do Trabalho entende que a estabilidade existe desde a confirmação da gravidez até duas semanas após o aborto involuntário em interpretação do Artigo 395, da CLT<sup>8</sup>. Veja-se:

ESTABILIDADE GESTANTE - ABORTO ESPONTÂNEO - CABIMENTO . -Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.- Artigo 395 da CLT.Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 151402420035020314 15140-24.2003.5.02.0314, Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 06/12/2006, 3ª Turma,, Data de Publicação: DJ 02/02/2007.)

Em se tratando de natimorto, o que se tem entendido é que a estabilidade se estende até o quinto mês após o parto. A respeito:

**NATIMORTO. LICENÇA-MATERNIDADE. Não obstante a autora tenha dado à luz uma criança morta (conforme certidão de natimorto constante dos autos), houve o parto e este deve ser considerado o fato gerador para a licença-maternidade e estabilidade provisória da gestante. Não se**

<sup>6</sup>Art. 487. § 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

<sup>7</sup> Neste sentido:

ESTABILIDADE GESTANTE. ABORTO INVOLUNTÁRIO. PARCIALMENTE DEVIDA. A ocorrência de interrupção involuntária da gravidez não retira da gestante o direito à garantia de emprego do período anterior ao aborto espontâneo, obstando-o apenas para o período posterior ao evento interruptivo.(TRT-15 - RO: 53485 SP 053485/2011, Relator: ERODITE RIBEIRO DOS SANTOS DE BIASI, Data de Publicação: 26/08/2011)

<sup>8</sup> Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 02 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

aplica, no caso, o artigo 395 da CLT, uma vez que referido dispositivo legal refere-se a "aborto não criminoso". Aplica-se o artigo 392, § 3º, da CLT, em consonância com o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal e disposições da Convenção n. 103 da OIT, referente à proteção da maternidade, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 58.820 de 14 de Julho de 1966. Ademais, não há na legislação específica qualquer restrição em relação ao benefício salário maternidade ser devido apenas àquela mulher que deu à luz uma criança com vida. Faz jus à autora, portanto, à licença-maternidade e ao correspondente salário maternidade pleiteado. Recurso ordinário da autora a que se dá parcial provimento. (TRT-9 1352010654907 PR 135-2010-654-9-0-7, Relator: RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 12/07/2011)

O entendimento baseia-se nas normas de proteção à maternidade, aferindo-se que, neste caso, a proteção esta voltada à mãe trabalhadora, já que não há criança a ser tutelada.

## **5 CONCLUSÃO**

A tendência mundial quanto à estabilidade no emprego e coibir a existência da dispensa sem justa causa. O Brasil, resguardando os empregados, optou por um sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, eliminando a estabilidade definitiva e permitindo somente a provisória.

Quanto à estabilidade provisória da gestante, afere-se que a jurisprudência trabalhista brasileira vem seguindo a diretriz de interpretação prol à ampliação dos direitos da empregada, para alcançar a finalidade de proteção da mulher trabalhadora e, mais que isso, da tutela do nascituro.

Muitos críticos apontam que com as novas diretrizes da justiça trabalhista, ampliando a estabilidade gestante para qualquer natureza de contrato e inclusive para gravidez em aviso prévio, seriam óbice à contratação de mulheres pelos empregadores.

Não acertam neste sentido. As mulheres estão cada vez mais capacitadas para o mercado de trabalho e ocupam mais vagas, cargos de chefia inclusive. A existência de obstáculos à sua contratação deve ser sanada pela legislação e políticas públicas, sem que para isso suas garantias sejam diminuídas.

A tendência de ampliação na interpretação da estabilidade da gestante coaduna com o seu fundamento de proteção à criança, além de tutelar a mulher trabalhadora contra a dispensa arbitrária que ocorre para atender ao interesse econômico do empregador.

No que tange a alteração do item III, da Súmula 244, do TST, coerente a mudança, pois a Constituição Federal não diferenciou a espécie de contrato de

trabalho ao garantir estabilidade à gestante e, em razão do interesse da criança, a mãe que trabalha com contrato por prazo determinada deve ser abrangida.

Por fim, a mudança legal que incluiu o Artigo 391-A à CLT foi válida e encontra respaldo na jurisprudência trabalhista. Se o aviso prévio integra o contrato de trabalho, deve integrá-lo para a estabilidade também.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão –estabilidade provisória (adct/88, art. 10, ii, “b”) – convenção oit nº 103/1952 – incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (decreto nº 58.821/66) - proteção à maternidade e ao nascituro – desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário RE 634093, 2ª Turma. Celso de Mello: Brasília, 07. 12. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade gestante - aborto espontâneo – cabimento. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 151402420035020314 15140-24.2003.5.02.0314, 3ª T.. Carlos Alberto Reis de Paula: Brasília,02.02.2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade provisória - gestante - ação proposta após exaurido o término do período estabilitário - art. 10, -b-, ii, do adct - direito à indenização. Recurso de Revista 187400-93.2006.5.04.0202, 7ª Turma. Maria Doralice Novaes: Brasília, 13.03.2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de embargos. Gestante. Estabilidade provisória. Demora injustificada para ajuizar ação buscando garantia de emprego, impossibilidade de se presumir abuso de direito. Indenização. Responsabilidade objetiva. Embargos em Recurso de Revista 577/2007-049-12-00. Aloysio Côrrea da Veiga: Brasília, 19. 02. 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista - estabilidade provisória. Gestante. Confirmação da gravidez no curso do aviso prévio indenizado. Recurso de Revista 703008820055170009 70300-88.2005.5.17.0009, 8ª T. Márcio Eurico Vitral Amaro: Brasília, 16.05.2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Garantia de emprego. Gestante. Demora injustificada no ajuizamento da ação. Abuso de direito. Recurso de Revista 83600-73.2001.5.02.0301 2ª Turma. Renato Lacerda Paiva: Brasília, 18.04.2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Garantia de emprego. Gestante. Demora injustificada no ajuizamento da ação. Abuso de direito. Recurso de

Revista 83600-73.2001.5.02.0301 2ª Turma. Renato Lacerda Paiva: Brasília, 18.04.2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Gestante - estabilidade provisória - concepção no período do aviso prévio, 3ª T. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira: Brasília, 06.05.2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Procedimento sumaríssimo. Contrato de experiência. Estabilidade de gestante. Direito constitucional assegurado independentemente do regime jurídico. Precedentes do supremo tribunal federal. Recurso de Revista 107-20.2011.5.18.0006, 1ªT. Walmir Oliveira da Costa: Brasília, 16.12.2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Estabilidade provisória da gestante. Ajuizamento da ação próximo ao término do período estabilitário. Indenização devida. Recurso de Revista 90-45.2011.5.15.0045, 6ª Turma Augusto César Leite de Carvalho: Brasília, 06.02.2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário. Ação rescisória. Violação do art. 10, ii, "b", do adct/cf/88. Estabilidade provisória. Gestante. Desconhecimento da gravidez pelo empregador. Recurso Ordinário em Ação Rescisória 400356-75.1997.5.02.5555, 2ª Turma. Fausto Paula de Medeiros: Brasília, 12.05.2000. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Lei dos Trabalhos.** Legislação complementar/jurisprudência. 33ª ed. atual. São Paulo: 2008, Ed. Saraiva.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais.** Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 7, p. 47-79, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/2.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2013.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista.** 9ª ed., rev. e ampliada. São Paulo: Ed. LTR, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 23ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST.** 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho.** São Paulo: 2011, Ed. Saraiva.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Natimorto. Licença-maternidade. Recurso Ordinário 1352010654907 PR 135-2010-654-9-0-7, 2ª T. Ricardo

Tadeu Marques da Fonseca:Curitiba, 12.07. 2011. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br>> Acesso em: 10 ju. 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1997.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xequê e outros ensaios**. São Paulo: 2003, Ed. LTR.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ESTABILIDADE GESTANTE. ABORTO INVOLUNTÁRIO. PARCIALMENTE DEVIDA.RO: 53485 SP 053485/2011. Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi: Campinas, 26.08.2011. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª ed., vol. 01. São Paulo: 2002, Ed. LTR

SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª ed., vol. 2. São Paulo: 2002, Ed. LTR

VADE Mecum. Acadêmico de Direito ANGHER, Anne Joyce (org.) 17 ed. São Paulo: Riddel, 2013.

# A UTILIZAÇÃO DAS EXPRESSÕES CORPORAIS E FACIAIS COMO MEIO DE PROVA PRO REO NO PROCESSO PENAL

Eloize Teixeira OLIVETTI<sup>1</sup>  
Marcus Vinícius Feltrim AQUOTTI<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de apresentar a concepção das expressões corporais e faciais. Além disso, o trabalho consegue expor a cientificidade das expressões corporais apresentada pelos autores. As expressões corporais e faciais também se apresentam em variados aspectos e de muitas maneiras no corpo e na face do indivíduo. O trabalho também consegue abordar quais são as classificação das expressões e também como se reconhece as emoções mediante uma determinada situação. Foram abordados também as provas no processo penal, bem como sua aplicação no processo penal. O artigo em questão abordou quanto à utilização do detector de mentira como meio de prova em alguns lugares e como analogicamente poderá ser utilizado para as expressões corporais e faciais. Finalizando o trabalho também aborda sobre como as expressões poderão ser colocadas no processo penal como meio de prova pro reo a princípio.

Palavra-chave: Expressões corporais; faciais; prova; meios de prova; detecção da mentira

**ABSTRACT:** This article aims to present the design of body and facial expressions. In addition, the work can expose the bodily expressions scientific theories presented by the authors. Body and facial expressions are also present in many respects and in many ways on the body and on the face of the individual. The work also manages to address what are the classification of expressions and also how do you recognize the emotions through a given situation. Have been addressed also the evidence in criminal proceedings, as well as its application in the criminal proceedings. The article in question dealt with the use of lie detector test as evidence in some places and as may be used analogically to the body and facial expressions. Finishing the work also discusses about how expressions can be placed in the criminal proceedings as evidence the pro reo principle.

**Keywords:** bodily expressions; facials; proof; means of proof; lie detection

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é relativo às expressões corporais e faciais que na atualidade anda em voga, pois com recentes comportamentos dos seres humanos, a utilização de técnicas que observem, detectem e analisem a predisposição e antever seus atos é o que impulsiona o homem a se aprofundar nessa questão.

O estudo do comportamento humano é alvo de pesquisa desde o século passado com o Cientista Charles Darwin, onde este conseguiu desenvolver e se

---

<sup>1</sup> Discente do 10º Termo do Curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" em Presidente Prudente.

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito Penal das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" em Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal

aprofundar nas espécies de seres humanos até desenvolver sua obra referente as emoções.

As emoções estão presente nas atitudes do homem, como ser biopsicossocial que o é, elas emanam de maneiras inusitadas, caso a caso e, principalmente, na situação em que o ser se insere.

Nesse sentido, o objetivo do artigo é o enfoque no estudo das expressões corporais e faciais, bem como, estudo do comportamento apresentado pelas pessoas quando inseridas no âmbito judiciário, sendo um órgão que investiga, questiona e julga.

A arte de saber interpretar e observar as expressões faciais e corporais são comumente utilizadas em praticamente todos os ambientes. Com a observação desta linguagem consegue extrair o que pessoa não disse, ou seja, o que está omissos dos interlocutores e até mesmo se a pessoa está tentando enganar.

Outra razão para o estudo do tema são as técnicas introduzidas no âmbito judiciário, para atuar juntamente na busca pela verdade real.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 5º, LIV “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é mister a consideração que as provas estão contidas dentro do devido processo legal.

As provas no Processo Penal encontram-se dispostas nos arts. 150 A 250 do Código Processo Penal, estão descritos em todos esses dispositivos o que são provas e os meios de utilizá-las.

O artigo embasou-se em pesquisas bibliográficas, como livros, artigos e jurisprudências, bem como entrevista com especialista na área médica e área policial, referência em estudo do comportamento humano.

Para a confecção do trabalho foi realizado um levantamento bibliográfico apresentação de correntes que debatam sobre a questão das expressões corporais e faciais, uma explanação geral sobre os prós da utilização das expressões corporais como meio de prova no processo penal, uma vez que eles farão parte do processo como um todo, levando ao convencimento das autoridades desde a persecução penal até a ação penal, colaborando coma busca da verdade.

## **2- AS EXPRESSÕES CORPORAIS**

As expressões corporais derivam de movimentos produzidos pela dança. O conceito das expressões está intimamente ligado dos movimentos emitidos pelo corpo através da dança.

A partir dai, os estudiosos do comportamento humano, observaram o comportamento humano juntamente com o estudo das emoções.

Um dos preconizadores do estudo foi Charles Darwin, que iniciou suas pesquisas através do estudo do comportamento dos animais.

Passado algum tempo as expressões corporais foram estudadas e catalogadas pelo cientista e Psicólogo Paul Ekman, o qual dedicou parte de sua carreira na comprovação da cientificidade das expressões faciais.

Os significados das expressões corporais e faciais partem do princípio da linguagem não verbal, ou também, da comunicação não verbal.

Segundo Guglielmi (2014,p.10):

Existem duas linguagens fundamentais que permitem a relação entre as pessoas: a linguagem verbal – a saber, aquela constituída por palavras, e que serve sobretudo para transmitir informações e dados – e, simultaneamente, uma linguagem não-verbal, com a qual se dá a vida às palavras pronunciadas mas, sobretudo, se exprimem as emoções mais profundas e verdadeiras, e que é feita de gestos, de posturas, de silêncio.

Para o autor supracitado, as expressões corporais correspondem a 55% da comunicação, ou seja, a comunicação através dos gestos e postura é muito superior a comunicação com palavras.

A linguagem corporal faz parte de um Sistema Autônomo e muito primitivo, ou seja, quem comanda nossas ações é um sistema nervoso autônomo, que é responsável, entre outras funções pelas respostas reflexas. Por se tratar de um sistema nervoso primitivo, as respostas do corpo são reflexas, ou seja, instantâneas, sendo considerada como resposta automática.

Então, tem-se que quando somos acometidos pelas indagações de alguém e esses questionamentos nos intrigam, o silêncio e a fala comedida podem omitir um pensamento, porém, os sinais que o corpo emite nesse momento são reflexos e não há como esconder as emoções que se sente.

Por esses e outros fatores é que a análise das expressões corporais vem ganhando terreno ao longo dos anos.

Atualmente a área jurídica descobriu o quanto a análise da expressão corporal pode ajudar na busca pela verdade. Em alguns países a escolha do júri é feita profissionais expert na avaliação das expressões corporais. Em Manzi (2012, s.p.) “ A linguagem corporal é um importante aliado na audiência de conciliação, pois ajuda não somente a estabelecer a empatia, mas favorece o diálogo entre as partes”.

Ainda, para Manzi (2012,s.p):

A linguagem corporal auxilia na criação da empatia entre os participantes da audiência, indispensável para que seja a conciliação, em sentido contrário, pode estabelecer um clima de antipatia que impede o diálogo e com ele, a colaboração para uma solução amigável. A raiva e o medo são sentimentos na

maioria das vezes, muito mais eficientemente transmitidos por meio das expressões faciais e corporais do que por meio das palavras.

Em ambientes como Tribunal do Júri, sala de audiência de conciliação, é necessário observar o comportamento das pessoas quando estão verbalizando, pois, ao demonstrar qualquer tipo de sentimento, o avaliador pode se certificar que está dizendo a verdade ou algo diverso do seu discurso.

Para os especialistas Dimitrius e Mazzarella (2009, p. 99) a linguagem corporal possui 9 estados emocionais, esses estados emocionais são as emoções que sentimos e que, nosso corpo facilmente as identifica reproduz através de algum gesto ou expressões faciais, são eles: honestidade e desonestidade, frustração, depressão, pesar e tristeza, indecisão e nervosismo. Estes estados são classificados como básico, pois em qualquer pessoa elas são facilmente identificadas, seu comportamento será semelhante a qualquer outra pessoa nesse mesmo estado.

Após os estudos desses nove estados, aparecem também mais outros 13 estados, porém, os estudos desses últimos são bem mais específicos.

Existem ainda outros tipos de observação dos comportamentos emocionais mas, sem classificação. Um exemplo dessa observação é, segundo Peace e Peace (2005, p.16) a posição das mãos, que ao colocar pra cima quando estiver verbalizando é sinal de honestidade. Porém, quando alguém está verbalizando e toca o nariz, coloca as mãos da boca ou toca o pescoço é sinal de desonestidade. Outro exemplo é o aperto de mãos que dependendo da posição quer dizer autoridade sobre a outra pessoa.

Tamborilar os dedos sobre uma superfície, segurar um objeto e mexer constantemente nele, andar de um lado para o outro, são traços típicos de nervosismo. O cruzamento de pernas e braços também revela que a pessoa não está aceitando o que o outro diz, em termos gerais, está na posição defensiva.

Para Oliveira (2011, p.19), existem na nossa face uma série de músculos ligados a pele e osso do nosso corpo, fenômeno ocorrido somente nesse membro. Diante disso, existem músculos que são prioridade na observação da face e estão subdivididos em conjuntos que segundo Oliveira (2011, p. 33) são: "músculos da frente, ao redor da boca, músculo ao redor das pálpebras e o músculo do nariz".

Combinando o movimento dos músculos da face mais as expressões que elas formam tem-se representada a emoção que a pessoa sente a isso se deu também o nome de expressão facial.

Descreve-se a seguir como as emoções aparecem na face dos seres humanos:

### **3.1 Tristeza**

A tristeza é uma das emoções facilmente identificada no ser humano, é um sentimento muito intenso, que perdura durante muito tempo, principalmente se for vivenciado por uma perda de um ente querido. A tristeza pode ser identificada através do olhar caído, sem brilho, a boca com os cantos abaixados, a postura geralmente arcada para frente.

### **3.2 Raiva**

A raiva é uma expressão facial muito peculiar no modo de identificar na face das pessoas, devido ao olhar fixo e sobrancelhas unidas.

Para Ekman (2011, p.127) a raiva possui uma gama de sentimentos que variam na sua intensidade, ou seja, são sentimentos que podem ser dirigidos, coletivos, contidos, geral. Eles podem ser direcionados tanto a pessoas distantes, aqueles com os quais nos envolvemos numa briga de trânsito, por exemplo, (dirigido), ou até mesmo pessoas mais próximas, um parente, um amigo, etc. Esses são até muito comum, pois essas pessoas com quem nos relacionamos e amamos idealizamos um ideal de perfeição e uma vez que essas pessoas falham provocam em seus entes um sentimento de raiva, pois quebra àquele sentimento idealizado.

### **3.3 Medo**

O medo é sem dúvida um dos sentimentos mais breve apresentado pelo ser humano. É um sentimento que é considerado como o mais breve e a mais forte, porém permanece por um curto período de tempo na expressão facial da pessoa. Por isso, o medo pode vir a ser confundido com a surpresa, outra emoção curta também, que pode vir a acontecer logo após o medo.

Foi descoberto pela pesquisa dos cientistas que esse sentimento possui vários níveis de escala para várias pessoas, podendo ser mais intenso e mais brando, mas sempre lembrando que o modo como a pessoa se comporta pode variar a intensidade desse medo, ou seja, dependendo da situação a pessoa pode fugir ou paralisar diante do medo.

Contudo, para identificação do medo a característica mais importante são os olhos arregalados, as pálpebras superiores bem erguidas e a boca esticada para trás, os músculos aparecem bem contraídos.

### **3.4 Aversão**

Uma importante característica da aversão é que ela só aparece nas pessoas depois de certa idade, ou seja, quatro anos de idade. Outra característica importante é que geralmente os gatilhos universais que o desencadeiam são os relacionados aos produtos gerados pelo nosso corpo humano como as fezes, vômito, urina, muco e sangue.

Oliveira (2011, p. 55) é um dos cientistas que confirma a aversão no sentido de nojo e classifica esse sentimento como expressão da face fechada, porque o nojo tenta retirar do ambiente todos os sentidos possíveis:

Para reconhecer a aversão é necessário avaliar primeiramente o nariz e os lábios. Há sempre o enrugamento do nariz e o lábio superior é sempre erguido.

### **3.5 Alegria**

Esse sentimento é algo um pouco peculiar de nossa língua portuguesa, pois em outras línguas não existe tradução para alegre, mas sim para felicidade, então os cientistas preferiram pesquisar sobre as emoções agradáveis.

Existem outras emoções agradáveis que são a felicidade, furor, entusiasmo, êxtase etc. todas elas com algum componente diferente para desencadeá-lo com relação aos gatilhos, porém esses sentimentos quando expressos na face são os mesmos, suas expressões são semelhantes.

A principal característica para identificação da alegria é com referência aos músculos ao redor dos olhos, que se contraem, apertam-se, expressando o mais puro sentimento de alegria ou qualquer outra emoção agradável, mas somente quando o sentimento é verdadeiro, pois quando o sorriso é falso somente a boca do indivíduo se mexe, pois os músculos ao redor dos olhos não se contraem voluntariamente.

## **4 PROVAS NO PROCESSO PENAL**

O estudo das provas dentro do Processo Penal envolve uma diferenciação, ou seja, as provas são na verdade divididos em dois momentos: de um lado tem-se a Teoria Geral da Prova, que nos fornece as premissas gerais do assunto (art.155 a 157 do Código Processo Penal); e por outro lado têm-se as provas em espécie (arts. 158 a 250 do Codex).

Diante disso há no presente trabalho o momento de conceituar o que significa provas dentro do Processo Penal.

São vários os conceitos sobre provas, pois a palavra pode apresentar muitos significados, mas segundo Barros (2001, p. 01), há vários sentidos para a palavra provas, porém, ela significa a busca pela verdade para formar o livre convencimento do Juiz.

Para Tourinho Filho (2012, p. 231), a palavra prova vem no sentido de ação de provar, ou seja, tornar a todos o conhecimento que a própria pessoa possui e os outros não.

No entanto, Nucci (2011, p. 388), consegue dispor em suas obras que o conceito de prova pode conter três sentidos: ato de provar, meio e resultado da ação de provar.

O primeiro sentido refere-se à ação de fazer conhecer a verdade do fato alegado por uma das partes. Já o segundo sentido é o meio que se faz conhecer a prova, e no terceiro e último sentido é o resultado de tudo o que se faz conhecer, pelos meios apresentados e o que se extrai de tudo isso.

Para Mittermaier (2008, p. 76), as provas aparecem sob vários pontos de vista, o primeiro refere-se à prova no sentido subjetivo, onde quem a produz e para quem a prova é produz são sinônimos, no outro ponto de vista a prova refere-se a quem ela é dada que aparece como sinônimo de certeza:

A prova, essa base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz, pode ser encarada, conforme os casos, sob diverso ponto de vista.

Consideramos: 1º, com relação àquele que a produz, ou, o que é o mesmo, com relação àquele que fornece os motivos determinados da convicção; 2º, com relação àquele perante quem ela é dada.

No primeiro caso a palavra prova é tomada subjetivamente: designa esforços feitos pela parte para fundar a convicção no ânimo do juiz, e habilitá-lo a decidir com toda a certeza a respeito dos fatos da causa; nesse sentido prova e produção de prova são sinônimos. Assim é que no cível as partes procuram demonstrar as suas pretensões; assim é que no crime vê-se logo os esforços por demonstrar os fatos um acusador, substituído no processo de inquirição por um inquiridor, que, no interesse da verdade, vai pesquisando todos os vestígios materiais ou não materiais, verifica-se, se pode, desde que se ligam ao corpo de delito, ao agente e à sua culpabilidade, ou desde que podem contribuir para esclarecer os deveres do magistrado que tem de julgar.

Considerada em relação àquele para quem a prova é dada, torna-se esta palavra sinônimo de certeza; torna-se então objetivamente, e compreende esse complexo de poderosos motivos que com toda segurança dão em conclusão a realidade dos fatos acusados.

Há que se fazer menção de outra definição de prova, Estefam (2008, p. 15), dispõe que “a prova é todo elemento trazido no processo pelo Juiz ou pelas partes, destinado a demonstrar a veracidade de uma afirmação”. Para o autor somente com a

prova é que o Juiz poderá, além de formar a livre convicção, poderá aplicar a lei ao caso concreto, pois está se fundamentando em algo.

Outro conceito trazido pelo autor Pereira (1995, p. 25), afirma ser a prova um meio de atestar a veracidade dos fatos:

Fornece a certeza real ou moral da prática considerada delituosa, fornecendo um juízo lógico e real para posterior aplicação da *sact juris*. Um dos princípios básicos que regem o nosso Direito Processual Penal, é sem dúvida a busca da verdade real, e tal é buscado através das provas.

A verdade real consiste em buscar aquilo que mais se aproxima da realidade, que, portanto exige maior atividade probatória. É se aprofundar na pesquisa dos fatos. Segundo Nucci (2011, p. 388) as provas no Processo Penal são materiais fazendo contraste com a verdade formal. Ainda, conclui o autor sobre a definição de verdade real:

E, falando de verdade, surge logicamente o interesse de defini-la. Valemo-nos da lição de Malatesta, para quem verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda a verdade subjetiva (A lógica das provas em matéria criminal, v.1, p.22). Como ensina Carraras, “ a certeza está em nós; a verdade está nos fatos (Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa, v.2, p. 291).

Segundo Silva (2010, s.p), não se pode encontrar a verdade por meio da análise do passado, pois o que foi ocorrido não dá para refazer:

É importante frisar que a ideia de utilizar o conjunto probatório para encontrar a “verdade” está superada pela doutrina, pois é impossível saber o que ocorreu, ou seja, remontar exatamente o que exatamente o que aconteceu no passado.

Expostos todos os conceitos acima sobre provas, conclui-se então que: as provas são tudo o que é levado ao conhecimento do juiz, todos os fatos ou ações, com intuito de convencê-lo e demonstrar veracidade deles, ou seja, a certeza de que tudo o que fora alegado é real e fiel aos fatos que aconteceram na intenção de convencer o julgador sobre essa certeza real.

### **4.3 Objetos da Prova**

Preliminarmente o conceito de prova são: os fatos que se pretende demonstrar. No entanto Tourinho Filho (2012, p.232) faz uma diferenciação sobre esse objeto, dividindo-o em objeto da prova e objeto de prova.

Objeto da prova são os fatos e está diretamente ligado a expressão relevância. Esse conceito está destinado a buscar a verdade no processo através dos fatos que são uteis e necessários.

Com relação ao objeto de prova, seriam os fatos pertinentes, ou seja, aqueles que precisam ser provados. E, conseqüentemente os fatos que não precisam ser provados, o que se está dispensado de provar.

#### **4.3.1 Fatos que não precisam ser provados**

Como definido por Barros (2001, p. 04) existe uma classificação acerca dos fatos que não necessitam ser provados: Fatos notórios: são os fatos de domínio público, onde a sociedade tem o conhecimento da informação, e a partir disso, esses fatos não precisam ser provados, pois a população já os conhece. Um exemplo desses fatos são as datas de feriados nacionais.

Ainda, para Barros (2001, p.04) os Fatos intuitivos são os fatos intuitivos, indemonstráveis, são aqueles que por sua própria natureza se auto demonstram. As presunções são fatos que não dependem de prova, pois a lei já os provou. Aqui há que se fazer uma ressalva, pois alguns doutrinadores dividem as presunções, em absoluta e relativa. No caso da presunção absoluta as partes não precisam provar, mas em sendo presunção relativa há necessidade de provas. E finalizando, os Fatos inúteis são aqueles fatos que nem sequer demonstram qualquer relevância para o processo penal.

No entanto Nucci (2011, p. 392), dispõe que, há também o Direito como objeto de prova, não há que se provar o Direito, pois o Juiz já o conhece. Contudo, quando se trata de Direito Estadual, municipal, Direito Estrangeiro e Consuetudinário, uma vez alegado é necessário prova-lo, quanto a sua existência e vigência.

#### **4.4 Sistemas de Avaliação das Provas**

Atualmente Barros (2001, p. 17), apresenta que são três os sistemas de avaliação, sendo o sistema da íntima convicção, sistema da prova legal e sistema do livre convencimento motivado.

Para o autor supracitado, o Sistema da íntima convicção o Juiz julga com sua consciência, ou seja, a sua maneira, nesse sistema é deixado tudo nas mãos do juiz, ele é quem decide como avaliar, valorar e apreciar as provas.

E ainda completa autor, com relação ao Sistema da prova legal, este se baseia num sistema onde cada prova tem o seu valor legal pela lei. O juiz não pode valorar conforme a sua convicção, mas valora a prova de acordo com que a lei estipula. E finalizando, conforme o mesmo autor o Sistema do livre convencimento motivado há a

livre convicção de que o juiz é livre para julgar conforme a sua própria convicção, porém há a obrigação de fundamentar a sua decisão.

#### 4.5 Meios de Prova

Quando se refere a meios de prova, remete-se ao conceito que a acarreta, pois se prova é tudo o que se leva ao conhecimento do juiz para convencê-lo, os meios de prova são na verdade os instrumentos que levam a esse conhecimento.

Nos dizeres de Tourinho Filho (2012, p. 235) “os meios de prova são tudo o quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícia, etc.”.

Nesse mesmo sentido Nucci (2011, 389) conceitua os meios de prova como a busca da verdade dos fatos e dispõe:

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de Clariá Olmedo, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso (Tratado de derecho penal, v.1, p. 448).

Na definição de Mittermayer (2008, p. 146), a prova além de ser instrumento que leva o conhecimento ao juiz, é também um meio de constituir certeza: “Se é verdade que dar a prova ou constituir certeza é tender ao mesmo fim, deve ser exato que todo meio de produzir a certeza será necessariamente um meio de prova também”.

Dos conceitos dispostos retira-se a ideia então que os meios de prova são instrumentos, porém há a necessidade de classificá-los, pois conforme Mirabete (2006, p. 253), algumas provas podem vir catalogadas no processo e outras não, a esse fator dar-se-ão o nome de provas nominadas e provas inominadas.

As provas nominadas são aquelas que o meio de produção estão na lei, esta prova tem o contraditório próprio e estão dispostos nos art. 158 a 250 do Código de Processo Penal.

Entretanto, existem as provas inominadas, que são aquelas em que os meios de produção não estão previstos no mesmo Código supracitado. A questão a que se remete é, saber sobre a utilização das provas inominadas dentro do processo, no caso elas serão ou não aceitas no processo?

Segundo Tourinho Filho (2012, p.238), os meios de prova ainda que não especificados no código são admitidos.

Para Estefam (2008, p.20), os meios de prova inominados são só admitidos porque se sustentam no Princípio da Liberdade das provas, “A liberdade das provas é o

corolário do princípio da verdade real e, por meio dela, sustenta-se que todo meio de prova devem ser admissíveis, previsto em lei (meios de prova nominados) ou não (meios de prova inominados) ”.

Tourinho Filho (2012, p. 239), afirma que o Princípio da Liberdade das Provas oferece a garantia de que não há nenhuma restrição a utilização de outros meios de prova, não sendo somente àqueles dispostos na lei. Ainda completa além da não restrição ao uso das provas inominadas, as únicas vedadas pelo Código são as que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana.

#### **4.6 Espécies de prova**

Como apontado anteriormente, há que se fazer uma distinção sobre as provas. As primeiras descritas nesse tópico, trata-se de provas inominadas, as quais não estão dispostas no código. Após seguiram as provas nominadas, essas já dispostas pela lei.

##### **4.6.1 Prova emprestada**

A prova emprestada segundo Nucci (2011, p.390), é aquela que é produzida em outro processo e o juiz deve levar em consideração o modo de produção da mesma, para poder aceitá-la.

Na definição de Tourinho Filho (2012, p. 236), a prova emprestada representa:

Como o próprio nome está a indicar, prova emprestada é aquela colhida num processo e translada para outro. Ora é um testemunho, ora uma confissão, uma perícia um documento, enfim, uma prova produzida em um processo e transferida para outro. Não há dúvida quanto essa possibilidade. Contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa “prova emprestada” fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, visto que obtida com violação de princípios constitucionais.

É importante ressaltar que o próprio autor acima afirma que a prova emprestada para ser válida precisa passar pelo processo do contraditório e da ampla defesa, pois sem isso, essa prova será considerada nula.

#### 4.6.2 Prova ilícita

A prova ilícita, nos dizeres de Tourinho Filho (2012, p. 243), é aquela que viola o Direito Material, como Direito Penal, Civil e Constitucional, enquanto prova ilegal são aquelas introduzidas no processo e confirma:

Há uma distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Enquanto aquelas segundo Nuvolone, são obtidas com violação de normas materiais, as ilegítimas são as introduzidas no processo contra as determinações de normas processuais (cf. Nuvolone, apud Ada Pellegrine Grinover, Jurispenal do STF, 37/20)

São consideradas ilícitas porque violam a lei e como tal devem ser desentranhadas do processo, conforme disposto no art. 157 do Código Processo Penal. Tourinho Filho confirma essa posição (2012, p.293):

“Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex. confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada do processo”.

Outra característica das provas ilícitas refere-se a obtenção de outras provas, ou seja, são as provas ilícitas por derivação. Segundo Barros (2008,p. 37) “ É conhecida como teoria do fruto da árvore envenenada. É o caso de prova ilícita em si, mas alcançada através de informação obtida por meio ilícito”. A partir desse conceito, sabe-se que todas as provas que surgirem mediante ilicitude originária serão inadmissíveis.

Para Tourinho Filho (2008, p.262), ao lado das provas ilícitas por derivação tem-se a Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados “*fruit of the poisonous tree*”, segundo essa teoria norte-americana, todas as provas derivadas de uma prova ilícita estão contaminadas, é o que está disposto no texto legal “São inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, §1º. Código Processo Penal)

Estefam (2008,p.22) vem a confirmar esse posicionamento da Teoria nos seguintes dizeres:

Segundo essa Teoria, todas as provas obtidas com base na prova ilícita (árvore) são contaminadas pela ilicitude (frutos envenenados), mesmo que seja por si, lícitas. Ex: o acusado, torturado, revela o nome de testemunhas do crime, as quais, ouvidas, confirmam a autoria do crime; a oitiva dessas

testemunhas, pela teoria se contaminaria pela ilicitude de confissão.

Não somente a Teoria dos Frutos da árvore envenenada, paralelamente a isso, existe a Teoria da fonte independente, revelando que as provas obtidas por fonte originária não se maculam. Para Nucci (2011, p.392), se por uma prova obtida por escuta clandestina revelar o local de um documento incriminador, portanto ilegal, se uma testemunha revelar o mesmo local do documento, essa fonte originária não pode ser acolhida como prova ilícita.

Contudo, apesar de disposto no texto legal e ter o STF semelhante entendimento da vedação das provas ilícitas, há também a Teoria da Proporcionalidade fazendo um contraponto com a prova ilícita por derivação. Barros (2001,p.34), afirma consistir essa Teoria em:

Consiste em admitir-se a prova ilícita, em caráter excepcional, com base no equilíbrio entre os valores em disputa, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inciso LVI, do art. 5º, quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição, conforme o escólio de Scarance, que exemplifica com a utilização da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência de direitos fundamentais do próprio interessado ou terceiros. Na prova ilícita *pro reo*, aduz a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inciso LVI, do art. 5º, da Constituição cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art 5º, LVI). Diante desse confronto entre duas normas constitucionais de conteúdo processual, a segunda tem caráter prevalente.

Trata-se aqui da possibilidade de utilização da prova ilícita *pro reo*, onde, caso esteja em jogo a liberdade de um acusado, que só existirá através de provas ilícitas, essas deverão ser usadas, pois conta a favor do acusado.

#### **4.6.3 Exame pericial**

A prova pericial segundo Tourinho Filho (2012,p. 274) “...mais que um meio de prova, a perícia representa um elemento subsidiário para sua valoração ou para solução de uma dúvida”. Esta prova é obtida através da análise de um objeto, e está disciplinada no texto legal nos arts. 158 a 164 do CPP.

A pessoa reconhecida para realizar tal exame é denominada perito, onde esse segundo o Código, é pertencente a duas categorias: perito oficial e perito não oficial.

A denominação de perito oficial é descrita por Tourinho Filho (2012, p. 280) a seguir:

Nos termos do art.159 do CPP, os exames de corpo de delito e outras perícias são feitos por perito oficial. A regra, então, é esta: basta um perito oficial, portador de diploma de curso superior, para proceder ao exame de corpo de delito e outras perícias.

O perito oficial é um servidor público e, portanto, tudo o que esse perito constatar é tido como fé pública, já que o mesmo possui presunção de legitimidade. Contudo, o perito não oficial segundo Tourinho Filho (2012, p. 280):

O procedimento retrocitado, entretanto, não é absoluto. Admite exceções. Assim, se não houver perito oficial, o exame será feito por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, as que tiveram habilitação técnica relacionada à natureza do exame, nos termos, nos termos do § 1º do art.159 do CPP.

O perito não oficial é aquele que provem da iniciativa privada, ele não é servidor público, mas sim nomeado pelo juiz. Por não ter fé pública esse perito deve ter o compromisso com a verdade.

A perícia para ter validade deve obedecer a metodologia proposta, seguindo o roteiro da descrição do objeto, estudo e conclusão do mesmo, caso contrário a prova é declarada nula.

Assim como em todas as provas, segundo Mirabete (2006, p.246), deve existir na perícia o contraditório, obedecendo ao Princípio do contraditório, que quando realizada na fase judicial recebe o nome de quesitação, já na fase do inquérito policial o perito responde apenas os quesitos formulados pelo juiz e Ministério Público.

Uma das modalidades de exame pericial, disposta na lei é denominada de Exame de Corpo de delito art. 158 do CPP. Para Mirabete (2006, p. 265) “Corpo de delito é um conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através dos sentidos”.

O Corpo de delito também consiste num conjunto de pericias que somadas levam a materialidade do crime. Nos dizeres de Nucci (2011, p.398):

Corpo de delito é a prova da existência do crime (materialidade do delito). Como ensina Rogério Lauria Tucci, “corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos explicitamente, na definição de crime, isto é, no modelo legal” (Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, p.14). O exame de corpo de delito é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente ou feita por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais desapareceram.

Pelo descrito do autor acima é um conjunto de pericias previstas em lei, sendo indispensável para comprovação da materialidade do crime, recaindo sobre as impressões materiais do delito.

#### **4.6.4 Interrogatório**

O interrogatório do acusado está expresso no Código de Processo Penal em seus arts. 186 a 196. Para Mirabete (2006, p.272), faz uma ressalva em relação a esses artigos “ O capítulo foi interamente modificado pela Lei nº 10.792 de 1º-12-2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196, à exceção do art. 94, expressamente revogado”.

Conforme o autor supracitado, anteriormente a reforma da lei o interrogatório era meio de prova, hoje após as alterações ele, além de meio de prova também é meio de defesa.

O conceito de interrogatório é colocado dessa forma por Nucci (2011, p.421):

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.

Com relação à natureza jurídica, o autor acima mencionado, Nucci (2011,p. 421), faz uma diferenciação: é meio de prova, é meio de defesa, é meio de prova e de defesa e por último, é meio de defesa primordialmente; em segundo plano meio de prova.

O interrogatório é realizado em vários momentos que vão desde a persecução penal até o final do processo. Para Barros (2008, p. 73), esses momentos são: “durante o inquérito, depois do recebimento da denúncia ou queixa, em plenário do júri, perante o tribunal, a qualquer momento, mesmo após a sentença”. Isso se comprova no artigo 196 do Código Processo Penal.

Ante ao exposto, é primordial que faça o interrogatório, pois conforme Tourinho Filho (2012, p. 300), ele é necessário, ensejando em nulidade caso haja a sua falta.

Outra particularidade sobre o interrogatório refere-se as suas características, uma vez que é obrigatório tê-lo no processo. Segundo Tourinho Filho (2012,p. 303), o interrogatório é ato personalíssimo, não admitindo representação, somente o imputado deve ser interrogado.

Outra característica importante, conforme Tourinho Filho (2012, p. 303) diz respeito ao ato judicial, pois o interrogatório é procedido pelo juiz e ninguém mais pode intervir. No tribunal do júri, porém, são as partes que fazem as perguntas para o réu, o que não impede ao juiz de fazê-lo primeiro. No tocante ao inquérito policial, este será conduzido pela autoridade policial, disposto no art. 304 do CPP.

Finalizando, o interrogatório deverá ser oral, observando as exceções do art. 192 do mesmo Código supracitado, que trata do interrogatório de pessoas surdas-mudas. Depois da oitiva oral, o interrogatório será reduzido a termo.

#### **4.6.5 Confissão**

Reconhecida no Código Penal, a confissão também faz parte das provas nominadas. Segundo Barros (2008, p. 73), o conceito de confissão pode ser assim definido:

No campo do direito processual, a confissão é o reconhecimento realizado em juízo por uma das partes, a respeito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de ocasionar-lhes consequências jurídicas desfavoráveis. No processo penal é aceitação pelo autor da prática criminosa, da realidade da imputação que lhe é feita.

Nesse mesmo sentido, Mirabete (2006, p. 286) dispõe:

Seu objeto é, portanto, a imputação, o fato que configura o crime e suas circunstâncias. É conhecido como um “testemunho duplamente qualificado”, pois, do ponto de vista objetivo, recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa, e do ponto de vista subjetivo, provem do próprio réu e não de terceiro.

Ao que foi descrito acima, resume-se que, o conceito de confissão na verdade, pode ser descrito como um meio de prova, onde o imputado renuncia ao direito de defesa, assumindo assim o fato imputado em seu desfavor.

As espécies de confissão segundo Barros (2008, p. 74) são: “ simples; qualificada; judicial; extrajudicial; expressa e ficta”. Neste sentido segundo o próprio autor mencionado, a confissão simples é aquela em que o autor assume o fato criminoso. A qualificada, o autor assume o fato, porém apresenta fato novo que o exclua de culpabilidade. A judicial é a colhida na presença do juiz e extrajudicial é feita na ausência do mesmo, como por exemplo, no inquérito policial. A expressa é a realizada por escrito ou por palavras e por último, a ficta que pode ser uma confissão tácita ou presumida a exemplo da revelia.

Em relação ao valor probatório, a confissão possui um valor relativo, uma vez que ela não prova o crime, como já mencionado. Nos escritos de Tourinho Filho (2012, p. 320) “A experiência tem demonstrado que a confissão não se pode, nem se deve atribuir absoluto valor probatório”.

Ainda, segundo o autor supracitado, não existem provas somente pela confissão, e completa:

Todavia todos aqueles que se dedicaram ou se dedicaram ao estudo das provas no campo do Processo Penal salientam que, muitas vezes, circunstancias várias podem levar um individuo a reconhecer-se culpado por uma infração que realmente não praticou.

Mittermaier (2008, p. 244), argumenta que a confissão é um fenômeno anti-natural, pois para o autor é muito difícil um homem praticar um ato contra si mesmo, com o intuito de prejudicá-lo, constituindo assim a relatividade da prova.

#### **4.6.6 Testemunhas**

As testemunhas também estão descritas na lei, conforme arts. 202 a 225 do CPP. Seu conceito segundo Mittermaier (2008, p.301) dispõe que significa “individuo chamado a depor segundo a sua experiência pessoal, sobre a existência e natureza de um fato”.

Barros (2001, p. 76) apresenta outro conceito de testemunhas, para o autor embora haja muitas definições de testemunha são aquelas que vivenciaram o fato acerca de um conflito. Porém, o mesmo autor faz uma diferenciação acerca de testemunho, onde este é definido como “o teor do depoimento, que é reduzido a termo, ou seja, transcrito em ‘Assentada’, uma espécie de ata onde constam lugar, dia, hora e pessoas presentes ao ato”.

As testemunhas podem ser classificadas, segundo Tourinho Filho (2012, p. 339) em: “diretas, indiretas, próprias, impróprias, informantes, numerárias e referidas”. E assim as define:

Diz-se direta a testemunha, quando depõe sobre os fatos a que assistiu. Indireta, quando depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer. É a testemunha *de auditu*, ou “testemunhos de ouvir dizer”. Quanto a estes, *hearsay is no evidence*, os americanos não lhes dão valor. E o art. 129 do CPP português dispõe não servir como meio de prova o testemunho da pessoa que não indicar a fonte do qual tomou conhecimento do ocorrido. Em última análise, trata-se da proibição da testemunha “por ouvir dizer”. *Própria* é a testemunha que depõe sobre os fatos objeto do processo, cuja existência conhece de ciência própria ou por ouvir dizer. Diz-se

*imprópria*, quando depõe sobre um ato, fato ou circunstância alheia ao fato objeto do processo e que se imputa ao acusado.

Para completar as classificações, Tourinho Filho (2012, p. 340) completa: “Dizem-se *numerárias* as testemunhas que prestam compromisso e *informantes* aquelas que não o prestam. Ainda há as chamadas testemunhas *referidas*, que são terceiras pessoas indicadas no depoimento de outra testemunha”.

Outra característica encontrada sobre as testemunhas, ocorre do fato das mesmas poderem prestar seu testemunho perante a judicialidade, a oralidade, a objetividade e a retrospectividade.

Mirabete (2006, p. 292) define que, no que tange a judicialidade, o depoimento da testemunha só terá veracidade estando em juízo. No que diz respeito a oralidade, o autor afirma que o depoimento deverá ser realizado oralmente e reduzido a termo. Com relação a objetividade, refere-se ao fato da testemunha restringir-se somente aos fatos, ocultando suas opiniões. Por fim, no que tange a retrospectividade, evidencia o momento em que a testemunha deve se referir, ou seja, o passado, evitando assim relatar fatos que poderão surgir no futuro.

Muito se tem debatido sobre o valor probatório das testemunhas, pois segundo Malatesta (1996, p. 338):

...esta presunção de veracidade pode ser destruída ou enfraquecida por condições particulares, que sejam, em concreto, inerentes ao sujeito, forma ou conteúdo de uma particular testemunha; para avaliar sua força probatória, em concreto, é necessário, por isso, atender as condições particulares supracitadas.

Nesse sentido Mirabete (2006, p. 305), também aponta para a questão da veracidade dos testemunhos, uma vez que o ser humano pode equivocar-se quanto a sua percepção, podendo cometer erros de julgamento, distância, tempo etc. E conclui: “não se pode, realmente prescindir da prova testemunha na maioria das ações penais, devendo o juiz confiar nos depoimentos prestados quando não estão em desacordo evidente com os demais elementos dos autos”.

#### **4.7 A Exposição de Motivos**

Através do Decreto Lei 3.689/41 que trata da Exposição de motivos de Código de Processo Penal, exposto no item VII que dispõe sobre as provas em geral:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um expectador inerte da produção de provas. Sua, intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que

lhe parecem uteis ao esclarecimento da verdade. Para indignação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Aqui o juiz poderá ordenar de ofício as provas que lhe parecem uteis, não somente as provas dispostas no Codex, mas aquelas que poderão esclarecer a verdade.

Ainda, pela exposição de motivos, onde está disposta a prova pericial, prova esta que se encontra descrita no Código de Processo Penal artigo 159: “O exame de corpo de delito e outras pericias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”

Como visto, a prova pericial está garantida na legislação e ainda, está classificada como prova lícita. Assim, essas provas serão realizadas por perito oficial e, através do artigo 160 do Código de Processo Penal deverão processar o passo a passo: “Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados”.

## **5 AS EXPRESSÕES CORPORAIS COMO MEIO DE PROVA**

Primeiramente, após todo o exposto sobre as expressões corporais e faciais, há que se enfatizar que essas últimas citadas são científicas.

Como já explorado, as expressões já foram comprovadas cientificamente por estudiosos como Darwin e Paul Ekman há algumas décadas atrás.

Ekman comprovou através de experimentos que as expressões são universais, ou seja, elas são as mesmas em qualquer lugar do mundo. O cientista em questão revelou que as emoções, que aparecem no nosso corpo, são as mesmas para todos os povos e nações.

Com isso, há que se afirmar que as expressões são reais e verdadeiras, cabendo aos especialistas e estudiosos à comprovação através de perito, pois eles poderão emitir laudo, devidamente assinado, como meio de prova processual penal.

As provas devem ser colhidas desde a persecução penal e em toda a ação penal, a autoridade policial pode utilizar-se durante o interrogatório de técnicas da expressão corporal, por intermédio de gravação em vídeo, podendo ocorrer o mesmo dentro da ação penal, onde o juiz deverá extrair essas expressões, gravadas em vídeo, no interrogatório, na confissão e no testemunho.

Ainda, com relação as provas, o perito pode analisar todas as imagens para constatar sua veracidade.

Durante toda a fase do processo penal poderá ser feito, através de interpretação do sistema de expressões, questões de maneira mais assertiva, mais direcionada àquilo que se pretenda descobrir.

Segundo o especialista Castilho (2011, p.111), a experiência e prática das pessoas que atuam no sistema judiciário, fazem com que desenvolvam um instinto para reconhecer perfis criminosos e de pessoas que estão tentando enganá-las. Nesse sentido, essas pessoas viabilizam em muito a aplicação da técnica da observação das expressões corporais e faciais, visto que elas serão utilizadas como meio de comprovação para aquilo que o próprio comportamento do acusado já aponta.

Essa facilidade do reconhecimento do perfil trabalhando conjuntamente com as expressões em si, são confirmadas por Castilho (2011, p. 112):

Além disso, a técnica acabou por revelar um atalho na produção de provas e de caminhos na investigação que levam à solução de um crime. Pois, agora, eu dependia mais apenas da intuição – ao analisar as expressões e o comportamento de meus interlocutores, tinha condições de separar prováveis suspeitos de pessoas certamente, com notável precisão, confirmar a veracidade do que era me dito.

E conclui:

O cenário ideal para a aplicação de técnica com total segurança nos resultados é o que permite gravar em vídeo entrevistas, interrogatório, negociações. Evidentemente, como qualquer trabalho de investigação, usualmente quem é filmado não tem ciência disso – mas o proprietário ou responsável pelo espaço, em geral a empresa que me contratou para resolver um crime, sim.

Nesse contexto, o autor somente utiliza os equipamentos de filmagem como forma de auxílio para análise mais profunda de observação das técnicas para decodificação das expressões corporais e faciais.

Outra técnica desenvolvida pelo autor refere-se ao princípio da análise das expressões num todo, no aspecto geral da pessoa. Essa técnica é chamada de “*Baseline*”, que segundo o próprio autor, serve de base para iniciar a observação das expressões, criando assim um momento relaxado para o interrogado, conforme dispõe Castilho (2011, p.113):

O primeiro passo, num caso desses, é criar o que tecnicamente chamamos de *baseline*, ou um mapa das expressões faciais e característica de comportamento da pessoa numa conversa relaxada, em que ela não se sinta ansiosa, acuada ou pressionada a mentir. Na elaboração de um *baseline*, presto atenção a aspectos como um piscar de olhos – quão frequente ele é? -, o uso das sobrancelhas para dar ênfase a alguma

parte da conversa, a posição das mãos, das pernas, a rigidez do ombro, o aspecto da testa, da boca.

Um *baseline* será melhor se soubermos de antemão alguns fatos sobre a vida da pessoa.

O autor supracitado faz uso de equipamentos para gravações em vídeo de audiências e interrogatórios. Porém, diferente do âmbito organizacional, o qual a filmagem não poderia tornar-se instrumento de prova, aqui elas fazem parte do processo e servirão como instrumento para análise profunda da linguagem não verbal.

Nos Estados Unidos e parte da Europa, esse tipo de análise já ocorre costumeiramente, ou seja, as expressões corporais e faciais são utilizadas em larga escala no Judiciário, seja para a condenação do réu ou para absolvição. Isso só é permitido porque as expressões já são comprovadas cientificamente, o que as torna um meio de prova eficaz e eficiente no processo penal.

Neste sentido, as expressões corporais e faciais serviriam como meio de prova, pois através dos registros que ficarão nos autos, e com análise pericial, o observador conseguirá analisar profundamente a linguagem não-verbal, emitidas pelo acusado durante todo o processo penal.

Além disso, conforme o que foi apontado na exposição de motivos, inicialmente a análise das expressões corporais e faciais, seria como meio de prova *pro reo*, ou seja, o uso seria para a defesa do réu, na intenção de evitar uma condenação injusta ou até mesmo um encarceramento errôneo.

## 5.1 As expressões corporais e o detector de mentira

A mentira é usualmente utilizada no nosso meio, ao contrário do que se imagina a mentira nem sempre é dita para prejudicar alguém. As pessoas falam mentiras para não magoar alguém.

Para Graig (2013,p.13)” a mentira é um ato físico, uma afirmação verbal ou omissão com o objetivo de esconder a verdade”.

Segundo Castilho (2011, p.44), existem inúmeras técnicas na busca da detecção de mentiras, como a exemplo do Polígrafo, soros da verdade e ressonância magnética. Esses meios, segundo o autor, são eficazes, não ferindo os Direitos Humanos das pessoas. Entretanto não são utilizados no nosso país, mas em outros países e são uteis na busca da verdade real.

O arsenal de mentiras que dispomos é vasto. Polígrafos, por exemplo, são máquinas que medem o estresse fisiológico de alguém que está sendo interrogado, de forma a descobrir alterações emocionais quando se conta uma mentira. [...]

Outra arma utilizada nas cruzadas contra a mentira e os mentirosos é o soro da verdade. Trata-se de uma droga

psicoativa – em geral barbitúricos ou hipnóticos – administrada a alguém que será interrogado. É uma ferramenta bastante controversa; a legislação internacional classifica como tortura o uso inadequado do soro da verdade. Por outro lado, é uma ferramenta importante em diagnósticos psiquiátricos, em casos de paciente psicóticos, usada com tal finalidade desde os anos 1930. [...]

Recentemente neurocientistas descobriram que a mentira ativa estruturas do cérebro completamente diferentes, o que pode ser percebido durante exames de imagens por ressonância magnética. [...]

Para a detecção de mentira, atualmente é utilizado um aparelho conhecido como detector de mentira. No Brasil, esse tipo de prova ainda possui muita discussão sobre sua veracidade. Porém, no Rio Grande do Sul a Polícia Civil usa o aparelho tanto na investigação quanto a pedido do judiciário para diligências.

Segundo o portal G1, o aparelho possui um equipamento analisador de voz multi camadas. Esse aparelho foi desenvolvido em Israel e consegue ler o que se passa no cérebro dos suspeitos.

O inspetor de polícia Demétrio Peixoto, descreve que o analisador de voz multicamadas faz a leitura dos conflitos cognitivos cerebrais e se preocupa com o que a pessoa pensa e não com o que fala.

A partir disso, o aparelho consegue ingressar dentro da atividade cerebral e medir os conflitos lógicos.

O inspetor completa dizendo que nos últimos anos, o Gabinete de inteligência da Polícia do Rio Grande do Sul vem utilizando o aparelho em investigações solicitadas pela defesa e também a pedido do Ministério Público.

Não somente o aparelho é utilizado nas investigações, durante o depoimento o inspetor confronta a leitura do aparelho com as expressões faciais emitidas pela pessoa. O que, de um certo modo, consegue comprovar os resultados apresentado pelo aparelho.

## **6 CONCLUSÕES**

As Expressões Corporais e faciais hoje podem auxiliar o Poder Judiciário de várias maneiras.

Como já apresentado, as expressões são universais e possuem cientificidade para serem utilizadas como meio de prova.

Com relação as emoções, os autores afirmam que elas são idênticas para qualquer ser vivo habitante do planeta, por isso, os estudiosos conseguem avaliar as pessoas, através de suas reações corporais e faciais, de maneira verdadeira.

O presente trabalho, também demonstrou variadas maneiras de se analisar uma pessoa dentro de um contexto social. Demonstrou também como as expressões podem ser detectadas no corpo e na face do indivíduo e quais as reações de seus músculos mediante os estímulos exteriores.

Nesse contexto, através dessa observação há a possibilidade do analisador descobrir sinais que comprovem mentira, como coçar cabeça e extremidades do nariz, tapar a boca com a mão, sinais de nervosismos, como tamborilar dos dedos, balançar os pés, inúmeros comportamentos que podem surgir no decorrer do processo e que servem como meio de prova na busca da verdade.

A mentira é o tema muito em alta para os especialistas, pois detectando traços de mentirosos consegue se chegar num julgamento ou em interrogatório mais fidedigno.

Diante disso, as expressões corporais e faciais podem contribuir em muito no âmbito do Judiciário, pois elas podem permanecer no processo penal através da filmagem, visto que hoje em dia o mundo Jurídico dispõe desse equipamento, podendo apresentar-se como prova subjetiva corroborando com as demais provas materiais dentro do processo.

Até mesmo as expressões podem participar do processo como prova objetiva, onde analisadores conseguirão comprovar cientificamente as expressões emitidas naquele momento através de laudo pericial, entrando assim como meio de prova *pro reo*, ou seja, para absolver o réu e também na busca pela verdade real.

## REFERÊNCIAS

BALLONE, GJ - **Personalidade Psicopática** - in. PsiqWeb, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br/> revisto em 2008. Acesso 05/02/2013.

BARROS, Antonio Milton. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**. 1º Ed. São Paulo: Editora Juarez Soares, 2001.

CARROL, John B. **Psicologia da Linguagem**. 3º Ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1969.

CASTILHO, Wanderson. **Mentira: um rosto de muitas faces**. 3º Ed. São Paulo: Editora Urbana, 2011.

CRAIG, David. **Como identificar um mentiroso**. 1º Ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

DAVIS, Flora. **A comunicação não-verbal**. 5º Ed. São Paulo: Editora Summus, 1979.

DIMITRIUS, Jô-Ellan; MAZZARELLA, Wendy Patrick. **Decifrar Pessoas: como entender e prever o comportamento humano**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

EKMAN, Paul. **A linguagem das emoções**. 4° Ed. São Paulo: Editora Lua de Papel, 2011.

ESTEFAM, André. **Provas e procedimentos no processo penal**. 1° Ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2008.

FARAH, Geisa Matos. **Prova ilícita e sua Aplicação no Processo Penal**. 2008.68f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente, 2008.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional**. 41° Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1995.

GUGLIELMI, Anna. **A Linguagem Secreta do Corpo: a comunicação não verbal**. 5° Ed. Petrópolis: EditoraVozes, 2014.

JAMES, Judi. **Linguagem corporal no trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Vol I. 3° Ed. Campinas: Editora Bookseller, 1996.

MANZI, José Ernesto – **O Uso de Técnicas Psicológicas na conciliação e na colheita de prova judiciária**- Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5243/o-uso-de-tecnicas-psicologicas-na-conciliacao-e-na-colheita-da-prova-judiciaria>. Acesso em 15 de dezembro de 2012.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 5° Ed. Campinas: Editora Bookseller, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18°Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. 1° Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8°Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, João. **Saiba quem está a sua frente: análise comportamental pelas expressões faciais e corporais**. 1° Ed. Rio de Janeiro: WAK Editora, 2011.

PEASE, Allan; PEASE, Bárbara. **Desvendando os segredos da Linguagem Corporal**. 1° Ed. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2005.

PEREIRA, André. **Justiça poderá vir a usar análise das expressões faciais**.

Disponível em internet

[http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=2062552&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2062552&page=-1). Acesso em 02 de agosto de 2013.

SANTOS, Hélène Rebecca Bautzer dos. **PSICOLOGIA NA ÁREA CRIMINAL**. 1°Ed. Bauru, Editora Jalovi LTDA, 1979.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado**. 1° Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2008.

SCHUBERT, Siri. **Mensagens Sutis**. Disponível em

<http://www.methodus.com.br/site/artigos/default.asp?tema=2&curpage=9>. Acesso em 05 de agosto de 2013.

SCHUBERT, Siri. **Faces da Mentira**. Disponível em <http://www.methodus.com.br/artigos/337/faces-da-mentira.html>. Acesso em 03 de agosto de 2013

TARDIN, João Paulo. **Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro como Instrumento à Acusação**. 2011. 72f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdades “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 3**. 34º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da Prova: teoria do testemunho do ouvi dizer**. 1º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Klauss. **A Dança**; em colaboração com Marco Antonio de Carvalho. 3º Ed. São Paulo: Summus, 2005.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O Corpo Fala: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal**. 59º Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

# O MARTELO DAS FEITICEIRAS: A DIABOLIZAÇÃO DA MULHER NAS ENGRENAGENS DA INQUISIÇÃO

Neila Cristina dos Santos<sup>1</sup>  
José Artur Teixeira Gonçalves<sup>2</sup>

**RESUMO:** No transcorrer da Idade Moderna, muitas mulheres foram vítimas de julgamentos e torturas, sob a acusação de crimes contra a fé. Denominadas “bruxas” e “feiticeiras”, foram alvo de inúmeros tratados que as relegavam a filhas de Satã. O artigo se propõe a analisar a produção de um discurso “demonizador” da mulher em uma das fontes inquisitoriais e demonológicas do período, o manual *Malleus Maleficarum* [Martelo das Feiticeiras], publicado em 1484 pelos dominicanos Kramer e Sprenger. Ao examinar a obra, percorrendo seu contexto e suas formulações sobre a mulher, procura-se identificar traços de um pensamento misógino que norteou tribunais, eclesiásticos e laicos, na perseguição às mulheres.

**Palavras-chave:** Misoginia. *Malleus Maleficarum*. Inquisição.

**ABSTRACT:** This paper examines the role of the treaty “Malleus Maleficarum” [The Hammer of Witches, by Kramer and Sprenger] in the production of a misogynistic discourse in the modern age. It analyzes the demonization of women in modern Inquisition.

**Keywords:** Misogyny. *Malleus Maleficarum*. The Hammer of Witches. Inquisition

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo problematiza a construção de um discurso produtor de estereótipos que reforçam a subalternização da mulher na sociedade, associando-a ao “mal”, reprimindo e “demonizando” sua sexualidade. Para tanto, buscou-se enquadrar, em uma perspectiva histórica, a produção da figura da bruxa no manual de inquisidores *Malleus Maleficarum*, o Martelo das Feiticeiras.

Pretende-se, com isso, identificar uma importante fonte do imaginário social, engendrada em fins da Idade Média e no alvorecer da Idade Moderna, porta-voz da percepção da elite clerical acerca da mulher. Ao examinar este discurso, identificam-se temas que, de uma forma ou de outra, se reproduzem mimeticamente nos dias de hoje, toda vez que as instituições religiosas tentam oprimir e subjugar a mulher e seu corpo. Pensa-se, por exemplo, na negativa religiosa ainda atual dos direitos reprodutivos à

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Serviço Social das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (FIAET/PP), bolsista do Programa Toledo de Iniciação Científica (PICT).

<sup>2</sup> Docente dos cursos de Direito e Serviço Social das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (FIAET/PP), Doutor em História pela UNESP/Assis, coordenador do grupo de iniciação científica “Perspectivas alternativas sobre a violência e os direitos humanos: religião e o campo histórico-social contemporâneo”.

mulher (em suma, negação ao direito sobre seu próprio corpo), ou na ênfase do celibato e da ordenação exclusivamente masculina ao presbitério.

Cabe ressaltar que os tratados demonológicos, que nortearam a ação inquisitorial, são peças de valor jurídico que alicerçaram toda uma estrutura, eclesiástica e laica, de perseguição às mulheres consideradas adoradoras de Satã. Indispensável, portanto, seu estudo para compreensão de importante engrenagem jurídica moderna.

Para discutir estas ideias, o artigo se estrutura em duas partes. Inicialmente, um breve contexto da fonte estudada; em seguida, a análise da forte presença de um discurso misógino no Martelo das Feiticeiras. Por meio de análise documental e bibliográfica, compulsando fontes primárias e secundárias (RICHARDSON, 2012, p. 252-253), pretende-se ressaltar como foi construído o discurso demonológico sobre o feminino.

Lamentavelmente, as bruxas não serão estudadas aqui a partir de suas próprias vozes. Será preciso ler a partir dos filtros que se interpõem entre elas e nós: as lentes dos inquisidores e teólogos, todos homens.

## **2 O MALLEUS MALEFICARUM: CONTEXTO E A OBRA**

O Martelo das Feiticeiras teve enorme difusão na Europa moderna, sobretudo ao longo dos séculos XVI e XVII. Publicado em 1486, recebeu 34 edições entre seu aparecimento e 1669, calculando-se a circulação de 50 mil exemplares neste período (DELUMEAU, p. 2009, p. 365). Além do fenômeno editorial, o manual escrito por H. Kramer e J. Sprenger foi usado como vade-mécum para a ação inquisitorial, representativo do movimento de “caça às bruxas” ocorrido principalmente no Centro e Norte da Europa (PAIVA, 2002, p. 17-18).

Na literatura da qual o *Malleus* faz parte, a mulher (a bruxa) é representada como uma aliada do diabo, possuidora de poderes diabólicos, como por exemplo, se transformar em animais e fazer voos “de posse da pomada voadora, que tem sua fórmula definida pelas instruções do diabo e é feita dos membros das crianças mortas [com a qual] ungem uma cadeira ou um cabo de vassoura; depois são elevadas aos ares, de dia ou de noite” (KRAMER; SPRENGER, 1995, p. 228).

Indicando que a misoginia não era algo exclusivo dos tratados demonológicos, mas uma perspectiva comumente encontrada nos escritos contemporâneos ao *Malleus*, Stuart Clark (2006, p. 163-164) resume em três principais pontos os argumentos demonológicos sobre a mulher: 1) as mulheres eram mais fracas do que os homens, em suas qualidades intelectuais e psicológicas; 2) as mulheres eram presas mais fáceis de satã devido a sua natureza mais frágil do que a masculina

(no *Malleus*, por exemplo, toda a bruxaria vem da fraqueza feminina pela luxúria); 3) a bruxaria pode ser explicada em termos das “fraquezas e deficiências caracteristicamente femininas”.

A este respeito, Jean Delumeau (2009, p. 481) pontua que toda a misoginia do *Malleus* pode ser encontrada em outros tratados, o que nos sugere a leitura da fonte a partir do resgate de seu contexto. A misoginia de Kramer e Sprenger tem raízes em uma cultura específica, embora tenha enorme capacidade de se mimetizar e permanecer no Ocidente: “Assim, o medo da mulher não é uma invenção dos ascetas cristãos. Mas é verdade que o cristianismo muito cedo o integrou e em seguida agitou esse espantinho até o limiar do século XX” (DELUMEAU, 2009, p. 468).

Inúmeras fontes letradas povoam o texto de Kramer e Sprenger: doutores e filósofos da Igreja, como São Tomás de Aquino, São Cristóvão, São Jerônimo e São Agostinho. Formulações bíblicas fora de contexto e mesmo de pensadores antigos, como Aristóteles, também embasavam o discurso (CLARK, 2006, p. 165; DELUMEAU, 2009).

Kramer e Sprenger estavam apoiados não só na cultura letrada dominante, mas nos aparelhos de poder da Igreja, tendo recebido do papa Inocêncio VIII a bula *Summis Desiderantes* (1484), pela qual se estava respaldado o *modus operandi* inquisitorial frente às bruxas, o que incluía interrogatórios, tortura e punições:

Não obstante Nossos queridos filhos Henry Kramer e James Sprenger (...) tenham sido por cartas apostólicas delegados como inquisidores de tais depravações heréticas, (...) não se vejam privados dos benefícios do Santo Ofício para esse fim firmado (...) decretamos e estabelecemos que os mencionados Inquisidores têm o poder de proceder, para a justa correção, aprisionamento e punição de quaisquer pessoas. (KRAMER, SPRENGER, 1995, p.44-45)

O manual dos dominicanos encontra-se dividido em três partes, nas quais os teólogos argumentam sobre questões que devem ser esclarecidas sobre as bruxas e sua magia, instrumentalizando a prática inquisitorial e de poder contra o “segundo sexo”.

A primeira parte intitula-se “Das Três Condições necessárias para Bruxaria: O Diabo, A Bruxa e a Permissão de Deus Todo- Poderoso”. Nesta seção, os dominicanos desenvolvem a ideia de que o demônio aproveita do corpo feminino (KRAMER, SPRENGER, 1995, p.85), aproveitando-se do “intelecto inferior” das mulheres para tenta-las e persuadi-las.

A segunda parte, denominada “Dos Métodos Pelos Quais Se Infligem os Malefícios e de Que Modo Podem Ser Curados”, descreve as formas que as bruxas utilizam para encontrar o demônio, por meio do pacto. Também identifica como se tornar imune aos atentados da bruxa, com remédios preventivos e curativos.

A terceira parte, “Que Trata das Medidas Judiciais no Tribunal Eclesiástico e no Civil a Serem Tomadas Contra as Bruxas e Também Contra Todos os Hereges”, explicita os métodos para julgar as sentenciadas. O texto coleciona “XXXV Questões Onde são Clarissimamente Definidas as Normas Para a Instauração dos Processos e Onde São Explicados os Modos Pelos Quais Devem Ser Conduzidos, e os Métodos Para Lavrar as Sentenças”. Como dizem os inquisidores, “(...) desenvolvemos essa obra para que possa ficar a cargo dos Juízes os métodos de processar, julgar e sentenciar nesses casos”. (KRAMER, SPRENGER, 1995, p. 381)

O que se depreende, portanto, é que o *Malleus* constituía um instrumento de poder, afetando a vida de mulheres das camadas mais subalternas que, uma vez rotuladas pelas suas comunidades como bruxas eram arrastadas aos porões da Inquisição.

### **3 A DIABOLIZAÇÃO<sup>3</sup> DA MULHER NO *MALLEUS MALEFICARUM***

A Bíblia é evocada por Kramer e Sprenger como autoridade para subalternizar a figura feminina, endossando o estereótipo da mulher como um “segundo gênero”, propenso ao pecado e com um desvio desde sua origem. Tal pensamento fica nítido na interpretação que os dominicanos dão ao texto de Gênesis, sobre a criação da mulher:

E convém observar que houve uma falha na formação da primeira mulher, por ter sido ela criada a partir de uma costela recurva, ou seja, uma costela do peito, cuja curvatura é, por assim, dizer, contrária á retidão do homem. E como, em virtude dessa falha, a mulher é animal imperfeito, sempre decepciona e mente. (KRAMER, SPRENGER, 1995, p. 116)

A citação acima evoca a seguinte passagem bíblica: “Então o Senhor Deus fez cair um sono pesado sobre Adão, e este adormeceu; e tomou uma das suas costelas, e cerrou a carne em seu lugar; E da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou a mulher, e trouxe-a a Adão” (Gn, 2: 21,23). Na interpretação de Kramer e Sprenger, o formato curvo da costela do peito – a “costela recurva” – é associado a um defeito ou ausência de retidão moral da mulher.

Este mesmo ser “imperfeito”, Eva, é quem persuade o homem, Adão, a comer do fruto proibido e causar o primeiro pecado no mundo, o que os leva à expulsão do Paraíso, como na narrativa de Gênesis 3: 3,7.

Nesta ótica, a sexualidade feminina acaba sendo intrinsecamente associada ao pecado original e à impureza. No pensamento clerical, Eva será o paradigma da mulher pecadora, tendo como antítese a figura de Maria, mãe de Jesus, serva fiel e

---

<sup>3</sup> Emprestamos esta expressão de Delumeau (2009, p. 472).

obediente. Para estabelecer este contraponto, Kramer e Sprenger (1995: p. 116) citam S. Jerônimo: “há uma mudança do nome de Eva para Avee todo o pecado de Eva é expungido pela bem-aventurança de Maria. Portanto, cabe aos pregadores muito louvá-las sempre que possível”. Constrói-se no imaginário, assim, um ideal de mulher casta e virtuosa (VAINFAS, 1992, p. 8-10), modelo longe do qual ficarão as mulheres perseguidas pela ação dos inquisidores. Afinal, toda a raiz da bruxaria reside na luxúria, conforme concluem os inquisidores: “Toda bruxaria tem origem na cobiça carnal, insaciável nas mulheres (...) Pelo que, para saciarem a sua lascívia, copulam até mesmo com demônios” (KRAMER, SPRENGER, p. 121)

Não só as mulheres são mais afeitas aos pecados e heresias, como o homem é minoria nestas práticas, reforçando o traço fortemente misógino do pensamento clerical: “E abençoado seja o Altíssimo, Que até agora tem preservado o sexo masculino de crime tão hediondo; como Ele veio ao mundo e sofreu por nós, deunos, a nós homens, esse privilégio”. (KRAMER; SPRENGER, 1995, p. 121).

Sallmann (2002, p. 55), evidencia esta estigmatização da mulher, identificada à prática da bruxaria:

Os responsáveis eram procurados entre as mulheres, sobretudo entre as idosas e mais pobres. De fato, elas estavam predispostas à acusação de bruxaria. (...) Com frequência eram viúvas, e eram isoladas em uma sociedade que nem sempre foi tão caridosa com os anciões como, às vezes, gostamos de acreditar.

Além do estereótipo que identifica as mulheres como bruxas maléficas, elas ainda carregam o signo de inferioridade intelectual. Deste modo, podemos encontrar passagens como esta: “por serem mais fracas na mente e no corpo, não surpreende que se entreguem com mais frequência aos atos de bruxaria”(KRAMER, SPRENGER, 1995, p.116). Ou ainda, “as mulheres possuem também memória fraca” (KRAMER, SPRENGER, 1995, p. 118). E até mesmo menciona a etimologia da palavra feminina:

E tal é o que indica a etimologia da palavra que lhe designa o sexo, pois *Femina* vem de *Fé* e *Minus*, por ser a mulher sempre mais fraca em manter e em preservar a sua fé. (...) portanto, a mulher persevera é, por natureza, mais propensa a hesitar na sua fé e, conseqüentemente, mais propensa a abjurá-la-fenômeno que conforta a raiz da bruxaria.(KRAMER, SPRENGER, 1995, p.117)

A autoridade de Santo Agostinho também é retomada pelos inquisidores para reforçar esse pensamento sobre a mulher:

Bruxas, também chamadas de feiticeiras, são assim denominadas por causa da magnitude de seus atos maléficos.

São as que, pela permissão de Deus, perturbam os elementos – as forças da natureza – são as que confundem a mente dos homens, conduzindo-os à descrença em Deus, e que, pela força terrível de suas fórmulas malignas, sem qualquer poção ou veneno, matam seres humanos. (KRAMER, SPRENGER, 1995, p. 67-68)

A demonização feminina transformou a misoginia em perseguição violenta pela máquina inquisitorial, através das torturas para confessar seus supostos crime de heresia contra a fé, “porque bruxaria é alta traição contra a majestade de Deus. E assim os acusados devem ser torturados para que confessem o seu crime” (KRAMER, SPRENGER, 1995, p.55). Desta forma, escreve Jean Delumeau (2009, p. 523), “tendo o medo da mulher – metade subversiva da humanidade – culminado no Ocidente no começo da Idade Moderna, entre os teólogos e juizes, nada de espantoso se a caça às feiticeiras ganhou então uma violência atordoante”. As cifras das caças às bruxas não são totalmente precisas, mas estima-se pelo menos 20 mil pessoas queimadas pela inquisição em 250 anos de repressão (MELLO E SOUZA, 1994, p. 280).

Mesmo após terem confessado seus crimes por meio de torturas, as mulheres padeceriam de tormentos, reais e imaginários: “embora pudessem ser livradas da possessão diabólica pela confissão sincera, continuaram a ser atormentadas por muito tempo e seriamente, sobretudo à noite. E Deus assim permite para seu próprio castigo” (KRAMER, SPRENGER, 1995, p. 373). Uma vez suspeita, culpada. Uma vez condenada, indelevelmente marcada pelas máquinas do poder clerical.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, procurou-se identificar os traços da misoginia em um importante tratado demonológico, o *Malleus Maleficarum*. Por meio de pesquisa bibliográfica, verificou-se que tal pensamento não era exclusivo de Kramer e Sprenger, mas estava amplamente difundido em outras obras do período moderno, legitimando práticas de perseguição e tortura, sobretudo a uma multidão de mulheres, boa parte delas anônimas e oriundas das classes subalternas. Constatou-se ainda a forte repressão à sexualidade da mulher – considerada fonte de toda a bruxaria –, justificada pela leitura das autoridades eclesiásticas e até mesmo pela distorção dos textos bíblicos.

Revisitar esta história possibilitou pensar-se que temas como o corpo e a sexualidade feminina são tabus ainda nos dias de hoje. Se as mulheres consideradas bruxas carregaram a marca da subalternização e submissão em relação ao gênero oposto, na contemporaneidade encontram-se resquícios de tal estigmatização feminina

pela religião, bem como a opressão de sua própria sexualidade e prazer. Deste modo, o *Malleus* constitui-se um documento extraordinariamente vivo, que tem muito a nos fazer refletir no presente sobre a condição da mulher.

## REFERÊNCIAS

BÍBLIA DE JERUSALÉM: NOVO TESTAMENTO. Edições Paulinas, 1973.

BÍBLIA SAGRADA: ANTIGO E NOVO TESTAMENTO. Imprensa Bíblica Brasileira, 1997.

CLARK, Stuart. **Pensando com demônios**: a ideia de bruxaria no princípio da Europa moderna. São Paulo: Edusp, 2006.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum**: Martelo das Feiticeiras. 11. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

MELLO E SOUZA, Laura. **O diabo e a Terra de Santa Cruz**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

PAIVA, José Pedro. **Bruxaria e superstição num país sem caça às bruxas**. Lisboa: Editorial Notícias, 2002.

SALLMANN, Jean-Michel. **As bruxas**: noivas de Satã. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

RICHARDSON, Roberto Jarry (org.). **Pesquisa social**: métodos e técnicas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1992.

## **INSTRUÇÕES PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS**

A revista jurídica INTERTEMAS tem por objetivo publicar artigos científicos de natureza teórica, metodológica e técnica, tanto de Doutrina Nacional como de Doutrina Estrangeira.

### **APRESENTAÇÃO DO MANUSCRITO**

Os artigos deverão ser apresentados em conformidade com o seguinte padrão:

- Folha de rosto contendo Título do artigo, nome do(s) autor(es) e rodapé biográfico com titulação, vinculação institucional, correio eletrônico e endereço para correspondência. É vedada qualquer forma de identificação da autoria no corpo do artigo, garantindo-se a sistemática de revisão anônima (blind review).

O corpo do artigo deverá conter:

- Título do trabalho: grafado em caixa alta, negrito, Times New Roman, tamanho 14 e centralizado;

- Resumo: após o título, separado por um espaço 1,5, dar início ao texto do resumo, grafando o título em negrito e caixa alta na mesma linha onde se dará o início do resumo. O resumo deve ser feito em espaço simples e justificado. O resumo, em português, deverá conter no máximo 200 palavras e deve apresentar o problema, a metodologia e fundamentação teórica do artigo.

- Palavras-chave: no máximo 5 (cinco) palavras, separadas entre si por ponto.

- Abstract e Keywords. Recomenda-se uma revisão criteriosa no abstract e nas keywords, que devem seguir o resumo em português.

- O artigo deverá conter: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências bibliográficas. Todos os itens do artigo deverão ser numerados, em ordem crescente (ex: 1; 2; 2.1; 2.1.1.), a contar da Introdução até as Considerações finais.

- As referências bibliográficas devem ser organizadas em ordem alfabética pelos sobrenomes dos autores, obedecendo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e incluir apenas obras que foram citadas no artigo.

- As citações devem ser feitas no sistema autor-data, pelo sobrenome do autor, seguido do ano a que a obra se refere e da página em que se encontra a citação (ex: KUPFER, 1998, p. 38);

- Notas de rodapé devem ser utilizadas apenas para explicações subsidiárias ao texto.

- Para o texto do artigo: Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1 ½, parágrafo com recuo de 2,5 cm. Margens: esquerda e superior de 3,0 cm; margens: direita e inferior de 2,0cm.

- O artigo deverá conter no mínimo 15 e no máximo 25 páginas, incluindo referências bibliográficas, tabelas, figuras e quadros; a folha de rosto não deve ser contada.

- Os artigos enviados para publicação, serão analisados pela Comissão Editorial, por sistema de pares, assessorada por especialistas. Os autores são responsáveis pela adequação dos artigos às normas apresentadas e terão prazo de 15 dias para efetuarem as possíveis correções/alterações sugeridas pela Comissão Editorial.

### **ANEXOS OBRIGATÓRIOS**

Os artigos devem vir acompanhados de duas declarações anexas (indicação de responsabilidade e conflito de interesse e transferência de direitos autorais), datadas e assinadas, conforme os modelos abaixo:

#### **1) RESPONSABILIDADE E CONFLITO DE INTERESSE**

À Revista INTERTEMAS

Declaramos, por meio desta, que o artigo (INSERIR TÍTULO COMPLETO) é de nossa autoria e inteira responsabilidade; que o conteúdo do trabalho é original, não foi publicado em outra revista, nem está sendo analisado por outra Comissão Editorial para publicação, e não fere qualquer direito autoral ou de propriedade intelectual; que os dados publicados foram obtidos de maneira ética.

Declaramos também que os autores não possuem conflito de interesse em relação ao artigo submetido a esta revista.

Colocamo-nos à disposição da Comissão Editorial para dirimir qualquer dúvida que possa surgir sobre a responsabilidade do trabalho.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

#### **2) TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS**

Os autores abaixo-assinados transferem, sem qualquer ônus, os direitos autorais do artigo (INFORMAR O TÍTULO COMPLETO) para a REVISTA INTERTEMAS (ISSN 1516-8158) e sua versão eletrônica INTERTEMAS (ISSN 2176-848X). A reprodução total ou parcial, em qualquer meio, é proibida, exceto com a devida autorização do Editor.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

### **INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES**

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail [nepe@unitoledo.br](mailto:nepe@unitoledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.