

Mala Direta  
Postal

9912297003/2012-DR/MG  
PGJ

///CORREIOS///

 **MPMG**  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais

# Revista Jurídica De Jure

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Alex Fernandes Santiago

Amanda Muniz Oliveira

Bruno César Ribeiro de Paiva

Carlos Henrique Generoso Costa

Charley Teixeira Chaves

Emerson Garcia

Isaac Antônio de Oliveira

João Domingos Vítor

Lílian Násssara Miranda Chequer

Marcelo Cristiano de Moraes C. e Bastos

Marcelo Fernandes dos Santos

Maria Cecília Borges

Mariano Henrique Maurício de Campos

Paula de Resende Assis

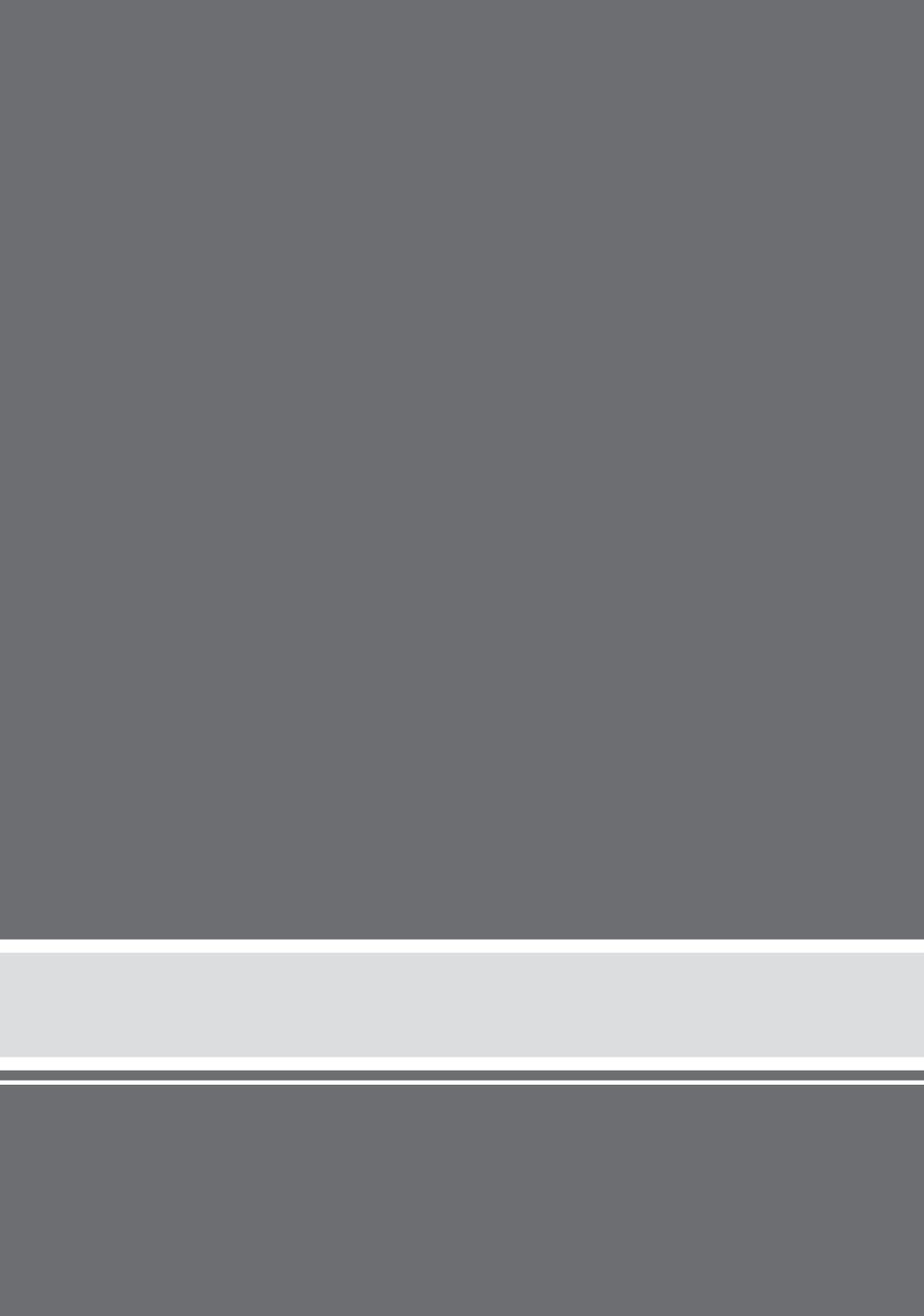
Paulo Eduardo Lépure

jan. | jun. 2014

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 13

22



# Revista Jurídica De Jure

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Alcides Francisco Antúnez Sánchez  
Alex Fernandes Santiago  
Amanda Muniz Oliveira  
Bruno César Ribeiro de Paiva  
Carlos Henrique Generoso Costa  
Charley Teixeira Chaves  
Emerson Garcia  
Isaac Antônio de Oliveira  
Joao Domingos Víctor  
Lílian Násssara Miranda Chequer  
Marcelo Cristiano de Morais C. e Bastos  
Marcelo Fernandes dos Santos  
Maria Cecília Borges  
Mariano Henrique Maurício de Campos  
Paula de Resende Assis  
Paulo Eduardo Lépore

jan. | jun. 2014 **22**  
ISSN n.º : 1809-8487  
vol. 13

jan. | jun.  
**2014**



**Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais**

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL  
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG  
CEP: 30170-916  
[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)  
[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)  
+55 (31) 3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG  
CEP: 30170-916, Brazil  
[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)  
[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)  
(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)  
+55 (31) 3330-8179

De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
v. 13, n. 22 (jan./jun. 2014). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2014.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34

CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinarietà, Transdisciplinarietà / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA  
WE ASK FOR EXCHANGE  
ON DEMANDE L'ÉCHANGE  
MANN BITTET UM AUSTAUSCH  
SI RIQUIERE LO SCAMBIO  
PIDEJE CANJE

**Linha Teórica:**

A *Revista De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

**Theoretical Profile:**

The *Journal De Jure* was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinary and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

*De Jure* is a biannual technical-scientific journal that has been published by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

**FOCO**

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

**FOCUS**

*De Jure* focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

**MISSÃO**

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

**MISSION**

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

**OBJETIVOS**

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
  - Estimular a reflexão sobre temas relacionados às área de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

**OBJECTIVES OF THE JOURNAL**

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
  - Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

## **PÚBLICO ALVO**

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

## **TARGET AUDIENCE**

*De Jure* is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

## **COPYRIGHT**

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A *Revista De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na *homepage* da *Revista De Jure*, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

## **COPYRIGHT**

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

*De Jure* requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of *Journal De Jure*, for non-profit scientific and cultural purposes.

## **INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO**

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A *Revista De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

## **INDEXATION AND DISTRIBUTION**

*De Jure* can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. *De Jure* is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

## **DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

## **COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins

## **ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)**

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Alessandra de Souza Santos

## **EDITOR RESPONSÁVEL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins, Doutor

## **CONSELHO EDITORIAL**

Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento, Doutor

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida, Doutor

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Wagner Marteleto, Mestre

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)

Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)

Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)

Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)

Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)

Prof. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)

Prof.ª Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)

Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)

Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)  
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná, Brasil)  
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil)  
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemire Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

#### **EDITORACÃO**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **REVISÃO**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (estágio supervisionado)  
Vairson Cássio dos Santos (estágio supervisionado)

#### **CAPA**

Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **DIAGRAMAÇÃO**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRADUÇÃO**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Promotor de Justiça Christiano Leonardo Gonzaga Gomes, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Especialista (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil)  
Prof. Me. Marcel de Almeida Freitas (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)

# DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

## **ATTORNEY-GENERAL**

Carlos André Mariani Bittencourt - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

## **DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

## **PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins

## **SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)**

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION**

Alessandra de Souza Santos

## **CHIEF EDITOR**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins, PhD

## **EDITORIAL BOARD**

Adilson de Oliveira Nascimento, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida, PhD

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itáúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)

Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)  
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Desembargador João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)  
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Juiz de Fora, Brazil)  
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Luciano Coelho de Ávila, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)  
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

#### **EDITING**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **PROOF READING**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (intern)  
Vairson Cássio dos Santos (intern)

#### **COVER**

Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **LAYOUT**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Minas Gerais State Prosecutor Christiano Leonardo Gonzaga Gomes, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Santa Catarina State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil)  
Prof. Marcel de Almeida Freitas, MA (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

**A** *Revista De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em sua 22ª edição, reafirma seu propósito de disseminar o conhecimento pela divulgação de artigos doutrinários das mais distintas áreas do Direito. A Revista traz discussões e pontos de vista acerca de questões da atualidade, apresentados sob um enfoque multidisciplinar. Além dos artigos, há a publicação de jurisprudência recente dos tribunais pátrios, acompanhada de criteriosa análise de comentaristas.

Na seção "Doutrina Internacional", publicamos estudo do professor cubano Alcides Antúnez Sánchez, em coautoria com Joao Domingos Víctor, intitulado "Una primera mirada al seguro ambiental, tributario a un desarrollo sostenible como parte de la política empresarial cubana", no qual os autores discorrem sobre a política ambiental de Cuba, em especial sobre o seguro ambiental.

Por seu turno, no espaço destinado à "Doutrina Nacional", destacamos o artigo do jurista Emerson Garcia sobre improbidade administrativa, o dever de eficiência do agente público e a escusa de incompetência.

A Revista apresenta ainda outros artigos e comentários à jurisprudência que abordam assuntos atuais das diversas áreas do Direito: Penal, Civil, Coletivo, Constitucional e Administrativo.

Por fim, reafirmamos que o êxito da Revista De Jure há de ser creditado, seguramente, à inestimável colaboração de membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e dos demais Estados, de juristas, professores e estudantes que nos enviam seus artigos e comentários à jurisprudência.

Neste contexto, os autores interessados em enviar à *De Jure* artigos doutrinários e comentários à jurisprudência, doravante, deverão se cadastrar e submeter os trabalhos à avaliação através do sítio da Revista, que pode ser acessado pelo endereço eletrônico [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure).

Boa leitura!

LUCIANO LUZ BADINI MARTINS

Promotor de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

DOI: 10.5935/1809.848720140001

# APRESENTAÇÃO

---

**A** *Revista De Jure* chega à sua 22ª edição! A cada nova publicação aprimamos pela excelência e buscamos sempre o aperfeiçoamento através da adequação do periódico aos critérios adotados pelas mais conceituadas revistas acadêmicas do contexto jurídico nacional e internacional.

Como mais um degrau desse constante aprimoramento, comunicamos aos leitores que estamos em fase de implantação do DOI (Digital Object Identifier). Trata-se de um sistema de identificação numérico para livros, artigos eletrônicos e documentos em geral disponibilizados como conteúdo digital que atribui a estes documentos um número único e exclusivo. Este sistema permite a localização e acesso de materiais na *web*, especialmente, publicações em periódicos e obras protegidas por *copyright*, muitas das quais localizadas em bibliotecas virtuais.

No Brasil, a plataforma lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por exemplo, utiliza o DOI como uma forma de certificação digital das produções bibliográficas registradas pelos pesquisadores em seus currículos.

Esse trabalho de aperfeiçoamento se justifica para que a *Revista De Jure* continue alcançando posição de destaque no cenário acadêmico, não apenas jurídico, mas também de outras áreas correlatas ao Direito uma vez que a

revista está sempre atenta para manter seu caráter pluralista e multidisciplinar, trazendo à discussão e reflexão assuntos atuais.

Esperamos que apreciem nosso trabalho e que continuem contribuindo para a formação do conhecimento através do envio de artigos doutrinários e comentários à jurisprudência. Essa participação é a principal responsável pelo sucesso da revista, e reforça sua posição como espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão acadêmica.

Boa leitura!

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT

Procurador-Geral de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

DOI: 10.5935/1809.848720140002

## **ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ**

Professor Auxiliar. Doctorante carrera de Derecho en la Universidad de Oriente. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba.

## **ALEX FERNANDES SANTIAGO**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **AMANDA MUNIZ OLIVEIRA**

Bolsista do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais em Geração de Ciência e Tecnologia - BGCT - FAPEMIG. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Advogada.

## **BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA**

Advogado nas comarcas do interior (Serro, Diamantina, Sabinópolis e Guanhães) nas áreas do direito penal, civil, administrativo e trabalho. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Tem artigos publicados pela CEJ, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas Serro.

## **CHARLEY TEIXEIRA CHAVES**

Doutor em Direito Processual, mestre em Direito Processual e especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, graduado em Direito. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. Diretor acadêmico, coordenador do Curso de Direito e pesquisador/procurador institucional da Faculdade São Francisco Piumhi – FASPI. Pesquisador da PUC Minas. Revisor da revista *De Jure* do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado. Professor de graduação e pós-graduação. Autor de diversos artigos e dos livros: *Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático* (Arraes Editores, 2012) e *Recurso: um direito constitucional democrático* (Arraes Editores, 2013). Site: [www.charleychaves.com.br](http://www.charleychaves.com.br).

## **EMERSON GARCIA**

Doutor e mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia, Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009). Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Professor convidado de inúmeras instituições de ensino. Membro da *American Association of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia, Holanda).

**ISAAC ANTÔNIO DE OLIVEIRA**

Tutor de Disciplinas à Distância e especialista em Gestão Pública de Municípios pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6449903633173417>.

**JOAO DOMINGOS VÍCTOR**

Doctorante en Ciências de la Pedagogía. Centro de Estudios en Ciencias Pedagógicas. Universidad de Oriente. República de Cuba.

**LÍLIAN NÁSSARA MIRANDA CHEQUER**

Professora na Universidade de Itaúna e advogada.

**MARCELO CRISTIANO DE MORAIS CARDOSO E BASTOS**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**MARCELO FERNANDES DOS SANTOS**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**MARIA CECÍLIA BORGES**

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

**MARIANO HENRIQUE MAURÍCIO DE CAMPOS**

Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP/OPUR).

**PAULA DE RESENDE ASSIS**

Analista no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**PAULO EDUARDO LÉPORE**

Advogado, constitucionalista e infancista. Doutorando em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Mestre em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor da FAAP, do Uniseb, da Faculdade Barretos e do Proordem. Autor de livros jurídicos pelas Editoras RT, Método, Juspodivm e Saraiva. Coordenador da Comissão de Direitos Infante-Juvenis da 12ª Subseção da OAB-SP. Ex-conselheiro Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Ribeirão Preto-SP (2012-2013). Site: [www.paulolepore.com.br](http://www.paulolepore.com.br). Blog: [www.atualidadesdodireito.com.br/paulolepore](http://www.atualidadesdodireito.com.br/paulolepore).

# SUMÁRIO

## 1 ASSUNTOS GERAIS

### Doutrina Internacional • Ensaio

25 | 67

**U**NA PRIMERA MIRADA AL SEGURO AMBIENTAL, TRIBUTARIO A UN DESARROLLO SOSTENIBLE COMO PARTE DE LA POLÍTICA EMPRESARIAL CUBANA

A FIRST LOOK INTO ENVIRONMENTAL INSURANCE, A TRIBUTE TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS PART OF THE CUBAN ENTERPRENEURIAL POLICY

*Alcides Francisco Antúnez Sánchez  
Joao Domingos Víctor*

### Doutrina Nacional • Artigo

68 | 81

**I**MPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DEVER DE EFICIÊNCIA E ESCUSA DE INCOMPETÊNCIA

ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: DUTY TO ACHIEVE EFFICIENCY AND PRETEXT OF INEPTITUDE

*Emerson Garcia*

### Diálogo Multidisciplinar • Artigo

82 | 103

**G**ÊNERO NA MÍDIA: ANÁLISE DAS REPRESENTAÇÕES FEMININAS MUDIÁTICAS E SUAS INOBSERVÂNCIAS AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

GENDER IN THE MEDIA: ANALYSES OF MEDIA REPRESENTATION OF WOMEN AND THEIR NON-COMPLIANCES WITH THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN

*Amanda Muniz Oliveira*

## 2 DIREITO PENAL

### Artigo

#### 107 | 122 **A** REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL EXTRAÍDA DO ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO

THE REDUCTION OF CRIMINAL AGE RESPONSIBILITY EXTRACTED FROM THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Marcelo Fernandes dos Santos*

### Artigo

#### 123 | 138 **D**ELITOS INFORMÁTICOS? COMENTÁRIOS AO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 67.343-GO, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPUTER CRIMES? COMMENTS ON THE COMPETENCE CONFLICT Nº 67.343-GO, FROM THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

*Alex Fernandes Santiago*

### Comentário à Jurisprudência

#### 139 | 150 **O** AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS E NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM UMA ABORDAGEM DOS TRUNFOS DE RONALD DWORKIN NO FEDERALISMO BRASILEIRO

*Carlos Henrique Generoso Costa*

# 3 DIREITO CIVIL

## Artigo

### 155 | 184 **A** CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL

LAW CONSTITUTIONALIZATION AND THE IMPLICATIONS OF THE RIGHT TO ACKNOWLEDGEMENT OF CONSENSUAL HOMOAFECTIVE MARRIAGE AS A FAMILY UNIT IN BRAZIL

*Marcelo Cristiano de Moraes Cardoso e Bastos*

## Comentário à Jurisprudência

### 185 | 194 **A**RTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

*Charley Teixeira Chaves*

# 4 DIREITO COLETIVO

## Artigo

### 199 | 230 **D**IREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO COLETIVO: A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

FUNDAMENTAL RIGHTS AND COLLECTIVE PROCEDURE: COLLECTIVE  
JURISDICTION AS AN INSTRUMENT OF PUBLIC POLICIES ENFORCEMENT

*Paulo Eduardo Lépare*

## Comentário à Jurisprudência

### 231 | 255 **H**ABEAS CORPUS COLETIVO

*Lilian Nássara Miranda Chequer*

# 5 DIREITO CONSTITUCIONAL

## Artigo

### 259 | 272 **F**EDERALISMO DE COOPERAÇÃO COMO CLÁUSULA PÉTREA: A RELAÇÃO ENTRE A FRAGMENTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

COOPERATION FEDERALISM AS A CLAUSE PETRA: THE RELATION BETWEEN CONSTITUTIONAL POWER FRAGMENTATION AND THE DEMOCRATIC PRINCIPLE

*Mariano Henrique Mauricio de Campos  
Isaac Antônio de Oliveira*

## Comentário à Jurisprudência

### 273 | 286 **O**DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

*Bruno César Ribeiro de Paiva*

# 6 DIREITO ADMINISTRATIVO

## Artigo

### 291 | 303 OS CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO, A IDONEIDADE MORAL E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

COMMISSION PUBLIC POSITIONS, THE MORAL SUITABILITY AND THE CONTROL BY THE JUDICIAL POWER

*Paula de Resende Assis*

## Comentário à Jurisprudência

### 305 | 316 CONTROLE EXTERNO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O EQUIVOCADO USO DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

*Maria Cecília Borges*

# 7

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES  
WRITERS' GUIDELINES

**321 P**ORTUGUÊS

**327 E**NGLISH





# 1

## Assuntos Gerais

Doutrina Internacional  
Doutrina Nacional  
Diálogo Multidisciplinar



**UNA PRIMERA MIRADA AL SEGURO AMBIENTAL,  
TRIBUTARIO A UN DESARROLLO SOSTENIBLE COMO  
PARTE DE LA POLÍTICA EMPRESARIAL CUBANA**

**A FIRST LOOK INTO ENVIRONMENTAL INSURANCE,  
A TRIBUTE TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS  
PART OF THE CUBAN ENTERPRENEURIAL POLICY**

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ

Profesor

Universidad de Granma, República de Cuba  
aantunez@udg.co.cu, alcides.grm@infomed.sld.cu

JOAO DOMINGOS VÍCTOR

Doctorante

Universidad de Oriente, República de Cuba  
victorcuba2011@hotmail.com, jdvector@cees.uo.edu.cu

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La actividad aseguradora en Cuba, tracto histórico. 3. El marco jurídico dentro del derecho interno en Cuba de la política aseguradora. 3.1. El seguro. 3.2. Las funciones del seguro. 3.3. El contrato de seguro. 4. El derecho del medio ambiente. 4.1. La política inversionista del derecho mercantil en Cuba y las buenas prácticas ambientales. 5. El seguro ambiental en el nuevo modelo económico cubano. 5.1. La política inversionista del derecho mercantil en Cuba y las buenas prácticas ambientales. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

**RESUMEN:** El trabajo tiene la intencionalidad de dar una mirada al seguro ambiental dentro de la legislación cubana. Para esto los autores realizan un breve análisis histórico de la actividad aseguradora en el país hasta el triunfo revolucionario. Nos apoyamos además en

la ejecución de este análisis de lo relacionado con la institución del contrato de seguro, y en particular lo regulado con el seguro ambiental obligatorio en países como España, Argentina y Chile, como parte del derecho comparado, objeto de análisis.

Realizamos un análisis de la política ambiental de Cuba, partiendo desde el texto constitucional, la actividad mercantil relacionada con política aseguradora y con la política inversionista extranjera, con un análisis de normativas jurídicas que han contextualizado el seguro en el derecho interno cubano. Nos apoyamos, para ejecutar el artículo, en los métodos científicos de apoyo a la investigación, el histórico lógico, el exegetico-jurídico, el análisis y la revisión de documentos científicos tanto sociales como jurídicos.

**PALABRAS CLAVES:** seguro; daño; control.

**ABSTRACT:** The work has the intentionality to give a look to the sure environmental within legislation Cuban, ad hoc the authors accomplish a brief historic analysis of the insurance business at the country to the revolutionary triumph. We leant besides in the execution of this analysis of the related thing with the institution of the insurance contract, and in particular what's regulated with the sure environmental at countries obligatory like Spain, Argentina and Chile as part of the compared right I raise objections of analysis.

We accomplished an analysis of the environmental policy of Cuba, departing from the constitutional text, the related mercantile activity with insuring policy and with the politic foreign investor with an analysis of juridical ground rules, that there are contextualized the insurance in the internal right Cuban. The historic logician, the exegetic leant to play the article in the scientific backup methods to the investigation juridical, analysis and revision of scientific documents so much social like juridical.

**KEY WORDS:** insurance; damage; control.

## 1. Introducción

Este artículo tiene la intención de hacer un análisis del contrato de seguro por la comisión del daño ambiental y motivar a que susciten propuestas que busquen solucionar los problemas que surgen por su no regulación en el derecho cubano, haciendo para esto una comparación con los distintos sistemas de derecho en torno al seguro de las legislaciones analizadas.

Consideramos necesario por los autores comenzar con un breve estudio de la historia del seguro y de los sistemas de responsabilidad por la comisión del daño ambiental y los elementos que intervienen en ella, ya que todo sistema de responsabilidad tiende a establecer, en último término, la reparación del daño, sin perjuicio de que dentro de la responsabilidad se establezcan otros elementos, como las medidas preventivas, que maticen este carácter esencialmente reparador. Y el seguro tiene, como principal fundamento, el otorgar solvencia para la reparación del daño y la protección a la víctima, concluyéndose así que los avances hacia una mayor cobertura de los riesgos por el sistema de responsabilidad dependen, en gran medida, de como los mecanismos aseguradores son capaces de internalizar dichos riesgos y ofrecer a los agentes de comercio y de la producción, pólizas de seguros que hagan viable el desarrollo de las actividades susceptibles de causar daños a los usuarios.

Para esto analizamos brevemente sistemas comparados de responsabilidad, el sistema norteamericano (CERCLA - Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, más conocido como Superfund) bajo el principio de que el que contamina paga, y de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales del 2004, estudiando por último nuestro sistema regulado en la Ley nº 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, que consagra un sistema subjetivo de responsabilidad.

La materia medioambiental es un campo de observación privilegiado para evaluar la necesidad de establecer criterios de responsabi-

alidad que se complementen con la necesidad de los instrumentos financieros que brindan garantía por los eventuales, y a veces inevitables, daños que concurren. Junto al tratamiento del riesgo ambiental en las pólizas generales, no puede faltar el estudio detallado de la cobertura del riesgo de contaminación a través de las pólizas específicas con un planteamiento de suscripción claramente especializado. Así, en el mercado de la comunidad europea que hemos analizado como derecho comparado, la fórmula que se ha ocupado es la formación de *pools* de cobertura de daños por contaminación.

Se analiza la póliza de seguro, que actúa como póliza de garantía y cada una de sus menciones, y se planteará la hipótesis de una posible responsabilidad objetiva, mostrándose cierto grado de incompatibilidad entonces con nuestro sistema de responsabilidad subjetiva, en el que sólo se responde si se ha actuado con dolo o culpa.

Este trabajo está finalizado con una idea general sobre los problemas y vacíos que contiene la regulación de este contrato de seguro en nuestro ordenamiento jurídico cubano, la dificultad que se presenta el hecho de ofrecer productos que sean accesibles a las empresas y otorguen una cobertura efectiva por los daños causados, y así proponer algunas medidas que entreguen una propuesta en un escenario que está sujeto a grandes transformaciones, ya que el seguro es una herramienta necesaria para el buen funcionamiento de un sistema de reparación de daños ambientales. Como su vinculación con las herramientas de gestión ambiental para su concesión por parte de la entidad aseguradora.

## **2. La actividad aseguradora en Cuba, tracto histórico**

En Cuba, antes que los ingleses tomaran La Habana en 1762, el comercio de la isla se centraba en los vínculos con la corona española. Existiendo en los puertos cubanos agentes o factores, como se les denominaba entonces, de compañías españolas de seguro que reafirmaban el monopolio total de la metrópoli, como el de “La Unión”, dedicada al ramo de incendios y “El porvenir de las familias”, sobre seguro de vida.

El 24 de enero de 1795 se constituye en La Habana la primera compañía de seguros en Cuba, mediante escritura pública, “Protectores y Superdirectores de la compañía a la Santísima Virgen Nuestra Señora de Regla y al señor San Cristóbal”<sup>1</sup>, implorando, según dicen los estatutos, “su patrocinio para que, como Padrinos de este establecimiento, intercedan con el Omnipotente para el buen éxito de sus empresas”.

Su objetivo era “los seguros marítimos generales para las cuatro partes del mundo” por considerar sus fundadores, personalidades prominentes de la Colonia, que La Habana requería aseguradores ya que “una plaza de tanto tráfico como ésta, está muy necesitada de aseguradores, que, en un caso o embarque repentino, puedan asegurar aquí sus remesas” otorgándose garantías al comerciante. Tuvo como capital social ochocientos mil pesos. Con visibilidad en los puertos de Cádiz, Barcelona, Santander, La Coruña, Tenerife, Guayra, Campeche, Veracruz, Trujillo, Nueva Orleans, Cartagena y Buenos Aires.

En 1845 se constituyen las primeras agencias de compañías extranjeras<sup>2</sup>, inglesas principalmente. En 1851 se crea “La Alianza”, sociedad de créditos y seguros sobre la vida de los colonos chinos y de los esclavos, desarrollando, además, el seguro marítimo. Ya en 1855 se fundan varias aseguradoras: “El Iris”, primera compañía de seguros mutuos contra incendios; “La Hereditaria”, dedicada a los seguros mutuos sobre la vida; y “La Providencia”, sociedad de seguros sobre la vida de los esclavos, similar ramo al que se dedicó “La Protectora”, creada en 1856. Salvo “El Iris”, estas compañías tenían carácter mixto, actuando como instituciones de seguro y crédito, con estrechas relaciones con el sistema esclavista imperante en aquella época.

En 1862 comienzan a operar en el país Compañías de seguros inglesas, canadienses, americanas fundamentalmente y otras de diversas naciona-

<sup>1</sup> MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel. *Los Seguros*. La Habana: Cultural, 1945, p. 12-13. En la obra, el autor menciona que la escritura fue encontrada por el Dr. Francisco Henríquez Ureña en la Biblioteca de la Sociedad Económica de Amigos del País, y publicada en la revista *Seguros*. Cuba.

<sup>2</sup> HENRÍQUEZ UREÑA, Francisco. La evolución del seguro en Cuba, *Revista Seguros*, La Habana, Año II, n° 3, marzo de 1937, p. 26.

lidades. Alrededor de 1882 se crea la “Cía. Lloyd Habanero”, dedicada a seguros marítimos, y otra compañía dedicada a seguros de incendios.

Esas compañías surgieron con nuevas orientaciones económicas, desligadas del esclavismo, y bajo estructura de sociedades anónimas. Para esta época, y coincidiendo con el fin de la Guerra de los 10 años y por ende ya existiendo una reanimación económica, se produce un aumento de las compañías aseguradoras extranjeras.

Dedicadas a los seguros de vida, la historia del país refleja la creación, en 1891, de las “Cías. El Fénix” y, en 1895, del “Círculo cosmopolita”, así como la “Caja de Ahorros y socorros mutuos de los empleados y obreros de los ferrocarriles de la Isla de Cuba”. Otro hecho importante en el tracto histórico del seguro lo fue la creación de la primera compañía que estableció agencia en Cuba colocando depósitos en garantías según lo establecido en la Orden Militar 181, de 1899, fue “Fidelity & Deposit Company of Maryland”.

A fines del siglo XIX se comienza a ofrecer por primera vez al mercado cubano el seguro de accidentes por parte de la compañía “Norwich Union Fire Insurance Society Limited”. Amparaba la póliza: muerte por lesiones dentro de 90 días, la pérdida por amputaciones de pies y manos, o de un pié y una mano, la pérdida completa de la vista de ambos ojos o de uno, la completa inutilización temporal, o la inutilización parcial temporal.

A raíz de la primera intervención norteamericana, surgió en La Habana una compañía de inversiones que adquirió notorio crédito y realizó numerosas operaciones de seguros personales. Las pólizas eran vencibles a seis años como máximo, pudiendo ser canceladas antes, si fueran agraciadas en los sorteos que periódicamente se celebraban.

Durante varios años cumplió con las escasas pólizas que se vencían, pero al llegar a los seis años no pudo cumplir con pagar la cantidad de pólizas vencidas, y la compañía, en sucesivas circulares que repartió a los suscriptores, tasó caprichosamente y cada vez más baja la participación a cobrar por los acreedores.

Los acreedores dueños de una o dos pólizas iniciaron varios procesos judiciales en juicio verbal (considerándose la cuantía de las pólizas), mas la única prueba era el examen de los libros de la compañía, y la contabilidad presentaba serias dificultades en su práctica, lo que impidió el efectivo proceso de liquidación.

Para 1908 se crean dos nuevas compañías: “La Nacional”, de efímera vida y dedicada a los seguros de vida; y “La Mercantil”, de seguros de incendio. Esta última protagonizó una encendida disputa con una asociación que, en sus estatutos, prohibía el reaseguro y coaseguro, por lo que su presidente impidió su entrada en el seno de la misma.

“La Mercantil” obtuvo reaseguro de la “Home” y de “Hartford”, ambas norteamericanas, las que por su influencia en Londres lograron que el “Fire Offices Comitte Foreing” (Comité de compañías británicas para el negocio extranjero) enviara un representante para que se reorganizara la asociación sobre bases nuevas que permitieran la cooperación entre asociados, renunciando el respetado pero recalcitrante presidente, lográndose la entrada de “La Mercantil” y, con ello, una nueva etapa de los seguros en Cuba al renacer sobre firmes bases el seguro a prima fija y la cooperación entre aseguradores.

En el área de transporte automotor, la primera compañía que ofertó seguro de automóviles fue la norteamericana “United States Lloys”, de Nueva York, en 1911. Se ofrecía en seguro A y B, este último cubría, además de los daños recibidos por choque, los ocasionados de carácter material de que legalmente fuese responsable el asegurado, por lo que cubría al asegurado de su misma negligencia y hasta de su culpa.

El periodo de la Primera Guerra Mundial favoreció a los países neutrales por la calma política y el incremento comercial que buscaba llenar el vacío de Europa. En 1915 se aprueba la primera ley del seguro de accidentes del trabajo, lo que generó un movimiento de creación de compañías que ofrecían los seguros regulados.

Así, para entre los años 1915 y 1919, se crearon numerosas aseguradoras, como la “Unión Hispano-Americana” (organizada por los

financieros del Banco Español), “Cuba”, “La Cubana”, “Unión Nacional”, “Metropolitana”, “Internacional”, “Comercial”, “Unión Agrícola”, “Federal”, “Alianza”, “La Mutua”, todas en La Habana. En otras ciudades fueron creadas “Cienfuegos”, “Sagua”, “Oriente” y “Unión Antillana”. En ellas prevaleció el sistema de la multiplicidad de líneas de seguro al incluir incendios, seguro marítimo, algunas, seguro de automóvil, de vida y hasta los accidentes de trabajo. Este fue un momento de riqueza y esplendor, la denominada época de las vacas gordas, que se refleja en la “Unión Hispano-Americana”, “La Cubana” y “Metropolitana”, cuando llegaron a establecer sucursales en EE.UU. y Gran Bretaña.

Para el año 1920, el derrumbe de los precios del azúcar y la consiguiente caída económica y de la banca, debilitaron pero no derribaron al sistema asegurador. Solo quebraron “Internacional”, atada a la caída del “Banco Internacional”, a cuyos negocios estaba estrechamente ligada; y “Cuba”, compañía que operó en el ramo de incendios, vida y seguros obreros, y a la que las desventajosas soluciones oficiales que se aplicaban a las compañías de seguros obreros y deficiencias administrativas de sus intereses llevaron a la quiebra. Al cierre de ese año, las compañías cubanas controlaban el 16-18% del total anual de primas de seguro de incendio, y casi el 60% de las correspondientes a accidentes de trabajo.

Según estadísticas consultadas de la Secretaría de Comercio, al cierre del 31 de diciembre de 1935, las compañías de seguro de vida poseían más de 26 millones de pesos en reservas, pero de ellos, unos 25 millones se encontraban invertidos fuera del país. En enero de 1937 se encontraban autorizadas 32 compañías cubanas de seguros<sup>3</sup>. En 1940 se encontraban autorizadas a operar en Cuba 95 compañías de seguros<sup>4</sup>, de cinco países. Al cierre de 1954<sup>5</sup> operaban

---

<sup>3</sup> Gaceta Oficial de fechas 7, 8, 9 y 22 de enero 1937.

<sup>4</sup> “Compañías de seguros autorizadas”, *Revista S.B.B.*, Año 1, n° 3, septiembre 1° de 1940, p. 24-25.

<sup>5</sup> MONTALVO, J.G. *Anuario Financiero 1954*. La Habana, 1954.

162 compañías de seguro y 5 de reaseguros, y al de 1955<sup>6</sup>, eran 154 y 6 compañías<sup>7</sup>, respectivamente.

En 1955, las compañías cubanas tenían una participación en el mercado de aproximadamente el 50% del total de negocios por concepto de pólizas suscritas, llegando a ingresar 10,4 millones de pesos por concepto de primas cobradas<sup>8</sup>.

Por lo que los autores consideran, a pesar de que el acta de nacimiento del Derecho Ambiental date del año 1969, las normativas cubanas dictadas no estuvieron enfocadas a la protección de los recursos naturales a través de compañías aseguradoras (lo que, en este momento, es objeto de análisis), aunque en la historia del Estado y del Derecho en Cuba encontremos algunas normativas de orden administrativo que entraron a regular el uso de recursos naturales, como fue el caso del agua en la actual capital del país. El enfoque del seguro, de acuerdo con lo que hemos contrastado en este análisis, estuvo muy vinculado a la actividad comercial fundamentalmente.

Al triunfo de la Revolución como nuevo proyecto social, muchas de las compañías que operaban en nuestro territorio cerraron, o se mantuvieron inactivas y provocaron una situación de caos en el mercado que exigió la intervención directa del Gobierno Revolucionario para proteger los intereses de los asegurados y del propio país. Entre los problemas principales presentados estaban las protecciones de reaseguro que requerían los aseguradores cubanos y

<sup>6</sup> MONTALVO, J.G. *Anuario Financiero 1955*. La Habana, 1955.

<sup>7</sup> Existen discrepancias con el número exacto, ya que hay autores que dan una cifra diferente de la que aparece en el Anuario Financiero 1955, V. gr. CAMACHO RODRÍGUEZ, Tatiana, en "El seguro en Cuba, antecedentes, desarrollo y perspectivas", *Revista Cubana de Derecho*, No. 33, Año XVII, La Habana, plantea que "En noviembre de 1955 el negocio del seguro en Cuba lo ejercían 149 compañías: de ellas, 69 cubanas, 36 inglesas, 31 norteamericanas, 6 canadienses, 2 suizas, 2 brasileras, una española, una irlandesa y una australiana, aunque en las más poderosas los intereses se hallaban entremezclados y ocultos en muchos casos, bajo el manto de sociedades anónimas".

<sup>8</sup> Esto representó un aumento significativo con respecto a 1939, año en que la participación de las compañías cubanas en el mercado era del 37,5% por concepto de pólizas suscritas, y se cobró 10,4 millones de pesos por concepto de primas.

extranjeros, ya que las mismas estaban contratadas con reaseguradores norteamericanos o a través de sus casas matrices en los Estados Unidos.

Tales protecciones fueron automáticamente canceladas a raíz de las primeras nacionalizaciones, lo que provocó que estas compañías dejaran de suscribir nuevos riesgos, al no contar con reaseguro para sus excedentes. Asimismo, muchos ejecutivos y personal especializado de seguros abandonaron el país, dejando a las compañías totalmente inoperantes.

En el año 1959 funcionaban 52 instituciones de seguro social, denominadas “cajas”, “fondos”, “cajas de retiro” o “seguros”, clasificadas por la Junta Nacional de Economía en: “jubilaciones y pensiones del Estado”, “seguros profesionales” y “seguros de los trabajadores”. Con los cambios ocurridos en la vida política y económica del país, la seguridad social adquirió un nuevo sentido.

En este campo los objetivos del programa comprendieron de inmediato la atención financiera a los fondos de los seguros sociales existentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones sin interrupción y, a más largo plazo, la cobertura de todos los riesgos, la extensión de la protección a todos los trabajadores, la concesión de prestaciones suficientes, la racionalización y la unidad administrativa, la gratuidad del sistema y la creación del seguro de enfermedad.

El propósito consistía en aplicar medidas encaminadas a iniciar una justa protección y redistribución del ingreso en concordancia con la línea económico-social que caracteriza la acción inmediata del Gobierno. El país enfrentó situaciones que, aún significando un crecimiento importante del gasto social, era preciso realizar sin aplazamiento.

Los primeros pasos se encaminaron a la transformación organizativa de los seguros sociales. Detrás quedaron los intereses políticos que habían frenado durante años la unificación. La nueva organización, basada en el principio de unidad, se realizó gradualmente. El proceso comienza en el sector laboral, constituido por los seguros sociales de mayor homogeneidad.

Para el mes de mayo de 1959 se crea el “Banco de los Seguros Sociales de Cuba” (BANSESCU) como organismo autónomo encargado del gobierno y de la ejecución de los seguros sociales, al que se incorporaron las veinte cajas de retiro del expresado sector. Se extinguen, a partir de ese momento, las funciones de sus directorios, así como se transfieren a BANSESCU el patrimonio de dichas instituciones. Los objetivos eran asegurar la unidad de la administración y extender, después, el régimen a los trabajadores desprovistos de amparo. En diciembre de ese mismo año se dispuso de una Ley, incorporando un 40%, aproximadamente, de la población activa, quedando pendiente para normas posteriores establecer el régimen de prestaciones de los nuevos asegurados.

La Ley nº 851, de 1960, decreta la nacionalización de casi 50 agencias norteamericanas de seguro radicadas en Cuba, declarándolas adjudicadas al Estado Cubano y designando para su administración al Banco de Seguros Sociales de Cuba. Se crea a fines del propio año la Oficina de Control de Seguros, para regir todos los negocios desarrollados por las entidades aseguradoras.

En septiembre de 1962, considerando las observaciones y sugerencias atendibles como resultado de un amplio proceso de análisis y discusión realizado por los trabajadores, se elaboró definitivamente una Ley de Seguridad Social, cuyo campo de aplicación se extendió a todos los trabajadores y más de 250 mil trabajadores agrícolas quedaron comprendidos en el nuevo sistema. A partir de ese momento los trabajadores quedaban protegidos de todas las contingencias. Se fijaron pensiones decorosas y subsidios adecuados a la labor y al salario del trabajador, se otorgó además el derecho a la asistencia médica y hospitalaria en los casos necesarios.

Es criterio consensuado de los autores que a partir del triunfo del proyecto revolucionario que el Estado se ocupa con las primeras leyes revolucionarias, en este caso las concernientes a la reforma agraria, de dar una mirada a la protección de los recursos naturales. El 9 de abril de 1963 se creó la “Empresa de Seguros Internacionales de Cuba” (actual ESICUBA), dedicada a los seguros necesarios para el desarrollo del comercio exterior, miembro de organizaciones internacionales y ejecutora de las reclamaciones y reaseguros necesarios.

La Ley n° 1.100, de 1963, representó la culminación del proceso unificador y un momento singular en la aplicación de los principios de universalidad, solidaridad, comprensividad e integridad en el Sistema de Seguridad Social. Son aspectos fundamentales regulados por la Ley n° 1.100, de 1963, la que se distinguió porque:

- Reafirmó la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Sistema de Seguridad Social y el principio de exención de cotizaciones u otras contribuciones por el trabajador y el jubilado.
- Amplió la protección al 100% de los trabajadores asalariados, incluyendo a los asalariados del campo y a sus familiares.
- Estableció un régimen coherente de prestaciones, articulándolas para asegurar su disfrute sin interrupción.
- Comprendió, entre las contingencias cubiertas, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, abandonando la antigua teoría del “riesgo profesional” y adoptando un criterio social en la prevención, asistencia y rehabilitación.
- Abarcó la maternidad.
- Incluyó en el cuadro de las prestaciones a la enfermedad común y el accidente de origen común, cuyo seguro social no existía antes en Cuba.
- Reconoció, a los fines de la seguridad social, los tiempos de servicios prestados en cualquier actividad laboral en todo tiempo.

Ya para el año 1964, inicia sus actividades en el país la “Empresa Nacional de Seguros” (ENSEG), bajo el régimen de financiamiento presupuestario, con las funciones de atender los negocios traspasados por la Oficina de Control, fiscalizar y atender las compañías extranjeras intervenidas, comprobación contable de las que se encontraban en liquidación y nacionalización e integración de las 13 compañías cubanas que quedaban en el sector privado. En 1968, la Ofensiva Revolucionaria elimina la actividad de los corredores de seguro. La Resolución 330/1970 del Banco Nacional de Cuba disuelve en 1970 la ENSEG, asumiendo ESICUBA las carteras de seguros que poseían determinada incidencia en la economía del país.

La ESICUBA, desde su creación, brindó cobertura a todos los riesgos vinculados a la economía exterior del país, la aviación, los bu-

ques mercantes y pesqueros, las cargas del comercio exterior, las propiedades cubanas en el extranjero (embajadas, consulados, etc.) y otros de similar naturaleza. Sin embargo, en la medida en que el Estado pasaba a ser dueño de los medios de producción, asumía a su cuenta (a cuenta del Presupuesto del Estado) más y mayores riesgos sin intervención del mecanismo financiero del seguro y sólo aquellas propiedades que se vinculaban a terceros no cubanos continuaron necesitando protecciones de seguros.

Durante la década de los años 80 del siglo pasado, comenzaron a resurgir los intereses extranjeros y la actividad reaseguradora de la ESICUBA había alcanzado cierto nivel en el mercado internacional. Con el objetivo de agilizar sus operaciones internacionales, adoptar un estilo de trabajo más comercial y desvincular claramente sus obligaciones de las obligaciones del Estado, a partir de 1987 la ESICUBA se transformó en una sociedad mercantil adoptando la denominación social de “Seguros Internacionales de Cuba, S.A.” y manteniendo las siglas ESICUBA como nombre comercial.

Desde 1996 y durante siete años operó “Aseguradora del Turismo, La Isla S.A.”, la que se especializó en seguros generales asociados al sector del turismo, sociedad liquidada en el 2003, asumiendo la ESICUBA las obligaciones pendientes. Igualmente, funcionó algunos años la “Reaseguradora de La Habana, S.A.”, quien se encargó de colocar en el mercado externo los riesgos cubiertos por las aseguradoras cubanas, asumiendo igualmente la ESICUBA la tarea de continuarla. Operó durante varios años como corredor de seguros la compañía cubana de capital mixto cubano-inglés “Heat Lambet de Cuba, S.A.”. En 1996 se crea “Asistencia al Turista, S.A.”, (ASISTUR), la cual a su vez opera igualmente como Compañía de Asistencia.

Funcionaron más de mil agentes de seguros, fundamentalmente personas naturales, realizando su labor de intermediación entre las aseguradoras y los clientes. Operando como entidades auxiliares de seguros, “INTERMAR S.A.”, “SEPSA” y “Registro Central de Buques”, que se dedicaron, entre otros, a los servicios de inspección, tasación y ajuste de averías a los efectos del seguro. Seis sucursales de compañías extranjeras de seguro de vida fiscalizadas, que después del proceso

de nacionalización operado en Cuba en los años 1960, a que hicimos referencia, se mantienen en el país cumpliendo con las obligaciones contraídas hasta esa fecha, pero sin concertar nuevos contratos.

También mantienen su presencia en este mercado dos compañías reaseguradoras: una francesa, “La Intercontinental de Reaseguros” (dependencia de la Caja Central de Reaseguros de Francia), y la “Reaseguradora de las Américas” (casa matriz Munich Re de Alemania).

El 11 de diciembre de 1978 se decide por la creación de la “Empresa del Seguro Estatal Nacional” (ESEN), actualmente renombrada “Empresa de Seguros Nacionales” (manteniendo la sigla ESEN), la cual tiene como objetivo fundamental desarrollar los distintos tipos de seguros nacionales, especializándose en los seguros personales, de responsabilidad civil y de bienes. La Ley 1.100, de 1963, sólo comprendía al trabajador y su familia. Pero el nuevo reto consistía en concebir la seguridad social como un sistema que garantizara la protección con la más amplia cobertura para el trabajador, su familia y también aquella parte de la población, cuyas necesidades esenciales no estuvieran aseguradas o que, por sus condiciones de vida o de salud, requiriera esa protección y no pudiera solucionar sus dificultades sin ayuda de la sociedad.

Respondiendo a ello, se concibió la regulación de un sistema integrado por dos regímenes: el de seguridad social y el de asistencia social que, en conjunto, formaran un tono armónico capaz de garantizar, como lo expresa la Constitución de la República, que “no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia”.<sup>9</sup>

Considerándose por los autores que con el cambio de sistema social en el país, el Estado comenzó a dictar normas que dieron una mirada a la protección de los recursos naturales, entre éstas la Ley de Reforma Agraria y otras que han estado dirigidas a disfrutar de un desarrollo sostenible entre las transformaciones sociales y el hombre, pero no han estado aún dirigidas a pesar de existir una legislaci-

---

<sup>9</sup> Consultar en el sitio web del Ministerio de Justicia de la República de Cuba ([www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)) la Constitución de la República de Cuba.

ón en materia ambiental adecuada a establecer el seguro ambiental dentro del ordenamiento jurídico interno, que tribute al desarrollo sostenible del hombre con la naturaleza.

### 3. El marco jurídico dentro del derecho interno, en Cuba, de la política aseguradora

Si tomamos en cuenta un primer análisis sobre a que se le ha denominado contrato, tenemos que para el Derecho Romano no es un cuerpo jurídico homogéneo con una orientación uniforme, obra de un legislador, sino el resultado de una larguísima evolución histórica que pudiera iniciarse en el año 753 a.C.<sup>10</sup>. Partiendo de lo anterior, se discute si los romanos entendieron el contrato como una forma genérica productora de obligaciones o bien si, en realidad, conocían nada más ciertos contratos especiales. Demofilo de Buen<sup>11</sup>, afirma que del Digesto, atribuido a Ulpiano, se infiere una concepción de contrato que, según ella, es la convención productora de acción, por tener nombre de contrato o causa civil de obligar.

Del mismo Digesto, se invoca un texto, del cual se desprende la idea de que hay contrato cuando hay cambio de promesas o promesas cambiadas, pero en oposición a esto, hay otro texto, del mismo autor, que dice que hay contrato donde hay cambio de una prestación por una promesa.

Por las diversas acepciones que se daban del contrato, afirma Messineo<sup>12</sup> que el contrato ha sido un paradigma general y abstracto, susceptible de acoger cualquier contenido al subrayar la variedad temporal espacial del concepto: asimismo, dice Messineo “El concepto moderno del contrato se deriva no del “contactua” de los romanos, sino del nudo pacto (convenio) reconocido por el derecho pretoría que originalmente, es decir, en el derecho romano más antiguo, indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban *con-*

<sup>10</sup> RIMLI. Eugene Th. *Historia Universal Ilustrada*. T.I. p.220

<sup>11</sup> Ensayo sobre “El concepto del Contrato”. *Boletín del Instituto de Legislación Comparada y Derecho Internacional*. n° 1 Julio-Diciembre 1944. p. 61-63. Panamá

<sup>12</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*.

*tractus*, que era el vínculo de mediación entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario, y era, además, un vínculo que se producía tan sólo en relación a un contenido determinado al cual correspondían figuras igualmente determinadas de contrato. Sólo aquellas determinadas figuras de contrato engendraban acción, esto es, eran reconocidos por el ordenamiento jurídico y protegidas contra su incumplimiento”<sup>13</sup>.

Estas cuestiones nos llevan a analizar el contrato de seguro, desde su génesis económica hasta la arista jurídica, en particular la relacionada con los recursos naturales y su protección, relacionadas con el control.

### 3.1. El seguro

En sentido económico, es la cobertura recíproca de una necesidad fortuita y valorable, relativa a múltiples economías amenazadas de igual modo, así que puede afirmarse que sin mutualidad o cobertura recíproca no hay seguro. Esta cobertura recíproca puede realizarse por dos sistemas: a) Por el sistema de reparto, b) Por el sistema de capitalización.<sup>14</sup>

### 3.2. Las funciones del seguro

Posee cuatro funciones, desglosadas en:

la función social de sustituir la ansiedad paralizadora de las actividades por la seguridad;

la función preventiva de los riesgos, a través de las instrucciones que los aseguradores imponen a los asegurados para evitar o aminsonar los siniestros;

la función de indemnización o de capitalización, si se produce el evento;

la función financiera, mediante la inversión de las sumas recaudadas en forma de primas o de cuotas, que pueden oscilar desde una actividad

---

<sup>13</sup> *Ibíd*em nº 13.

<sup>14</sup> Consultar en la página web del Ministerio de Justicia, en el sitio de la gaceta oficial de la República de Cuba ([www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)) el Decreto Ley nº 263, Contrato de Seguro.

especulativa a una actividad de inversión selectiva, de acuerdo con la planificación estatal del desarrollo económico-social<sup>15</sup>.

### 3.3. El contrato de seguro

Es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. Denominado también como "póliza", donde se entran a delimitar las condiciones de dicho acto contractual<sup>16</sup>.

En Cuba, como ya citáramos con anterioridad, se realiza a través de la ESEN y de la ESICUBA, como de otras Cias. aseguradoras internacionales que intervienen en el comercio internacional domiciliadas en el país o fuera de fronteras, las que se ocupan de comercializar la póliza, bajo la tutela administrativa del Ministerio de Finanzas y Precios.

En el derecho interno analizamos su tracto legal y constatamos que aparece recogido en el Código de Comercio, norma jurídica aplicada en Cuba desde Ultramar, la que estableció en su artículo 380, definiendo que será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador, y el contrato, a prima fija, o sea, cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante como precio o retribución del seguro. Contratos conocidos como de seguros sobre la vida, por seguros de vida industrial o popular, son concertados por asegurados individuales con las compañías de seguros nacionalizadas o confiscadas.

Fueron liquidados a virtud de lo dispuesto en las Leyes n° 1.192 y n° 1.193, de 1966. Estas operaciones del seguro mercantil son realizadas en el ámbito interno por la empresa nacional de seguros en

<sup>15</sup> Ver el material de pregrado relacionado con el Derecho Financiero Tributario, utilizado en la carrera de Derecho.

<sup>16</sup> Consultar en la página web del Ministerio de Justicia, en el sitio de la gaceta oficial de la República de Cuba ([www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)) el Decreto Ley n° 263, Contrato de Seguro.

ese momento (ENSEG) y en el ámbito internacional por la Empresa internacional de seguros (ESICUBA), ambas estatales, creadas mediante las resoluciones n° 1.401 y n° 416, de 31 de 1963, respectivamente, del extinguido Ministerio de Hacienda. Dichas empresas se hallaban vinculadas a la Banca Nacional de Cuba, según lo dispuesto en la Ley n° 1.298, de 1975, artículo 28, proponiendo y ejecutando la política y los planes de seguros en el ámbito nacional<sup>17</sup>.

Con el proceso revolucionario y como parte de la política de institucionalización aplicada en el país, se aprueba la Ley n° 59, Código Civil, que en su artículo 449 definiría por el contrato de seguro, que la entidad aseguradora se obliga a pagar una indemnización o a efectuar alguna otra prestación hasta el total de la suma o valor asegurado, al ocurrir alguno de los acontecimientos previstos en el mismo contrato, y el asegurado a pagar una prima calculada de conformidad con las tarifas establecidas. El artículo 449.1 define que “El seguro voluntario se rige por las disposiciones del presente código y por aquellas dictadas por el organismo correspondiente, contentivas de las condiciones generales y especiales y las tarifas aplicables a cada tipo de seguro” y el artículo 449.2, dice que “El seguro obligatorio se rige por las disposiciones de la ley que lo crea y supletoriamente por las que se establecen en este Código.”<sup>18</sup>

Con posterioridad se decide fijar en una norma independiente al contrato de seguro, promulgándose el Decreto Ley n° 263, dando otra impronta a la actividad del seguro. En el artículo 5 de esta norma jurídica se establece que el seguro es aquél por el cual la entidad de seguros se obliga, mediante el cobro de una prima, a garantizar el interés del asegurado o del beneficiario en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato<sup>19</sup>.

El Ministerio de Finanzas y Precios, organismo encargado de la actividad que es objeto de análisis por los autores en este artículo,

<sup>17</sup> Consultar el Código de Comercio. Disponible en el sitio web del Ministerio de Justicia de la República de Cuba ([www.minjus.cu](http://www.minjus.cu)).

<sup>18</sup> Consultar la página web [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), donde aparece hospedada la Ley n° 59, Código Civil.

<sup>19</sup> Consultar en la página [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, donde se encuentra hospedado el Decreto Ley n° 263, Sobre el Seguro.

dicta la resolución n° 8, actual reglamento en materia aseguradora en el país, de la que se coligen los ramos de seguro establecidos en el país que son bienes, personales, de Responsabilidad Civil y otros, por lo que podemos colegir, los autores, que el seguro ambiental, la legislación cubana no le recoge, a pesar de ser ésta una de las políticas internacionales en materia ambiental de que el Estado cubano es parte dentro del denominado Derecho Ambiental Internacional.

Es bueno saber que los autores están considerando, además, la importancia que reviste este contrato para el sector empresarial y para la economía del país en la implementación de los lineamientos relacionados con la política medioambiental y monetario-crediticia dentro del nuevo modelo económico que hoy se implementa.

La teoría del seguro nos señala que tiene como función la de reponer al asegurado, tras un siniestro y en una situación personal o patrimonial, lo más próxima a la anterior a sufrirlo, o si ello no es posible, darle una compensación económica que atenúe los efectos del daño. Debe observarse que se habla de compensación económica, nunca de negocio, ya que la naturaleza del seguro rechaza que de él pueda obtenerse beneficio, pues incentivaría el fraude.

Una primera clasificación del seguro podría establecerse así: seguros personales: vida, accidentes, etc.; y seguros de daños: incendio, robo, transporte, etc. El seguro se basa en la existencia de la cadena riesgo-siniestro-daño que consiste en: riesgo - la posibilidad de que suceda un evento futuro que pueda dañar el objeto del seguro; siniestro - materialización del riesgo (si aseguramos un cargamento contra roturas, éstas son el siniestro); y el daño - el perjuicio producido a consecuencia del siniestro, susceptible de cuantificación (en mercancías se le conoce también como avería). Es intención de los autores opinar en relación a algunas cuestiones recogidas por la norma y que puedan estar relacionadas con el seguro ambiental, que son en relación con los riesgos cubiertos al ser variados, por ejemplo:

incendio, rayo o explosión, cualesquiera que sea su origen;  
terremoto, temblores de tierra, erupción volcánica, huracán, ciclón,  
manga de viento, granizadas y tormentas;

hundimiento o corrimiento de tierra;  
inundación por cualquier causa;  
escape de agua debido a cualquier causa imprevista;  
desplome o derrumbe de paredes, techos o estructuras del local asegurado o donde se encuentren los bienes asegurados<sup>20</sup>.

De aquí a que sea criterio de los autores que existe un nexo vinculante con el derecho del medioambiente y, dentro de éste, con la responsabilidad ambiental, la inspección ambiental, la auditoría ambiental y la comisión de daños, como parte del desarrollo sostenible que tanto se aboga como política ambiental por parte de la Administración Pública de Cuba en el nuevo modelo económico que, en el siglo XXI, se implementa en el país, como antes enunciáramos.

#### 4. El derecho del medioambiente

Consideran los autores que la historia medioambiental de la Tierra y de la humanidad es tan moderna como la propia preocupación ambiental. Lo corrobora la obra científica de Bailes, Caracciolo, Walter, Ruffolo y Environmental History, quienes plantean la dificultad metodológica y la imposibilidad de separación de los problemas medioambientales y de gestión, en lo que se refiere a la sociedad y a sus instituciones<sup>21</sup>.

En este estudio ambiental, sus componentes e interrelaciones es un tema de larga data remontado a la antigüedad con los primeros biólogos y naturalistas, como Aristóteles, Heráclito de Efeso, y Anaximandro. Con el inicio de las ciencias modernas, bajo el modelo naturalista, encontramos a fisiologistas, como René Antoine Ferchault de Réaumur y Antoni Van Leeuwenhoek, estudiosos a nivel geográfi-

---

<sup>20</sup> Consultar el libro sobre la “Empresa y el empresario en Cuba” publicado por la ONBC en 2000. Buscar el capítulo relacionado con el Seguro en Cuba.

<sup>21</sup> CAFERRATA, Dr. Néstor A. Profesor e investigador sobre Derecho Ambiental. Director de la Revista Derecho Ambiental. Abeledo Perrot. Argentina. Quien, en su libro científico titulado “Introducción al Derecho Ambiental”, realiza una descripción epistemológica sobre los orígenes del derecho del medioambiente y quienes han sido en el ahora de Latinoamérica sus principales precursores.

co, como el naturalista y geógrafo Alexander Von Humboldt, y, entre los evolucionistas, a Jean Baptiste Monet<sup>22</sup>.

Por lo tanto la historia general y la económica, de tradición humanístico-historicista, previó afectaciones para el siglo XX. Como portador de peligros, insertó a la especie humana en el magma complejo de un medioambiente en tensión. El material científico “Les suisses et l’environnement” hace una documentación histórica a partir del siglo XVIII, considerando el punto de partida de los cambios ambientales a la industrialización.

En este sentido, debe observarse la ecología iniciada por Humboldt y los aportes de Wallace y Darwin, y de otras propuestas de filósofos que, como Holbach, señalaron: cuando los hombres se juntaron entre sí para vivir en sociedad, hicieron ya, sea formal o tácitamente, un pacto, por el cual se obligaron a hacerse mutuos servicios y a no dañarse. La diversidad que existe entre los seres (humanos)

---

<sup>22</sup> MAXIMILIANO MARTIN, Dr. Leandro. Donde en su obra científica nos refiere apuntes historiográficos sobre los orígenes del medioambiente como ciencia del derecho y su interrelación con otras ciencias, destacando las obras científicas relacionadas con el tema como: “*De anima*”, “*Parva naturalia*”, “Historia de los animales y Las partes de los animales”. Filósofo griego, evolucionista y observador del cual se mencionan varias obras, pero sólo se da por cierta la autoría de la denominada “De la naturaleza de las cosas”. Filósofo, matemático y astrónomo griego, natural de Mileto, discípulo de Tales, sostenía que los seres humanos nacían de los animales y la evolución de las especies desde la vida marina. Sus observaciones son principalmente descritas en “*Sur la digestion des oiseaux*”; demostró la naturaleza química del proceso de digestión animal, aisló el jugo gástrico y concibió las primeras experiencias de la digestión *in vitro*. Leeuwenhoek, fue un observador, tallador de lentes, careciente de formación científica, pero pionero en varios descubrimientos relativos a los protozoos, los glóbulos rojos de la sangre, el sistema de capilares y los ciclos vitales de los insectos. Naturalista y geógrafo alemán, graduado en Ciencias Económicas, de gran afición por la investigación del mundo natural, a la muerte de su madre en 1799, de quien heredó una cuantiosa fortuna, se largó en una aventura ultramarina partiendo junto al botánico francés Aimé Bonpland, desde La Coruña, con destino a los territorios españoles de ultramar. Durante cinco años exploró Hispanoamérica y los mares e islas del golfo de México. Sus observaciones vinieron a fundar la geografía física y la meteorología. Entre sus descubrimientos se mencionan la unión del Orinoco y Amazonas. Entre sus obras se encuentran “La Flora Francesa”, en donde utilizó por primera vez la clave dicotómica para clasificar las plantas, y pese a que su labor científica incluye trabajos sobre meteorología, botánica, química, geología y paleontología, Lamarck es particularmente reconocido por sus estudios sobre la zoología de los invertebrados y por su teoría sobre la evolución. Entre otras obras, publicó entre 1815 y 1822 un extenso tratado, en siete volúmenes, sobre “Historia natural de los animales invertebrados”.

hace que reine entre ellos una desigualdad que es la base de la sociedad... La justicia se llama también equidad, porque impide que cada cual use del ascendiente que la desigualdad de naturaleza o industria le ha dado para dañar a los demás.

Engels, en su obra “La dialéctica de la naturaleza”, declaró preocupaciones tratando, con convicción, la gravedad de las acciones humanas irreflexivas e ignorantes sobre la naturaleza, en el proceso de apropiación de sus recursos, y articuló estos desajustes con los de implicación social: “si han hecho falta el trabajo de siglos hasta que hemos aprendido, en cierto modo, a calcular las consecuencias naturales remotas de nuestros actos encaminados a la producción, la cosa era todavía mucho más difícil en lo que se refiere a las consecuencias sociales”<sup>23</sup>.

La máquina de vapor fue el inicio del deterioro medioambiental y no permitió la armonía propuesta, no sustentada sólo en el conocimiento de las leyes y de las regularidades del funcionamiento de la naturaleza. Este acelerado avance de la ciencia y de la técnica en la era post-industrial, trajo consigo riesgos a la salud y al medioambiente, al utilizar tecnologías que no permiten su control absoluto y que, en algunas ocasiones, escapan a la posibilidad de previsión y a la imputación culposa de sus consecuencias<sup>24</sup>, por lo que ha resultado necesario por el hombre construir políticas que, de una manera u otra, le ayuden a mitigar los riesgos al medio ambiente a través de políticas aseguradoras, y es el caso del seguro ambiental.

El Derecho Internacional del Medio Ambiente requiere entonces, frente a actividades riesgosas o eventualmente peligrosas llevadas adelante en territorio bajo la jurisdicción de los Estados o bajo siste-

<sup>23</sup> HOLBACH, obra citada denominada la “Biblia del materialismo” en el año 1770, la cual refleja la necesidad de preservar la naturaleza, papel que juega el hombre por ser un ente transformador en ésta. Cuestión aún pendiente por cumplirse en nuestros días, ya que no se ha creado una conciencia jurídica ambiental para transformar las conductas de los hombres en preservar y mitigar la problemática ambiental que hoy impera en el mundo, cuestión esta que, con las nuevas tendencias sobre el ciudadano ambiental, orientan el camino a revertir esta problemática desde la arista social.

<sup>24</sup> ENGELS, Federico. *Introducción a la dialéctica de la naturaleza*. La Habana, Cuba: Editorial Ciencias Sociales, [¿]. P. 57-58. (Obras escogidas, Tomo 2).

mas especiales, la adopción de medidas especiales *ad intra* y *ex ante*, entre ellas, como ya citábamos, el Seguro Ambiental Obligatorio.

En este sentido consideramos que es importante destacar que hay por lo menos tres pautas esenciales del sistema civil de tutela ambiental, que son: a) responsabilidad objetiva; b) reparación en especie; y c) prevención del daño ambiental.

En relación a la primera pauta, la atribución “sin culpa” es un mecanismo determinante en el sistema de tutela civil del ambiente, debido a que la responsabilidad civil clásica – fundada únicamente en la culpabilidad subjetiva – importó durante mucho tiempo un obstáculo para que los damnificados accedieran fluidamente a la indemnización, “Y máxime en el ámbito de actividades de alto potencial nocivo (por ej: contra el medio ambiente), pero sustraídas en principio a evidencias de culpabilidad, que quedaban por ende fuera del sistema resarcitorio, garantizando al contaminante un margen de provecho, a costa de la seguridad de la población.

Por ello la evolución hacia una responsabilidad objetiva por daño ambiental constituye un eficiente mecanismo de internalización, que impone inexorablemente al contaminante el costo de recomposición, operando entonces como sistema de prevención indirecta, ya que la sanción resarcitoria motiva, como amenaza o coacción psicológica-económica, a no producir actos antijurídicos, lesivos del medio ambiente”.

En el mismo sentido se expresa la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en su Principio 16, al establecer que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

En este marco de responsabilidad objetiva, se hace fundamental para los agentes contaminantes –o potencialmente contaminantes– contar con un seguro para afrontar los costos de la restitución del

ambiente dañado, a su estado anterior al acto de contaminación. Esto, desde el punto de vista de la responsabilidad con la que debe obrar cualquier potencial contaminante del ambiente. Desde el punto de vista del Estado, también se vuelve imprescindible establecer la obligatoriedad de contratar este tipo de seguros, para dar cumplimiento al Principio de Prevención, uno de los Principios Internacionales del Medio Ambiente<sup>25</sup>. Cuestiones éstas abordadas en relación a tres principios tributarios para la creación de un régimen comunitario de responsabilidad, entre los que destacan: la cautela, la acción preventiva y la máxima “quien contamina paga”. Desde nuestro punto de vista, la responsabilidad civil debe ser un instrumento legal básico para la protección del medioambiente, como bien de titularidad colectiva, por constituir uno de los mecanismos más idóneos para garantizar la reparación adecuada de los daños que resulten de actividades peligrosas.

Es preciso destacar que el medioambiente se ha reconocido como bien jurídico, se considera como *res nullius*, como un bien de dominio público, o como un bien de propiedad privada, pero es considerado por los autores un bien de uso colectivo, aunque responda a intereses de carácter difuso.

Es criterio de los autores que, en el siglo XXI, los problemas ambientales se han agravado más, y no se avizoran soluciones para resolver el actual deterioro ambiental que impera en el mundo y del que Cuba no está ajena. Es importante destacar que dentro del derecho interno cubano existen normativas que entran a regular la protección de los recursos naturales, pero es menester reconocer que el sector empresarial estatal y el no estatal están obligados a incrementar la cultura jurídica para poder ser competitivos, pues los empresarios en un gran porcentaje no tienen cultura del seguro y no lo planifican en sus registros contables, ante la posibilidad de que concurran riesgos.

---

<sup>25</sup> STIGLITZ, G.A. “El Daño al Medio Ambiente en la Constitución Nacional”, en Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, Ed. Abeledo-Perrot, 1 997, p. 317 y ss.

## 5. El seguro ambiental en el nuevo modelo económico cubano

Dentro del proceso de institucionalización, la protección ambiental ha tenido un espacio preponderante desde el texto constitucional, contribuyendo a que, en posteriores leyes dictadas por el órgano competente, sea contada como parte del derecho sustantivo en materia ambiental, demostrándose que el país dicta acciones protectoras hacia la naturaleza, en correspondencia a los tratados firmados, corroborados hoy con el nuevo modelo económico que se implementa.

En su Capítulo I, con título “Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado”, distinguen cuatro ámbitos de incidencia interrelacionados: la protección del medio ambiente como principio constitucional rector de la política económica y social, la función pública de protección ambiental como mandato de acción para el Estado, la protección ambiental como ámbito de atribuciones y competencias y la protección de los recursos naturales y de todo el rico potencial de la naturaleza como un deber ciudadano<sup>26</sup>. Monzón Brugera, Rey Santos, Cruz Sardiñas y Hernández Aguilar consideran que al amparo de nuestro texto constitucional, cumplir con las exigencias de la protección ambiental y reconocer su relación estrecha con el desarrollo económico y social sostenible, es un mandato para el Estado a través de los órganos competentes en aplicar esta política. Por tanto, su aplicación se instituye como principio constitucional de actuación de los órganos estatales y se convierte en fundamento informador del ordenamiento jurídico<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Ver Tesis doctoral sobre Derecho Ambiental titulada “Manejo Integral de Zonas Costeras”. Profesora de la Universidad de Cienfuegos. República de Cuba. La autora realiza un análisis sobre el texto constitucional cubano, en relación con la protección de los recursos naturales por parte de las personas naturales y jurídicas, así como las competencias que le corresponden a los órganos de control establecidos dentro del derecho sustantivo cubano.

<sup>27</sup> HERNANDEZ AGUILAR, Msc. Orisel. Consultar el artículo relacionado con los retos ambientales de la Constitución Cubana, publicado por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, del Proyecto ECOIRE. UNJC. Bajo el título de: “Retos y tendencias del derecho ambiental contemporáneo”. Colectivo de autores-ONBC, 2011, donde se abordan las principales falencias en el texto constitucional en materia ambiental a criterio del autor, del cual coincidimos que se deberá abordar en el momento que se decida por parte del Estado cubano en esta materia. Cuba. Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Pinar del

Este nuevo modelo económico erigido a través de la aprobación de los Lineamientos en el 6º Congreso del Partido Comunista de Cuba, opinan los autores que deberá repensarse un nuevo derecho ambiental, dentro del derecho interno cubano, y dentro de la temática que se aborda, es meritorio significar que el sistema contable del país aún no incorpora en toda su dimensión los riesgos medioambientales para evaluar responsabilidades, de ahí la importancia que adquieren las organizaciones estatales y profesionales a la hora de definir los hechos medioambientales y marcar las pautas para su reflejo contable, de forma que las empresas conozcan cuál sería la línea de actuación en este campo mejorando la comparabilidad de la información suministrada, de lo que hoy se denomina, en el mundo contable, la contabilidad verde.

Esta deuda legislativa se mantiene, relacionada con el seguro ambiental, debido a que nuestra legislación no lo establece de manera fáctica, aunque deja abierta en la clasificación de los ramos donde el legislador señala de forma abierta “otros”, coligiendo los autores que no está aún definido. Este factor se lo vemos muy vinculado a la comisión de daños al ambiente, fundamentalmente de los que proceden de la actuación de las Personas Jurídicas, si tenemos en cuenta que, por la obsolescencia tecnológica imperante en el país, podríamos señalar que la industria cubana, por su heterogeneidad y muchos años de explotación, no cumple con los estándares internacionales relacionados con el mercado de las Producciones más Limpias<sup>28</sup>, ocasionando agresión al medioambiente, sin dejar de reconocer esta comisión también por parte de las Personas Naturales, con el incremento de los pequeños empresarios (Trabajadores por Cuenta Propia), que cada día van en aumento sin cumplirse las buenas prácticas con el medioambiente.

Es por eso que los autores coinciden que tendrá que repensarse el derecho del medioambiente con miradas nuevas, ya que la mayor parte del daño ambiental ocurre por causas lícitas y el derecho am-

---

Río. Estos autores consideran la necesidad de reformar el texto constitucional en relación con la política ambiental.

<sup>28</sup> Consultar el “Manual de producciones más limpias”. . La Habana, Cuba: CITMA.

biental lo contempla en la distancia e imparable, que como expresara Rey Santos, parece haber muy pocas dudas sobre el vínculo de la crudeza de estos fenómenos y el actuar humano, no sólo por las crecientes indicaciones sobre los cambios climáticos de origen antrópico, sino también por el modo en que el manejo de bosques, humedales, cuencas y otros recursos contribuye al costo humano y económico de estos fenómenos, que son mega fenómenos de daño ambiental, aunque en una primera mirada no parezcan aprehensibles jurídicamente<sup>29</sup>.

Hay mandatos legales que no han sido aún cumplidos por el Estado cubano, como el de implementación dentro del ordenamiento ambiental, la regulación de un seguro ambiental obligatorio, relacionado con el ambiente de control, desafíos de la legislación ambiental en este siglo XXI, con la introducción de elementos trasversales u horizontales en la regulación de las distintas esferas específicas del medioambiente, enunciados a nivel de principios y sin un adecuado desarrollo.

No es desconocido que el artículo 27 de la Constitución consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitan a los órganos competentes para que intervengan en la protección del medioambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordena la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de "hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras" con lo que la solidaridad, en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional cubano, posición asumida por Hernández Aguilar<sup>30</sup> en sus publicaciones sobre los retos ambientales de la Constitución,

<sup>29</sup> Consultar la obra científica del Director de Política Ambiental, del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, REY SANTOS, MSc. Orlando. Cuba. 2012.

<sup>30</sup> HERNANDEZ AGUILAR, Msc. Orisel. Consultar el artículo relacionado con los retos ambientales de la Constitución Cubana, publicado por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, del Proyecto ECOIRE. UNJC. Bajo el título de: "Retos y tendencias del derecho ambiental contemporáneo" Colectivo de autores-ONBC, 2011 donde se abordan las principales falencias en el texto constitucional en materia ambiental a criterio del autor, del cual coincidimos que se deberá abordar en el momento que se decida por parte del Estado cubano en esta materia. Cuba. Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Pinar del Río.

que en su actualización deberá contener. Esta protección medioambiental en Cuba es considerada por Monzón Brugera como un mandato de acción para los órganos y organismos estatales, mientras que el deber ciudadano de protección no atañe a todo el medio ambiente que hay que proteger en virtud del concepto jurídico de medio ambiente consagrado en el ordenamiento positivo, sino exclusivamente al ambiente natural. De este modo, queda fuera no sólo el ambiente social, sino también el artificial constituido por lo que circunda al hombre y que él mismo ha creado<sup>31</sup>.

El sector empresarial, conocedor de las disposiciones jurídicas reguladoras de políticas ambientales, haz con que ellas no sean debidamente acatadas por diversas causales o contradicciones, entre las que consideramos los autores al significar: por falta de prioridad del tema ambiental, por inadecuado manejo de los presupuestos o en ocasiones, la actividad no es prioridad, otras sí consideran que la poseen relegándola a segundo y terceros planos, sin una adecuada visión de futuro en relación con la disminución o mitigación de los problemas ambientales en diversos escenarios a transformar; los organismos de la Administración Pública que tienen que ejercitar las acciones de control no la ejecutan con la adecuada rigurosidad que el tema amerita; a pesar de, en los medios de comunicación social, ser recurrente el tratamiento de temas medioambientales, no concebimos la percepción del riesgo, aspectos validados por Guevara Martínez, Viamontes Guilbeaux, y Rodríguez Coquet, quienes desde el derecho laboral han abordado lo socio-ambiental y sus implicaciones negativas<sup>32</sup>.

Otros autores contrastados en materia de derecho comparado del área latinoamericana, como Argentina, Chile, Colombia, México, de los Estados Unidos y de la Comunidad Europea, como Ahumada F., Viguri Pereda, García Castro, consideran que los orígenes del seguro ambiental están dados en atención a que hoy en día los riesgos medioambientales cobran vital relevancia en la industria de los seguros, considerando que éste ha ido evolucionando a través del

---

<sup>31</sup> *Ibidem* n° 25.

<sup>32</sup> Los autores citados tienen una vasta obra científica relacionada con el derecho de la salud en materia ocupacional, denominado ambiente laboral. Con vivencias relacionadas con lo que concurre en el sector empresarial cubano.

tiempo y no sólo se aseguran necesidades económicas, derivadas de la actividad empresarial, sino que se asegura también la calidad de vida del individuo.

De esta forma, han aparecido nuevos riesgos cuyas implicaciones económicas son desconocidas y no existe un conocimiento científico suficiente para valorar todos los daños asociados a la ocurrencia de grandes problemas medioambientales del futuro, como el cambio climático y la escasez de agua potable<sup>33</sup>.

Si tomáramos como referencia la estructura de una póliza de contaminación, que deberá supeditarse para su formalización al resultado técnico de los cuestionarios previos y auditorías sobre la gestión ambiental de la empresa (auditoría ambiental) realizada en la Comunidad Europea de hoy, constatamos que se señala la incidencia de importantes problemas, relativos a lo que debe entenderse por contaminación, daño y perjudicado, de acuerdo a los acuerdos de suscripción entre instituciones aseguradoras y reaseguradoras para la asunción de los riesgos medioambientales.

Así, en el ámbito norteamericano, conocido como Pla, y en España, llamado Pool Español de Riesgos Medioambientales (asociaciones de aseguradoras), cuyas opiniones, conjuntamente con las de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), definen como problemática la introducción o dispersión (en la tierra, en el mar o en el aire) de materias o formas de energía que produzcan en la calidad de dicho medio un deterioro que resulte peligroso o dañino. estableciendo dos criterios: a) que se origine en las instalaciones o en los trabajos, donde debe observarse un comportamiento respetuoso con el medioambiente, siguiendo una auditoría ambiental previa; b) que se produzca de forma accidental y aleatoria, tanto con carácter repentino como gradual.

**Objeto de seguro:** incluye el daño emergente y el lucro cesante, con la consiguiente carga de la prueba, así como los gastos de prevención y aminoración. Según el pool, las prestaciones del asegurador se componen de las siguientes partidas:

<sup>33</sup> Consultar tesis en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Escuela de Derecho. Sobre seguro y daño ambiental. Chile: AHUMADA F, Paula. 2007.

- a) pago de indemnizaciones por daños personales, materiales y perjuicios consecutivos, definidos con anterioridad y con las limitaciones ya señaladas (supra);
- b) abono de gastos originados para detener, aminorar o neutralizar la contaminación, siempre que se hayan iniciado y afectado (o sean susceptibles de hacerlo) a terceros;
- c) reintegro de gastos efectuados con la finalidad de evitar un riesgo inminente de contaminación;
- d) restitución de las costas judiciales y extrajudiciales o los gastos de la constitución de fianzas.

#### Exclusiones:

Entrarían en esta categoría los incumplimientos dolosos, como las multas y los daños propios. El pool excluye de la póliza los bienes naturales o con valor medioambiental o ecológico que son difíciles de valorar, pero no por ello deben quedar fuera de cobertura los daños derivados de instalaciones nucleares radioactivas (que poseen su propio seguro), las instalaciones del asegurado (incluyendo la propiedad, posesión o uso de vehículos terrestres, artefactos volantes o embarcaciones), los daños genéticos en personas, animales o plantas, las reclamaciones por modificaciones en el nivel, caudal o curso de las corrientes o masas de agua subterránea o superficial, los producidos al personal de la empresa, además de los perjuicios puros que no son consecuencia directa de daños personales o materiales sufridos.

Por último, se incluyen aquellos daños cuya ocurrencia no podía ser prevista por el asegurado, debido al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el tiempo en que aconteció la causa de tales daños, puesto que en las operaciones del cálculo de la prima no se pudieron prever.

#### Delimitación temporal:

Tradicionalmente se han configurado con el sistema *claims made*, fórmula cuestionada por los tribunales de algunos países. De ahí que actualmente se estén suscribiendo pólizas bajo los principios

“primera manifestación verificable”, en virtud de los cuales el asegurador cubre los daños declarados, por primera vez, durante la vigencia de la póliza, siempre que no sean consecuencia de causas antiguas sobrevenidas con anterioridad a la fecha del contrato (“contaminación histórica”).

**Delimitación territorial:**

Será importante delimitar el ámbito geográfico de la aplicación de la póliza. Estipula el pool que debe incluirse toda responsabilidad por daños originados a cualquier país de la Unión Europea (lo que se entiende como responsabilidad por contaminación transfronteriza).

**Siniestros en serie:**

Se estima que todos los daños que obedezcan a un mismo siniestro o a una misma causa o causas relacionadas con el mismo constituyen un único siniestro a los efectos del límite cuantitativo de la póliza.

**Suma asegurada y límite máximo:**

**Puntos expuestos con anterioridad.**

**Garantías opcionales:**

En función de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

**Cláusulas administrativas:**

Son los términos que regulan las obligaciones de las partes.

Finalmente, queremos significar que en el año 1997, un grupo de compañías de seguros puso en marcha una iniciativa, en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), cuyo objetivo consistió en promover la gestión en el sector de seguros. En la actualidad, ya más de 80 aseguradoras de 26 países se han

adherido a ella. El plan obliga a realizar una adecuada gestión de riesgos ecológicos, una introducción de consideraciones ambientales en las operaciones internas, así como la realización de revisiones periódicas y la promoción de productos y servicios verdes. En España, podemos constatar el Pool de Riesgos Medioambientales<sup>34</sup>.

Con la certificación de las normas ISO 14 001, hay una experiencia que curiosamente, son las PYMES (Pequeñas y Medianas Empresas) las más interesadas en los seguros de contaminación (como se les conoce popularmente), mientras que las grandes compañías siguen prefiriendo optar por contratar esta garantía dentro de sus seguros tradicionales de responsabilidad civil, como el de carácter forzoso o el de libre contratación, y otras clasificaciones entre las que están los seguros de responsabilidad por: derrame de Hidrocarburos u otras sustancias nocivas, de responsabilidad por accidentes nucleares, de responsabilidad civil por contaminación y la póliza de responsabilidad por contaminación asimilada de asociación de aseguradores no marítimos.

### **5.1. La política inversionista del derecho mercantil en Cuba y las buenas prácticas ambientales**

La primera regulación jurídica post-revolucionaria que trata del tema de la inversión extranjera, y en especial de las empresas mixtas, lo fue el Decreto-Ley n° 50, el cual, unido a otras normas dictadas por varios organismos de la Administración Central del Estado relativas a cuestiones financieras, de contabilidad, estadísticas, mercantiles y laborales y al viejo Código de Comercio aún vigente, conformaron el régimen jurídico de las inversiones extranjeras.

En esta legislación se autoriza, por vez primera, la creación de las Empresas Mixtas, entidad que se crea cuando por ambos socios se decide crear una asociación en la cual se fijan los pactos y condiciones que se consideren conveniente, mediante un contrato en el que se designarían representantes por ambas partes, por esta norma sólo se permitía que se autorizara el usufructo temporal de terrenos,

---

<sup>34</sup> VIGURI PEREA, Dr. Agustín. Profesor Titular de Derecho Civil. Universitat Jaume I de Castelló. Licenciado en Derecho Norteamericano. University of Pittsburgh, USA.

industrias o instalaciones, de acuerdo a las regulaciones del Código Civil de 1987. Surgieron, entonces, Empresas Mixtas, que adoptaron las formas de Compañías Anónimas por acciones nominativas, aplicándoles las disposiciones vigentes del Código de Comercio.

Teniendo en consideración las limitaciones antes expresadas en la legislación existente y en la propia Constitución de 1976, el desarrollo que van teniendo las inversiones extranjeras y la necesidad de llevar a vías de hecho otras formas de éstas, que no sólo fueran las Empresas Mixtas, era imprescindible que existiera en este sentido un respaldo constitucional, ya que la Constitución, cuando se refería a la propiedad estatal, era absoluta, sin hacer excepciones, ni excluir ningún medio de producción. De aquí la necesidad de la reforma constitucional de 1992, la que a su vez prepara el camino para los cambios legislativos que con posterioridad se producen, significando que tenía una mirada mercantil, dejando a un lado la temática ambiental.

Una vez realizados los cambios constitucionales, se crean las bases de la Ley n° 77, de 1995, “Ley de la Inversión Extranjera”, que regula – entre otros aspectos – todo lo relativo a las Empresas Mixtas, como una de las formas que puede adoptar la inversión extranjera. por lo que la actividad del seguro forma parte de los sectores en los que pueden ser autorizadas inversiones extranjeras y las personas naturales o jurídicas que se propongan ejercer en tanto: entidades de seguros, sociedades mutuas, corredores de seguros, agentes de seguros y entidades de servicios auxiliares del seguro. Todos deberán obtener como requisito previo a los trámites de registro e inscripción establecidos en la legislación vigente la autorización o licencia de la superintendencia de seguros<sup>35</sup>.

Las entidades de seguros tienen, bajo condiciones competitivas a escala internacional, la primera opción para la cobertura de riesgos a personas naturales o jurídicas extranjeras y a empresas mixtas, cuyos intereses se hayan situado en el territorio de la República de Cuba, por lo que las empresas mixtas, los inversionistas extranjeros

<sup>35</sup> Consultar en el sitio del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, en la página web [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu), la Ley n° 77, Ley de la Inversión extranjera.

y nacionales en los contratos de asociación económica internacional, y las empresas de capital totalmente extranjero, deben contratar a compañías autorizadas por el Ministerio de Finanzas y Precios para operar en el país los seguros correspondientes sobre bienes.

Las instalaciones industriales, turísticas o de otra clase, o los terrenos que sean dados en arrendamientos por empresas estatales y otras organizaciones nacionales, serán asegurados por el arrendatario a favor del arrendador. Los servicios de seguros también forman parte de las actividades que desarrollan los concesionarios en las zonas francas y parques industriales, así como los operadores que expresamente obtengan autorización.

Los autores consideran que la Ley de la inversión extranjera en el país tiene por objeto promover e incentivar la inversión extranjera en el territorio, para llevar a cabo actividades lucrativas que contribuyan al fortalecimiento de la capacidad económica y al desarrollo sostenible del país, sobre la base del respeto a la soberanía e independencia nacionales y de la protección y uso racional de los recursos naturales, además de establecer, a tales efectos, las regulaciones legales principales bajo las cuales debe realizarse aquella.

Toda vez que en el artículo 54 de la propia norma se establece que la inversión extranjera se concibe y estimula en el contexto del desarrollo sostenible del país, lo que implica que durante su ejecución se atenderá cuidadosamente a la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, nos preguntamos si no será importante crear una política aseguradora en materia ambiental, por ser Cuba un país propenso a riesgos ambientales cada vez más intensos ante los cambios climáticos del mundo actual.

Nos cuestionamos: ¿se realizan buenas prácticas ambientales en todo el desarrollo inversionista del país?, ¿habrá una adecuada cultura ambiental en pos de un desarrollo sustentable por parte de las personas jurídicas y naturales? Éstos son interrogantes de los autores en los que se habrá que continuar profundizando en futuras investigaciones sobre el tema.

## 6. Conclusiones

El seguro medioambiental no deberá ser mirado como la única herramienta útil en la tarea de preservar el ecosistema. Es un instrumento que si bien protege el patrimonio estatal o privado e individual de un asegurado ante la generación accidental de un daño al medio ambiente, producto de la realización de una actividad, presenta ciertas dificultades en relación a su aplicación que no deben dejarse de lado a la hora de constituir un efectivo sistema de reparación medioambiental. No es recomendable el recurso al seguro obligatorio como única medida, debe ser acompañado de otras fórmulas y mecanismos financieros como la constitución de Fondos de Compensación y otras garantías financieras como la constitución de aval o auto seguros que financien determinados fondos financieros.

Entonces, es importante regular, a través del Ministerio de Finanzas y Precios y de la Empresa de Seguros Nacionales, la normativa correspondiente a los seguros de responsabilidad ambiental, sobre la base de experiencias y legislación internacional en la materia, aplicándolos al contexto cubano, en respuesta a la política en materia ambiental del que el país es parte.

Hay que concientizar al sector empresarial estatal y no estatal, en la importancia que reviste concertar un contrato de seguro de responsabilidad ambiental, que contribuyan al fortalecimiento de la capacidad económica y al desarrollo sostenible del país, sobre la base del respeto a la soberanía e independencia nacionales y de la protección y uso racional de los recursos naturales; y establecer, a tales efectos, las regulaciones legales principales bajo las cuales debe realizarse aquella.

Será bueno revisar la actual legislación ambiental cubana, en pos de su actualización donde se establezcan nuevas pautas relacionadas con la responsabilidad ambiental, el control ambiental y el seguro ambiental, que tributarán a un mejor control por parte de los órganos y organismos del Estado y de la Administración Pública con competencia y jurisdicción.

Por fin, se debe contextualizar la política inversionista de Cuba expresada en la normativa de la inversión extranjera, con las buenas prácticas ambientales, necesitada de la implementación de una política en materia de seguro, que tributen al desarrollo sustentable o sostenible, en armonía con los recursos naturales.

## 7. Referencias

AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE. *Contabilidad ambiental: medida, evaluación y comunicación de la actuación ambiental de la empresa*. Barcelona, España, 1999.

AGUILAR, G. y autores. *Manual de derecho ambiental en centroamérica*. Costa Rica: Editora Unión Mundial de la Naturaleza, 2004. (Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial por la Naturaleza). (Tomo I).

ALENZA GARCÍA, J. F. *Manual de derecho ambiental*. Pamplona, España: Editora de la Universidad Pública de Navarra, 2001.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ARNER GUERRE, A. *Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medioambiental*. Zaragoza, España: Universidad de Zaragoza, 2013.

ASEGURACIÓN DE RIESGO, Serie de Seguro. 1956. No.112, New York The World Insurance Market. Zurich, Alemania.

AYES AMELLES, G. N. *Medio ambiente, impacto y desarrollo*. La Habana, Cuba: Editora Científico Técnico, 2003.

BARBATO, N. H. *Derecho de seguros*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2001.

BARRERA GRAF, J. *El derecho mercantil en la América Latina*. México: Editora Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

BARRERA, S. L. *Ciencia del seguro*. La Habana, Cuba: Columbia S.A., 1956.

BERNAL PEDRAZA, A. Y. *Responsabilidad ambiental de las empresas: un compromiso ético con el desarrollo sostenible*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009.

BROSETA PONT, M. *Manual de derecho mercantil*. Madrid, España: Tecnos S.A., 1991.

BUERES, A. J.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho ambiental: fundamentación normativa*. España, 2010.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Aranzadi, España, 1996.

CABEZA ARES, A. M. *Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la obligación de reponer y restaurar el medioambiente alterado*. León, España: Universidad de León, 2003.

CAFFERATA, N. A. *Introducción al derecho ambiental*. México, D.F.: INE-Semarnat, 2004.

CALZÓN, Calzón. Medio ambiente y empresa: as aseguradoras promueven una póliza de responsabilidad ambiental. *Cinco Días*, España, 2002.

CAMACHO RODRÍGUEZ, T. El seguro en Cuba: antecedentes, desarrollo y perspectivas. *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Cuba, n. 33, año XVII.

CANOVAS GONZALEZ, C. Daimar. *Estudios sobre derecho del ambiente*. Valencia, Venezuela: Vadell Hermanos, 2011.

CAÑIZARES ABELEDO, F. *Derecho comercial*. La Habana, Cuba: Ciencias Sociales, 2012.

CASTELO, J. *Diccionario de seguros*. Madrid, España: MAPFRE S.A..

CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Disponible en: <<http://www.cinu.org.mx>>. Acceso el: 7 mayo 2010.

CIOLLARO, J.A. *Seguro de caución: su problemática actual y soluciones*. Buenos Aires, Argentina: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1984. (Guía de modelos de pólizas. Distintos tipos de coberturas).

COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho de contratos*. La Habana, Cuba: Universidad de La Habana, 2003.

COLECTIVO DE AUTORES. *El seguro como categoría económica en el estado socialista*. La Habana, Cuba: Editora Universitaria, 1998.

COLECTIVO DE AUTORES. *La empresa y el empresario en Cuba*. La Habana, Cuba: ONBC, 2000.

COLECTIVO DE AUTORES. *Nociones de derecho mercantil*. Ministerio de Educación Superior, Cuba: Félix Valera, 2004.

COLECTIVO DE AUTORES. *Sobre el sistema financiero, monetario y crediticio en Cuba antes del triunfo revolucionario*. Santiago de Cuba, Cuba: Oriente, 1990.

COMITÉ CENTRAL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. *Lineamientos Económicos del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba*. La Habana, Cuba: Política, 2011.

CONTABILIDAD MEDIOAMBIENTAL. *Educación Superior*. La Habana, Cuba, 2004, p. 17. Disponible en: <<http://www.5campus.com/medioambiente>>. Acceso el: 2 mar. 2013.

CONVENCIÓN DE LONDRES SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, 1976.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO, 9., jul. 2013, La Habana, Cuba. *Memorias del evento internacional*, 2013. CD-ROM.

CRUZ SARDIÑAS, T. *El derecho al desarrollo sostenible: una actualización obligada para la doctrina del derecho ambiental*. La Habana, Cuba, 2013.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. *Empresas mixtas: Regulación Jurídica*. La Habana, Cuba, 2003.

DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. Disponible en: <[www.uneptie.org/pc/cp/declaration/homr.htm](http://www.uneptie.org/pc/cp/declaration/homr.htm)>. Acceso el: 25 feb. 2014.

DE LUGO BENÍTEZ, B. *Tratado de seguros*. Madrid, España: ASES S.A., 1995.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid, España: Espasa, 1994. (CALPE).

DIEZ PICAZO A. *Sistema de derecho civil*. Madrid, España: ASES S.A., 1997.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Fuentes del Derecho Internacional Ambiental*. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/fuentes-del-derecho-internacional-del-medio>>. Acceso el: 25 feb. 2014.

GARCIA CASTRO, M.J. *Requerimiento de los principios de prevención y precaución ambiental: seguro ambiental obligatorio*. Córdoba, Argentina: Universidad de Córdoba, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de derecho administrativo*. La Habana, Cuba: Félix Varela, 2007.

GARCINI GUERRA, H. *Derecho administrativo*. La Habana, Cuba: Pueblo y Educación, 1986.

GARRIDO VASQUEZ, R. 2008. Las consideraciones ambientales en la toma de decisiones económicas de Cuba. Una actualización. En BETSIME. Cuba.

GARRIDO VASQUEZ, R. et al. *Una aproximación a la problemática del comercio y el medio ambiente desde la óptica cubana*. Cuba, 1997.

GARRIDO VASQUEZ, R. *¿La economía verde o la economía del desarrollo sostenible?: retos actuales y respuestas a los lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba*. I Congreso de Política, Derecho y Justicia. 2013. La Habana, Cuba.

GARRIGUES, J. *Curso de derecho mercantil*. 8. ed. Madrid, España, 1983. (Tomo I).

GREENE, MARK R. *Riesgo y seguro*. España: MAPFRE S.A., 1999.

HENRÍQUEZ UREÑA, F. La evolución del seguro en Cuba. *Revista Seguros*, La Habana, Cuba, p. 26, 1937.

HERNANDEZ AGUILAR, O.; ANDINO RUIBAL, A. R. *Fundamentos jurídicos constitucionales de la gestión ambiental en Cuba: propuestas para su perfeccionamiento desde una perspectiva integral*. La Habana, Cuba, 2013.

INSTITUTO DE INFORMACIÓN DEL SEGURO: Experiencias sobre seguros. New York, US, 1970. p. 9.

JAQUENOD DE ZOGON, S. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. 3. ed. S.L. U.S.: Dykinson, 1991.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. *Derecho mercantil*. 2. ed. Corregida. Barcelona, España: Ariel, 1922.

JORDANO FRAGA, J. El derecho ambiental del siglo XXI. Disponible en: <[http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho\\_amb2\\_XXI.htm](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm)>. Acceso el: 18 ene. 2009.

LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. 5. ed. Madrid, España: Dykinson, 2004.

MARTÍN MATEO, R. *Manual de derecho ambiental*. 2. ed. Madrid, España: Trivium S.A., 1875.

MARTÍNEZ ESCOBAR, M. *Los seguros*. La Habana, Cuba: Cultural, 1945.  
MEILIJ, G. R.; BARBATO, N. H. *Tratado de derecho de seguros: contrato de seguros: seguros de daños*. Rosario, Argentina: Zeus, 1975.

MINISTERIO DE CIENCIAS, TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE (GRUPO DE TRABAJO ESTATAL). *Aspectos generales del medio ambiente y de la gestión ambiental empresarial: producciones más limpias, consumo sustentable*. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. La Habana, Cuba. 2009. p. 49-59.

MÓDULO: Sistemas de Seguro. Máster sobre el Derecho de los Negocios: sus proyecciones económicas e internacionales. Universidades Autónomas de Madrid y de La Habana, Universidad Autónoma de Madrid. La Habana, Cuba, 1993.

NICHOLAS, B. Forcé Majeure and Frustration. *The American Journal of Comparative Law*, U.S, n. 27, 1979.

PAVO ACOSTA, R. *Marco jurídico del crédito agrícola y el seguro agropecuario*. Cuba, 2000.

PEREZ VAQUERO, C. *Diez claves para entender el medio ambiente*. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, 2012.

PÓLIZAS DE SEGUROS DE ESICUBA. *Propiedad y contenidos transacción de mercancías*. Cuba, 1999.

RAPA ALVAREZ, V. El Régimen de los contratos en el nuevo código civil cubano. *Cubana de Derecho*, La Habana, Cuba, n. 39, 1989.

\_\_\_\_\_. *Manual de obligaciones y contratos*. La Habana, Cuba: ENPES, 1991.

REY CARO, E.J. *Derecho internacional ambiental: nuevas tendencias*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner, 1998.

RUIZ DE VELASCO, A. *Manual de derecho mercantil*. Bilbao, España: Deusto S.A., 1992.

SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de derecho mercantil*. 19. ed. Editorial. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1996.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medioambiente*. Barcelona, España: J. M. Bosch, 1994.

TALLÓN, D. Commentary on the International Sales Law, Italia. *Best's Key Rating Guide*, Property-Liability, 1971.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Disponible en: <[www.undp.org/cuppdestrategi.htm](http://www.undp.org/cuppdestrategi.htm).Estrategianacionaldecubahttp72.14.207.104searchq=cache0hroEu\_oCXcj>. Acceso el: 27 feb. 2012.

URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de derecho mercantil*. Reimpresión. Tomo I, Madrid, España: Civitas S. L., 2001. (Tomo I).

VALLS, M.; BRILL, R. *Prevención y compensación frente al daño ambiental: el seguro ambiental*. Disponible en: <[www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc](http://www.cedha.org/docs/doc156-spa.doc)>. Acceso el: 6 jun. 2011.

VEGA VEGA, J. Cuba: *inversiones extranjer*as. La Habana, Cuba, 1997.

VIAMONTES GUILBEAUX, E. *Compendio de Legislación Ambiental*. Universidad de La Habana, Cuba: Félix Várela, 1998.

\_\_\_\_\_. *Protección de la salud y la calidad de vida*. La Habana, Cuba: PNUMA-CITMA, 1995.

VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de derecho mercantil*. 3. ed. España: José María Bosch, 1991.

VIVANTE, C. *Derecho Mercantil*. Editora Madrid, España: Universidad de Bolonia, 2003.

WOLTER DEL RÍO, G. *Informe y proyecto de ley de seguros*. La Habana, Cuba, 1931.

YANEZ QUIVEIRO, M. El seguro. *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Cuba, 2000.

Autores convidados.

DOI: 10.5935/1809.848720140003

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DEVER DE  
EFICIÊNCIA E ESCUSA DE INCOMPETÊNCIA**

**ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: DUTY TO ACHIEVE  
EFFICIENCY AND PRETEXT OF INEPTITUDE**

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

emersongarcia814@hotmail.com

**RESUMO:** O princípio da eficiência, não obstante a sua estatura constitucional, tende a passar por um inevitável processo de erosão normativa na medida em que aumenta a tendência em se encampar a denominada escusa de incompetência. De acordo com essa escusa, a inépcia do agente público não justificaria o enquadramento de sua conduta no âmbito da Lei nº 8.429/1992, pois não seria uma demonstração de desonestidade. O objetivo destas breves considerações é demonstrar a insustentabilidade dogmática dessa construção e o risco que oferece para a própria subsistência do dever de eficiência.

**PALAVRAS-CHAVE:** desonestidade; eficiência; incompetência; improbidade administrativa.

**ABSTRACT:** The principle of efficiency, despite its constitutional foundation, tends to suffer an inevitable normative erosion process in that it increases the tendency to encompass the known excuse of incompetence. Under this pretext, the ineptitude of public servant not justify the incidence of Law 8.429/1992, because that would not

be a demonstration of dishonesty. The purpose of these brief considerations is to demonstrate the dogmatic unsustainability of this construction and the risk offering for the subsistence of efficiency duty.

**KEY WORDS:** dishonesty; efficiency; incompetence; administrative misconduct.

**SUMÁRIO:** 1. O dever de eficiência dos agentes públicos. 2. A escusa de incompetência. 3. Epílogo. 4. Referências.

## 1. O dever de eficiência dos agentes públicos

Eficiência, do latim *efficientia*, denota tanto o poder de produzir um efeito, no que se assemelha à eficácia, como a possibilidade de produzi-lo da melhor maneira possível, indicando a qualidade de uma dada ação, que se mostra eficiente. Ainda que não sejam poucas as exceções, a busca incessante pela eficiência pode ser vista, sob certa ótica, como um padrão de racionalidade do agir humano.

A racionalidade, em contornos mais amplos, indica a aptidão de conhecer e entender, a partir de relações lógicas e de inferência, aspectos abstratos ou concretos das ideias universais objeto de apreciação. Sob uma perspectiva mais estrita, reflete um modo especial de conhecer e entender, que se ajusta a certos *standards* adotados em determinados círculos de convivência humana. Tais *standards* consubstanciam padrões de correção ou de preferibilidade comportamental amplamente difundidos no *locus* analisado, estando incorporados à sua base cultural de sustentação. Esse aspecto é bem nítido em Von Wright (1993, p. 173), ao defender que a racionalidade é orientada aos objetivos, denotando a correção dos raciocínios, a eficiência dos meios em relação aos fins escolhidos, a confirmação e prova das crenças seguidas.

Em sentido amplo, a racionalidade indica uma característica inata do ser humano e tem contornos essencialmente instrumentais em relação às ações e ao modo de obter os resultados pretendidos. No plano estrito, é compreendida como o atributo do *iter* percorrido e do resultado alcançado, conferindo-lhes uma qualificação positiva.

Todo agir humano voluntariamente direcionado à realização de um resultado sempre tem a pretensão de alcançar o objetivo, de ser eficaz. Ainda que o ato se direcione, de modo voluntário, ao fracasso, ou seja, a um resultado diverso do que ordinariamente deveria alcançar, a pretensão de eficácia continuará presente. *In casu*, o agente almeja o insucesso e o perseguirá com os instrumentos de que dispõe.

Se a pretensão de eficácia é um elemento indissociável do voluntarismo do agir, não se pode dizer o mesmo da adequação do resultado – obtido ou simplesmente almejado – a certos *standards* do ambiente sociopolítico. Quando tal adequação não se faz presente, é maior a dificuldade de se generalizar um sentimento de aceitação quanto à conduta e ao resultado que lhe é correlato. A consequência inevitável será atribuir-lhe uma qualificação negativa.

Enquanto a racionalidade *lato sensu* assume feições de natureza ontológica, sendo inerente ao agir voluntário, a racionalidade *stricto sensu* tem contornos axiológicos e demanda juízos valorativos sobre a aceitabilidade da conduta e do resultado à luz de determinada base de valores, a qual, longe de ser estática, é essencialmente dinâmica e varia conforme os circunstancialismos de ordem espacial e temporal.

Como a racionalidade *stricto sensu* está situada no plano axiológico, nem sempre o atuar individual se ajustará aos *standards* adotados no plano coletivo, apesar do premente risco de reprovação. Caso isso ocorra, haverá uma nítida fratura entre o individual e o coletivo, do que pode resultar uma reprovabilidade de natureza exclusivamente moral ou, a depender da relevância do comportamento no ambiente sociopolítico, a sua caracterização como ato ilícito, por destoar dos padrões de juridicidade ali adotados.

Com os olhos voltados à atuação dos agentes públicos, é possível afirmar que a eficiência deve estar necessariamente presente tanto no plano da racionalidade *lato sensu*, como no da racionalidade *stricto sensu*. Observa-se, de imediato, que os contornos ontológicos da primeira não oferecem espaço para maiores dúvidas. Afinal, o objetivo de realizar o resultado está ínsito no voluntarismo da ação. Já em relação à segunda, cuja base axiológica melhor se ajus-

ta a um padrão não-vinculativo, tem-se uma evidente alteração de perspectiva quando a sua análise é realizada sob o prisma dos atos administrativos. E assim ocorre por uma razão muito simples. No direito constitucional brasileiro, aquilo que na origem apresentava contornos puramente axiológicos ingressou no plano jurígeno a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998 – que alterou a redação do art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, inserindo, entre os princípios expressos da Administração Pública, o da “eficiência”.

Quando a racionalidade *stricto sensu* utiliza a juridicidade como paradigma de análise, é possível concluir pela imperativa adstrição do agente público aos seus contornos, sob pena de este atuar à margem dos balizamentos da ordem jurídica e sofrer as sanções por ela cominadas. O caráter principiológico da eficiência em nada compromete sua força normativa. Indica, apenas, maior generalidade quando cotejada com as regras específicas que buscam conferir-lhe concretude e com o fato de ostentar um peso, daí decorrendo o uso de técnicas próprias para solucionar as possíveis situações de colisão com outros princípios igualmente amparados pela ordem jurídica (GARCIA, 2008, p. 179 ss.).

Especificamente em relação às normas constitucionais que conferem maior concretude à eficiência, podemos mencionar os deveres de: (1) realizar concurso público, investindo na função pública aqueles que apresentarem melhor preparo (art. 37, II); (2) conferir precedência à administração fazendária e aos fiscais dentro de sua área de competência (art. 37, XVIII), permitindo o aumento da arrecadação; (3) licitar, de modo a selecionar as melhores propostas (art. 37, XXI); (4) garantir, com prioridade, recursos financeiros para que a administração tributária realize suas atividades (art. 37, XXII); (5) observar, na gestão financeira e orçamentária, a legalidade, a legitimidade e a economicidade (art. 70, *caput*), indicativo de que o agente deve cumprir os fins determinados pela lei, despendendo o menor quantitativo possível de recursos. A análise dessas normas evidencia que a *ratio essendi* da eficiência é, realmente, a de alcançar os melhores resultados.

O dever de alcançar o melhor resultado deve ser devidamente compreendido ao ser cotejado com a liberdade valorativa que a lei cos-

tuma outorgar aos agentes públicos, formando o que se convencionou denominar de “poder discricionário”. Essa liberdade decorre da impossibilidade de a lei definir, *a priori*, a melhor solução a ser adotada, sendo preferível permitir à autoridade competente uma melhor valoração das circunstâncias subjacentes ao caso concreto e a escolha – dentre dois ou mais comportamentos possíveis amparados pela ordem jurídica – daquele que se mostre mais consentâneo com a satisfação do interesse público. A escolha desses comportamentos se projetará de distintas maneiras sobre os elementos do ato administrativo, podendo, regra geral, recair sobre qualquer deles, isso com a única exceção da competência, cuja definição necessariamente antecede o exercício do poder.

Como ressaltado por Maurer (2009, p. 138), “o poder discricionário destina-se, acima de tudo, à justiça no caso particular” (“*Das Ermessen dient vor allem der Einzelfallgerechtigkeit*”). E, para tanto, de acordo com Gianini (1993, p. 49), a autoridade deve proceder à “ponderação comparativa dos vários interesses secundários (públicos, coletivos ou privados), em vista a um interesse primário”.

Na medida em que discricionariedade não se identifica com arbitrariedade, é factível que só se ofereçam ao poder de escolha do agente público aquelas opções que se mostrem consentâneas com a ordem jurídica, não aquelas que dela destoem. E aqui surge um complicador em relação à eficiência. Se ela for contextualizada no âmbito das próprias escolhas que se abrem ao agente, será inevitável constatar que, no extremo, ela transmutará em vinculado aquilo que essencialmente é discricionário, tornando imperativa a opção por aquela que é considerada a melhor escolha. E, como a melhor escolha será mera projeção da juridicidade, é possível que o Poder Judiciário, sempre que provocado, se substitua ao agente democraticamente legitimado, de tal modo que indique ele próprio a melhor escolha. Como esse entendimento redundaria na desconstrução dos próprios alicerces do sistema democrático, não nos parece seja ele o melhor.

A eficiência, em verdade, deve ser primordialmente aferida no momento da execução do ato, decorrente da escolha realizada pelo agente público segundo o seu poder discricionário. Com isso, o

resultado pretendido deve ser alcançado da melhor maneira possível. Se a Administração Pública, por exemplo, necessita de papel de distintas medidas, mas só dispõe de recursos para adquirir uma parte deles, cabe ao administrador decidir a qual dará prioridade. Mas, uma vez realizada a escolha, deve proceder à aquisição com estrita observância do princípio da eficiência, o que significa dizer que, ressalvadas as exceções legais, deve realizar o processo licitatório e adquirir o melhor papel possível pelo menor preço. O mesmo ocorrerá nos distintos contratos administrativos, não se devendo excluir, obviamente, a possibilidade de certos paradigmas de ordem jurídica influírem na limitação das escolhas possíveis (*v.g.*, a prioridade assegurada às crianças e aos adolescentes, por força do art. 227, *caput*, da Constituição de 1988, não permite que o administrador relegue os interesses destes a um plano secundário).

Ao reconhecermos a existência do dever jurídico de eficiência, parte integrante e indissociável do referencial mais amplo de juridicidade, que reflete uma espécie de legalidade substancial, haveremos de reconhecer também que a sua violação, em linha de princípio, pode consubstanciar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Diz-se em linha de princípio por três razões básicas (GARCIA, 2011, p. 347-351). De acordo com a primeira, para a configuração da improbidade administrativa, além do enquadramento formal da conduta na tipologia legal, é preciso seja observado um critério de proporcionalidade, de modo que se excluam condutas que tenham pouco ou nenhum potencial lesivo (*v.g.*, jogar no lixo uma caneta esferográfica ainda contendo um pouco de tinta). É sob a ótica da proporcionalidade que serão aferidos aspectos como a boa ou a má-fé do agente, a satisfação ou não do interesse público, a violação ou não a direitos individuais, etc. A segunda razão decorre da possibilidade de a violação à eficiência estar associada à prática de um ato de improbidade de maior gravidade, como é o caso do enriquecimento ilícito e do dano ao patrimônio público, previstos, respectivamente, nos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992. Por fim, a terceira razão decorre da imprescindibilidade do dolo para a caracterização do ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o que exige reflexões quanto à denominada “escusa de incompetência”,

que busca afastar o referido elemento subjetivo e, em consequência, atrair a figura da culpa, compatível somente com a tipologia do art. 10. É dessa temática que trataremos a seguir.

## 2. A escusa de incompetência

Como dissemos, o agir humano, quando voluntariamente direcionado à realização de um objetivo, sempre tem a pretensão de ser eficaz. Afinal, a própria existência da conduta decorre do objetivo de alcançar um resultado, bom ou ruim, conforme ou não às regras de convivência social. Com os olhos voltados à dogmática do direito sancionador, é possível afirmar que esse voluntarismo, como é intuitivo, se ajusta à concepção de dolo.

Quando a vontade visa à consecução do resultado, sendo a conduta direcionada a ele, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível for o impulso que direcionou o agente ao ilícito. Nos casos em que a vontade prevê a provável consecução do resultado, e, apesar disso, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento).

A culpa, por sua vez, é caracterizada pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito. Enquanto o voluntarismo, no dolo, alcança a ação ou a omissão e o resultado; na culpa, ele costuma permanecer adstrito à ação ou à omissão. Conforme afirma Wolf, lembrado por Carrara (1956, p. 83), “a incorreção representada pelo dolo provém da fraqueza da vontade, e a incorreção que a culpa representa provém da debilidade do intelecto”, tendo esse último Mestre acrescido que “o não ter previsto a consequência ofensiva distingue a culpa do dolo. O não havê-la podido prever separa o caso fortuito da culpa” (CARRARA, 1956, p. 92).

Ainda é relevante distinguir o dolo eventual da denominada culpa consciente. No primeiro, o agente prevê o resultado provável de sua conduta e consente com a sua ocorrência; na segunda, o resultado é igualmente previsto, mas o agente espera sinceramente que ele não ocorra, confiando na eficácia de uma habilidade que será utilizada na prática do ato.

A partir dos lineamentos básicos do dolo e da culpa, é possível analisar o enquadramento teórico da denominada escusa de incompetência. De início, cumpre observar que a incompetência aqui referida diz respeito à inépcia do agente público no exercício de sua função, podendo decorrer de pura limitação intelectual ou da falta de conhecimento, técnico ou não, para a correta prática de determinado ato. Nesse particular, verifica-se que o mais comum é a alegação de desconhecimento das normas legais.

A incompetência, como se percebe, não se identifica com o referencial de imperícia. Essa assertiva decorre da constatação de que o agente não chega a fazer mau uso de uma regra técnica, ignorando o resultado a ser alcançado. Ele age voluntariamente e almeja o resultado a ser alcançado. O dolo, portanto, está caracterizado.

Apesar da caracterização do dolo, deve-se aferir se o alegado desconhecimento dos padrões de juridicidade que deveriam ser observados pelo agente é suficiente para afastar a sua responsabilidade pelo ato praticado. O desconhecimento, em linha de princípio, poderia caracterizar o erro de direito, que configura uma excludente de responsabilidade a ser necessariamente reconhecida em qualquer sistema sancionador. Afinal, o objetivo da sanção é o de restabelecer a juridicidade e impor restrições à esfera jurídica do responsável pela sua violação. Isso, à evidência, pressupõe a presença do voluntarismo não só quanto à ação ou omissão, como também quanto à própria violação da juridicidade. É preciso que o agente, voluntariamente, viole a juridicidade.

Quando analisada sob a ótica do erro de direito, a escusa de incompetência apresenta algumas especificidades que distinguem a situação do agente público daquela afeta aos demais indivíduos que integram o ambiente sociopolítico. Enquanto aos indivíduos em geral se aplica a presunção de que todos conhecem a lei, impedindo-lhes invocar o desconhecimento dela para eximir-se de cumpri-la<sup>1</sup>, os agentes públicos, além desse dever genérico, têm o dever específico de observar as normas regentes da Administração Pública, nas quais se insere o prin-

---

<sup>1</sup> Vide Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 3º.

cípio da eficiência. Outro aspecto digno de nota é que, diversamente do vínculo existente com determinado Estado de Direito, passível de ser dissolvido somente em situações pontuais e que não chega a ser propriamente uma opção para o *homo medius*, a maior parte dos agentes públicos, ressalvadas as exceções contempladas pela ordem jurídica (*v.g.*, jurados e mesários convocados para sua função), desempenham a função pública de modo voluntário.

É factível, portanto, que o erro de direito apresenta configuração distinta se invocado por um indivíduo comum, ou se suscitado por um agente público. O primeiro sujeita-se às normas gerais de direito sancionador pelo só fato de estar no território do Estado, enquanto o agente público se submete a um conjunto de normas específicas, como o da Lei nº 8.429/1992, pelo fato de ter voluntariamente (regra geral) adquirido esse *status*. Se o indivíduo se habilita voluntariamente a desempenhar o *munus* de agente público, é fácil concluir que a força argumentativa da escusa de incompetência – que já não é grande para os indivíduos em geral, sob pena de pôr em risco o referencial de juridicidade e a própria subsistência do agregado social – somente poderá ser aceita em situações excepcionalíssimas.

Creemos, no entanto, que deva haver certa parcimônia em relação aos indivíduos que foram convocados a exercer a função pública. Afinal, o fato de não terem desejado assumir tal *status* enfraquece a presunção de que estavam plenamente qualificados a desempenhar o respectivo *munus*. Em relação aos agentes públicos voluntários, a regra deve ser a inadmissibilidade da escusa de incompetência. No entanto, não se deve excluir a possibilidade de as circunstâncias justificarem o surgimento, no agente público, da crença de estar atuando em harmonia com a juridicidade. É factível, porém, que essa crença tende a ser inversamente proporcional ao potencial lesivo da conduta para o interesse público. E isso por uma razão muito simples: quanto mais relevantes os interesses tutelados pela juridicidade, tanto mais intenso o dever jurídico de o agente público conhecê-los. É o que ocorre, por exemplo, com o dever de realizar concurso público, licitar, respeitar os balizamentos dados pelas leis orçamentárias, prestar contas, etc. Situação diversa ocorrerá com a inobservância de pormenores de ordem formal, os quais, em virtu-

de de práticas administrativas reiteradas, podem repetir-se de modo acrítico; ou até com o cumprimento de lei flagrantemente inconstitucional, destoante de qualquer referencial de eficiência – genérico ou específico – mas em vigor há muitos anos e cuja eficácia jamais foi contestada.

O que se nos afigura absolutamente inconcebível é que a escusa de incompetência seja simplesmente acolhida como se fosse algo natural e até inerente ao ambiente administrativo. Um entendimento de tal natureza, além de afastar a imperatividade das normas constitucionais e legais, simplesmente inviabilizaria a subsistência de qualquer sistema sancionador.

Um verdadeiro símbolo da incompreensão dos contornos dogmáticos e dos efeitos perversos decorrentes da escusa de incompetência é o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 17 de agosto de 1999, no julgamento do Recurso Especial nº 213.994. Esse acórdão contou com a seguinte ementa:

Administrativo. Responsabilidade de Prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei 8.429/1992. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido. (BRASIL, 1999).

Desde então o bordão: “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil” tem sido repetido de modo acrítico por diversos segmentos da doutrina e da jurisprudência, até pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. O mais curioso é que as proposições oferecidas por esse bordão não passam de puras exortações retóricas, sem nenhuma densidade para ultrapassar o imaginário individual e encontrar receptividade na ordem jurídica.

Em primeiro lugar, é simplesmente errada a afirmação de que a Lei nº 8.429/1992 só alcança o “administrador desonesto”.

Consoante o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988:

[o]s atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Caberia à norma infraconstitucional associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante a sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas ou mais brandas. Acresça-se, ainda, que o art. 37 da Constituição de 1988 expõe uma série de regras e princípios regentes da atividade estatal, todos vinculantes para os agentes públicos.

No plano infraconstitucional, o § 4º do art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, que delineou três espécies distintas de atos de improbidade, quais sejam: (1) o enriquecimento ilícito, (2) o dano ao patrimônio público e (3) a violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo sabido que estes podem ter distintos conteúdos (*v.g.*, o princípio da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, etc.). Portanto, é possível concluir que a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade. Com isso, o significado dessa expressão se desprende da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem jurídica.

Com os olhos voltados às três espécies de atos de improbidade, constata-se que a noção de desonestidade, recorrente nos casos de enriquecimento ilícito, em regra geral não estará presente quando o ato simplesmente causar dano ao patrimônio público ou violar os princípios regentes da atividade estatal. Não é demais lembrar, aliás, que a própria tipologia do art. 11 evidencia que a desonestidade não é o fator único a ser considerado pelo operador do direito, ao dispor que:

[...] constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...] (BRASIL, 1992).

A prescindibilidade da desonestidade para a configuração do ato de improbidade torna-se nítida com um exemplo bem singelo, que já mencionamos em outras oportunidades. É o caso de um prefeito municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), por afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância, se cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se evidente a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”. Conquanto evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.

Ao se avançar na análise das proposições contidas no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que é igualmente errada a assertiva de que a Lei nº 8.429/1992 não visa a punir o administrador “inábil”. A inabilidade caminha em norte contrário à eficiência, a qual consubstancia não somente um dever jurídico de natureza genérica, veiculado no princípio homônimo consagrado no texto constitucional, como também uma pluralidade de deveres específicos. Portanto, o ato administrativo inábil encontrará imediato enquadramento na tipologia do art. 11. Por outro lado, é plenamente possível que, apesar dessa adequação de ordem tipológica, a incidência da Lei nº 8.429/1992 seja afastada a partir da análise do critério de proporcionalidade, ou mesmo em razão de um erro de direito plenamente escusável, possibilidade extremamente rara em

se tratando de indivíduos que voluntariamente adquiriram o *status* de agentes públicos.

### 3. Epílogo

Em razão da própria funcionalidade da ordem jurídica, que não des-  
toa de referenciais de justiça e ordenação, deve o intérprete partir  
da premissa de que os enunciados normativos possuem objetivos  
lógicos e racionais (FALCON, 1991, p. 19), dando origem a normas  
igualmente lógicas e racionais. Ao atribuir força normativa ao refe-  
rencial de eficiência e ao dispor que a legislação infraconstitucional  
deveria delinear os atos de improbidade administrativa, a Consti-  
tuição de 1988 estabeleceu a base de desenvolvimento do contra-  
ponto à injuridicidade, que recebeu a devida integração pela Lei nº  
8.429/1992.

Vulgarizar a escusa de incompetência significa, *ultima ratio*, com-  
prometer a própria organicidade da ordem jurídica. Ora, um dever  
desconectado de sanção somente é considerado como tal no plano  
idealístico-formal, sendo vítima indefesa da erosão dos valores do  
ambiente sociopolítico.

A escusa de incompetência, enquanto fator de caracterização do  
erro de direito, somente deve ser reconhecida em situações excep-  
cionalíssimas, não vulgarizada a ponto de suprimir a eficácia do apa-  
rato sancionador e de tornar o dever de eficiência não mais que um  
frívolo adorno.

### 4. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de  
outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 6 fev.  
2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as san-  
ções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento  
ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na admi-

nistração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 6 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.994, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, Brasília, DF, 17 de agosto de 1999. *DJ*, 27 set. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=199900415612>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*: parte geral. Tradução de José Luiz V. de Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. Vol. I.

FALCON, Giandomenico. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1991.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIANINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milano: D. A. Giuffrè Editore, 1993. V. 2.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

VON WRIGHT, G. H. Images of Science and Forms of Rationality. In: *The tree of knowledge and other essays*. Leiden: E. J. Brill, 1993.

Artigo recebido em: 05/12/2012.

Artigo aprovado em: 28/11/2013.

DOI: 10.5935/1809.848720140004

**GÊNERO NA MÍDIA: ANÁLISE DAS REPRESENTAÇÕES  
FEMININAS MUDIÁTICAS E SUAS INOBSERVÂNCIAS  
AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**

**GENDER IN THE MEDIA: ANALYSIS OF MEDIA  
REPRESENTATIONS OF WOMEN AND THEIR NON-  
COMPLIANCES WITH THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN**

AMANDA MUNIZ OLIVEIRA

Bolsista

Instituto Federal do Norte de Minas Gerais em Gestão de Ciência e Tecnologia  
BGCT - FAPEMIG, Brasil  
amandai040@gmail.com

**RESUMO:** A força da mídia, propagadora de uma vasta indústria cultural, não pode ser negligenciada. Tendo em vista que a sociedade atual está amplamente conectada aos meios de comunicação e entretenimento em massa, sendo muitas vezes por estes meios influenciada, cumpre analisar quais são as mensagens ali transmitidas e as ideologias ali propagadas. Desta forma, este artigo tem por objetivo discutir o modo como a indústria cultural retrata a figura feminina, já que tais representações são dotadas de conotação sexual que desvaloriza a mulher, associando-a à satisfação dos desejos masculinos. A presente discussão desenvolveu-se a partir do método histórico-dedutivo, realizando uma revisão bibliográfica e documental do tema abordado. Compreendemos a importância de se levantar tal discussão, buscando uma conscientização da indústria cultural quanto aos direitos humanos, inferindo que tal postura é uma violência que induz à discriminação.

**PALAVRAS-CHAVE:** mulheres; violência; indústria cultural; direitos humanos.

**ABSTRACT:** The power of the media, propagator of a vast cultural industry, can not be neglected. Given that the current society is largely connected to the media and mass entertainment, often being influenced by these means, necessary to examine what are the messages sent here and there propagated ideologies. Thus, this article aims to discuss how the cultural industry portrays the female figure, since such representations are endowed with sexual connotations that devalues women, associating it with the satisfaction of male desires. The discussion evolved from the historical-deductive method, performing a literature and document review of the subject. We understand the importance of getting up this discussion, seeking an awareness of the cultural industry on human rights, implying that such a stance is a violence that leads to discrimination.

**KEY WORDS:** women; violence; culture industry; human rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A indústria cultural. 3. A violência simbólica de gênero. 4. Os direitos humanos das mulheres. 4.1. Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 4.2. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar de forma crítica os discursos propagados pela mídia e pela indústria cultural, segundo os quais a mulher é caracterizada única e exclusivamente como um objeto, responsável pela satisfação pessoal do homem. Levando em consideração a importância da mídia no atual contexto social, compreende-se que as informações ali vinculadas exercem grande influência nas opiniões, atitudes e comportamentos do grande público, já que a indústria cultural não apenas reproduz um discurso patriarcalista, antiquado, mas também permite que as massas recebam tais mensagens de forma alienada, visando uma permanência do *status quo*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Expressão latina que se refere ao estado atual de coisas ou situações. Origina-se do termo “*in statu quo ante bellum*”, cujo significado é “no estado (em que se estava) antes da guerra”.

Como formadora de opinião, a indústria cultural influencia a propagação de certos estereótipos femininos, que contribuem para disseminação do preconceito e da discriminação. Partindo do pressuposto de que certas exposições midiáticas – comerciais, programas televisivos, filmes e músicas – são completamente contrárias às lutas feministas por igualdade de gênero, promoção dos direitos humanos e direito a uma vida sem opressão, pretendemos demonstrar, ao longo deste trabalho, a presença de um tipo peculiar de violência na mídia: a violência simbólica de gênero.

Considerando que a revisão literária auxilia na interpretação, na compreensão e na discussão do problema que foi proposto e contribui para a elaboração de uma descrição sobre o tema, realizamos pesquisas em obras bibliográficas e estudos já divulgados, que fornecem dados sobre o assunto.

A escolha deste tema justifica-se porque a reprodução da imagem feminina como um simples objeto de desejo fere os direitos humanos universais, além de possibilitar a propagação de ideias machistas, que conduzem até mesmo à própria violência física. Numa época em que o entretenimento midiático é defendido como se fosse um direito natural do homem, faz-se necessário atentarmos para a situação da representação feminina na mídia. Sobretudo, quando transmite e perpetua a violência simbólica de gênero, trabalhando em favor da manutenção do *status quo* de nossa sociedade opressora e contra o exercício da dimensão crítica da razão humana (PEREIRA NETO; LOIOLA; QUIXADÁ, 2010).

Para elaboração deste artigo, utilizamos o método histórico-dedutivo. A pesquisa é do tipo revisão bibliográfica com base na pesquisa de dados secundários, sendo uma análise, essencialmente, bibliográfica e documental.

Utilizou-se a pesquisa bibliográfica em dados primários (dados de pesquisas originais e textos de leis) e secundários (dados de pesquisas originais coletados por outros autores), pois, conforme Cervo e Bervian (1996, p. 48 apud GONÇALVES; SILVA; RODRIGUES, 2011, p. 12), “[...] a pesquisa bibliográfica é meio de formação por excelência. Como trabalho científico original, constitui a pesquisa pro-

priamente dita na área das Ciências Humanas”. Devido ao caráter de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura, os dados primários e secundários foram coletados em diversas obras pertinentes ao tema.

No primeiro tópico, apresentamos o conceito de indústria cultural; para tanto, recorreremos aos textos traduzidos de Marcuse, Adorno e Hockeimer, autores da Escola de Frankfurt<sup>2</sup>. Em um segundo momento, buscamos desenvolver uma análise sobre o gênero e a violência simbólica de gênero, presentes nos meios de comunicação de massas. Posteriormente, será demonstrado que esse tipo de violência fere os Direitos Humanos Femininos Universais. Para legitimar tal assertiva, destacaremos dois tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário: A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Por fim, na conclusão, verificaremos que o Direito constitui poderosa arma no que tange à luta contra a violência simbólica de gênero.

## 2. A indústria cultural

Os meios de comunicação de massa consolidaram-se como verdadeiros formadores de opinião, através do entretenimento, da informação e da propagação da cultura produzida, influenciam as relações dos indivíduos com o mundo e entre si mesmos. Conforme afirma Pereira (1998), a televisão se tornou item indispensável à vida dos cidadãos, sendo fartamente utilizada como fonte de informação e entretenimento. Kellner (2001), por sua vez, salienta que a mídia, em especial a televisiva, é responsável por auxiliar na construção de nossa visão de mundo, além de nos ajudar a compreender a nossa própria sociedade. Diariamente, os indivíduos absorvem os mais diversos tipos de mensagens propagadas por esses meios – mensagens que, na maioria das vezes, são recebidas sem nenhuma crítica. Questionando essa passividade social, os teóricos da Escola de Frankfurt demonstraram que tais mecanismos contribuem de forma significativa para a manutenção do *status quo*, uma vez que

<sup>2</sup> Escola de teoria social vinculada ao Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, Alemanha. Foi composta por pensadores neo-marxistas, que teciam críticas tanto ao capitalismo quanto ao socialismo. Estudaram a questão da Cultura, analisando a transformação desta em simples mercadoria.

os produtos comercializados através dos meios de comunicação de massa obstam a emergência de um pensamento crítico, contestador e ativista (PEREIRA NETO; LOIOLA; QUIXADÁ, 2010).

Para compreender a crítica realizada pelos frankfurtianos, faz-se necessário esclarecer a concepção destes sobre o termo cultura. Esclarece Renato Ortiz:

Quando os frankfurtianos se referem à cultura, eles utilizam o termo com um significado distinto do que lhe é conferido pelos antropólogos. Cultura não significa práticas, hábitos ou modo de vida, e se por um acaso é legítimo falarmos em antropologia, trata-se de uma Antropologia Filosófica. Na verdade os autores seguem a tradição alemã que associa cultura à *Kultur*, e a identificam com a arte, filosofia, literatura e música. As artes expressariam valores que constituem o pano de fundo de uma sociedade. (ORTIZ, s. d.).

Marcuse (1986) compreende a cultura como “o conjunto de fins morais, estéticos e intelectuais que uma sociedade considera como objetivo de organização, da divisão e da direção do trabalho”. Ao se analisarem os objetivos explícitos da civilização ocidental bem como sua pretensão de implementá-los, veremos que a cultura pode ser compreendida como um processo de humanização,

[...] caracterizado pelo esforço coletivo de proteger a vida humana, por apaziguar a luta pela existência mantendo-a dentro de limites aceitáveis, por estabilizar uma organização produtiva da sociedade, por desenvolver as capacidades intelectuais do homem e por reduzir as agressões, a violência e a miséria.<sup>3</sup> (MARCUSE, 1986, p. 56, tradução nossa).

Contrapondo-se à ideia de cultura, estaria a civilização. Enquanto a primeira refere-se ao âmbito espiritual do indivíduo, a segunda relaciona-se com o âmbito material – ou seja, expõe o indivíduo a

---

<sup>3</sup> “Caracterizado por el esfuerzo colectivo por proteger la vida humana, por apaciguar la lucha por la existencia manteniéndola dentro de límites gobernables, por estabilizar una organización productiva de la sociedad, por desarrollar las facultades intelectuales del hombre, y por reducir y sublimar las agresiones, la violencia y la miseria” (MARCUSE, 1986, p. 56).

condições e necessidades externas, relacionadas ao trabalho e ao comportamento social necessário (MARCUSE, 1986).

Desta forma, a cultura burguesa defenderia a espiritualização do ser humano sendo ignoradas as funcionalidades do mundo material. Tais benefícios, entretanto, eram usufruídos apenas pela elite. Com o surgimento do capitalismo, a cultura foi transformada em bem de consumo para as massas com intuito não de democratizar as artes em meio à população oprimida, mas como forma de obtenção de lucro. Em consequência, deu-se a perda do caráter livre e criativo da cultura burguesa, trazendo-a ao plano material utilitarista. A cultura passa, então, a possuir um caráter econômico – mera mercadoria, para ser vendida e consumida. Com a perda de grande parte de sua criatividade, a cultura contribuiu, ainda, para a formação de uma sociedade desatenta:

[...] a sua produção visa não ao esclarecimento dos indivíduos, mas sim prendê-los mais eficazmente à sociedade estabelecida na medida em que privilegia a diversão e o entretenimento em detrimento da formação crítica. (PEREIRA NETO; LOIOLA; QUIXADÁ, 2010, p. 3).

Segundo Adorno e Hockheimer (1985), a cultura torna-se industrializada e obedece a certos padrões de produção. Tais padrões “teriam resultado originariamente das necessidades dos consumidores: eis por que são aceitos sem resistência”. (ADORNO; HOCKHEIMER, 1985, p. 57).

Os meios de comunicação transformam os indivíduos em telespectadores e ouvintes, tratando-os como verdadeira massa igual e uniforme. Assim, tais indivíduos são entregues a programas e canções padronizados, pré-fabricados, que inibem o pensamento crítico e massificam a sociedade. A Cultura passa a ser controlada, de forma que a “espontaneidade no público é dirigido e absorvido, numa seleção profissional, por caçadores de talentos, competições diante do microfone e toda espécie de programas patrocinados” (ADORNO; HOCKEIMER, 1985, p. 57).

O novo e o espontâneo são completamente tolhidos pela indústria cultural. O novo, devido a seu caráter arriscado, experimental, gera

a possibilidade de perdas monetárias. O espontâneo é censurado devido à inexistência de espaço para seu cultivo, sendo certo que o processo técnico tem como objetivo único a maximização dos lucros. “A máquina gira sem sair do lugar. Ao mesmo tempo em que já determina o consumo, ela descarta o que ainda não foi experimentado porque é um risco.” (ADORNO; HOCKHEIMER, 1985, p. 63). A indústria cultural elege a padronização e a exploração de esquemas como forma de garantir o máximo de lucratividade.

A cultura produzida para o consumo das massas realiza um papel crucial no que tange ao conformismo social. Fora do trabalho, as massas consomem esse tipo de cultura visando expurgar o espírito, recompondo-se, assim, para uma nova jornada de trabalho. Entretanto, a indústria cultural, como salientado, não estimula o pensamento crítico – antes o contrário; afasta a mente dos cidadãos explorados das questões capazes de fazê-los reagir contra a manutenção do *status quo*, tornando-os mais que meros expectadores, reprodutores de um sistema opressor e desigual, à medida que o aceitam passivamente (PEREIRA NETO; LOIOLA; QUIXADÁ, 2010).

A cultura voltada para a maximização dos lucros forma um sistema orgânico. Cada setor – televisivo, musical, cinematográfico – compõe um sistema, que possui coerência enquanto setor individual e mantém essa coerência em conjunto. Isso demonstra a submissão e o comprometimento dos meios de comunicação de massa e a cultura produzida por eles com o projeto de manutenção da sociedade capitalista. Por esse motivo, os frankfurtianos adotam o termo “indústria cultural”, “pois a expressão cultura de massa parece indicar uma cultura produzida ou até mesmo solicitada conscientemente pelas massas”. (PEREIRA NETO; LOIOLA; QUIXADÁ, 2010, p. 4).

Kellner (2001) possui uma posição diferenciada em relação à mídia. Para o referido Autor, a cultura da mídia, constituída por meios audiovisuais (música, cinema, televisão, telejornalismo) e também por meios escritos (jornais, revistas e histórias em quadrinhos), é responsável por construir opiniões das mais diversas, sendo capaz, ainda de fornecer subsídios para que o indivíduo crie sua própria identidade, fornecendo assim modelos do que é desejável e do que não é; do que é ser homem e do que é ser mulher; do que é bom ou mau.

Além disso, Kellner atenta para o fato de que a mídia pode ainda auxiliar na desconstrução de ideologias e preconceitos.

A cultura da mídia pode constituir um terrível empecilho para a democratização da sociedade, mas pode também ser uma aliada, propiciando o avanço da causa da liberdade e da democracia. A cultura da mídia pode constituir um entrave para a democracia quando reproduz discursos reacionários, promovendo o racismo, o preconceito de sexo, idade, classe e outros, mas também pode propiciar o avanço dos interesses dos grupos oprimidos quando ataca coisas como as formas de segregação racial ou sexual, ou quando, pelo menos, as enfraquece com representações mais positivas de raça e sexo. (KELLNER, 2001, p. 12-13).

Observa-se, assim, a importância das representações veiculadas pelas mídias, em relação à formação e perpetuação do pensamento coletivo. Não se nega que a mídia pode auxiliar na quebra de paradigmas; o que se salienta é que ela também pode perpetuá-los e é exatamente assim que age em relação à representação feminina.

Desta forma, faz-se extremamente necessário analisar os impactos causados por esta indústria cultural que, como formadora de opinião e produtora de modismos, interfere positiva e negativamente nas relações sociais. Conforme já apontamos, faremos uma análise de como a indústria cultural auxilia na reprodução de estereótipos no que tange ao papel da mulher – estereótipos esses que, por sua vez, ferem os Direitos Humanos inalienáveis, propagando a violência simbólica de gênero.

### **3. A violência simbólica de gênero**

Para identificar o conceito de violência simbólica de gênero, faz-se necessário esclarecer o próprio conceito de gênero. Segundo Scott (1995), diz respeito ao elemento que constitui as relações sociais baseadas sobre as diferenças percebidas e implica quatro aspectos: 1) símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas; 2) conceitos normativos que põem em evidência as interpretações do sentido dos símbolos expressos nas doutrinas religiosas,

educativas, políticas e científicas; 3) instituições e organização social e 4) identidade subjetiva.<sup>4</sup> (SCOTT, 1989, apud CRUZ, 2008, p. 3).

Deste modo, podemos compreender o gênero como um conjunto de códigos manipulados, de costumes, que se corporificam. Diferentemente do sexo, ditado pela biologia e estabelecido logo ao nascimento, o gênero é uma construção social, em que mulheres devem incorporar certos padrões aceitáveis e os homens, outros.

Temos que nos submeter a determinados rituais, muitas vezes diários, para nos tornarmos mulheres (ou homens) segundo os ditames da sociedade em que vivemos e, assim, definirmos, aos nossos olhos e aos dos outros, a nossa identidade de gênero. E tudo isso, é lógico, acompanhando os padrões vigentes de estética, impostos aos respectivos gêneros, padrões esses que variam no tempo e no espaço, tanto geográfico quanto social. (SARDENBERG, 2002, p. 59).

Esclarecido o conceito de gênero, podemos apreender que a violência simbólica de gênero é entendida como “constrangimentos morais impostos pelas representações sociais de gênero – sobre o masculino e o feminino.” (CRUZ, 2008). Apesar dos diversos direitos humanos atribuídos às mulheres, o preconceito oriundo da ordem patriarcal que ainda impera na nossa sociedade, de forma velada ou explícita, permite a constante disseminação de “piadas, canções, comerciais, filmes, novelas, etc.” (CRUZ, 2008) degradantes e constrangedores para o gênero feminino. Apesar das notórias conquistas no que se refere à igualdade formal e a diversos direitos positivados, a figura da mulher como objeto ainda impera; basta ligar nossos televisores para vislumbrar este fenômeno patrocinado pela indústria cultural, que nos torna telespectadores acrílicos.

São imagens ‘jogadas’ para os telespectadores, que assumem uma visão passiva da problemática em questão. A discussão ‘passiva’ do telespectador diz respeito à falta de tempo para traduzir, processar e interpretar a quantidade de imagens emitidas pela

---

<sup>4</sup> Dentro dessas quatro dimensões que se inter cruzam, analisaremos a dimensão institucional – a mídia – que reitera através dos seus discursos as desigualdades de gênero, contrapondo-se diretamente a direitos humanos universais.

televisão. Assim, as imagens transmitidas pelos meios de comunicação como televisão, jornais e revistas reproduzem representações de mulheres modernas, dinâmicas, independentes... e 'coisificadas'. (CRUZ, 2008, p. 4).

A opressão feminina passou a adquirir novos contornos, veiculada como forma de entretenimento – o que retira seu caráter sério e capta o apoio da população acrítica. De forma quase imperceptível, a indústria cultural consegue estabelecer seus moldes para as mulheres da modernidade, que aceitam tais imposições sem maiores questionamentos. Tal fato auxilia de forma crucial na propagação de preconceito e discriminação, legitimando o pensamento patriarcal ainda existente e calando as vozes das chamadas “feministas barulhentas”. Em uma análise da representação feminina nas propagandas de cerveja veiculadas pela mídia, Cruz afirma:

[...] as práticas discursivas produzidas pela mídia, são formas simbólicas, que veiculam noções existentes na sociedade, reproduzindo crenças, valores e identidades sociais, retratando alterações históricas, e contribuindo para a perpetuação ou transformação das relações sociais. Parto do pressuposto de que os contextos sociais são constitutivos da produção das formas simbólicas, e dos modos pelos quais essas formas são recebidas e entendidas, contribuindo também para as maneiras pelo qual elas serão interpretadas, recebidas e valorizadas. Dentro dessa perspectiva, as propagandas que analiso são formas simbólicas produzidas pela mídia. Nessas propagandas existem representações que são construídas e transmitidas que legitimam a ideologia dominante. Desde modo, alguns grupos sociais têm os seus símbolos e significados representados em detrimento de outros grupos. (CRUZ, 2008, p. 5).

As representações midiáticas refletem padrões estabelecidos na sociedade, perpetuando estereótipos dos modelos femininos. Tais estereótipos são aceitos acriticamente pelos receptores, que não veem necessidade de contrapô-los, pois são baseados no próprio senso comum. Ademais, essas representações são vistas como reais e naturais; Thompson (1995) denomina esse fenômeno de “reificação”: uma estratégia para a permanência de determinadas normas, valores e posturas como elementos contemporâneos, justamente por serem

considerados pertencentes a uma tradição “eterna” e, por esta razão, aceita e justificável, em que uma situação transitória é representada como permanente, ocultando seu caráter sócio-histórico. A mídia constrói o estereótipo feminino pautado nas imagens e nos mitos contemporâneos. Assim, a imagem da mulher é criada, aceita e partilhada socialmente por um grupo de pessoas que se identificam com essa imagem – mesmo que fira direitos fundamentais.

Assim como no período medieval, os elementos constituintes da sociedade serviram para perpetuar um novo referencial sobre a mulher, isto é, a figura da virgem Maria em contraposição da figura de Eva, verifica-se que a mídia atua como elemento formador de opinião acrítica e propagadora de produção de sentidos simbólicos para a manutenção de um imaginário feminino de depreciação. Na idade média, época de grande efervescência religiosa, especialmente no século XII, o impulso mariano é marcado pela tomada da figura emblemática de Nossa Senhora.

Maria surge como redentora de Eva para as mulheres, libertando-as do estigma da maldição da queda e do desgosto do Pai – Deus – em relação a Adão e aos homens, seus descendentes. Maria é, segundo Macedo (2002, p.70), aquela que permaneceu virgem, “símbolo de pureza, grandeza e santidade”. Neste sentido é o novo modelo a ser espelhado pelas filhas de Eva, a qual restaura a condição das mulheres perante Deus e a sociedade patriarcal.

Através dos atributos de recato, submissão, defensora do ambiente doméstico e dos preceitos do Pai, Maria contrapõe as qualidades de Eva, ligadas ao ardil, sexualidade, luxúria e falácia, responsáveis pela queda do homem. Era preciso restaurar a figura feminina diante da sociedade, desde que ela não representasse perigo ao controle patriarcal. Para Bloch (1995, p. 91) “Maria, a redentora de Eva que liberta a maldição da queda, é um dos grandes temas da era formadora cristã e um esteio da atração do cristianismo. ‘venham, virgens para o lado da virgem”.

A virgem liberta as mulheres do estigma da inferioridade. Porém, enquanto em Eva as mulheres são desprezadas, em Maria elas são controladas e são as principais responsáveis pelo discurso da ordem

do Pai. Desta forma, as iconografias e elementos constituintes da sociedade, como os símbolos, imagens, representações, literatura e os discursos impressos vão servir para exercer o poder de reafirmação deste sistema de valores que idealizam a figura de uma mulher perfeita. Certamente as mídias têm esse mesmo papel no seio da sociedade, como tecnologia de informação e comunicação com fácil trânsito entre as pessoas. Com isso, as representações midiáticas são capazes de produzir diversos sentidos, criar representações sociais e povoar o imaginário social de seu público.

Cabe-nos destacar o papel crucial de certos gêneros musicais no que se refere à perpetuação da violência contra a mulher, em toda sua amplitude. Segundo Feitosa, Lima e Medeiros:

A violência constitui o instrumento mais antigo de expressão do poder do homem, e está presente na vida de milhões de mulheres de todas as classes sociais, raças/etnias e orientação sexual. É por meio desse instrumento que o mundo masculino impõe sua dominação no momento em que as mulheres ousam contrariar o papel a elas reservado. As diferentes práticas de violência contra as mulheres, como a física, a simbólica, sexual, patrimonial, foram naturalizadas no seio da sociedade e se fazem presentes tanto nos espaços de intimidade como no espaço público. (FEITOSA; LIMA; MEDEIROS, 2010, p. 4).

A naturalização de condutas violentas, por exemplo, é refletida nas letras de músicas de certas canções. Uma vez que a indústria musical faz parte da indústria cultural, notável produtora de lixo propositalmente fabricado (ADORNO; HOCKHEIMER, 1985), podemos inferir que tais ideologias influenciam seus ouvintes, de forma a manter e perpetuar o *status quo* patriarcal. Feitosa, Lima e Medeiros analisam uma letra do gênero musical “forró estilizado”:

As letras das músicas do forró estilizado trazem essa naturalização. Nelas, a violência contra as mulheres é tratada, muitas vezes, como instrumento que dá prazer às mulheres, alimentando, assim, o mito de que ‘mulher gosta mesmo é de apanhar’, a exemplo da letra da música Tapa na Cara: ‘Ela é safada, mas gosta de apanhar. E diz que é gostoso na hora de amar. Apanha

pra dormir, apanha pra acordar. Apanha todo dia, toda hora sem parar. Eu sei o que fazer pra ela não brigar. É tudo diferente, seu remédio é apanhar [...]. O povo na minha rua já tá desconfiando. Pensando que eu bato com ciúme da mulher. Todo mundo pensa que eu sou um mau marido. Mas só que eles não sabem a cachorra que ela é [...]' (FEITOSA; LIMA; MEDEIROS, 2010, p. 4).

O mesmo ocorre no gênero musical conhecido como “*funk carioca*”. Nesse tipo de música, a mulher é interessante apenas se estiver disposta a assumir o papel de objeto sexual, subordinada aos homens para que estes possam satisfazer sua lascívia. Dentro do contexto social do *funk*, ou seja, em meio a seus ouvintes, tais papéis são aceitos e mesmo aclamados, tanto pelas mulheres que se sujeitam a um tratamento degradante quanto pelos homens (ARAGÃO, 2011). É importante ressaltar que não se critica aqui o gosto pessoal do indivíduo, mas sua incapacidade de pensar criticamente sobre suas ações, fruto da manipulação oriunda da indústria cultural. Em relação às letras do *funk carioca*, Aragão comenta:

É possível ver como, por meio da linguagem, as formações ideológicas e discursivas de sujeitos que repetem o já-dito de que a mulher está submissa ao homem, ‘*Fico tarado/Quando vejo o rebolado dessa mina*’. Vejamos também uma autoria feminina, que representa discursos de mulheres que aceitam sua submissão sexual, ‘*Sou cachorra, sou gatinha/Não adianta se esquivar/Vou soltar a minha fera/Eu boto o bicho pra pegar*’. Há em outras músicas outras representações de tais formações ideológicas e discursivas, através da linguagem nos textos, que o universo feminino é aproveitado principalmente e apenas sexualmente, até mesmo vulgarmente. (ARAGÃO, 2011, p. 81).

Diversos outros exemplos são fáceis de ser encontrados na música brasileira atual. Nas músicas que reproduzem a ideologia machista, podemos encontrar basicamente o desrespeito à condição da mulher; a violação dos diversos direitos e garantias fundamentais em âmbito nacional e internacional e, infelizmente, a desvalorização da luta histórica protagonizada pelos movimentos feministas que, aos poucos, tentaram inserir a mulher na sociedade, valorizando-a como ser humano – e não como mero objeto.

#### 4. Os direitos humanos das mulheres

Podemos afirmar que os direitos humanos “são poderes aparados pela comunidade, que geram condutas obrigatórias para os demais, e dos quais se é titular pelo simples fato de ser um membro da espécie *homo sapiens sapiens*.” (RABINOVICH-BERKMAN, 2007).

São direitos especiais, dotados de características particulares. São universais, pois são aplicáveis a qualquer pessoa, estendendo-se a toda a cultura humana; são indisponíveis, pois não se pode renunciar à própria dignidade humana; proíbem o retrocesso, pois uma proteção conquistada jamais poderá ser retirada; inalienáveis, não podem ser transferidos; imprescritíveis, por não serem perdidos com o passar do tempo; invioláveis, porque não podem ser atingidos por agentes públicos ou leis infraconstitucionais<sup>5</sup> e, ainda, são dotados de efetividade, pois o Poder Público deve garantir sua aplicabilidade no mundo dos fatos (LAVORENTI, 2009).

Diversas foram as discussões sobre os direitos humanos das mulheres – discussões essas tratadas em conferências, traduzidas em declarações e planos de ação. Para efeitos deste estudo, entretanto, abordaremos dois dos principais tratados<sup>6</sup> sobre direitos femininos: a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em âmbito global, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em âmbito regional.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é constituído por duas esferas: a esfera global, formada pela ONU, e a esfera regional, constituída, no caso brasileiro, pela Organização dos Estados Americanos -OEA. Tais sistemas, e seus respectivos instrumentos específicos [...] são complementares, pelo que coexistem com o propósito de salvaguardar os mesmos direitos, objetivando a máxima eficácia na tutela de proteção aos direitos humanos. (LUCK, 2010, p. 1).

<sup>5</sup> Entende-se por infraconstitucional toda e qualquer lei hierarquicamente inferior à Constituição Federal – tal qual os Códigos, Leis Complementares, Portarias, etc...

<sup>6</sup> É importante ressaltar que os tratados internacionais são passíveis de aplicação apenas aos Estados signatários.

No tópico que se segue, analisaremos a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

#### **4.1. Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**

Adotada pela Organização das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e assinada pelo Brasil na mesma data, a Convenção compõe-se de um preâmbulo<sup>7</sup> e 30 artigos, divididos em seis partes. São elas: disposições gerais (arts. 1º ao 6º); direitos políticos (arts. 7º a 9º); direitos econômicos e sociais (arts. 10 a 14); direito à igualdade (arts. 15 e 16); implementação da Convenção (arts. 17 ao 22) e disposições regulamentares (arts. 23 ao 30).

O preâmbulo desta Convenção (1979) acentua que a igualdade entre homem e mulher só será alcançada quando o tradicional papel de ambos na sociedade e na família for alterado – ou seja, refere-se diretamente à questão do gênero (LAVORENTI, 2009). Assim, podemos afirmar que a violência simbólica de gênero contribui para a permanência dos tradicionais papéis sociais discriminadores que obstam a busca por uma igualdade de gênero.

No que alude à discriminação, a Convenção a define em seu artigo 1º:

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979).

A violência simbólica de gênero realiza uma distinção baseada no gênero e no papel social do homem e da mulher, de forma a resultar em prejuízo sociocultural para a figura feminina como um todo. Assim

---

<sup>7</sup> Justificativa do porquê da elaboração do tratado. O preâmbulo indica as partes contratantes (os Estados ou as organizações internacionais que concluem o tratado) com a menção das credenciais dos representantes dos Estados (LAVORENTI, 2009).

sendo, infere-se que essa violência pratica e induz à discriminação, visto ser veiculada pela mídia, que é uma formadora de opinião. A discriminação só é reconhecida como tal se feita com base no sexo e tiver por objetivo prejudicar ou mesmo anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício pela mulher dos direitos humanos em diversos campos, inclusive o social e o cultural (LAVORENTI, 2009).

A Convenção possui duas vertentes: a) repressivo-punitiva, como forma de suprimir a discriminação; b) positivo-promocional, que visa promover a igualdade. Através disso, os Estados são coagidos a adotar medidas que visem eliminar a discriminação, sancionando princípios igualitários em suas leis internas e evitando que seus agentes pratiquem condutas discriminatórias.

De acordo com o artigo 2º da Convenção, o Estado signatário também é obrigado a realizar medidas que visem eliminar posturas discriminatórias por organizações e empresas. Sendo certo que, em sentido jurídico, empresa é sinônimo de atividade econômica, verifica-se, então, que o Estado deve coibir a propagação de ideologias patriarcais discriminatórias por parte da indústria cultural:

Atenta à criação histórica e cultural dos papéis que submeteram as mulheres à dominação e exploração masculinas, a Convenção pugna para que haja o comprometimento dos Estados-Partes de modificar os padrões socioculturais que conduzem ao preconceito pelo entendimento de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou com base em funções estereotipadas de homens e de mulheres. (LAVORENTI, 2009, p. 57).

Apesar de a Convenção assim dispor, percebemos na rotina diária que, ao invés de suprimidos, tais padrões socioculturais são reve-renciados como arte, enquanto produtos da indústria cultural.

A fim de avaliar a execução da Convenção pelos Estados-membros, as Nações Unidas criaram no texto da Convenção (1979), em seu art. 17, um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Por esta Convenção, os Estados-Partes comprometeram-se a submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas um Relatório que

evidencie o modo pelo qual estão implementando a Convenção e que medidas estão sendo seguidas para tornar efetivo o seu conteúdo. A cada quatro anos esse Relatório deverá ser atualizado e, mais uma vez, apresentado para exame do Comitê. Além disso, há um Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que estabelece dois mecanismos de monitoramento, quais sejam: o mecanismo da petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, e um procedimento investigativo que habilita o Comitê a averiguar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres.

#### **4.2. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher**

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi promulgada em solo brasileiro em 1º de agosto de 1996.

Constituindo verdadeiro avanço no que tange à proteção internacional dos direitos das mulheres, a Convenção de Belém do Pará não apenas reconhece que a violência transcende os setores sociais, como também reconhece “que a violência ofende a dignidade humana e revela uma manifestação de relação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres”. (LAVORENTI, 2009, p. 86).

Para efeitos da Convenção, entende-se por violência “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” (AGENDE, 2004, p. 9). Em relação ao sofrimento psicológico, cabe salientar a chamada violência moral.

A violência moral é uma das manifestações da violência psicológica. Consiste em acusações que atingem a reputação da mulher. É comum nesses casos que a ofensa sofrida se relacione ao exercício da sexualidade pela mulher, tratando esse exercício como algo reprovável e sujo (AGENDE, 2004, p. 10). Percebe-se que a violência

moral relaciona-se com a violência simbólica de gênero, denegrindo a imagem da figura feminina a partir de ofensas contra a honra e a reputação da mulher em geral.

A Convenção (1994) elenca, em seu artigo 4º, diversos direitos que devem ser garantidos às mulheres como forma de evitar a violência e a discriminação. Entre eles, cabe salientar o direito ao respeito de sua incolumidade física, psíquica e moral e o respeito à sua dignidade – ambos ignorados pela indústria cultural ao propagar a violência simbólica de gênero. Esclarece Lavorenti:

Do fato de a violência da mulher ter por base a questão do gênero, conforme definição dada pela própria Convenção, decorre que o direito a uma vida livre dessa violência conduz ao direito de a mulher ser valorizada e de ver erradicados padrões estereotipados de comportamento socioculturais com supedâneo em conceitos de inferioridade e subordinação. Esse caldo cultural é que fomenta a discriminação, que, por sua vez, propicia e facilita a prática da violência. (LAVORENTI, 2009, p. 92).

De forma a fiscalizar a implementação da Convenção (1994), os arts. 10, 11 e 12 estabelecem a necessidade de Relatórios nacionais enviados pelos Estados à Comissão Interamericana de Mulheres com informações sobre as medidas adotadas, as dificuldades enfrentadas na aplicação dessas deliberações e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher (art. 10). O sistema de petições individuais também está presente, estabelecido no artigo 12 do referido diploma legal.

## 5. Considerações finais

Utilizando os embasamentos teóricos dos autores da escola de Frankfurt, identificamos não apenas a origem da desconstrução da cultura enquanto arte, como também os objetivos dessa verdadeira indústria capitalista. Uma vez cientes de que tal indústria contribui de forma crucial para a passividade social e para a manutenção da ordem patriarcal que ainda impera em nossa sociedade, inferimos que o despertar do senso crítico seria uma poderosa arma na luta pela efetivação da igualdade de gênero.

Segundo Cruz (2008), o movimento feminista junto com alguns setores da sociedade desenvolvem um trabalho de conscientização e crítica em relação à forma como a imagem da mulher vem sendo abordada na mídia. Leis estão sendo implementadas para que se proíba a veiculação de propagandas de cunho erótico. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 11/2003 da Deputada Iara Bernardi (PT-SP), limita a veiculação de propagandas que utilizem imagens sensuais ou pornográficas nos meios de comunicação do País.

Porém, sabemos que leis como esta atingem diretamente os interesses dos grandes publicitários e empresários televisivos, detentores de poder aquisitivo, capazes, portanto, de interferir a qualquer tempo contra esse tipo de “empecilho”. Ademais, devemos nos lembrar que o senso comum que impera na sociedade já está contaminado pelos estereótipos midiáticos – as pessoas já incorporaram a crença de que tais padrões são perfeitamente normais e aceitáveis, e romper com isso de maneira brusca é algo delicado; ninguém irá apoiar uma causa “de feminista mal-amada”. Podemos citar a reação de Sergio Valente, diretor de criação da DM9DDB, uma das maiores agências publicitárias do país, para quem a proibição presente no PL nº 11/2003 é um acinte à democracia:

Não vou mostrar pessoas esfaqueando às outras, porque isso é um exemplo ruim [...]. Não se deve criar uma ‘patrulha’ ideológica sobre os criativos. Mas também não acho que vincular mulher bonita a cerveja seja algo machista, isso é brasileiro... O único papel da propaganda é o resultado em vendas. Não acredito em campanhas caretas que dêem resultados à empresa. (MADUREIRA, 2008, p. 1).

Apesar de todas as dificuldades citadas, medidas alternativas podem ser realizadas. O Direito, que por vezes é utilizado como legitimador de atrocidades, ainda oferece égide aos hipossuficientes – seja pelos seus princípios gerais, seja pelas normas universais dos direitos humanos. Destarte, para proteger, garantir e efetivar uma situação de dignidade para as mulheres, historicamente reprimidas, faz-se mister compreender, estudar e aplicar as normas jurídicas que as favorecem.

O jurista, neste caso, deve atuar de forma zelosa. Sabemos que existe uma grande discrepância entre o que se escreve na lei e o que se aplica

ao mundo dos fatos. Contudo, a possibilidade de recorrer a medidas internacionais, com o intuito de efetivar direitos e garantias básicas a qualquer ser humano, lança luz em meio a essa obscura batalha.

## 6. Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGENDE. Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento. *10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência contra a Mulher*: Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, jun. 2004. 36 p. Disponível em: <<http://www.agende.org.br/docs/File/publicacoes/publicacoes/revista%20Convencao%20Belem%20do%20Para.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

ARAGÃO, Gabriel Adams Castelo Branco de. O discurso e a construção da imagem feminina no *funk*. *Cadernos de Pesquisa de Graduação em Letras*, v. 1, n. 1, p. 73-85, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.anpgl.org.br/revistaeletronica/index.php/cpgl/article/view/124>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

BLOCH, R. H. *Misoginia Medieval e a invenção do Amor*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

CRUZ, Sabrina Uzêda. A representação da mulher na mídia: um olhar feminista sobre as propagandas de cerveja. In: ENECULT. Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, 4., 28-30 maio 2008, Salvador. *Artigo...* Salvador: Faculdade de Comunicação – UFBA, 2008. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14477.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

DUBBY, Georges; PERROT, Michelle (Org). *História das Mulheres: a Idade Média*. Porto: Afrontamento, 1990.

FEITOSA, Sônia de Melo; LIMA, Marwyla Gomes de; MEDEIROS, Milena Gomes de. Patriarcado e forró: uma análise de gênero. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos, 9., 23-26 ago. 2010, Florianópolis. *Anais*

*eletrônicos...* Florianópolis: UFSC, 2010. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278196429\\_ARQUIVO\\_PATRIARCADOEFORRO.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278196429_ARQUIVO_PATRIARCADOEFORRO.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2012.

GONÇALVES, Flávia de Luna Sousa; SILVA, Rosemary Aparecida; RODRIGUES, Liz Helena S. do Amaral. A Análise das características socioeconômicas das mulheres negras encarceradas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO E TEORIA GERAL DO ESTADO, 7., 2010. *Anais...* Montes Claros: FADISA, 2010.

KELLNER, Douglas. *A cultura da mídia*: estudos culturais: identidade e política entre o moderno e o pós-moderno. Bauru, SP: Edusc, 2001.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e Discriminação contra a Mulher*: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro. Campinas: Millenium, 2009.

LUCK, Alan Saldanha. O sistema internacional de direitos humanos. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 72, ano XIII, jan. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7067](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7067)>. Acesso em: 15 set. 2011.

MACEDO, José Rivair. *A Mulher na Idade Média*. São Paulo: contexto, 2002.

MADUREIRA, Daniele. O papel social da propaganda. *Mundo em movimento*, 13 out. 2008. Disponível em: <<http://ppnewtonpaiva.blogspot.com.br/2008/10/o-papel-social-da-propaganda-daniele.html>>. Acesso em: 5 maio 2014.

MARCUSE, Herbert. *Ensayos sobre política y cultura*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará). Belém do Pará, 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

ORTIZ, Renato. A Escola de Frankfurt e a questão da cultura. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*: revista da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), São Paulo, n. 1, jun. 1986. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_01/rbcs01\\_05.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_01/rbcs01_05.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2012.

PEREIRA NETO, Francisco Edmar; LOIOLA, Alex Lacerda Gomes; QUIXADÁ, Luciana Martins. Cultura e Irracionalidade: a barbárie dança no ritmo do forró. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL EDUCAÇÃO E CONTEMPORANEIDADE, 4., 22-24 set. 2010, São Cristóvão. *Anais...* São Cristóvão: UFSE, 2010.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2007.

SARDENBERG, Cecília. A mulher frente à cultura da eterna juventude: reflexões teóricas e pessoais de uma feminista “cinquentona”. In: FERREIRA, Silvia Lúcia; NASCIMENTO, Enilda Rosendo do. (Org.). *Imagens da mulher na cultura contemporânea*. Salvador: NEIM/UFBA, 2002, p. 51-68. (Coleção Bahianas, v. 7).

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 2, ano 20, jul/dez. 1995.

THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna*: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

Artigo recebido em: 25/11/2012.

Artigo aprovado em: 24/07/2013.

DOI: 10.5935/1809.848720140005



2

Direito  
Penal

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL EXTRAÍDA DO  
ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO**

**THE REDUCTION OF CRIMINAL AGE RESPONSIBIL-  
ITY EXTRACTED FROM THE BRAZILIAN LEGAL SYS-  
TEM**

MARCELO FERNANDES DOS SANTOS

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
marcelo@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Sabemos que a maioridade penal ocorre aos 18 anos, conforme determinação constitucional (CF, art. 288). Abaixo desse limite de idade, presume-se a incapacidade de entendimento e vontade do indivíduo (CP, art. 27). Por essa razão, as pessoas menores de 18 anos, apesar de não sofrerem sanção penal pela prática de ilícitos, considerando-se a ausência de culpabilidade, estão sujeitas ao procedimento e às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), uma vez que a conduta descrita como crime ou contravenção penal é tida como ato infracional. O ordenamento jurídico pátrio, em vários dispositivos legais, demonstra que o indivíduo maior de 16 anos possui esclarecimento e amadurecimento suficientes para decidir entre o certo e o errado e responder pelas conseqüências dos seus atos. Destarte, a redução da maioridade penal é indiscutível e, por isso mesmo, necessária.

**PALAVRAS-CHAVE:** redução; maioridade penal; medidas socioeducativas; ato infracional.

**ABSTRACT:** In Brazil, criminal full age is 18, according to art. 288 of the Brazilian Federal Constitution. Below this age limit, one assumes the incapacity of understanding and of will according to the art. 27 of the Brazilian Criminal Code. Thus, even though underaged people do not suffer any criminal seizures due to the practice of illicit acts, considering the absence of guilt, they are still subjected to procedures and to socio-educational measures of the Child and Adolescent Statute (Law n° 8.069/90), since the conducts defined as crimes or misdemeanors are regarded as delinquent acts. The Brazilian juridical system demonstrates by means of many regulations that the individual who is over 16 is aware and mature enough to decide between right and wrong and pay for the consequences of his or her acts. Therefore, the reduction of criminal full age is undeniable and necessary.

**KEY WORDS:** reduction; criminal full age; socio-educational measures; delinquent acts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Culpabilidade. 3. Imputabilidade. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

O alto índice de criminalidade na sociedade brasileira faz com que se busquem alternativas e soluções para que as pessoas possam viver mais tranquilas. Constantemente surgem discussões acerca das medidas a serem adotadas para a melhoria da segurança pública das pessoas quando algum crime de extrema violência é praticado. Emergem opiniões e reivindicações, especialmente quando o ato ilícito é cometido por um menor de 18 anos de idade (ou teve a participação dele).

Em nosso país somente os maiores de 18 anos podem receber pena em razão do cometimento de uma infração penal. Essa previsão está consagrada na nossa Carta Magna de 1988. No entanto se deve analisar que o ordenamento legal brasileiro já afasta o critério jurídico-biológico adotado pelo Constituinte para fixar a imputabilidade.

## 2. Culpabilidade

O limite de idade para que a pessoa seja punível está inserido no conceito de imputabilidade, o qual constitui elemento da culpabilidade. Destarte, há necessidade de se analisarem esses institutos em primeiro plano. Cumpre destacar que a doutrina diverge quanto à questão de a culpabilidade integrar o conceito de crime ou ser pressuposto de aplicação da pena. Rogério Greco (2007, p. 135) preconiza que “[...] a culpabilidade é um dos elementos do crime, além do fato típico e da antijuridicidade”.

Nesse mesmo sentido, Luiz Regis Prado assinala:

O delito é toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável. De conformidade com o exposto, esses elementos estão em uma seqüência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável. (PRADO, 2007, p. 243).

Em contrapartida, nas lições de Damásio, “[...] a culpabilidade é um dos pressupostos e não requisito ou elemento do crime.” (JESUS, 2005, p. 456-457).

Fernando Capez (2005, p. 113-114) entende também que “[...] a culpabilidade não integra o conceito de crime. A partir do finalismo, já não há como continuar sustentando que crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime”<sup>1</sup>. Neste estudo essa divergência não ganha relevância, porquanto independentemente da conceituação de culpabilidade, não se retira a imputabilidade de sua essência. Rogério Greco (2007, p. 381) define culpabilidade como “[...] o juízo

<sup>1</sup> Prossegue o autor: “Nosso Código Penal diz que: a) quando o fato é atípico, não existe crime (‘Não há crime sem lei anterior que o defina’ – CP, art. 1º) b) quando a ilicitude é excluída, não existe crime (‘Não há crime quando o agente pratica o fato’ – CP, art. 23 e incisos). Isso é claro sinal que o fato típico e a ilicitude são seus elementos. Agora, quando a culpabilidade é excluída, nosso Código emprega terminologia diversa: ‘É isento de pena o agente que [...]’ (CP, art. 26, *caput*). Por todos esses motivos o jurista em questão entende correta a concepção bipartida, ou seja, a culpabilidade como pressuposto do crime”.

de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.”

Nos dizeres de Bitencourt, a culpabilidade é:

A reprovação pessoal contra o agente do fato que se fundamenta na não-omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitida. A essência da culpabilidade radica nesse ‘poder em lugar de...’ do agente referentemente à representação de sua vontade antijurídica, e é exatamente aí onde se encontra o fundamento da reprovação pessoal, que se levanta contra o autor por sua conduta contrária ao Direito. (BITENCOURT, 2008, p. 348).

Já Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 196) leciona que “culpabilidade é, assim, a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.”

Conforme supracitado, analisa-se a seguir o instituto da imputabilidade, o qual delimita a idade para que o autor possa ser punido.

### 3. Imputabilidade

Consiste na compreensão da ilicitude da conduta, ou seja, é a plena capacidade de culpabilidade. Luiz Regis Prado pontua que: “[...] a imputabilidade é a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos)”. (PRADO, 2007, p. 434-435).

Dessa mesma doutrina depreende-se que essa capacidade possui dois aspectos: um cognoscitivo e outro volitivo.

O primeiro aspecto significa a capacidade da compreensão do injusto. Denomina-se também de intelectual. O segundo, por sua vez, é a atuação do agente conforme essa compreensão (PRADO, 2007, p. 435). Disserta Fernando Capez que:

[...] a imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O

agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. (CAPEZ, 2005, p. 306).

O agente que não tiver a capacidade de compreensão do caráter ilícito de sua conduta é considerado inimputável.

Imprescindível a definição pelo ordenamento jurídico do sistema para o estabelecimento da inimputabilidade. Existem o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

No sistema biológico, para que o agente seja considerado inimputável, ele deverá apresentar anomalia psíquica, independentemente de se verificar se ele possuía discernimento acerca de sua conduta e de suas conseqüências (MIRABETE, 2005, p. 210).

O sistema psicológico se atém ao momento da consumação da infração penal e não importa se o agente era, previamente, portador de alteração mental, ou seja, para a definição da imputabilidade apurar-se-á se o autor tinha condições de determinar que sua conduta era ilícita e de se orientar em conformidade com esse entendimento (CAPEZ, 2005, p. 309-310).

Conjugando-se esses dois sistemas surge o biopsicológico, para o qual interessa se o agente, no momento da conduta, possuía enfermidade ou retardo mental e se tinha incapacidade de entendimento (BITENCOURT, 2008, p. 355).

O legislador brasileiro adotou o critério biopsicológico (art. 26 do Código Penal), que é acolhido pela maioria das leis penais no mundo, como por exemplo, na Itália, Espanha, Alemanha e Portugal (PRADO, 2007, p. 435).

Todavia, no tocante à inimputabilidade em razão da idade, o legislador definiu-a para os menores de 18 anos, considerando-os incapazes de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento.

A Constituição Federal prevê que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228).

O Código Penal, em seu art. 27, dispõe expressamente que: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” (BRASIL, 2008b).

Cumpra salientar que nem sempre a adoção do critério biológico foi uma constante. Júlio Fabbrini Mirabete aponta que, no Código Penal de 1969, a inimputabilidade foi estabelecida para os menores de 16 anos. Veja-se:

No art. 33 do Código Penal de 1969 (Decreto-lei nº 1.004), foi adotado o critério biopsicológico e era possível a imposição de pena ao menor entre 16 e 18 anos que revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. (MIRABETE, 2005, p. 216-217)<sup>2</sup>.

À época, houve insurgência quanto à possibilidade da redução da maioria penal. Juristas e outros estudiosos combateram veementemente essa inovação não implementada. Justamente em face das críticas, o Código Penal de 1969 não entrou em vigor, e a reforma de 1984 (Lei nº 7.209/84) manteve a inimputabilidade penal ao menor de 18 anos.

Será evidenciado a seguir que o ordenamento jurídico pátrio considera que o maior de 16 anos conta com desenvolvimento mental completo, capaz de reconhecer a ilicitude de atos das mais variadas naturezas. Logo, tem condição de entender o caráter ilícito de uma conduta da esfera criminal que pretenda praticar.

---

<sup>2</sup> Prossegue o autor: “Pela Lei nº 6.016, de 12-12-1973, porém, na *vacatio legis* do novo Estatuto que não chegou a vigor no país, o legislador novamente elevou o limite para 18 anos, sensível às ponderações da magistratura de menores e de significativa parcela de estudiosos que destacaram as graves dificuldades para se aferir a capacidade de culpa na faixa dos 16 a 18 anos, mediante perícia sofisticada e de difícil praticabilidade.” (MIRABETE, 2005, p. 216-217).

A lei processual civil, em seu art. 405, *caput* e §1º, III, prescreve: “Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º - São incapazes: [...] III - o menor de 16 (dezesesseis) anos.” (BRASIL, 2007)<sup>3</sup>.

Já o art. 228, I, do Código Civil traz que: “Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos.” (BRASIL, 2007)<sup>4</sup>.

Interpretando-se os dispositivos legais, certifica-se que o legislador equiparou os maiores de 16 anos às pessoas plenamente capazes, porquanto não permite que sirvam como testemunhas os menores de 16 anos e a pessoas que não estiverem em seu juízo perfeito.

Frisa-se ainda que, com essas previsões legais, a pessoa maior de 16 anos foi considerada suficientemente apta a intervir em processo judicial e auxiliar na formação do convencimento do juiz. Acerca da prova testemunhal, Antônio Pereira Gaio Júnior (2006, p. 242) pontua que: “A prova testemunhal traduz-se na convocação de pessoas físicas a fim de prestarem, diante do juiz, declarações relativas a fatos do processo”.

A prova testemunhal é meio probatório de importância reconhecida, sendo crucial para a solução do conflito levado a juízo. Figura-se como meio eficiente de persecução da verdade dos fatos. Humberto

<sup>3</sup> Norma legal em sua totalidade: “Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por demência; II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o menor de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.” (BRASIL, 2007).

<sup>4</sup> Íntegra do dispositivo legal: “Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos; II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; IV - o interessado no litúgio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade. Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.” (BRASIL, 2007).

Theodoro Júnior ensina:

A prova testemunhal é que se obtém por meio do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso. A verdade é que o processo não pode prescindir da prova testemunhal para solucionar a grande maioria dos litígios que são deduzidos em juízo. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 456).

Assim, se uma pessoa maior de 16 anos é admitida como testemunha, conclui-se que ela é dotada de discernimento suficiente para distinguir o lícito do ilícito.

Além dessa possibilidade do maior de 16 anos poder ser testemunha, ressalta-se que foi conferido a ele a capacidade eleitoral ativa. Assim, esse é mais um fato que demonstra a capacidade do maior de 16 anos de responder por seus atos como se adulto fosse.

Alexandre de Moraes (2000, p. 223) descreve a importância do voto e, conseqüentemente, a responsabilidade do eleitor: “O voto, disposto no art. 14 da Constituição Federal, é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa”<sup>5</sup>.

O próprio legislador-constituente reconhece aos maiores de 16 e menores de 18 anos lucidez e discernimento na tomada de decisões ao lhes conferir capacidade eleitoral ativa, conforme expressa previsão constante no artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Magna Carta. Segundo a Constituição da República, homens e mulheres entre 16 e 18 anos estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo público eletivo (vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e presidente da República).

Cuida-se, evidentemente, de responsabilidade só atribuída a quem possua elevado grau de maturidade. Esta é a conclusão lógica diante das implicações do voto no processo político e no destino da nação. Pinto Ferreira assim leciona:

---

<sup>5</sup> Prossegue o autor: “A natureza do voto também se caracteriza como um direito por ser um dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de governantes em um regime representativo.” (MORAES, 2000, p. 223).

Dessa forma, se de um lado a Constituição Federal considera o menor de dezoito e maior de dezesseis anos inimputável (artigo 228), por outro, o permite exercer o direito ao voto (artigo 14, § 1º, inciso II, alínea c). Distingue o Texto Supremo a maioria penal, da maioria eleitoral. (FERREIRA, 1997, p. 40).

Tome-se o seguinte exemplo: Todos os jovens entre 16 e 18 anos de uma cidade elegem como prefeito o sorveteiro da esquina. Não se discute neste caso a competência do sorveteiro para ser prefeito, mas sim que os maiores de 16 anos podem interferir diretamente na escolha do destino da nação.

Ora, quem tem capacidade de escolher presidentes da República, senadores, deputados, prefeitos e vereadores tem discernimento suficiente para saber que matar, roubar e furtar contraria o ordenamento jurídico pátrio e, portanto, deve abster-se de tais comportamentos.

Ressalta-se que o maior de 16 anos, ao obter o título de eleitor, torna-se “cidadão” na acepção jurídica do termo. Com isso, pode controlar por meio de ação popular atos lesivos cometidos por administradores públicos em detrimento do erário (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965). Manoel Jorge e Silva Neto assevera:

Não é outra a conclusão a se extrair do art. 1º da Lei nº 4.747 de 29 de Junho de 1965 (Lei da Ação Popular – LAP), quando determina que ‘qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios [...]’, apontando o § 3º que ‘a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com o documento que a ele corresponda’. (SILVA NETO, 2006, p. 199).

A Constituição Federal prevê outro paradigma, capaz de apontar que a pessoa maior de 16 anos pode concretizar atos sociais, em conformidade com a ordem legal. Trata-se da permissão concedida aos maiores de 16 anos para trabalhar (art. 7º, XXXIII), ressalvada a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre e nos previstos no Decreto nº 6.481/2008.

Com base nesse dispositivo legal, extrai-se que o adolescente maior de 16 anos pode trabalhar a título de economia familiar, na iniciativa privada, como autônomo e, até mesmo, na Administração Pública, recebendo proteção trabalhista em todos os casos (OLIVEIRA, 2003, p. 213), por exemplo, um adolescente maior de 16 anos pode ficar encarregado de efetuar depósitos bancários oriundos de sua empregadora. Transmite-se a ele o ônus de zelar pelo patrimônio da empresa.

Assim sendo, o maior de 16 anos detém o conhecimento de que deve cumprir sua missão empregatícia. Sabe que desviar patrimônio alheio para si ou para outrem configura conduta indevida e que, portanto, deve abster-se de realizá-la.

Destarte, nota-se que a Carta Magna, mais uma vez, considera a pessoa maior de 16 anos com desenvolvimento mental suficientemente adequado para entender o caráter ilícito de uma ação ou omissão e de se portar de acordo com essa conclusão.

Cita-se a emancipação como outro fator que alicerça a redução da maioridade penal para 16 anos de idade. Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 45) ensina que “O Código Civil brasileiro, permitiu, no seu artigo 5º, parágrafo único, inciso I, a emancipação aos jovens de 16 anos de idade, sendo esta uma forma de cessação da incapacidade”.

Diz-se que a emancipação concede ao menor a aquisição da plena capacidade antes da idade legal, tornando possível ao emancipado exercer todos os atos civis.

Dessa forma, o jovem maior de 16 anos emancipado, por qualquer das espécies de emancipação (voluntária, judicial e legal), está apto a firmar uma gama enorme de negócios e atos jurídicos sem nenhum tipo de assistência. Exige-se apenas a formalização da emancipação. Ele continuará com o mesmo desenvolvimento mental, mas, pela obtenção de um adjetivo (emancipado), alcançará a capacidade civil plena.

O paradoxo encontra-se no fato de o emancipado menor de 18 anos poder administrar seus bens e os de outrem, que lhe outorgue mandato, livremente, pois a lei determina que ele possui discernimento adequado para tanto. Todavia, se, durante a gestão, ele se apropriar

de bens alheios de que tenha posse, não poderá ver-se responsabilizado criminalmente pela prática do crime de apropriação indébita, em razão de sua inimputabilidade.

Acrescenta-se outro indicativo de que a lei considera a pessoa maior de 16 anos com desenvolvimento mental suficiente para visualizar os ditames socialmente adequados e se comportar de acordo com eles: o fato de poder casar-se somente com a anuência dos pais ou do responsável legal. Assim, ela poderá constituir família, com os encargos daí decorrentes, como a manutenção de um lar, a criação e educação da prole.

Assim leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. (PEREIRA, 2008).

De acordo com Diniz (2009, p. 37), a família é a estrutura elementar da sociedade, sendo ela o cerne do sistema social, moral e cultural. Ela teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade e a sua importância na formação das pessoas mereceu todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios.

Com o casamento, a pessoa maior de 16 anos alcança a maioridade civil (art. 5º, II, do Código Civil). Em face dessa transformação, pode-se chegar a uma situação de conflito entre as legislações civil e penal.

Imagine-se que um maior de 16 anos se case, tenha filho e venha a se separar judicialmente da cônjuge após um ano, quando contar com 17 anos. Na sentença de dissolução do casamento fica estabelecida a obrigação alimentar em relação ao cônjuge varão. Ocorre que ele não presta os alimentos e é executado pelo alimentado. Na execução, o juiz decreta a prisão civil dele.

Esse acontecimento evidencia uma situação concreta inusitada. Tem-se uma *prisão* decretada em desfavor de um menor de 18 anos,

que é considerado maior pela legislação civil. Concretizada a restrição da liberdade dele, indaga-se em qual local ele será recolhido? Será ele colocado em uma cela juntamente com os maiores de 18 anos presos civilmente, ou será encaminhado para um centro educacional destinado aos menores de 18 anos internados em razão do cometimento de ato infracional?

A hipótese em análise não possui previsão legal e, ocorrendo, deverá receber tratamento diferenciado por parte dos aplicadores do Direito.

No Código Civil, o legislador manteve o entendimento de que o maior de 16 anos detém desenvolvimento mental completo para analisar os acontecimentos sociais corretamente e para ter ciência do ordenamento jurídico vigente. Esse diploma prevê que o maior de 16 anos pode, isoladamente, realizar o ato jurídico considerado como o mais complexo de nossa ordem legal, ou seja, o testamento.

Prescreve o art. 1.860, parágrafo único, do Código Civil: “Podem testar os maiores de dezesseis anos”. A doutrina considera o testamento como o ato mais solene dos negócios jurídicos. Constatam-se inúmeras formalidades a fim de assegurar a transparência para a elaboração desse negócio jurídico e sua interpretação.

As formalidades exigidas legalmente são justificáveis, uma vez que, através do testamento, ocorre a distribuição do patrimônio disponível do testador, geralmente, de forma gratuita ao contemplado e os efeitos desse ato solene ocorrerão somente após a morte do testador (NICOLAU, 2007, p. 109-110).

Tem-se que o testamento é um ato jurídico complexo, pois, para que tenha validade, é imprescindível a presença de diversos requisitos. Zeno Veloso leciona sobre o testamento:

O testamento é negócio jurídico formal e solene, e essa característica essencial vem do direito antigo. A validade do testamento está condicionada a formas e tipos prescritos, minuciosamente na lei. As formalidades exigidas não são, apenas,

*ad probationem*, mas *ad solemnitatem*. Portanto, o descumprimento, a desatenção, a falta de qualquer uma delas implica nulidade insuperável. (VELOSO, 2003, p. 15).

No testamento, o maior de 16 anos pode efetivar atos de grande abrangência, os quais exigem ciência plena do que se está fazendo. Ele poderá dispor sobre o seu patrimônio, reconhecer filhos, etc., o que demonstra que ele possui a integralidade de seu desenvolvimento mental e pode se comportar de acordo com as disposições legais em vigência.

Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho ensinam:

‘Disposição dos bens’, por facultar ao testador dispor o todo ou parte de seu patrimônio (art.1.857, CC), podendo em consequência instituir herdeiros ou não, deixar legados, gravar os bens com cláusulas restritivas livremente, exceto quanto aos bens da legítima que exigem justa causa (art.1.848, CC). ‘Outras disposições de caráter não patrimonial’, já que o testamento comporta ainda outras disposições de última vontade de caráter não patrimonial. (CARVALHO; CARVALHO, 2007, p. 97)<sup>6</sup>.

Transportando-nos ao Direito Penal, deparamo-nos com um contrassenso, porquanto o legislador estabelece que o maior de 16 anos pode dispor de seu patrimônio, mas não pode ser penalizado se vilipendiar bens patrimoniais alheios, como, por exemplo, no caso de um furto qualificado.

Logra-se extrair das normas penais que o desenvolvimento mental com-

<sup>6</sup> Sobre o tema: “No testamento, então, o testador pode dispor no todo ou em parte, do seu patrimônio, isto é, de todos os seus bens ou de parte deles; pode enunciar disposições patrimoniais ao lado de disposições não patrimoniais; bem como pode apresentar somente disposições não patrimoniais, que terão eficácia depois da morte do declarante. O testador, por exemplo, pode utilizar-se do testamento para fazer o reconhecimento de filiação, a deserção, a reabilitação do indigno, a nomeação de tutor para os filhos menores, de testamentário, a confissão a respeito de qualquer fato, dar instruções sobre seu funeral, determinar sufrágios para sua alma, dispor de uma ou várias partes do corpo, *post mortem*, para fins terapêuticos, e, pura e simplesmente, revogar testamento anterior. São disposições autônomas, não patrimoniais, embora algumas delas tenham reflexos patrimoniais”. (VELOSO, 2003, p. 3).

pleto da pessoa não ocorre aos 18 anos. A Lei nº 12.015/2009 destacou relevância ao consentimento de adolescentes maiores de 14 anos ao discriminar qualquer ato sexual perpetrado com a anuência deles.

Gonçalves instrui:

Os menores de 14 anos. Ao contrário do regime antigo, se o ato for realizado no dia 14º aniversário, a vítima não é mais considerada vulnerável. Se ela tiver consentido com o ato em tal data, o fato é atípico porque o crime de corrupção sexual de menores (antigo art. 218) foi revogado. Se o ato tiver sido acompanhado de violência ou grave ameaça na data do 14º aniversário, o agente responderá por estupro qualificado (art. 213, § 1º). (GONÇALVES, 2011, p. 538).

Finalmente, destaca-se que o Brasil encontra-se com definição diversa da imputabilidade penal em razão da idade em relação a outros países. Aponta-se que a maioridade penal já se encontra reduzida em diversos países.

Em Portugal, ela foi estabelecida em 14 anos. Na Rússia, em 16 anos, assim como em todos os países da América do Sul, salvo o Brasil e o Paraguai. (COSTA JR., 2003, p.3). Assim, o Direito comparado pode servir de alicerce para nova definição de faixa etária para a imputabilidade penal.

#### 4. Conclusão

A Constituição Federal e o Código Penal preveem que a imputabilidade começa aos 18 anos de idade, porquanto estabelecem que, somente a partir desta idade, a pessoa possui completo desenvolvimento mental para analisar acontecimentos concretos e verificar se eles não ofendem a ordem jurídica e, com isso, comporta-se em conformidade com esta visualização.

Contudo, há mandamentos legais que prescrevem que as pessoas maiores de 16 anos podem tornar-se responsáveis por todos os seus atos da vida civil e há outros que evidenciam que elas possuem desenvolvimento mental adequado para delimitar o que é considerado como certo e errado perante o ordenamento jurídico e social e, por conseguinte, realizar condutas de acordo com este entendimento.

Analisando-se o ordenamento jurídico pátrio em conjunto, pode-se afirmar que a imputabilidade penal encontra-se defasada em razão das diversas atividades sociais permitidas aos maiores de 16 anos, as quais demonstram o perfeito desenvolvimento destes. Dessa forma, o legislador possui respaldo nos próprios mandamentos legais para estabelecer a maioridade penal em 16 anos de idade.

## 5. Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BRASIL. *Código civil e processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Código eleitoral*. Manual de Legislação Eleitoral: eleições 2008. Belo Horizonte: Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, 2008a.

BRASIL. *Código penal e Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO Dimas Daniel de. *Direito das sucessões: inventário e partilha*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COSTA JÚNIOR, José Paulo da. A maioridade penal. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3 dez. 2003. Folha Opinião, Caderno A, p. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 9.

OLIVEIRA, Oris de. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. *Juris Síntese/IOB*, jul./ago. 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso processo civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Artigo recebido em: 23/07/2009.

Artigo aprovado em: 07/07/2011.

DOI: 10.5935/1809.848720140006

**DELITOS INFORMÁTICOS? COMENTÁRIOS AO  
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 67.343-GO,  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**COMPUTER CRIMES? COMMENTS ON THE  
COMPETENCE CONFLICT Nº 67.343-GO,  
FROM THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

ALEX FERNANDES SANTIAGO

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
alex@mpmg.mp.br

**RESUMO:** O surgimento de uma nova criminalidade pelo uso de ferramenta específica, a informática, não demanda, necessariamente, a expansão do Direito Penal, de forma a exigir a criação de novas e extensas categorias delitivas. O instituto bem jurídico, adequadamente examinado, dará respostas, na maioria das vezes suficientes, ao mau uso que se pode fazer da informática, afetando valores básicos de uma sociedade. Sem embargo, alguns ajustes específicos serão necessários, como a criação de alguns tipos penais, ou modificação de outros já existentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** delitos informáticos; nova criminalidade.

**ABSTRACT:** The development of a new type of criminality by means of using computer technology does not necessarily demand the expansion of Brazilian Criminal Law. The proper analysis of the already existent sanctions will suffice at most times. However, some modifications or the creation of new crime types may be necessary.

**KEY WORDS:** computer crimes; new criminality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Delitos informáticos? 3. A adaptação das leis brasileiras. 4. Análise do acórdão. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

O desenvolvimento de novas tecnologias, como o da informática, além de promover profundas transformações experimentadas nos mais diversos âmbitos, veio acompanhado do surgimento de uma nova criminalidade, que originou questionamentos ao Direito Penal. Ainda que não se possa cogitar propriamente de delitos informáticos como categoria específica, é através dessa nova tecnologia que se lesionam bens jurídicos já protegidos pela mais grave das sanções, com a subsunção da conduta a tipos penais tradicionais, conforme se verifica da análise do acórdão Conflito de Competência n° 67.343-GO, de 28 de março de 2007, do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

## 2. Delitos informáticos?

Não causa surpresa que o impacto da revolução no fluxo de informações venha acompanhado de uma nova criminalidade. Os mesmos computadores e internet que conectam, por seu turno, outros milhões de computadores e pessoas que os usam permitem a comissão de delitos contra milhares de pessoas distantes fisicamente.<sup>1</sup> Essa nova forma de delinquência utiliza o sistema informático para lesionar os mais diversos bens jurídicos, que há muito tempo gozam da proteção penal, como se nota nos atentados contra a intimidade, a propriedade, a fé pública, entre outros exemplos. Em razão disso, segundo grande parte da doutrina, é impróprio cogitar de delito

---

<sup>1</sup> Comparando essa nova delinquência com sua forma tradicional, no que concerne à prática de delitos, seja quanto à proximidade física entre autor e vítima, seja quanto à grande escala, Benjamin R. Jones (2007, p. 611-618) conclui pela necessidade de novas técnicas de investigação e estratégias preventivas, como a utilização de *softwares* abertos a todos, como o *Linux* (p. 618-630).

informático (SÁEZ CAPEL, 2001, p. 22)<sup>2</sup>, já que os sistemas informáticos vão ser tão somente o meio para o cometimento de tais condutas. Tanto é assim que o *Department of Justice* norte-americano define os delitos informáticos também no sentido do uso do sistema informático: *any violations of criminal law that involve a knowledge of computer technology for their perpetration, investigation, or prosecution*<sup>3</sup>.

Sendo o Direito Penal o ramo do Direito que se ocupa da proteção dos valores elementares da vida em comunidade<sup>4</sup>, essa nova forma de criminalidade atçou uma vez mais as ganas do legislador<sup>5</sup> nos mais diversos países para estirar o manto da *ultima ratio regum* para sua proteção, na já conhecida hipertrofia do Direito Penal. A pergunta que se faz é a seguinte: será realmente necessário?

Bem frisa a doutrina (SILVA, 2007, p. 369) que, enquanto a preocupação dirige-se à ferramenta – o computador, a informática – utilizada para a afetação do bem jurídico, o núcleo do problema queda olvidado, que é qual e como foi atingido o bem jurídico.

<sup>2</sup> Acerca da distinção entre delitos informáticos (*computer crimes*) e delitos cibernéticos (*cybercrimes*), segundo a qual estes últimos necessitam de uma rede (em geral a *Internet*), confira-se Moitra (2005, p. 438-439). No mesmo artigo (p. 436-464), o autor investiga a nova delinquência e algumas possíveis formas de controle social.

<sup>3</sup> Conforme Huang; Radkowski III; Roman (2007, p. 285-286), que analisam o sistema legal norte-americano que combate essa delinquência (p. 284-335). Para ver uma comparação entre alguns sistemas existentes no mundo, veja-se o artigo do professor sul-africano Cassim (2009, p. 36-79).

<sup>4</sup> Aceitando a clássica definição de Welzel (1956, p. 1). Com especial ênfase no conceito social, afirma Pablos de Molina: “pode-se definir o Direito penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle social e formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.”. (Bianchini; García-Pablos de Molina; Gomes, 2009, p. 24).

<sup>5</sup> Preocupação que permeia toda a obra de Silva Sánchez (1999). É o próprio professor espanhol quem realça o descompasso entre a legislação e o que preconiza a doutrina, já em outro livro, ao afirmar que um dos aspectos que mais chama a atenção é a completa desconexão entre a evolução das leis e o desenvolvimento dos conceitos, sendo detectável um pragmatismo radical na atividade legislativa, perfeita tradução de uma práxis política sem ciência, é dizer, carente de uma racionalidade legitimadora. (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. XVII).

A resposta à pergunta acima apresentada é, sem embargo, simples. Definitivamente não é necessário criar nova categoria delitiva, pois o Direito Penal já protege muitos dos bens jurídicos lesionados pela nova forma delinquencial. É possível, se tanto, atualizar alguns tipos penais para abranger as condutas reprováveis que causem dano<sup>6</sup>. Reafirma-se, uma vez mais, a importância fundamental do bem jurídico no cenário penalista. Recorde-se, com Schunemann (2007, p. 198), que o esclarecimento de qual seja o bem jurídico encarna a questão interpretativa mais nos comentários da parte especial, “que deve se resolver com caráter geral antes de qualquer outra”<sup>7</sup>. (tradução nossa).

Nesse diapasão, antes de desfraldar apressadamente a bandeira de novos tipos penais que abarquem os reprováveis “delitos informáticos” (o que culminaria por incidir na “*lei da bipolaridade dos erros*”<sup>8</sup>, consubstanciada, no caso, em tentar combater determinada delinquência gerando a hipertrofia do Direito Penal – e, quiçá, gerando nova criminalidade), vale a pena verificar se tais condutas já não são objeto de repressão penal, se já não são bens jurídicos protegidos e se a ação investigada não está emoldurada por algum tipo penal existente.

Ademais, nem sempre o Direito Penal é a resposta mais adequada, em especial no tema de delitos informáticos, pois, como já observado no exterior, a tecnologia e a lei nem sempre são os melhores parceiros de dança<sup>9</sup> tanto que, mais que o emprego de novas leis, reforçam alguns autores a necessidade de novas formas de prevenção, como a cooperação de particulares – especialmente empresas – com novas técnicas de investigação e utilização de ferramentas ci-

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, ver (SÁEZ CAPEL, 2001, p. 26-27).

<sup>7</sup> “[...] que debe resolverse con carácter general antes de cualquier otra”. (SCHUNEMANN, 2007, p. 198).

<sup>8</sup> Teorizada por Gaston Bachelard, consistente em não abandonar uma posição equivocada, para ocupar em seguida a posição oposta, igualmente reducionista e que divide com a primeira certo número de características essenciais, como recordam François Ost e M. van der Kerchove (1988, p. 177 ss.).

<sup>9</sup> Do original em inglês: “[...] one of the few constants of the Internet age is the recognition that technology and the law are not always the best dance partners”. (JONES, 2006-2007, p. 601).

vis, reconhecendo que o Direito Penal não tem a bala de prata para combater os crimes informáticos (ALLAN, 2005, p. 177)<sup>10</sup>.

### 3. A adaptação das leis brasileiras

Na seara da atualização da legislação penal existente, e da inserção de alguns novos tipos, podem detalhar-se algumas figuras delitivas relacionadas com a utilização do sistema informático no Direito positivo brasileiro.

É normal que sejam feitas alterações. Sendo o Direito produto histórico, realidade cultural,

deve acompanhar o desenvolvimento social; não pode ser estático, enquanto a sociedade se revela dinâmica. A ordem jurídica que não evolui de acordo com os fatores sociais deixa de ser um instrumento de apoio e progresso, para prejudicar o avanço e o bem estar social. (NADER, 1997, p. 148).

Sem abandonar uma postura garantista, o próprio Sáez Capel reconhece que, embora não sejam necessárias grandes reformas no ordenamento jurídico substantivo para enfrentar a criminalidade informática, pode ser necessário, por seu dinamismo, criar novos tipos penais, em especial se considerada a comissão de condutas impensáveis há algumas décadas (SÁEZ CAPEL, 2001, p. 21).

Não obstante, é mister reconhecer a evolução do Direito Penal para um Direito Penal mínimo, isto é, representando a sanção penal a mais grave das consequências jurídicas que o descumprimento de um dever origina em relação a seu destinatário<sup>11</sup>, somente pode ser manejado em casos que mereçam a mais grave das respostas: a intervenção do Direito Penal é mínima, com as máximas garantias<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Sobre a preocupação da comunidade jurídica internacional, com resumo das manifestações da OECD, do Conselho Europeu, da ONU e da Association Internationale de Droit Penal, confira-se Soma; Muther Jr.; Brissete (1997, p. 358-360).

<sup>11</sup> Conceito de Maynez (1978, p. 295).

<sup>12</sup> Nessa esteira, culmina Rusconi por defender que “o direito penal deve ser visto como

Há que se compreender a lei penal como intervenção nos direitos fundamentais, pois a Constituição protege a liberdade geral de ação, que consiste na liberdade de fazer ou omitir o que se queira, com normas de direito fundamental. Se de um lado é certo que essa liberdade não é absoluta, e portanto pode ser objeto de intervenções e restrições legislativas, também é certo que a tipificação penal de uma conduta implica uma intervenção na liberdade geral de ação e que, como tal, deve estar justificada”. (BERNAL PULIDO, 2005, p. 124)<sup>13</sup>.

Vale a pena, então, transcrever as modificações legislativas.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), preocupado com os bancos de dados privados, incriminou algumas condutas a eles relativas:

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Pena - Detenção de seis meses a um ano ou multa.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa. (BRASIL, 1990a).

Na ordem tributária, externou o legislador sua preocupação com condutas reprováveis pelo uso da informática (artigo 2º, V, da Lei n.º 8.137, de 1990):

---

o conjunto de limites constitucionais e derivados do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, organizados e desenvolvidos sistematicamente em todas suas consequências como obstáculos para a aplicação de uma pena em forma legítima” [el derecho penal debe ser visto como el conjunto de límites constitucionales y derivados del sistema internacional de protección de los derechos humanos que organizados y desarrollados sistemáticamente en todas sus consecuencias como obstáculos para la aplicación de una pena en forma legítima]. (RUSCONI, 2009, p. 44).

<sup>13</sup> “la tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad general de acción y que, como tal, debe estar justificada”. (BERNAL PULIDO, 2005, p. 124).

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1990b).

Também o Código Penal foi modificado, adaptando-se à criminalidade informática. A Lei nº 9.983, de 2000, modificou a redação de alguns tipos penais, adicionando novas letras ou parágrafos a alguns dispositivos antigos.

A Lei nº 9.983 começa por modificar o Código Penal com o fim de abrigar novos delitos contra a administração pública que podem ser cometidos com o emprego da nova tecnologia. Passou o Código Penal, portanto, a ter a seguinte redação:

Inserção de dados falsos em sistema de informações.

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações.

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado. (BRASIL, 2000).

Também nos delitos contra a administração pública surge a figura daquele que, consoante o art. 325, § 1.º:

I- permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública.

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (BRASIL, 2000).

Cabe citar também, no capítulo de proteção à liberdade individual, o artigo 153, §1.º-A:

Art. 153. [...]

§ 1.º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2000).

Nota-se que são crimes que utilizam a informática como ferramenta para sua prática, contudo afetando bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, invocando, isso sim, ajustes na sua tipologia. Não é possível, nesses casos, dizer que há uma hipertrofia do Direito Penal. O que ocorre são simplesmente ajustes na sua sistemática.

Há casos, entretanto, em que vetustas figuras do Código Penal são suficientes para reprovar a conduta, quando o autor desta utilizou a inovadora ferramenta que é a informática. É o Direito, de tradição milenar, que se renova, propiciando desde seu antigo arcabouço respostas a problemas recentes, sem que se recorra à inflação normativa. Tampouco se usa qualquer recurso à analogia, em especial se se considera que Francis Bacon já advertia que “não está permitido estender as leis penais aos delitos não contemplados expressamente e é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem aos cidadãos.” (BACON apud FERRAJOLI, 2006, p. 382)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> “[...] no está permitido extender las leyes penales a delitos no contemplados

Disso trata o acórdão cuja análise apresenta-se a seguir.

#### 4. Análise do acórdão

Trata-se do acórdão Conflito de Competência n° 67.343-GO, de 28 de março de 2007, do STJ, em que é discutido conflito negativo de competência (algum dia veremos um conflito positivo?). Dois juízes federais não reconheciam sua competência: o primeiro, por entender que as transferências não autorizadas da conta-corrente da vítima, A. T., constituem estelionato contra a instituição bancária, razão pela qual o momento consumativo se opera quando se obtém a vantagem ilícita; noutro vértice, o juiz suscitado negava sua competência, por entender que ocorreu furto, na modalidade fraude, pois houve extração de dinheiro de uma conta bancária, desde seu serviço de *Internet*, sem nenhum tipo de consentimento por parte da vítima. Por conseguinte, a competência era do lugar onde foi subtraída a quantia.

Em seu voto, a relatora – Ministra Laurita Vaz – registra a existência de projetos para crimes informáticos (PL n° 89/2003, Deputados; e PL n°s 137/2000 e 76/2000), para em seguida reconhecer que a solução se encontra no próprio Código Penal pátrio.

Imperioso, nesse momento, reproduzir os dispositivos do Código Penal atinentes ao debate:

Estelionato:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. [...]

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

---

expresamente y es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos.” (BACON *apud* FERRAJOLI, 2006, p. 382). Original do filósofo Francis Bacon, em *De dignitate scientiarum*, livro VIII, aforismo n° 13: “Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines. No placet egitur extende leges poenales, multo minus capitales, ad delicta nova.”

Furto:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

Furto qualificado [...]

§ 4º. A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

[...]

II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza. (BRASIL, 1940).

A distinção entre estelionato e furto mediante fraude, para a doutrina pátria, reside no fato de que neste último a vítima não sabe que dispõe da coisa, enquanto no estelionato entrega *sponte propria* a coisa ao sujeito ativo, enganada que foi por este<sup>15</sup>.

Compreendeu o STJ que houve fraude ao sistema de vigilância e proteção do banco para furtar valores da conta-corrente de sua cliente, conforme dicção da relatora:

Na hipótese em tela, o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de R\$ 2.525,15 (dois mil quinhentos e vinte e cinco reais e quinze centavos) da referida conta bancária, por meio da ‘Internet Banking’ da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima,

---

<sup>15</sup> “Embora a fraude seja característica inerente ao crime de estelionato, aquela que qualifica o furto não se confunde com a deste. No furto, a fraude burla a vigilância da vítima, que, assim, não percebe que a res lre está sendo subtraída; no estelionato, ao contrário, a fraude induz a vítima a erro. Esta, voluntariamente, entrega seu patrimônio ao agente. No furto, a fraude visa desviar a oposição atenta do dono da coisa, ao passo que no estelionato o objetivo é obter seu consentimento, viciado pelo erro, logicamente. O dissenso da vítima no crime de furto, mesmo fraudulento, e sua aquiescência, embora viciada, no estelionato são dois aspectos que os tornam inconfundíveis. Examinando, com acerto, essa distinção, Fernando de Almeida Pedrosa destaca ‘a unilateralidade do furto majorado pela fraude, pela dissensão da vítima no apoderamento, e a bilateralidade do estelionato, pela aquiescência – embora viciada e tsnada – do lesado”. (BITTENCOURT, 2006, p. 32).

o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda.

Note-se que, em nenhum momento, houve a participação de funcionários do Banco no episódio. Assim, não houve sequer a possibilidade de induzimento de 'alguém em erro', como exige o tipo penal do estelionato, que não prescinde do vínculo psicológico, e muito menos a efetiva entrega do bem com vício de consentimento. Houve, sim, a indevida transferência da titularidade – subtração – do numerário da conta bancária – coisa alheia móvel –, com a sub-reptícia quebra da vigilância eletrônica do sistema informatizado de dados – fraude –, delito que somente foi detectado pelo Banco-vítima depois de o titular da conta queixar-se. (BRASIL, 2007).

Assim foi ementada a decisão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE.

1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente.

2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da 'Internet Banking' da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato.

3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado 'mundo virtual' da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático.

4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2007).

De fato, estelionato não poderia ser, pois não se induz a vítima a realizar um ato de disposição patrimonial. A questão é enfrentada pormenorizadamente por Sáez Capel (2001, p. 55-70), em análise *de lege lata e de lege ferenda*, quanto ao Direito argentino, comparando-o a dispositivos espanhóis e alemães. Culmina por frisar que ademais não pode ser estelionato porque não se pode lograr uma mente equivocada, sendo uma máquina. E concorda com Gladys Romero que a tipificação adequada é a de furto.

A lei penal brasileira, sem embargo, como demonstra o acórdão do STJ, prevê um crime de furto qualificado, pela obtenção fraudulenta do dinheiro, o que se assemelha ao Código Penal alemão em seu parágrafo 265a.

É verdade que se pode questionar a solução encontrada no acórdão, quanto à fraude, já que, com Queralt Jimenez, lembrado por Sáez Capel (2001, p. 60), há de se reconhecer que as máquinas não podem ser suscetíveis de engano. Sem embargo, a Corte brasilei-

ra se aventura a dar uma resposta positiva à existência de fraude, salientando que a enganada não foi a máquina, e sim o sistema de vigilância do banco, que, em realidade, é constituído de pessoas, que exercem tal função.

O que fez o Tribunal brasileiro, de qualquer forma, foi parecido com o sucedido no apartado 2 do art. 248 do novo Código penal espanhol, pois a verdade é que não há um engano, não há um estelionato propriamente dito, e por assimilação reconhece-se uma fraude, quando o que realmente existe é uma manipulação informática ou artifício semelhante, o que se caracteriza como furto qualificado, para o STJ.

Com a amplitude da palavra fraude, conclui-se que é acertada a posição do STJ.

## 5. Conclusão

O surgimento de uma nova criminalidade pelo uso de ferramenta específica, a informática, não demanda, necessariamente, a expansão do Direito Penal, de forma a exigir a criação de novas e extensas categorias delitivas. O instituto bem jurídico, adequadamente examinado, dará respostas, na maioria das vezes suficientes, ao mau uso que se pode fazer da informática, afetando valores básicos de uma sociedade. Sem embargo, alguns ajustes específicos serão necessários, como a criação de alguns tipos penais, ou modificação de outros já existentes.

Exemplo de suficiente resposta penal encontra no acórdão Conflito de Competência nº 67.343-GO, de 28 de março de 2007, do Superior Tribunal de Justiça, documento em que a extração não autorizada de valores de uma conta-corrente foi tipificada como furto qualificado, pela existência de manipulação reconhecida como fraude.

## 6. Referências

ALLAN, Gregor. Responding to cybercrime: a delicate blend of the orthodox and the alternative. *New Zealand Law Review*, Auckland, v. 149, p. 149-178, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. (Tomo III).

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014. (1990a)

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014. (1990b)

BRASIL. Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9983.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9983.htm)>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 67.343-GO, 3ª Seção, Rel.: Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 28 de março de 2007. *DJ*, 11 dez. 2007, p. 170.

CASSIM, F. Formulating specialised legislation to address the growing spectre of cybercrime: a comparative study. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vanderbijlpark, v. 12, n. 4, p. 36-79, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 8. ed. Madri: Trotta, 2006.

HUANG, Xiaomin; RADKOWSKI III, Peter; ROMAN, Peter. Computer crimes. *American Criminal Law Review*, v. 44, 285, 2007, p. 284-335.

JONES, Benjamin R. Comment: virtual neighborhood watch: open source software and community policing against cybercrime. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 97, n. 2, p. 601-630, 2007.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 29. ed. Cidade do México, DF: Porrúa, 1978.

MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime:some empirical issues. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, v. 13, n. 3, p. 436-464, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la 'bipolarité dès erreurs'. In: *Archives de philosophie du droit*: banco de dados. Paris: Sirey, t. 33, 1998.

RUSCONI, Maximiliano. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

SÁEZ CAPEL, José. *Informática y delito*. 2. ed. Buenos Aires: Proa XXI, 2001.

SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. ampliada e atualizada. Buenos Aires: B de F, 2010.

SILVA, Rita de Cassia Lopes da. A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático. In: *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOMA, John T. et al. Transnational extradition for computer crimes: are new treaties and laws needed? *Harvard Journal on Legislation*, v. 34, p. 317-372, 1997.

WELZEL. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

Artigo recebido em: 11/10/2010.

Artigo aprovado em: 13/02/2012.

DOI: 10.5935/1809.848720140007

**O AGRAVO DE INSTRUMENTO CRIMINAL NA  
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE  
MINAS GERAIS E NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO  
DE PROCESSO PENAL EM UMA ABORDAGEM  
DOS TRUNFOS DE RONALD DWORWIN NO  
FEDERALISMO BRASILEIRO**

CARLOS HENRIQUE GENEROSO COSTA

Advogado

Universidade Cândido Mendes, Brasil

generoso.carlos@gmail.com

## **1. Introdução**

O presente comentário tem como objeto o agravo de instrumento criminal na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Inicialmente, será feita uma abordagem dogmática acerca das modalidades de agravo no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, ressaltando-se a ausência de previsão do mencionado recurso no Código de Processo Penal (CPP) de 1941. Em seguida, trata-se do Regimento Interno do TJMG, que estabelece a espécie de agravo de instrumento criminal, uma forma de desdobramento da competência comum legislativa prevista no art. 24, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange a procedimentos de matéria processual.

Além da constitucionalidade do agravo de instrumento criminal, será tratada a sua relação com a teoria de Ronald Dworkin, na qual este afirma a existência de *jokers* (trunfos ou curingas) de que dispõe o jurisdicionado ante os comandos estatais que violem seus direitos

fundamentais, como o direito fundamental à liberdade. Nessa perspectiva, o agravo de instrumento criminal não apenas corresponde à categoria formulada pelo filósofo estadunidense, como também se antecipa ao novo CPP no que diz respeito a esse tipo de recurso.

## 2. O agravo no processo civil (CPC/1973)

A legislação processual civil previu, em sentido amplo, quatro modalidades de agravo: o agravo retido, o agravo retido e oral, o agravo de instrumento e o agravo regimental ou interno. Neles, a decisão combatida é a chamada interlocutória, e a interposição do recurso depende da lesão ao direito pleiteado e do órgão que irá conhecê-lo.

O agravo retido é interposto no órgão do Poder Judiciário *a quo*, ou seja, a peça processual é endereçada ao próprio magistrado prolator da decisão. Nesta modalidade, o agravo só será apreciado na instância superior no momento do julgamento da apelação, como se afirma nos arts. 522, *caput*, e 523, § 1º, ambos do Código de Processo Civil (CPC) de 1973.

Quando a decisão interlocutória é proferida em audiência, a parte interessada deverá fazer o agravo de forma retida e oral, conforme o art. 523, § 3º, do código mencionado. Será registrada na ata de audiência a sustentação oral do agravante, e o juiz poderá retratar-se ou não da decisão.

Já o agravo de instrumento pressupõe, segundo o art. 522, *caput*, do CPC/1973, lesão grave e de difícil reparação. Sua interposição se dá no juízo *ad quem* com a instrução de cópias do processo as quais a parte entenda por bem colacionar, além do traslado das procurações.

Quanto ao agravo regimental ou interno, está previsto nos regimentos internos dos tribunais. Aqui, também, ataca-se decisão interlocutória do relator.

Sobre a admissibilidade do agravo, leciona Araken de Assis na magistral obra *Manual dos Recursos*:

Na realidade, a expansão das hipóteses de admissibilidade do agravo nem sequer debelou insaciável aspiração das partes para recorrer das interlocutórias que causam dano irreparável. Só em alguns casos arrolados na parcimônia da redação originária do art. 558, *caput* - hoje, na redação da Lei 9.139, de 30.11.1995, além das hipóteses explícitas, há uma cláusula geral ('... e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação...') tornando flexível a concessão do efeito suspensivo -, mostra-se lícita a suspensão da eficácia da decisão agravada (ASSIS, 2008, p. 475).

No processo penal, as decisões interlocutórias, por via de regra, são combatidas pelo recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do Código de Processo Penal (CPP) de 1941.

### **3. A ausência de previsão do agravo de instrumento no processo penal**

Inexiste previsão no Código de Processo Penal no que diz respeito ao recurso de agravo. A única modalidade que a legislação extravagante admite é o chamado agravo em execução, na fase de execução da pena, previsto no art. 197 da Lei nº 7.210/1984. As decisões interlocutórias, por sua vez, conforme foi dito antes, podem ser combatidas pelo recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Mas as hipóteses elencadas pelo referido artigo não contemplam as medidas cautelares, e outras decisões interlocutórias são atacadas por correição parcial ou pelas ações constitucionais, seja pelo mandado de segurança criminal ou até mesmo pelo *habeas corpus*.

Assim, certas decisões interlocutórias – como quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, pedidos de busca e apreensão, além das medidas cautelares – desafiam, a depender do caso concreto, o amparo das ações autônomas de impugnação previstas pela Constituição e ficam sem recurso específico que as possa reformar, ainda que causem lesão grave e de difícil reparação.

Diante disso, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) prevê o instituto do agravo de instrumento criminal, determinando que lhe sejam aplicáveis as regras do agravo de instrumento cível.

#### 4. O agravo de instrumento criminal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no art. 495 de seu Regimento Interno, estabelece, *ipsis litteris*, o agravo de instrumento criminal:

##### SEÇÃO IV DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Art. 495. Ao agravo de instrumento da competência das Câmaras Criminais aplicar-se-á, no que couber, o procedimento estabelecido neste regimento e na legislação processual para o de natureza cível. (MINAS GERAIS, 2012).

Assim, o TJMG determina o recurso para as decisões interlocutórias de natureza penal em que exista lesão grave e de difícil reparação, sobretudo por se tratar de questão que envolve o *status libertatis* do indivíduo.

O TJMG já conheceu do agravo de instrumento criminal, como se percebe do seguinte julgado, de relatoria do Desembargador Pedro Vergara:

Ementa Oficial: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDAS PROTETIVAS - LEI 11.340/06 - AFASTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - PROTEÇÃO DE URGÊNCIA - MEDIDA DE CAUTELA - PALAVRA DA VÍTIMA - SUFICIENTE - ISENÇÃO DE CUSTAS - POSSIBILIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tratando-se de medidas projetivas de urgência, de natureza cautelar, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2. Mantém-se as medidas projetivas determinadas pelo magistrado primevo nos termos da Lei 11.340/06 vez que evidenciada nos autos a ameaça sofrida pela vítima.

3. Isenta-se o agravante do pagamento das custas processuais porquanto comprovada está sua hipossuficiência financeira.

4. Agravo parcialmente provido. (MINAS GERAIS, 2013, grifo nosso).

Destarte, tal espécie recursal se configura uma criação legislativa que amplia as garantias constitucionais e encontra amparo no art. 24, XI, da Constituição Federal (CF) de 1988, bem como no art. 3º do próprio CPP/1941. Ademais, quando concedida tutela antecipada, a determinação do TJMG constitui evidente analogia *in bonam partem*, conforme a doutrina clássica.

### **5. A possibilidade do agravo de instrumento criminal decorrente da previsão constitucional**

A Constituição formal e rígida de 1988, ao estabelecer a competência legislativa concorrente comum entre União, Estados e Distrito Federal, prevê a possibilidade de criação de procedimentos de natureza processual pelas unidades federativas. Nos termos do art. 24, XI, da Carta Magna, determinou o constituinte originário que “*competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual [...]*”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Pela mesma craveira, o constituinte derivado fixou, no art. 9º da Constituição do Estado de Minas Gerais, que “é reservada ao Estado a competência que não lhe seja vedada pela Constituição da República.” (MINAS GERAIS, 1989). O disposto pelo Regimento Interno do tribunal mineiro relativamente ao agravo de instrumento criminal abrange a competência legislativa concorrente, donde a sua constitucionalidade. Desse modo, outros Estados também poderão instituir tal via recursal.

Acerca da competência suplementar supletiva, lecionam Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron na obra conjunta Curso de Direito Constitucional:

[...] se a União edita normas gerais (exercendo o interesse nacional), os Estados e o DF irão suplementar de forma complementar essas normas da União para atender às peculiaridades

*regionais. Porém, se a União não edita as normas gerais (como já explicitado), os Estados e o DF irão exercer competência legislativa plena intitulada de competência suplementar supletiva. Obviamente, devemos registrar que eles irão editar toda a normatividade, pois não há como editarem só a complementação. Não há como complementar o que não existe! Portanto, eles editam a (norma) geral e complementam a (norma) geral deles mesmos (que eles editaram). A legislação do Estado ou DF, então, irá ter validade apenas no âmbito do Estado ou no âmbito do DF. (FERNANDES; PEDRON, 2011, p. 608, grifo nosso).*

Eis a hipótese que previu o Regimento Interno do TJMG, ao instituir o rito do agravo de instrumento criminal. Não tendo a União editado norma geral sobre o recurso, o Estado mineiro exerceu competência suplementar supletiva para tal, em perfeita constitucionalidade.

Em seara próxima, definindo o conceito de procedimento, leciona Aroldo Plínio Gonçalves a doutrina mineira mais respeitada:

O procedimento é uma atividade preparatória de determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativas, legislativa e jurisdicional, o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico (GONÇALVES, 1992, p. 102-103).

Desta feita, o agravo de instrumento criminal representa modalidade de procedimento processual que informa os atos de um processo

principal, até o advento do provimento final e da sua validade. Na estrutura federativa da organização político-administrativa adotada pela Constituição, a referida previsão é plenamente constitucional.

## **6. A previsão do agravo no projeto do novo Código de Processo Penal**

O projeto do novo Código de Processo Penal, que corre no Senado Federal, com a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, prevê a possibilidade do agravo nos arts. 473 a 479, nos seguintes termos:

### CAPÍTULO II

#### DO AGRAVO

Art. 473. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão que:

I – receber, no todo ou em parte, a denúncia, a queixa subsidiária ou os respectivos aditamentos;

II – indeferir o aditamento da denúncia ou da queixa subsidiária;

III – declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo;

IV – pronunciar o acusado;

V – deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais;

VI – conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo;

VII – decidir sobre produção e licitude da prova e seu desentranhamento;

VIII – recusar a homologação do acordo no procedimento sumário.

Art. 474. O agravo será interposto diretamente no tribunal competente.

Parágrafo único. A interposição do agravo não retardará o andamento do processo, sem prejuízo do disposto no art. 475.

**Art. 475.** O agravo terá efeito suspensivo quando, a critério do relator e sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão puder resultar lesão irreparável ou de difícil reparação.

**Parágrafo único.** O agravo contra a decisão de pronúncia terá sempre efeito suspensivo.

**Art. 476.** A petição de agravo será instruída com cópias:

I – da denúncia ou da queixa subsidiária, aditamentos e respectivas decisões de recebimento ou indeferimento;

II – da decisão agravada e certidão da respectiva intimação;

III – de outras peças que o agravante entender úteis.

**Parágrafo único.** A formação do instrumento ficará a cargo do agravante, que declarará, sob as penas da lei, a autenticidade dos documentos juntados.

**Art. 477.** O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que o instruíram.

§ 1º O não cumprimento do disposto no caput deste artigo importará inadmissibilidade do agravo.

§ 2º O juiz, em face da comunicação de que trata o caput deste artigo, poderá reformar a decisão, informando o relator, que considerará prejudicado o agravo.

**Art. 478.** Recebido o agravo no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I – negará seguimento, liminarmente, ao recurso, nos casos do art. 516, ou conhecerá do recurso e julgará o seu mérito, nos casos do art. 517;

II – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso nas hipóteses do art. 475;

III – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

IV – mandará intimar o agravado para responder no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar documentação que entender conveniente.

§ 1º A decisão prevista no inciso II do caput deste artigo somente é passível de reforma no julgamento do agravo, salvo se antes o relator a reconsiderar.

§ 2º No caso de agravo contra o indeferimento de pedido de produção de prova, o agravado não será intimado se a medida puder comprometer a eficácia do recurso.

Art. 479. A petição do agravo será protocolada no tribunal ou postada no correio com aviso de recebimento, ou transmitida por meio eletrônico, na forma da lei ou do regimento interno. (BRASIL, 2010).

O trâmite desse agravo tem muita similitude com o atual agravo de instrumento cível (arts. 522 a 529 do CPC/1973). Assim, ao instituir tal recurso no âmbito da justiça criminal estadual, o tribunal mineiro coloca-se em posição de vanguarda.

## 7. A definição de trunfos na teoria de Ronald Dworkin

O filósofo estadunidense Ronald Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*, utiliza o termo *joker* (curinga, trunfo) para designar uma espécie de “carta na manga” a ser usada quando há violação de direitos fundamentais. Na atividade política, legislativa ou judicial, ela serve como garantia do próprio cidadão ante os comandos ilegais do Estado.

Vejamos, na obra mencionada, a explanação dworkiniana:

*Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente*

*para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apóiam em tal suposição (DWORKIN, 2002, p. XV, grifo nosso).*

Assim, os trunfos correspondem a direitos individuais e, quando violados, acionam a atividade judicial a restabelecer a perda ou dano ocasionado por comando injusto.

Neste enfoque, a jurisprudência do TJMG sobre o agravo de instrumento criminal tem previsão normativa e pode ser interpretada como *joker*, uma vez que instituiu, no Regimento Interno, uma garantia recursal não estabelecida pelo ordenamento jurídico federal, nem de outros Estados.

## 8. Conclusão

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais toma uma posição de vanguarda ao estabelecer a modalidade de agravo de instrumento criminal. O recurso, apto a combater as decisões de natureza interlocutória, poderá também ser adotado por outros Estados, como decorrência da aplicação da competência legislativa concorrente, fixada no art. 24, XI, da CF/1988.

O TJMG tem utilizado o agravo de instrumento criminal sobretudo na aplicação das medidas cautelares previstas pela Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha. Entretanto, o alcance de tal instituto poderá ser estendido a outras decisões de primeira instância que tiverem a natureza jurídica de decisões interlocutórias, desde que inexista previsão expressa de outros recursos.

Portanto, o agravo de instrumento criminal corresponde à teoria dos trunfos, pois surge como forma de discussão, na segunda instância, de decisões proferidas até sem a presença do contraditório,

como acontece nas medidas cautelares da Lei nº 11.340/2006. Desse modo, o recurso propicia a análise pormenorizada dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, quiçá de outros, a depender do que se discute.

Ainda que os seus requisitos não se confundam com os da tutela antecipada, o agravo de instrumento criminal se aproxima das liminares em *habeas corpus* ou em mandado de segurança criminal, o que reforça a qualidade de trunfo de tal instituto jurídico. A jurisprudência mineira, no entanto, ainda irá definir os contornos da tutela antecipada neste recurso, bem como as suas repercussões, como capaz de garantir o contraditório e o direito ao duplo grau de jurisdição na ordem jurídica do Estado Federal.

## 8. Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BRASIL. Projeto de Novo Código de Processo Penal, 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/>

uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais, 1989. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>> Acesso em: 16 maio 2014.

MINAS GERAIS. Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 26 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/regimento-interno/>>. Acesso em: 16 maio 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-Cr 1.0079.12.051802-6/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Pedro Vergara, Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2013. *DJ*, 25 jan. 2013.





3

Direito  
Civil

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO  
E SUAS IMPLICAÇÕES NO RECONHECIMENTO  
DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA  
COMO ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL**

**LAW CONSTITUTIONALIZATION AND THE  
IMPLICATIONS OF THE RIGHT TO ACKNOWLEDGEMENT  
OF CONSENSUAL HOMOAFECTIVE MARRIAGE AS A  
FAMILY UNIT IN BRAZIL**

MARCELO CRISTIANO DE MORAIS CARDOSO E BASTOS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

mcbastos@mpmg.mp.br

*As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza (SANTOS, 2001).*

**RESUMO:** Este artigo pretende demonstrar que a força normativa da Constituição – que determinou o surgimento do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito – foi fundamental para o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar no Brasil por meio da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF – em maio de 2011, no julgamento da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/RJ, uma vez que uma simples exegese dos valores e princípios insculpidos no Texto Constitucional de 1988 é mais que suficiente para que o Estado tutele os relacionamentos de casais formados por pessoas do mesmo sexo que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** força normativa da Constituição Federal; constitucionalização do direito; valores e princípios constitucionais; união estável homoafetiva; entidade familiar.

**ABSTRACT:** The present article attempts to demonstrate that the normative constitutional power – determinant to the appearance of the phenomenon known as Law Constitutionalization – was fundamental to the acknowledgement of consensual homoaffective marriage as a family unit in Brazil. One highlights the decision of the Federal Supreme Court – STF – in May 2011, proffered in ADI nº 4.277/DF and ADPF nº 132/RJ, since a simple interpretation of the values and principles of the Federal Constitution of 1988 is more than sufficient for the State to defend the relationships of couples of same sex that fulfill requirements of affectivity, stability and os-tensibility.

**KEY WORDS:** Normative power of the Federal Constitution; Law Constitutionalization; constitutional values and principles; consensual homoaffective marriage; family unit.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito. 3. Valores e princípios da Carta Magna de 1988 aplicados à família. 4. O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e o reconhecimento da possibilidade de casamento entre homossexuais: uma breve análise dos precedentes históricos no Supremo Tribunal Federal – STF – e no Superior Tribunal de Justiça – STJ. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

A homossexualidade sempre existiu ao longo da história humana, estando presente em praticamente todas as culturas e épocas (DIAS, 2011a). O que se mostrou diferente – nas diversas épocas e culturas – foi a maneira como os homens enxergam a homossexualidade.

As culturas da Grécia e de Roma que deram formação à sociedade hoje conhecida como ocidental reconheciam amplamente as relações homossexuais, considerando-as como parte da vida sexual das

peessoas, ainda que restritas à iniciação de jovens no mundo adulto e mesmo que carregadas de discriminação àqueles que desempenhavam o papel “passivo” nos atos sexuais. (DIAS, 2011a).

Nada obstante nossas raízes greco-romanas, com a conversão de Constantino ao cristianismo no ano de 313, e com a adoção oficial desta prática religiosa no Império Romano (390), várias mudanças ocorreram na seara da sexualidade. A dominação cultural e até mesmo política da Igreja Católica durante a Idade Média marcou muito como vivenciamos a sexualidade ainda nos dias de hoje. A Igreja Católica, enquanto disseminadora da doutrina cristã, que tem raízes no judaísmo, viu no sexo uma coisa demoníaca e assim proibiu sua prática. Visto como pecado e vergonha, ao sexo só restou a finalidade da procriação com o duplo papel de assegurar a sobrevivência da espécie e a proliferação do povo de Deus. (OLIVEIRA, 2011).

Daí por diante, o livre exercício da sexualidade nunca mais foi algo que realmente aconteceu. Como bem nos ensina Regis F. de Oliveira:

Como inúmeras religiões herdaram ‘livros tidos como sagrados’ que lhes impunham determinadas proibições, passaram a agir como tal, como se a evolução nada significasse. Recebiam certos comportamentos inadmissíveis e passavam-nos às gerações seguintes. Nasceu, então, uma sexualidade imposta e não natural. (OLIVEIRA, 2011, p. 92).

Na mesma toada, a eminente jurista Maria Berenice Dias que, de maneira brilhante cunhou o neologismo homoafetivo, expõe que:

A Igreja Católica considera as relações de pessoas do mesmo sexo verdadeira perversão, uma aberração da natureza. Isso porque está escrito na Bíblia: com o homem não te deitarás como se fosse mulher, é abominação (Levítico, 18:22). Daí a condenação à homossexualidade. A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico baseada no Gênesis e na história de Adão e Eva: a essência da vida é o homem, a mulher e sua família. A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra *gays* e lésbicas [...]. (DIAS, 2011a, p. 37).

Voltando o olhar mais especificamente para o Brasil, vê-se que o cenário foi o mesmo, haja vista a intensa e profunda influência do cristianismo na construção de nossa cultura e identidade local. Assim, as relações sexuais foram restritas ao âmbito do matrimônio, sacramento que unia um homem e uma mulher, e tinham o fim exclusivo da procriação (sacralização do casamento). Sexo infértil, masturbação e busca do prazer, ainda que dentro de um casamento, eram considerados antinaturais e atentados contra Deus (DIAS, 2011b).

São séculos de preconceito, discriminação, opressão e obscurantismo em relação à homossexualidade, e suas raízes são profundas e de diversas ordens. O século XX viu nascer uma nova consciência nas pessoas, mormente com a proliferação das normas protetoras dos direitos humanos. O direito à livre manifestação da orientação sexual está intimamente ligado ao direito à própria felicidade, desejo maior de todos e a maior responsabilidade do Estado frente aos cidadãos (DIAS, 2011b).

A capacidade de sentir empatia – colocar-se no lugar do outro –, abriu caminhos para os direitos humanos e demonstrou que a luta pela proteção dos direitos das minorias é algo constante, que nunca findará (HUNT, 2009).

Mas, aqui, o que interessa mais de perto é de que forma os valores e os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988 foram determinantes para a mudança na visão da homossexualidade a ponto de se chegar ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar pela Suprema Corte da Justiça brasileira, no julgamento histórico dos dias 5 e 6 de maio de 2011 (BRASIL, 2011a). Para isso, faremos um estudo acerca da força normativa da Constituição e do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito.

## **2. A força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito**

Muitos são os fatores que contribuíram para um novo olhar sobre a homossexualidade nas últimas décadas do século XX e que cul-

minaram numa forma mais amena e tolerante de vê-la no limiar do século XXI. Não há mais como dizer que se trata de uma doença, um desvio ou um comportamento abominável. A ciência não mais chancela tais rótulos e, cada vez mais, a homossexualidade é vista como uma variante natural da sexualidade humana.

Mas, embora tenham ocorrido grandes avanços, é notório o silêncio do legislador brasileiro. A única norma vigente que não discrimina e aleija as uniões estáveis homoafetivas é a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que define família como relação íntima de afeto. Fora esse exemplo isolado, todo ordenamento jurídico é um silêncio sepulcral quanto ao tema, fato vem obrigando o Judiciário pátrio a legislar no caso concreto para fazer valer os direitos há muito relegados ao ostracismo e à invisibilidade, imprimindo valor jurídico a essas relações que, em essência, também se baseiam em afeto tanto quanto as heterossexuais. (DIAS, 2011b).

As Constituições nasceram com o Estado moderno. No entanto, do surgimento deste até por volta da primeira metade do século XX, os textos constitucionais possuíam feição de documento de cunho político e assemelhavam-se mais a uma carta de intenções ou a um mero convite à atuação dos Poderes Públicos (BARROSO, 2010).

Já na segunda metade do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, com a reconstitucionalização ocorrida inicialmente na Europa e que logo se expandiu pelo mundo, as Constituições ganharam força normativa, e passaram a irradiar todo o seu conteúdo pelo ordenamento jurídico, que carreou a ele seus valores e princípios.

Assim, as constituições alçaram o *status* de norma jurídica – o que determinou que seu conteúdo tivesse caráter vinculativo e obrigatório, e que o seu descumprimento ensejasse a tomada de providências para o cumprimento forçado. Essa nova perspectiva que atribui força normativa aos preceitos das constituições determinou o surgimento do fenômeno conhecido por constitucionalização do Direito, que nada mais é do que a influência das normas constitucionais em todos os ramos do Direito, imprimindo uma releitura, à luz da

nova ordem, da legislação infraconstitucional. E, como esperado, a constitucionalização do Direito vem redefinindo todo o ordenamento jurídico e provocando uma série de renovações.

A constitucionalização do Direito ainda é um fenômeno relativamente novo e que sofre resistências por parte daqueles mais retrógrados. Isso implica que o fenômeno deve ganhar mais espaço e forma ao longo do século XXI de maneira a provocar a construção de um novo paradigma no cenário jurídico.

Logo, a Constituição de um país, muito mais que um texto que convida o Estado-legislador a assegurar a ordem jurídica e regulamentar os direitos e garantias ali previstos, é verdadeiro comando central e superior que se impõe às três esferas de poder do Estado que, de fato, implementam e resguardam os valores e princípios estabelecidos em seu texto, além de ainda repercutir nas relações entre particulares.

Veja-se a esclarecedora lição de Luís R. Barroso:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor-lhe deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental ou por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 353).

Dando continuidade aos ensinamentos, Barroso explica que a questão no Brasil não foi diferente:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou no Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (BARROSO, 2010, p. 263).

Para muito além de ser um conjunto de normas que institucionaliza um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder, a Constituição de um país tem como um dos objetivos assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente aos das minorias políticas (BARROSO, 2010).

A seguir, tendo como alavanca a força normativa da Constituição, apresentam-se os valores e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a maneira de como eles modificaram o conceito jurídico de entidade familiar a ensejar o reconhecimento e a tutela das uniões estáveis homoafetivas.

### **3. Valores e princípios da Carta Magna de 1988 aplicados à família**

Nos dias de hoje, o Texto Constitucional, desenhado por valores e princípios, é que cumpre o papel de traçar as linhas mestras de todo o ordenamento jurídico, desempenhando, pois, o papel central reservado antes aos Códigos Civis seguidores do modelo napoleônico (MATOS, 2011).

Há muito vivemos em um Estado Democrático de Direito laico, portanto, secularizado, em que preceitos de cunho religioso não mais podem ser lançados como fundamento nas decisões do Poder Público. Nossa Constituição da República de 1988 assegura a liberdade de credo, em seus arts. 5º, VI, e 19, I.

## E é Roberto Arriada Lorea quem afirma:

A laicidade tem sido proposta como o regime social de convivência no qual as instâncias políticas se veem legitimadas pela soberania popular e não mais por instituições religiosas.

[...] o papel da religião na modernidade sofre restrições no cenário político/público, de vez que sua legitimidade parece estar confinada à esfera privada, no sentido de que apenas os fiéis, que livremente aderem a uma determinada crença, é que estão voluntariamente submetidos a determinados dogmas.

O Estado laico, porque viabiliza a convivência de pessoas que pensam diferente, assegura a paz social, oportunizando que se viva sua vida segundo suas próprias crenças, respeitando igual direito aos demais. (LOREA, 2011, p. 36-37).

Logo, dentro de um Estado laico, é imperativo que o Poder Público veja a questão da tutela dos direitos dos homossexuais sob o prisma do ordenamento jurídico, o qual proíbe a influência das religiões na regulamentação e no tratamento da vida civil de todo cidadão, mesmo que a maioria da população professe uma determinada crença, pois maioria não se confunde com interesse público (LOREA, 2011).

As razões fáticas para o silêncio do Estado-legislador são muitas, ainda mais em um país herdeiro de uma tradição preconceituosa e que fomenta a discriminação a tudo e a todos que não se enquadram em modelos pré-fixados do que é certo ou errado. Esse panorama é ainda mais assustador quando se trata de sexualidade e suas mais variadas formas de manifestação.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional, se não regulamenta as uniões estáveis homoafetivas, também não as proíbe, assim como também não criminaliza condutas discriminatórias em razão da orientação sexual do indivíduo (homofobia) (DIAS, 2011b).

Nada obstante, o Texto Constitucional pátrio traz um verdadeiro conjunto de valores e princípios que por si só já resguarda a tutela dos direitos fundamentais das minorias. Mas, para a aplicação

destas normas supremas, é preciso coragem do Estado, o que vem faltando no seu braço legislativo.

O constituinte originário, mandatário do povo, já no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, deixa bem clara a intenção de fundar uma sociedade verdadeiramente livre de preconceitos e discriminação às minorias, tendo afirmado que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Em seguida, o Texto Constitucional traz em seu bojo os princípios da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CR/1988), da promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do art. 3º da CR/1988), da solidariedade (inciso I do art. 3º da CR/1988), da igualdade e da liberdade (*caput* do art. 5º, CR/1988), da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas (inciso X do art. 5º da CR/1988), da punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI do art. 5º da CR/1988), o que certifica ser a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível (inciso XLII do art. 5º da CR/1988), aplicável por analogia à homofobia, do afeto como núcleo estruturador das famílias e da pluralidade das famílias (art. 226 da CR/1988), dentre outros valores e princípios que afastam toda sorte de preconceito e discriminação.

Na lição de Maria Elizabeth G. T. Rocha:

Apesar de a Lei Maior não se referir, expressamente, à orientação sexual, infere o intérprete atento exsurgir de sua *telos* expressa ve-

dação às manifestações de ódio e intolerância ao homossexualismo em função de duas razões distintas, embora complementares.

A primeira repousa no fato de o constituinte ter autografado a promoção do bem social, banindo explicitamente o racismo – *ex vi* do art. 5.º, XLII, da CF –, o preconceito e a discriminação. A segunda por estar consolidado o postulado da não segregação ao se conceber o referido inciso como cláusula aberta, já que da correta leitura de sua parte final emana a possibilidade de estimularem-se formas outras de segregação, depreciativas da dignidade humana. (ROCHA, 2011, p. 160-161).

No que tange especificamente à família, ou melhor, ao direito das famílias, designação mais condizente com a realidade fenomênica que constitui nossa sociedade a abarcar a diversidade que ela abriga e que dela surge, a Carta Magna de 1988, no *caput* de seu art. 226, estabelece-lhes especial proteção sem fazer qualquer tipo de discriminação quanto ao seu conceito central.

Ana Carla Harmatiuk Matos, noutras palavras, ensina que:

Os aspectos personalísticos das pessoas devem ser o núcleo fundamental do sistema jurídico e a principal finalidade da proteção estatal. Assim, todas as demais normas do ordenamento devem cumprir essas unidades primeiras, sendo a dignidade do ser humano o elemento de convergência do sistema.

Nesse contexto, insere-se o denominado princípio da pluralidade das entidades familiares, ao apontar que vários são os modelos de entidades familiares os quais são produtores de efeitos jurídicos, não mais se impondo a unicidade da forma matrimonial posto não coadunar com a realidade das práticas afetivas da sociedade nos dias atuais, de tal maneira a ser considerada discriminação injustificada um tratamento inferior a qualquer uma das possibilidades viáveis de formação familiar segundo os valores do atual sistema jurídico. (MATOS, 2011, p. 137).

Assim, a cabeça do art. 226 da Constituição Federal é verdadeira cláusula geral de inclusão e determina o reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetivi-

dade, estabilidade e ostensibilidade. O rol previsto nos parágrafos do mencionado dispositivo legal é meramente exemplificativo (casamento, união estável e família monoparental), não cabendo ao intérprete impor-lhe qualquer tipo de exegese que limite o princípio da pluralidade das entidades familiares, uma vez que é da própria sociedade que nascem as relações de afeto e que vão surgindo com o tempo e demandando tutela jurídica, e não da norma jurídica como entendem alguns (MATOS, 2011).

No que concerne ao disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, vale citar as palavras de Barroso pela clareza da exposição:

É certo, por outro lado, que a referência a *bomem e mulber* [no § 3.º do art. 226 da CR/1988] não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem de dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão ‘união estável entre o homem e a mulher’ importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional. (BARROSO, 2007, p. 28-29).

Maria Berenice Dias leciona que:

Os grandes pilares que outorgam efetividade aos direitos humanos – verdadeira vigia-mestra assentada de forma saliente na

Carta Constitucional – são os princípios do respeito à dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Como o direito à identidade sexual é direito humano fundamental, necessariamente também o é o direito à identidade homossexual, melhor dizendo: o direito à homoafetividade. Portanto, a união homoafetiva corresponde a um direito humano fundamental. (DIAS, 2011b, p. 86).

Vejamos agora mais de perto os valores e princípios previstos na Lei Fundamental.

O Estado verdadeiramente Democrático e de Direito existe para promover a proteção e o bem-estar das pessoas e assim deve conformar suas decisões aos anseios sociais, dentre eles os das minorias, que também formam a base da sociedade.

O Texto Constitucional alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República, imprimindo a este princípio natureza de núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. Assim, não se pode dissociar nenhum dos direitos fundamentais do postulado da dignidade da pessoa humana (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Todo ser humano, apenas por pertencer à espécie humana, possui dignidade, propriedade natural e inerente à sua condição, devendo, portanto, ser respeitado, independentemente de suas características, escolhas, atitudes, credos, cultura, pensamentos e orientações. Logo, a dignidade está intimamente ligada ao fato de que todo ser humano é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Nesse passo, a dignidade humana é tanto um limite para a atuação do Poder Público, que não pode invalidá-la, quanto um dever prescricional, devendo empreender todas as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas humanas tenham a dignidade respeitada por todos (VECCHIATTI, 2011).

Merecem destaque, pela precisão e profundidade, as palavras de Ingo W. Sarlet citado por Vecchiatti:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET apud VECCHIATTI, 2011, p. 203).

Trata-se de princípio que consagra a ideia essencial de que o ser humano é um fim em si mesmo e não deve ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em razão dos caracteres que lhe conferem individualidade e estampam sua dinâmica pessoal (DIAS, 2011b).

Por derradeiro, concluiu-se que a discriminação fundada na orientação sexual configura nítido desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. E infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, sob pena de referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos para quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida (DIAS, 2011b).

Como já demonstrado alhures, do princípio da dignidade da pessoa humana – esteio de todo ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito – decorre uma série de outros princípios e valores que ao mesmo tempo são essenciais à própria construção da personalidade humana.

Uma primeira faceta da *persona* humana é a sua liberdade, sua capacidade de autodeterminação, de escolher conscientemente como deseja viver a sua vida e conduzi-la nas diversas veredas que lhe são apresentadas (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

Nessa trilha, vê-se que o direito à liberdade é multifacetado, pois compreende várias situações em que o ser humano é chamado a decidir sobre sua vida: liberdade de expressão, liberdade de credo,

liberdade de associação, liberdade de desenvolvimento da própria personalidade e, naturalmente, liberdade de amar e se relacionar como bem lhe aprouver, independentemente da orientação sexual (RAGAZZI; GARCIA, 2011).

José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia ajuízam que:

A regra é a mesma para toda e qualquer liberdade. No âmbito da autonomia da vontade, intrínseca ao ser humano, o Estado não tem legitimidade para impor determinado tipo de escolha e, tampouco, para negar o reconhecimento de direitos aos cidadãos que exercem sua liberdade de forma plena.

[...]

Logo, restringir a liberdade de escolha ou negar direitos aos que, por qualquer modo, se afastam do padrão dito 'convencional', em qualquer seara, é subtrair do ser humano a sua própria dignidade, liberdade e direito à autodeterminação. É dizer a ele que sua conduta deve ser pautada pela racionalidade da maioria e não pela sua própria vontade. (RAGAZZI; GARCIA, 2011, p. 184).

Necessário é que a liberdade de escolha e a autodeterminação não representem prejuízos a terceiros, pessoas individualmente consideradas ou à própria sociedade como um todo. Mas, não é lícito ao Estado impor uma consciência heterodominante para restringir direitos àqueles que simplesmente escolheram vivenciar suas consciências homoafetivas, uma vez que à relação romântica/amorosa entre homossexuais não corresponde qualquer prejuízo a terceiros, nada mais sendo do que a livre manifestação da autonomia de cada ser humano (VECCHIATTI, 2011).

Paulo Roberto I. Vecchiatti assevera ainda que:

[...] a diferença que entendemos existir entre liberdade negativa e liberdade positiva é aquela debatida quando se estudam os direitos fundamentais de primeira dimensão, relativamente aos de segunda dimensão, no sentido de que a liberdade negativa é aquela de não sofrer interferência estatal em sua vida privada e

íntima (salvo para resguardar legítimos fins estatais, como impedir o cometimento de crimes), ao passo que a liberdade positiva é aquela decorrente da efetiva garantia estatal da existência de condições fáticas que propiciem à pessoa uma liberdade *real* de decisão – superando-se a liberdade puramente *formal* para atingir a liberdade *material*, com o abandono do Estado puramente liberal para atingir um Estado Social e Democrático de Direito. (VECCHIATTI, 2011, p. 208).

O direito à plena liberdade constitui verdadeiro baluarte do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Maria Berenice Dias aduz que:

A liberdade geral de ação implica em um direito e em uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.

O direito de liberdade está consubstanciado numa perspectiva de privacidade e intimidade, podendo o ser humano realizar suas próprias escolhas, isto é, o seu próprio projeto de vida. (DIAS, 2011b, p. 89).

Em continuação, a jurista acrescenta que:

No campo específico da homoafetividade, o princípio da liberdade se faz presente na medida em que toda e qualquer pessoa possui a prerrogativa de escolher o seu par, independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que deseja formar. (DIAS, 2011b, p. 89).

No que concerne ao direito à igualdade, amplamente consagrado no Texto Constitucional, mister se faz distingui-lo no seu viés formal e material.

Sob o aspecto formal, o princípio da igualdade estabelece a denominada igualdade perante a lei, que impõe a igual aplicação do direito

vigente a todos os indivíduos, sem considerações das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada. De outra banda, em seu aspecto material, o princípio da igualdade consagra a célebre definição de Aristóteles, determinando que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em igual situação, ao passo que, aos que se encontram em situação diversa, deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação jurídica diferenciada em que se encontram. É a denominada igualdade na lei (VECCHIATTI, 2011).

O professor e jurista Luís R. Barroso, ao discorrer sobre o tema, assevera que:

[...] a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares. [...].

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição. (BARROSO, 2007, p. 14-15).

A diferenciação de tratamento, além das hipóteses em que se fundamenta em critérios e motivação lógico-rationais, deve ocorrer também para atender a função social da igualdade. Nesses casos, a isonomia é uma imposição constitucional relativa que, por isso, a caracteriza como maneira de eliminação das desigualdades fáticas,

tarefa imposta tanto ao Poder Público como aos intérpretes do Direito (VECCHIATTI, 2011).

Por fim, interessa dizer que, do princípio da igualdade, decorreu o direito a ser diferente sem ser por isso discriminado. Em vez de buscar uma “identidade humana comum”, são contempladas as diferenças existentes entre as pessoas, já que a identidade é uma ideia falsa (DIAS, 2011b).

A segunda metade do século XX viu nascerem mudanças drásticas no seio da família tradicional até então conhecida. O patrimônio e as relações econômicas deixaram de ser o núcleo da família, muito porque as mulheres lançaram mão de seus próprios desejos e passaram a não mais depender financeiramente de seus maridos, desempenhando atividades fora do lar e contribuindo com o sustento da casa (PEREIRA, 2011).

Essas mudanças, aliadas às contribuições da psicanálise no campo do direito, deslocaram o núcleo do direito civil do patrimônio para o afeto, dando a este a natureza de elemento fundante e estruturador da família (PEREIRA, 2011).

Maria Berenice Dias elucida que:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Quando as uniões estáveis foram reconhecidas como entidade familiar e merecedoras da tutela jurídica, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ainda que a constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. Apesar da referência ao sexo dos partícipes da união estável, quer a referência à família, quer a menção ao casamento não identificam a identidade sexual de seus integrantes (DIAS, 2011b, p. 93).

Assim, o princípio da afetividade é fundamento para a existência da pluralidade das famílias. Nesse sentido:

Diante de todas as transformações da família, especialmente a partir da segunda metade do século XX, ela só faz sentido para o direito como estruturação psíquica e função, veículo para promoção da dignidade humana e da felicidade de seus membros, a qual é possível a partir da presença explícita ou implícita do afeto, responsável pelo elo e manutenção das relações familiares. Sendo o direito de família, ou melhor, das famílias, uma tentativa de regulamentação e organização de relações de afeto e das consequências patrimoniais daí decorrentes, que são também da ordem da sexualidade, o princípio da afetividade passou a ser fundamental e essencial, refletindo em todos os seus campos e servindo como base para os outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e responsabilidade. (PEREIRA, 2011, p. 197).

O afeto em casa, no seio das famílias, deve expandir-se como uma onda pela comunidade e sociedade, consubstanciando em fraternidade e solidariedade para com o próximo. Em verdade, a fundação e manutenção do Estado Democrático de Direito impõe que os cidadãos se tratem de maneira fraternal e solidária, mandamento constitucional (art. 3º, inciso I, da CR/1988), sob pena de o Estado não conseguir promover o bem de todos porque os próprios indivíduos não fazem sua parte. Deve haver cooperação entre todos e um genuíno espírito de irmandade.

Um outro valor jurídico que também está no berço do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica. A ausência de regulamentação de um fato da vida traz implicações às pessoas diretamente relacionadas e a toda a sociedade, gerando insegurança jurídica e instabilidade nas relações daí decorrentes. Barroso leciona que:

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores

como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica. (BARROSO, 2007, p. 22-23).

Em arremate, de se ver que a felicidade é direito fundamental de todo e qualquer ser humano, sem nenhuma distinção, porquanto a existência do Estado só se justifica na medida em que direciona todas as suas forças como instituição para alcançar a felicidade do grupo e de cada indivíduo separadamente considerado. A felicidade é verdadeiro corolário da efetiva implementação de todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta da República de 1988, tendo sede no dever estatal de promover o bem de todos. E ninguém questiona que não há bem maior que ser feliz.

Portanto, a análise dos valores e princípios trazidos no interior da Constituição Federal de 1988 revela que uma simples exegese constitucional é mais que suficiente para demonstrar que não há razão de ser no tratamento diferenciado dado às relações homoafetivas ligadas pelo afeto, restando qualquer discriminação e qualquer negativa de direitos uma afronta aos preceitos da Lei Maior, o que caracteriza patente inconstitucionalidade.

#### **4. O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e o reconhecimento da possibilidade de casamento entre homossexuais: uma breve análise dos precedentes históricos no Supremo Tribunal Federal – STF – e no Superior Tribunal de Justiça – STJ**

Inicialmente, é preciso fazer justiça e dizer que muitos têm sido os avanços na esfera administrativa em regulamentar e editar regras in-

clusivas das uniões estáveis homoafetivas a uma série de direitos. A título de exemplo, pode-se citar a inclusão do companheiro homossexual no rol de dependentes por morte no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, como também o reconhecimento do companheiro homossexual como dependente em planos de saúde de servidores públicos do STF, do STJ e do Superior Tribunal Militar – STM.

Muito embora os valores e princípios de matiz constitucional já resguardem a tutela jurídica das relações homoafetivas, a omissão do Estado-legislador em regulamentar de forma clara e precisa as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade atroz que assola nosso ordenamento jurídico, trazendo insegurança e dificuldades de ordem prática no reconhecimento dos direitos decorrentes de uniões homoafetivas.

Maria Berenice Dias então esclarece:

Já que se está vivenciando a era dos direitos humanos, o silêncio legal não pode significar inexistência de direito. Diante da lacuna da lei, e em face da proibição de omitir-se o juiz de julgar, diferentes, conflitantes e contraditórias foram as soluções ditas pelos tribunais até maio de 2011, ainda que invocando os mesmos princípios constitucionais. As decisões polarizavam-se entre as que negavam serem as uniões homoafetivas merecedoras de consideração pelo direito até as que aplicavam as normas referentes à sociedade de fato à união estável e ao casamento. Havia decisões para todos os gostos. (DIAS, 2011b, p. 81).

Assim – diante da histórica omissão do Estado-legislador, nos dias 5 e 6 de maio de 2011, em sessão antológica, a Suprema Corte brasileira de Justiça (STF) julgou, conjuntamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, colmatando lacuna na legislação.

Vejamos os trechos mais relevantes do acórdão:

[...] UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. [...] Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir 'interpretação conforme a Constituição' ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO 'FAMÍLIA' NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. [...] Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme a Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça

o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011a).

Os Ministros do STF, desde o Relator das ações até o Presidente da Casa, proferiram votos longos e bem fundamentados, oportunidade em que discorreram acerca da lacuna na legislação e concluíram que o guardião da Constituição Federal, enquanto órgão supremo da Justiça brasileira a quem a Carta Cidadã atribuiu o dever de assegurar a aplicação efetiva e o resguardo dos direitos e garantias fundamentais ali pormenorizados, não pode coadunar com a omissão do braço legislativo do Estado e fechar os olhos a uma realidade fenomênica há muito existente em nossa sociedade para deixar de tutelar os direitos decorrentes de uma união estável homoafetiva.

O Ministro Ayres Britto, na qualidade de relator, emitiu o primeiro voto e o fundamentou nos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Na ocasião, o relator conheceu da ADPF como ADI e julgou procedentes ambas as ações para dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição a fim de excluir dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sendo esta entendida como sinônimo perfeito de família. Ao final, o relator ressaltou que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser feito de acordo com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

No mesmo passo, embora amarrando os argumentos de modo diferente, os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e César Peluso, nessa ordem, acompanharam o relator.

O reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar representou a sedimentação de uma série de direitos aos membros dessa modalidade de família. Entre esses direitos, destacam-se a competência das varas de família para julgar suas demandas, o desaparecimento da denominação de sociedade de fato para

designar as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo, a adoção, benefícios previdenciários, partilha de bens, direito de herança, financiamento conjunto, a condição de dependente em plano de saúde e para fins de imposto de renda.

De se ver, portanto, que o STF não se furtou ao seu papel constitucional e soube, com maestria ímpar, apreciar a questão e dar-lhe a melhor solução à luz dos preceitos constitucionais. A decisão foi digna de aplausos porque enfrentou um tema carregado de tanto preconceito e discriminação que há muito tempo demandava tutela jurídica, conseguindo decidir com base nos valores e princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito. Os ministros mostraram que, dentro do Estado construído para proteger a dignidade da pessoa humana e acolher a diversidade, não há lugar para preconceitos e discriminações fundados em concepções particulares que não possuem amparo científico-racional, sejam religiosas (dogmas e crenças), políticas ou morais.

Em verdade, a Suprema Corte da Justiça brasileira deu grande lição de cidadania e conclamou o Congresso Nacional a legislar sobre os direitos da população de orientação homoafetiva (DIAS, 2011b).

Por fim, registre-se que a decisão histórica trouxe consigo eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Isso porque se tratou de julgamento de mérito em ADI (DIAS, 2011b).

Seguindo a mesma trilha, e atento ao novo tratamento jurídico dado às uniões estáveis homoafetivas, em 25 de outubro de 2011, o STJ proferiu precedente igualmente importante no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS. No julgamento do mencionado recurso, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, a 4.<sup>a</sup> Turma do STJ, por maioria de votos (4 a 1), reconheceu que é possível a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem precisar requerer judicialmente a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A seguir destacam-se alguns trechos do julgado:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. [...] 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’. [...] Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. [...] 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os ‘arranjos’ familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação

sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. [...] 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo 'democraticamente' decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, tendo sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é 'democrático' formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. [...]. (BRASIL, 2012).

A 4ª Turma do STJ, por maioria de votos, entendeu que não pode fazer uma interpretação da legislação infraconstitucional em desconformidade com os valores e princípios previstos no Texto Magno, sob pena de entregar aos jurisdicionados um direito desatualizado e em desarmonia com a Lei Maior. Assim, partindo do pressuposto de que a Corte Suprema da Justiça brasileira já decidiu que é inconstitucional qualquer interpretação que se faça para afastar a proteção do Estado às uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, uma vez que afrontaria os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do pluralismo e livre planejamento familiar, e não havendo nenhuma vedação expressa na legislação infraconstitucional, não há porque não reconhecer a possibilidade de que os pares homoafetivos se habilitem para o casamento diretamente na serventia cartorária responsável.

O relator, seguido por mais três ministros, ajuizou que, sendo o matrimônio civil a melhor maneira de o Estado proteger os interesses e direitos das famílias, não há razão para afastar a possibilidade de casais homossexuais também optarem livremente por essa modalidade de entidade familiar.

Logo, é de se notar que, muito embora o julgado do STJ não tenha efeito contra todos, e efeito vinculante, como a decisão prolatada pelo STF – em virtude do princípio do livre convencimento dos magistrados –, ele inaugurou precedente na jurisprudência pátria que certamente é sinal de que um novo paradigma foi estabelecido no Direito das Famílias, não sendo mais viável o retrocesso.

## 5. Conclusão

O presente estudo pôde demonstrar satisfatoriamente que a força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito tiveram importância essencial no reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo Poder Judiciário pátrio.

Inicialmente, releva destacar que qualquer compreensão do Direito deve começar seu caminho pela Constituição uma vez que é dela que emana e nasce todo o ordenamento jurídico, o qual precisa estar em consonância com seus valores e princípios, sob pena de inconstitucionalidade. Compreender os institutos criados pelo ordenamento jurídico para salvaguardar os direitos é tarefa que se faz a partir da Constituição, utilizando os seus valores e princípios como lentes e indicadores na busca do melhor direito.

Em uma leitura sistêmica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, percebe-se que ela trouxe a obrigação de se criar uma sociedade livre de preconceitos e discriminação e que promova o bem-estar de todos, encampando uma série de normas de inclusão.

O Texto Constitucional consagrou a família como “comunidade de afeto”, fazendo da afetividade o elemento central do novo paradigma, em vez de consanguinidade e de antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. Assim, a

constitucionalização do Direito deslocou a ênfase do instituto da família, agora compreendido pelo seu viés plural como entidades familiares, para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais.

Mais importante, ainda, é o entendimento que se deu, a partir de então, de que a família é o meio de promoção (ambiente privilegiado) para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição (BARROSO, 2007). E é esse ambiente adequado que abarca a busca pela felicidade das pessoas, razão maior da existência do Estado.

Noutro giro, a homossexualidade é um fato da vida, um fato lícito, e que merece, portanto, tutela jurídica, não podendo o Estado laico deixar de promover aos cidadãos que ostentam essa orientação as condições para o pleno desenvolvimento de suas personalidades e para a concreção da felicidade.

É cediço que não existem lacunas no Direito, mas tão somente na lei. No entanto, no caso em tela, o estudo dos valores e princípios constitucionais revelou que não existem lacunas na legislação no que concerne à proteção das relações homoafetivas.

A Constituição brasileira em vigor traz como viga mestra o princípio da dignidade da pessoa humana – do qual decorrem os demais valores e princípios como a promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou de quaisquer outras formas de discriminação –, a solidariedade, a igualdade, a liberdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, a punição legal para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Traz ainda a certificação de ser a prática de racismo crime inafiançável e imprescritível – aplicável por analogia à homofobia –, o afeto como núcleo estruturador das famílias e sua pluralidade, dentre outros como a laicidade do Estado e a segurança jurídica. Dessa forma, à luz da Constituição, a Suprema Corte brasileira reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando-lhe tutela jurídica idêntica à união estável heteroafetiva.

Logo após, seguindo os mesmos parâmetros, o STJ julgou Recurso Especial conferindo às pessoas do mesmo sexo a possibilidade de se habilitarem para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem a necessidade de ajuizamento de ações para tanto.

Por todo o exposto, é nítida a noção de que – ante a ausência de regulamentação das relações homoafetivas pelo Estado-legislador –, em afronta direta ao Texto Constitucional, coube ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais enraizados na Constituição Federal de 1988, a missão de salvaguardar os direitos daqueles que desejam unir-se em razão do afeto para formar uma família que será o abrigo para o desenvolvimento de suas personalidades e para a busca da felicidade. As decisões judiciais representam a iluminação trazida pela Magna Carta a um dos ramos do Direito de suma importância para uma minoria que há tanto tempo vinha sendo aviltada em seus direitos fundamentais.

## 6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 5, 2007. Disponível em: <[http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/uniao/artigo\\_prof\\_luis\\_roberto\\_barroso\\_diferentes\\_mas\\_iguais.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/casos/uniao/artigo_prof_luis_roberto_barroso_diferentes_mas_iguais.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano III, Edição Especial, p. 65-68, jan./mar. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 fev. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=casamento+homoafetivo&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=casamento+homoafetivo&b=ACOR)>. Acesso em: 7 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, Brasília, DF, 5 e 6 de maio de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+4277%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 292-314, jan./jun. 2008.

\_\_\_\_\_. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

HORSTH, Lidiane Duarte. Uniões homoafetivas: uma nova modalidade de família? *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 220-242, jul./dez. 2007.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil-Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade*: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. União Homoafetiva: novo modelo de entidade familiar. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 10, n. 17, p. 236-255, jul./dez. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAGAZZI, Jorge Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. As tensões da modernidade. In: FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, 2001.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em: 06/05/2012.

Artigo aprovado em: 24/10/2012.

DOI: 10.5935/1809.848720140009

**ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973:  
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL E DECLARAÇÃO PARCIAL DE  
INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO**

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES

Diretor acadêmico, Coordenador do Curso de Direito  
e Pesquisador/Procurador Institucional  
Faculdade São Francisco Piumhi, Brasil  
charleychaves@charleychaves.com.br

**1. Introdução**

O presente comentário à jurisprudência tem como objetivo tratar de uma peculiaridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF): a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição da República de 1988 (CR/88). Tendo-se como referência o julgamento da ADI nº 2.652-6/2003, e considerando-se a natureza de ambos os institutos, será discutido se estes podem ser tratados como de igual valor. Inclui-se, ainda, a discussão mantida por autores que se debruçaram sobre os dois tipos de decisão.

Tomaremos como *corpus* de nossa discussão a seguinte ementa:

ADI 2652 / DF - DISTRITO FEDERAL  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA  
Julgamento: 08/05/2003  
Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-

02491

Parte(s)

REQTE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO - ANAPE

ADVDS. : MARCOS BERNARDES DE MELLO E OUTROS

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Como se percebe, o Superior Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI nº 2.652-6/2003, ao mesmo tempo em que decidiu sem redução de texto, emprestou à expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” (contida no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil – CPC/1973, com redação impressa pela Lei Federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001) interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de abranger advogados dos setores privado e público.

Embora se deduza da ementa que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Magna Carta têm resultados idênticos, há dúvida se tais institutos são real-

mente iguais. Partindo desse ponto, pretende-se analisar, com base na doutrina e na perspectiva de alguns autores, a decisão do STF na referida ADI, buscando compreender se ambos os princípios possuem, de fato, o mesmo valor.

## 2. Sobre a jurisprudência

Primeiramente, cabe salientar que a jurisprudência, tal como a doutrina, deve corroborar a tese defendida. Não é possível estabelecer uma articulação apenas citando uma opinião doutrinária ou jurisprudencial, sem interação ou articulação dos seus fins.

Ademais, a jurisprudência não pode ser compreendida como um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, haja vista os princípios da inércia, da imparcialidade e da proibição de decidir *extra, ultra* ou *citra petita* (art. 460 do CPC/1973). De fato, é defeso ao julgador proferir decisão jurisdicional de natureza diversa da pedida pelo autor, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso daquele em que foi demandado. Além disso, os órgãos jurisdicionais são inertes, conforme expressam dois importantes brocardos: *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não pode proceder, dar início ao procedimento, sem a provocação da parte) e *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor).

A esse respeito, estabelece o art. 2º do CPC/1973: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Vejam-se, a respeito disso, os arts. 24 e 30 do Código de Processo Penal (1941), que estabelecem os titulares da ação penal.

A jurisprudência é um argumento indutivo provocado pelas partes e ratificado pelos tribunais. Os tribunais não criam a jurisprudência, mas ratificam a tese apresentada pela parte. Considerar que a jurisprudência é formada apenas pelos tribunais significa desconhecer os autores que colaboram para a construção da decisão final. Portanto, é inadequado afirmar que a jurisprudência é mera decisão reiterada dos tribunais, pois, na verdade, estes confirmam a tese apresentada pelos advogados ou pelos membros do Ministério Público (CHAVES, 2013).

### 3. Espécies de decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade

Diante da incompatibilidade entre uma norma e o texto constitucional, o STF atua como legislador atípico negativo, sendo-lhe proibido usurpar a função legislativa positiva, ainda quando amparado pelo princípio da interpretação conforme a Constituição. Nas palavras de Pedro Lenza:

[...] a interpretação conforme só será admitida quando existir um *espaço para a decisão* do Judiciário, *deixado pelo Legislativo*. A interpretação não cabe quando o sentido da norma é *unívoco*, mas somente quando o legislador deixou um campo com diversas interpretações, cabendo ao Judiciário dizer qual delas se coaduna. (LENZA, 2012, p. 341, grifo nosso).

Assim, o processo hermenêutico não pode ser *contra legem*, a não ser quando as normas forem plurissignificativas ou polissêmicas.

Há três espécies de decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal, no que se refere ao controle de constitucionalidade: 1<sup>a</sup>) a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; 2<sup>a</sup>) a interpretação conforme a Constituição, e 3<sup>a</sup>) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Interessam-nos especialmente, neste comentário, as duas últimas modalidades.

#### 3.1. Declaração de nulidade total e parcial com redução de texto

Na *declaração de nulidade total com redução de texto*, a norma é declarada totalmente inconstitucional (por exemplo, em razão de vícios formais como de iniciativa, de procedimento legislativo ou de repartição de competência). Na *declaração de nulidade parcial com redução de texto*, admite-se que o Judiciário expurgue apenas uma palavra ou expressão do texto.

Interessante notar que, enquanto o veto parcial do Presidente da República não pode ser apenas de palavras ou expressões, mas de “texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (art. 66, § 2º,

CR/88), o do STJ, no caso do controle de constitucionalidade, pode ser aplicado em palavras, como, por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade que retirou a expressão “desacato” da Lei nº 8.906/1994, no seu art. 7º, § 2º. Trata-se do princípio da parcelaridade.

### 3.2. Interpretação conforme a Constituição

Segundo o princípio da *interpretação conforme a Constituição*, é declarada a validade do dispositivo legal indicando-se o entendimento mais compatível com a norma constitucional, de acordo com os princípios de identidade e de não contradição. Neste caso, não pode o intérprete atuar sobre norma com sentido unívoco, pois, como já dissemos, esse princípio se aplica somente ao dispositivo que apresenta normas polissêmicas ou plurissignificativas.

A interpretação conforme a Constituição declara a inconstitucionalidade apenas de determinadas hipóteses de aplicação da lei e visa a garantir a supremacia da Carta Magna no campo interpretativo, conferindo à norma polissêmica um sentido segundo a *expansividade* e *variabilidade* do conjunto normativo no âmbito constitucional. Além de instrumento de controle de constitucionalidade, essa modalidade de decisão opera também como princípio de interpretação do texto constitucional, sendo considerada uma técnica de decisão judicial do STF.

A interpretação conforme a Constituição não pode usurpar a função legislativa (art. 2º da CR/88). O intérprete-final não deve atuar como legislador positivo nem se tornar intérprete solitário, em desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. É necessário que as partes sejam reconhecidas como autoras e também construtoras da decisão final.

Em regra, a interpretação conforme a Constituição não vincula os tribunais. Todavia, de acordo com o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999:

[...] a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a *interpretação conforme a Constituição* e a

*declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Interessante que o trecho citado descreve como institutos distintos as três formas de decisão apresentadas neste comentário. No entanto, a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto não desafia um esforço hermenêutico; assim, a dificuldade se concentra na interpretação conforme a Constituição e na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com relação às duas últimas espécies de julgamento citadas, segundo Heinen, destacam-se as seguintes diferenças:

[...] na interpretação conforme a Constituição, o julgador deve indicar qual a interpretação a ser seguida a partir da decisão, já na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, o jurista deve indicar quais os casos em que a regra não se aplica e quais os casos em que ela se aplica. (HEINEN, 2009, p. 8).

O STF, porém, tem tratado como institutos iguais a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conforme se pode ler na ementa da ADI nº 2.652-6/2003.

Ainda segundo o mesmo autor, a interpretação conforme a Constituição apresenta certas distinções, como a de não passar pela observância do art. 97 da CR/88. Vejamos:

4.1) na aplicação da interpretação conforme a Constituição, a ADIN é julgada improcedente, uma vez que a regra é reputada constitucional; já na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a ADIN é julgada procedente, em parte;

4.2) na interpretação conforme não há necessidade de se respeitar a cláusula de reserva de plenário – art. 97 da Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), tendo em vista que a ADIN é julgada improcedente, enquanto que, na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, é necessário observá-la, uma vez que há a procedência, ainda que parcial, da referida ação;

4.3) na aplicação do segundo instituto há uma redução das hipóteses de incidência do texto normativo, enquanto que, na aplicação do primeiro instituto, tão-somente há uma manipulação, pela via da interpretação, do chamado ‘domínio normativo’ (assumindo-se a diferença entre texto e norma própria da ‘nova hermenêutica’);

4.4) na interpretação conforme reduzem-se, requalificam-se ou ampliam-se um ou alguns sentidos que se podem atribuir ao texto normativo, a fim de se permitir que o ato legislativo seja reputado constitucional; na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, uma ou algumas hipóteses de incidência da regra são reputadas inconstitucionais. Por fim, concluiu-se que é ilógico e incongruente entender os dois institutos como sendo figuras idênticas, dadas as discrepâncias apresentadas. (HEINEN, 2009).

Barroso esclarece que, no caso em que “há a mera declaração de uma interpretação, sem exclusão expressa de outras, não há falar em efeito vinculante” (BARROSO, 2012, p. 517-518). Ora, a interpretação consiste num entendimento alternativo conforme a Constituição, enquanto a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto representa a exclusão de uma determinada interpretação possível da norma. Ainda de acordo com o autor, os “juízes e tribunais não poderão aplicar a norma a uma situação de fato que tenha sido excluída da sua incidência pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco dar à norma uma interpretação que haja sido por ele declarada inválida” (BARROSO, 2012, p. 517-518).

Na ADI nº 2.652-6, de 8 de maio de 2003, o STF deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, e fixou que a ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC/1973 “alcança todos advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.” (LENZA, 2012,

p. 873/874). O referido tribunal empresta interpretação conforme a Carta à expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, contida no trecho legal citado, a fim de abranger advogados do setor privado e do setor público.

Importante lembrar que o intérprete não pode atuar como legislador positivo. “Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.” (LENZA, 2012, p. 159).

### **3.3. Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**

A *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* afasta uma interpretação inconstitucional, mas permite outros sentidos. Para que ela ocorra, a norma deve ser polissêmica ou plurissignificativa e a sua interpretação deve inserir-se no âmbito constitucional, observando, ainda, a cláusula da reserva de plenário (art. 97 da CR/1988).

Esse tipo de instituto vincula os tribunais, conforme o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999. Trata-se de uma redução do âmbito de atuação da norma que não altera o conteúdo do texto legal.

## **4. Conclusão**

Apesar de o posicionamento doutrinário citado e o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 descreverem como institutos distintos as três formas de decisão discutidas neste comentário, o Superior Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2.652-6, misturou ou tratou como se fossem sinônimos os princípios da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

## **6. Referências**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 3 out. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 23 jun. 2014.

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.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8769>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual*: coletânea de artigos. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004.

\_\_\_\_\_. Repercussão geral: a objetivização do recurso extraordinário. *De Jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, p. 271-296, 2010.

\_\_\_\_\_. A fiscalidade da constitucionalidade das leis no modelo comparado. *Pbrónesis*, Piumhi, v.3, n.1, p.17-24, nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público como instituição permanente popular*: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. *Recurso: um direito constitucional democrático*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: D' Plácido Editora, 2014.

DONIZETTI, Elpidio. *Ações constitucionais*. São Paulo: Altas, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HEINEN, Juliano. *Diferenças entre o instituto da interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*. Escola Superior de advocacia pública, 1 jan. 2009. Disponível em: <[http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese\\_1299781315.pdf](http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1299781315.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2013.

TAVARES, Fernando Horta et al. Aspectos do Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica-VIRTUAJUS*, Ano 8, número 2, dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2009/Docentes/Aspectos%20controle%20constitucionalidade.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Aspectos%20controle%20constitucionalidade.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOI: 10.5935/1809.848720140010





# 4

# Direito Coletivo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO COLETIVO

## ARTIGO

---

### DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO COLETIVO: A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### FUNDAMENTAL RIGHTS AND COLLECTIVE PROCEDURE: COLLECTIVE JURISDICTION AS AN INSTRUMENT OF PUBLIC POLICIES ENFORCEMENT

PAULO EDUARDO LÉPORE

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

paulolepore@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho busca estabelecer que o processo coletivo é um instrumento apto à efetivação de direitos fundamentais, notadamente pela possibilidade de determinar uma ingerência sobre as políticas públicas. Para tanto, desvendam-se os contornos e principais aspectos dos três institutos envolvidos: direitos fundamentais, políticas públicas e processo coletivo. Quanto aos direitos fundamentais, abordam-se conceitos, classificações e principais características. Já no que tange às políticas públicas, esclarecem-se quais são seus aspectos estruturantes e também se aclara a respeito dos principais institutos de direito financeiro e orçamentário afetos a ela. Por fim, no que diz respeito ao processo coletivo, faz-se uma abordagem densa e pontual dos seus fundamentos e de suas especificidades em comparação ao processo individual. Destaca-se que durante a exploração de cada tópico, buscam-se estabelecer os pontos de contato entre todos os institutos abordados, materializando,

a cada página, um arcabouço de normas, valores e aspectos sociais, que se verte em uma estrutura argumentativa sólida, bastante a sustentar o potencial da tutela jurisdicional coletiva no mister de efetivação de políticas públicas sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; processo coletivo; efetivação; políticas públicas.

**ABSTRACT:** This paper aims at establishing that the collective procedure is an adequate instrument to achieve fundamental rights, especially through the possibility to interfere in public politics. In order to prove this premise, the paper unveils the outlines and main aspects of fundamental rights, public policies and collective procedure. Concerning fundamental rights, its concept, classifications and main characteristics are analyzed. Regarding public policies, structural aspects and main institutes of financial and budgetary laws are unveiled. Finally, concerning the collective procedure, a deep analysis of its fundamentals and specific aspects in comparison to individual procedures is made. It is important to stand out that during the analysis of each item the paper attempts to establish the points of convergence between all of the institutes studied, materializing, in each page, a complex of rules, values and social aspects that resulted in a solid argumentative structure, sufficient to support the potential of collective jurisdiction in its task to achieve social public policies.

**KEY WORDS:** fundamental rights; collective procedure; effectiveness; public policies.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Materialização dos direitos fundamentais. 2.1. Esclarecimento terminológico. 2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro dos direitos fundamentais. 3. Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais. 3.1. Importância da incursão ao tema. 3.2. Crítica à eficácia das normas programáticas e síndrome de ineficácia. 3.3. Eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais: relação das normas programáticas com os direitos prestacionais. 3.4. Justiciabilidade e limitações ideológicas à efetivação dos direitos sociais. 3.4.1. Reserva do possível. 3.4.2. Princípio

da tripartição de poderes e direito subjetivo à emanção de atos legislativos. 3.5. Políticas públicas, orçamento e colisão de direitos fundamentais. 4. Processo coletivo e a efetivação dos direitos sociais. 4.1. Processo coletivo e direitos sociais. 4.2. Fundamentos do processo coletivo. 4.3. Coisa julgada coletiva: *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. 4.4. Aproximação do processo coletivo com o ideário de efetivação dos direitos sociais. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Dois dos temas que atualmente estão sendo mais discutidos no mundo jurídico são os direitos fundamentais e o processo coletivo, pois são os assuntos mais novos dentro de cada âmbito jurídico: direito material e direito processual, respectivamente. Os direitos fundamentais têm sido tomados como o talismã dos constitucionalistas. Os estudos mais vanguardistas têm girado em torno de se extrair dos direitos humanos positivados nas Constituições sua integral eficácia e a maior efetividade possível.

A programaticidade que sempre se atribuiu a inúmeros direitos fundamentais (e que impede a sua eficácia social) tem sido veementemente atacada, ora com base em dispositivos da própria Constituição Federal que conferem aplicabilidade imediata a todos os valores consagrados em seu texto, ora valendo-se de outros argumentos de ordem pragmática, como uma implausibilidade existente em se admitir que direitos estejam positivados, mas não possam ser exercidos.

Entre os direitos fundamentais positivados no texto constitucional, a categoria que mais sofre com a ineficácia é a ocupada pelos direitos sociais. Por conterem mandamentos referentes a direitos que exigem prestações positivas do Estado, tais como a implementação de saúde, cultura, lazer, oferta de trabalho, previdência social, entre outras, essas espécies acabam sendo alocadas no âmbito da discricionariedade administrativa, inerente ao exercício das políticas públicas governamentais.

Em outras palavras: os direitos sociais acabam não sendo efetivados porque não são abarcados por políticas públicas. Diante dessa

situação, inúmeras ações judiciais são propostas visando à implementação dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, a maioria delas acaba esbarrando em argumentos que defendem a discricionariedade do administrador e a independência do executivo, como corolários do princípio da tripartição de Poderes.

Não obstante sejam argumentos válidos, eles não devem resistir a uma interpretação sistêmica baseada em princípios de interpretação constitucional que procuram extrair da Carta Maior a sua integral eficácia. Ademais disso, tanto a discricionariedade quanto a tripartição de Poderes merecem ser reanalisadas a partir das lentes de uma nova hermenêutica, que se distancia de conceitos estanques, para privilegiar a garantia de direitos humanos.

Outras vezes, visando à não interferência em políticas públicas, argumenta-se que os recursos estatais são finitos e que não é possível a interferência em orçamentos já aprovados. Entretanto, incursões no direito financeiro e orçamentário demonstram que há sim a possibilidade de interferência, e não é forçoso admitir que, embora os recursos estatais sejam finitos, algumas mudanças em orçamentos presentes podem forçar melhores opções orçamentárias futuras, manejando-se um ciclo virtuoso para as opções que envolvem os direitos sociais.

Rebatendo-se os argumentos de ordem material, surge, como alternativa sustentável de ingerência nas políticas públicas, o processo coletivo. A tutela processual coletiva molda-se a um novo contexto social. Suas bases se estruturam a partir da necessidade de garantias de direitos inerentes a uma sociedade de massas, que deixe de ter interesses eminentemente individuais, passando a vislumbrar direitos notadamente coletivos.

A estrutura da legitimação coletiva e as regras da coisa julgada que somente beneficiam os titulares de direitos apontam para que o processo coletivo apresente-se como o instrumento mais apto a determinar a ingerência sobre as políticas públicas, principalmente as de ordem social.

## 2. Materialização dos direitos fundamentais

### 2.1. Esclarecimento terminológico

Ao se realizar uma análise sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, depara-se sempre com uma mesma inquietação: tratar de direitos fundamentais é o mesmo que versar sobre direitos humanos? Ainda que se possam buscar motivos para diferenciar os direitos e alocá-los em duas categorias, em verdade, a única distinção plausível entre direitos fundamentais e direitos humanos está na positivação. Os direitos humanos ganham a característica de fundamentais quando inseridos nos textos constitucionais (SARLET, 2009, p. 29).

Como leciona Norberto Bobbio (1992, p. 30), os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora declarações de direitos, transformando-os em *fundamentais*) para finalmente encontrar a realização como direitos positivos universais, no processo histórico de universalização dos direitos humanos.

Nesse sentido, como o presente tópico versa eminentemente sobre a materialização histórica, denominar-se-ão os direitos de *humanos*, não obstante, posteriormente, volte-se a referi-los como *fundamentais*.

### 2.2. O Princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro dos direitos fundamentais

Toda a estrutura do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como a proteção conferida pela Constituição Federal, ganham uma dimensão mais destacada quando atreladas ao princípio da dignidade da pessoa humana que, por conter densidade singular, merece ser desvendado. Entender a pessoa humana como valor é tarefa que divide filósofos e doutrinadores. O que não se nega nem diverge, é que a pessoa humana é considerada como o mais importante de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais.

A pessoa humana, sob a perspectiva do filósofo e sociólogo Emile Durkheim (1998, p. 43), representa uma categoria histórica, um emaranhado de sensações do espaço em que circunda, aprende e apreende. O valor da pessoa humana hoje reconhecido como *auréola da santidade* é fruto da civilização humana.

O valor da pessoa humana encontra-se inserido, fundamentalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Parte da doutrina o coloca no ápice da hierarquia axiológica no plano constitucional, portanto, como valor supremo e, nesse sentido, independentemente de qualquer condição, todas as pessoas têm direito ao atributo da dignidade, que pode se traduzir em um mandamento de promoção dos demais direitos fundamentais (CAMARGO, 2007, p. 113-135).

Sob esse prisma, o princípio da dignidade da pessoa humana é entendido como a concreção histórica de todos os direitos humanos, representando o seu epicentro, sendo, portanto, de fundamental importância que se faça uma breve reconstrução histórica das principais fases de formação desses direitos (ALEXY, 2002, p. 489).

Nesse sentido, o jurista português Jorge Miranda:

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. (MIRANDA, 2003, p. 82, grifo nosso).

Assim, é preciso compreender que o que está positivado na Constituição nada mais é do que o reflexo dos direitos humanos historicamente desvendados e plasmados em documentos internacionais e que, por emergirem das lutas sociais, refletem categorias de direitos que representam um arcabouço irrenunciável de garantias de todos os cidadãos, por conferirem densidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

### 3. Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais

#### 3.1. Importância da incursão ao tema

Apesar de a positivação de direitos ser importante para a garantia de publicidade e segurança jurídica, ela não é suficiente para garantir a efetividade que lhes deve ser decorrente. Desta feita, é necessário que se faça uma abordagem sobre a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Ainda que considerada como um dos mais brilhantes e modernos diplomas normativos devido ao fato de abarcar um grande número de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 sofre de um grande mal: é ineficaz em muitos aspectos.

A razão de o texto constitucional de 1988 ser dotado de um grande número de direitos fundamentais é eminentemente histórica: a sua redação sucedeu a um nefasto período de governo ditatorial, o que acabou despertando o espírito cívico dos membros do poder constituinte originário, que não hesitaram em tornar a Carta Constitucional um modelo de garantia de direitos, razão pela qual foi apelidada de “Constituição Cidadã” (SARLET, 2009, p. 65-66).

Contudo, os esforços dos membros da assembleia constituinte esbarraram principalmente em dois obstáculos: na redação enunciativa e excessivamente difusa do texto constitucional e na exigência explícita de edição de norma infraconstitucional para exercício de determinados direitos.

Esses aspectos, aliados a uma cultura jurídica exageradamente positivista – notadamente devido aos fantasmas deixados por governos absolutistas e ditatoriais que fizeram da segurança jurídica um dos bens mais caros – acabaram por mitigar a aplicabilidade de inúmeros dispositivos do texto constitucional. Nessa esteira, parte da doutrina também fortaleceu a ideia de uma Constituição eminentemente enunciativa, negando a própria razão histórica do diploma.

### 3.2. Crítica à eficácia das normas programáticas e síndrome de ineficácia

A partir da clássica classificação proposta por José Afonso da Silva (2002, p. 12-45), as normas de eficácia limitada de princípio programático, também denominadas somente como *normas programáticas*, são as que necessitam de uma complementação legislativa para se efetivarem. Conforme pensamento doutrinário clássico, elas têm eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida.

Entretanto, contrapondo-se a esse entendimento, tem-se o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que bem enuncia: “as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Apesar da clara redação do texto, sua interpretação não é pacífica na doutrina. Ao passo que alguns autores tomam esse dispositivo como tábua de salvação de modo a considerá-lo gerador de aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2002, p. 100), outros o tomam como simples enunciação retórica (GRAU, 2006a, p. 311).

Nesse sentido, pode-se perceber que parte da doutrina reconhece que as normas programáticas, apesar de formalmente garantirem certos direitos, não prescindem de complementação legislativa infraconstitucional, que somente é alcançável pelo exercício da função legislativa precipuamente destinada ao Poder Legislativo. Dessa forma, seria garantido respeito ao princípio da segurança jurídica, pois somente por meio de legislação específica se poderia determinar a efetivação de alguns direitos fundamentais.

Do que foi exposto, pode-se perceber que há um grande apreço pelo princípio da segurança jurídica. Entretanto, tal dogma vem merecendo certa relativização. As instituições nacionais já estão fortes e plenamente estruturadas, praticamente imunes às ações que possam ameaçar um governo legitimamente democrático.

Na verdade, o quadro que se pinta é de um domínio do poderio estatal e de gestões escandalosamente afrontadoras das garantias mí-

nimas dos cidadãos que se encontram completamente desamparados por seus representantes eleitos (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 265).

Direitos fundamentais como a saúde, a educação, a assistência social e a própria vida vêm sendo mitigados por políticas públicas mal estruturadas e que se mostram ineficazes. Nenhuma surpresa. As políticas públicas não surtem efeito porque em verdade estão muitas vezes vazias de conteúdo. Os direitos fundamentais não são respeitados, tampouco considerados.

### **3.3. Eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais: relação das normas programáticas com os direitos prestacionais**

A celeuma da programaticidade das normas constitucionais ganha maior relevo quando se traça uma aproximação com os direitos sociais. O fato é que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático se referem, em grande parte, a direitos sociais, ou, segundo a classificação que se apóia na teoria dos *status* de Jellinek, a direitos prestacionais (JELLINEK, 1981, p. 12-70).

Os direitos prestacionais são aqueles responsáveis por determinar emancipação social. São pressupostos para que se atinja respeito pleno ao princípio da igualdade. Ao se subjugarem os direitos a prestações à posição de normas que dependem de interposição legislativa, reduz-se muito a possibilidade de efetivação desses direitos.

A situação se torna ainda mais grave devido ao contexto político que envolve o Poder Legislativo brasileiro, sempre envolto em crises institucionais que acabam prejudicando o regular desenvolvimento de sua atividade principal: legislar, isso porque, *a priori*, se o Legislativo não edita as leis necessárias, não há modo de, positivamente, serem aplicados os direitos constitucionalizados dependentes de interposição legislativa, e, por consequência, nem sequer há que se falar em efetividade de normas constitucionais fundamentais.

Entretanto, diante da ineficácia das normas constitucionais, Lenio Luiz Streck revela que a interpretação constitucional deve transcender o caráter formal do texto normativo, partindo para uma proposta emancipacionista, de adequação aos novos ditames sociais.

[...] o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, conceitos como soberania popular, separação dos poderes e maiorias parlamentares cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. Do modelo de constituição formal, no interior da qual o Direito assumia um papel de ordenação, passa-se à revalorização do Direito, que passa a ter um papel de transformação da realidade da sociedade, superando, inclusive, o modelo do Estado Social. (STRECK, 2004, p. 14).

Nesse sentido é importante que se busquem instrumentos hermenêuticos e processuais bastantes para alcançar a efetivação do arcabouço de direitos constitucionais.

### **3.4. Justiciabilidade e limitações ideológicas à efetivação dos direitos sociais**

Após a descrição das relações que reforçam a ideia de uma interpretação construtiva do ordenamento visando conferir efetividade às normas programáticas definidoras de direitos sociais, torna-se imperioso abordar a justiciabilidade dos direitos sociais como imperativo de garantia do mínimo existencial. A justiciabilidade consiste na possibilidade real de, por meio do poder judiciário, obter-se acesso a direitos fundamentais relegados.

É nessa esteira que o Judiciário tem imposto, hodiernamente, qualidade transformadora em sua jurisprudência. Em recente decisão, mais precisamente de outubro de 2007, no bojo dos Mandados de Injunção – MI 670/ES e 708/DF, acabou prevalecendo o voto do Ministro Gilmar Mendes, levando o Supremo Tribunal Federal a optar por tornar aplicável o direito à greve no serviço público. A Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, pela falta de edição de norma infraconstitucional que tornasse aplicável o disposto no ar-

tigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. Essa decisão do Supremo Tribunal Federal consolida a possibilidade de se exigir diretamente do Judiciário a efetivação de um dado direito constitucional.

A par dos feixes de luz lançados pela jurisprudência sobre a ordem jurídica nacional, dois têm sido os maiores obstáculos enfrentados na busca por efetividade das normas garantidoras de direitos sociais: uma virtual impossibilidade de interferência nas políticas públicas, notadamente por gerar mudanças nos orçamentos e despesas públicas, e um criado limite fático denominado *reserva do possível*.

### 3.4.1. Reserva do possível

A ideia da reserva do possível surge com Peter Häberle (SARLET, 2009, p. 287), na década de 70, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional alemã. É sempre lembrada, no particular, a decisão do caso *numerus clausus*, a respeito do direito de acesso às vagas em universidades alemãs (“*numerus-clausus Entscheidung*”, BverfGE n. 33, 303 -333-), em que aquele tribunal considerou que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável. Esse rótulo ganhou espaço nos estudos de Canotilho, que acabou resumindo a ideia na máxima de que a efetivação dos direitos sociais só poderia se dar dentro dos limites do orçamento público (CANOTILHO, 2002, p. 448).

Sem embargo da coerente conclusão do citado autor, essa limitação não deve prosperar. Em um Estado em que o povo padece diante da falta de recursos mínimos para a sobrevivência, tal empecilho não deve ser incorporado de forma tão passiva por nossa doutrina e jurisprudência. A matéria deve ser discutida mais a fundo.

Se o Poder Judiciário puder interferir diretamente nos gastos públicos por meio de ações que assegurem a garantia de direitos sociais, poderá haver o início de uma mudança de comportamento político. Certo é que, a princípio, se os magistrados passarem a julgar procedentes inúmeras ações que busquem a efetivação de direitos prestacionais, haverá um pequeno desarranjo nas contas públicas. Isso será bom, uma vez que poderá impulsionar os governantes a, em

anos próximos, melhor dimensionarem as contas públicas de modo a garantir os interesses sociais, haja vista muitos gastos poderem ser adiados, tais como a realização de festividades, construções de prédios públicos, compra de mobiliário novo, entre outras situações que corriqueiramente são fomentadas.

### 3.4.2. Princípio da tripartição de poderes e direito subjetivo à emanção de atos legislativos

Apesar de a origem da ideia poder ser atribuída a Aristóteles, foi Montesquieu (2004, p. 15-36), em *O Espírito das Leis*, quem emprestou contornos precisos a tal princípio. Segundo o Barão Charles de Secondant, cada uma das três funções estatais deveria ser exercida por um órgão, que exerceria uma função preponderante: executiva, legislativa ou judiciária.

Assim, seus contornos têm a clara função de impedir que um Poder exerça ingerência direta sobre outro. Os membros componentes de cada Poder precisam gozar de um grau elevado de liberdade para poderem exercer suas funções com qualidade.

Embora aparente somente benefícios, a separação de poderes acaba enriquecendo os argumentos daqueles que se colocam contra a efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Segundo se argumenta, a efetivação de políticas públicas é atividade típica do Poder Judiciário; por esse motivo, não se poderia admitir intervenção de outro poder no exercício dessa função estatal.

Entretanto, essa justificativa não merece prosperar. A complexidade que envolve as relações sociais e o desempenho das atividades de cada um dos poderes pede a possibilidade de interferência de um Poder sobre o outro que vá além dos mecanismos de freios e contrapesos.

Dirley da Cunha Júnior traça os contornos do que ele mesmo denomina de *direito subjetivo à emanção de atos de concretização legislativa ou administrativa*. Trata-se de prerrogativa que impõe ao Judiciário a tarefa ativa de concretizar as normas programáticas garantidoras de direitos sociais no caso de pressuposta e reconhe-

cida a omissão dos outros poderes. Nessa situação não se poderia falar, sequer, em afronta ao princípio da separação dos poderes, na medida em que seria o próprio sistema jurídico brasileiro que autorizaria a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito (art. 4º da LICC), além da importante via da interpretação criativa e concretizante das normas constitucionais (2008, p. 151).

A ideia enunciada por Dirley engloba, portanto, duas normas. A primeira consubstancia o que Robert Alexy (2002, p. 476) denomina de *direito à legislação*. Já a segunda refere-se ao *direito a atos administrativos perante o Poder Executivo*, denominação utilizada por Ana Cristina Costa Meirelles. (2008, p. 416).

O *direito à legislação* serviria para justificar a intervenção judicial para se complementar o sentido de direitos fundamentais plasmados sob a forma de norma programática, superando a omissão do poder legislativo. Por seu turno, o *direito a atos administrativos perante o Poder Executivo* propiciaria que o Poder Judiciário interferisse para determinar a prática de atos administrativos que melhor atendessem aos direitos fundamentais.

Por meio dessa ilação, entende-se que a população não pode se tornar refém da atividade legislativa. Outrossim, o fato de se manejar uma ação no Poder Judiciário para que ele determine a efetivação de uma política pública não representa uma afronta à Separação de Poderes; isso porque, quando o Judiciário atua, ele não o faz subtraindo do Executivo o exercício de sua atividade típica, mas sim, velando pela garantia de efetivação de direitos fundamentais que ficam inviabilizados pela inação do Poder Legislativo (que não cria norma garantidora de direito) ou do Poder Executivo (que faz escolhas desarrazoadas quanto à aplicação do dinheiro público). Em outras palavras: a atividade garantista do Poder Judiciário não pode ser obstada diante da insipiência no exercício das funções estatais por parte dos demais Poderes.

Como restou demonstrado, a reserva do possível e a tripartição de poderes não têm o condão de impedir a judicialização das políticas

públicas, pois não representam vedações absolutas à interferência do judiciário nas opções do executivo, mesmo porque o controle da discricionariedade administrativa é plenamente autorizado pela Constituição Federal, como medida de respeito a todo o sistema de garantias fundamentais, tema que será mais bem explorado no próximo tópico.

### **3.5. Políticas públicas, orçamento e colisão de direitos fundamentais**

Hodiernamente é possível afirmar-se que o cidadão, como destinatário de políticas públicas, tem o direito de exigir que sejam realizados gastos públicos bastantes para atender às suas necessidades básicas (DIAS, 2001, p. 223-236). Nesse sentido, ele pode requerer, judicialmente, que sejam manejadas certas verbas públicas, com o fito de determinar a aplicação de dinheiro público para a consecução de atividades efetivamente importantes.

Alguns poderiam se levantar contra essa ideia justificando que, se o Judiciário ordenasse despesas não previstas no orçamento, ele estaria violando o princípio da universalidade, ou da anualidade. Entretanto, também se deve levar em conta que, muitas vezes, com o objetivo de manter resguardados princípios de direito financeiro e orçamentário, outros direitos fundamentais acabam sendo violados.

Tome-se um exemplo. Um prefeito faz consignar no orçamento um gasto de dez por cento da receita anual do Município para o recapeamento das vias públicas. Entretanto, o Município, há tempos, vive à míngua diante da falta de unidades básicas de saúde. Diante dessa situação, uma associação ajuíza uma ação civil pública visando à aplicação de recursos para a construção das unidades básicas de saúde.

Ora, não seria razoável que se pensasse em deslocar um percentual do que originalmente serviria para recapeamento, para a construção de unidades básicas de saúde? A resposta só pode ser sim. Ainda que possam ser atingidos alguns princípios de direito financeiro e orçamentário, o direito fundamental à saúde deve ser resguardado. Trata-se, aqui, de uma colisão de direitos fundamentais (DWORKIN,

2007, p. 16-73). De um lado encontra-se o direito ao orçamento e de outro o direito à saúde. Nessa hipótese, para se chegar à conclusão de qual prevalecerá, devem ser tomadas como critérios a proporcionalidade e a concordância prática. Por óbvio, salta aos olhos, nessa hipótese, que o direito à saúde deve prevalecer, determinando-se a realocação das despesas públicas.

Outra saída seria pensar-se nas despesas extraordinárias, que podem tranquilamente ser incluídas nos orçamentos nessas hipóteses. Nem se fale, ainda, na mudança de comportamento que pode ser gerada. Se o Poder Judiciário começar a determinar a realocação de despesas públicas para setores prioritários, isso poderia gerar uma mudança de comportamento por parte dos governantes, evitando-se quaisquer desarranjos nas contas públicas consubstanciadas em orçamento de exercícios financeiros futuros.

Outrossim, as mudanças ordenadas pelo Poder Judiciário podem ser potencializadas se exploradas as ações componentes do novo ramo do processo civil: o direito processual coletivo, que será investigado e detalhado no tópico seguinte.

#### **4. Processo coletivo e a efetivação dos direitos sociais**

##### **4.1. Processo coletivo e direitos sociais**

Como bem assevera Ana Cristina Costa Meirelles (2008, p. 215), a depender do fato gerador e das repercussões daí advindas, os direitos subjetivos que se originam da incidência das normas programáticas de direitos sociais poderão caracterizar-se como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, além, logicamente, do direito subjetivo individual clássico.

As novas categorias de direitos coletivos *lato sensu* representam o objeto do novo direito processual: o processo coletivo. Essa nova vertente de estudo do campo processual rompe com a antiga tradição de tutela individual, propiciando o desenvolvimento de um processo civil mais preocupado com os interesses transindividuais e pronto para solver os litígios oriundos da nova sociedade de massa.

Outrossim, o direito processual coletivo conta com uma nova forma de legitimidade processual, baseada na tutela de interesses alheios em nome de um *representante processual*. Assim, o processo civil, hoje, tem uma feição que o torna apto a instrumentalizar as lides que surgem como resultado de uma sociedade com anseios, necessidades e conflitos diversos daqueles classicamente deduzidos em juízo (MEIRELLES, 2008, 215).

#### 4.2. Fundamentos do processo coletivo

A tutela coletiva provocou uma verdadeira revolução processual no Brasil. Uma sociedade de massa ávida por condições mínimas que assegurem a sua dignidade acaba invocando instrumentos que melhor tutelem seus interesses em busca do pleno exercício da cidadania. Afinal, na atual sociedade complexa, exercer a cidadania é não estar submetido a amarras quando da participação no processo político, bem como não encontrar óbices quando, perante a autoridade pública, for-se exigir a efetiva distribuição da justiça social. Deve-se buscar a democratização dos instrumentos de democracia participativa – tais como ações coletivas – sempre com o objetivo de fomentar o exercício de uma cidadania plena, e nunca tutelada, conforme advertência de J. J. Calmon de Passos (2005, p. 16).

Luís Roberto Barroso bem destaca que a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo acaba servindo como paradigma de rompimento com a concepção de uma democracia representativa, para se ascender à chamada democracia participativa, modelo em que a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos, isolados ou em grupos (BARROSO, 2002, p. 129-132).

Como bem frisam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, as ações coletivas têm em geral duas justificativas atuais, de ordem política e sociológica: a primeira, de política judiciária, traduz-se no princípio da economia processual; a segunda, mais abrangente, revela-se no princípio do acesso à justiça.

As motivações políticas mais salientes seriam: a) a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; b) a unifor-

mização dos julgamentos com a consequente harmonização social; c) a evitação de decisões contraditórias e d) um aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do Próprio Poder Judiciário como instituição Republicana (2007, p. 34-35).

Já as motivações sociológicas se resumiriam em: a) aumentar as demandas de massa, que instigam uma litigiosidade também de massa, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea; b) atentar-se para a constitucionalização dos direitos humanos e os movimentos pela efetividade dos direitos fundamentais, que levaram a ciência jurídica a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos (tema amplamente abordado nesse trabalho) e c) prestigiar a visão dos consumidores de direito e não apenas dos órgãos produtores do direito, uma vez que as demandas individuais não fazem mais frente à nova e complexa sociedade.

Como se vê, os fundamentos da tutela coletiva já denotam que entre as suas missões está a efetivação de direitos fundamentais, notadamente os sociais, que acabam padecendo de ineficácia devido às políticas públicas mal desenvolvidas pelos Poderes Constituídos.

#### **4.3. Coisa julgada coletiva: *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis***

O artigo 18 da Lei nº 4.717/65 foi o primeiro dispositivo a tratar da coisa julgada em âmbito coletivo, dispondo que a sentença gerará coisa julgada *erga omnes* nos casos de procedência ou de improcedência do pedido com suficiência probatória. Por exclusão se conclui então que só não haverá formação de coisa julgada quando os pedidos forem julgados improcedentes por deficiência probatória (LEAL, 1998, p. 206).

Conforme observa Ada Pellegrini Grinover, essa solução adotada pelo legislador visou criar uma barreira contra possíveis colusões entre demandantes e demandados que porventura visassem à formação da coisa julgada em prejuízo de um direito legítimo, ao de-

envolverem, por exemplo, um comportamento desidioso com a produção da prova. Em resumo, objetivou impedir que as partes antagonicas (ao menos em tese) planejassem o ingresso em juízo com pouca ou nenhuma prova para simplesmente obterem o manto da coisa julgada sobre um litígio que envolvesse seus interesses (GRINOVER, 2002, p. 5).

O segundo diploma que tratou da coisa julgada coletiva e sua eficácia foi a Lei nº 7.347/85, que em seu artigo 16, determinou que a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator nas hipóteses de procedência ou improcedência com suficiência probatória.<sup>1</sup> Logo, assim como ocorre com a ação popular, por exclusão também se conclui que só não haverá formação de coisa julgada quando os pedidos forem julgados improcedentes por insuficiência probatória.

As mesmas críticas feitas à lei de ação popular valem para a lei da ação civil pública, e os argumentos que as combatem também se repetem.

Assim como na Lei nº 4.717/65, ainda não havia na Lei nº 7.347/85, dispositivo resguardando a tutela dos interesses pelo processo individual se fosse perdida a demanda coletiva. Por sua vez, a disciplina dada pelo Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas foi completamente inovadora. Diferentemente do que se tinha anteriormente, passou-se a tratar a formação e os efeitos da coisa julgada de acordo com a natureza do direito objeto do litígio. Ademais, os dispositivos do CDC devem ser analisados com cuidado devido à ideia de que eles, aliados a alguns pontos da lei da ação civil pública, sejam responsáveis pela formação do já desvendado microsistema processual coletivo.

---

<sup>1</sup> Devido aos limites do trabalho, não haverá abordagem aprofundada sobre a polêmica limitação territorial à coisa julgada inserida no sistema pela lei 9.494/97. A esse respeito, merece atenção o paradigmático voto-vencedor da Ministra Nancy Andrighi no RESP Nº 411.529-SP, que acompanhado pelos votos dos Ministros Castro Filho e Sidnei Beneti, na decisão final publicada em 24/06/2008, firmou entendimento que o art. 16 da LACP não é capaz de limitar a eficácia da sentença ao território de competência do juiz que a prolatou, mandando estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores do território nacional que se encontrem na situação por ele prevista. (Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 06/07/2010.)

Conforme determina o art. 103, inciso I, do CDC, se o objeto do litígio for um interesse difuso, ou seja, aquele transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, a coisa julgada será *erga omnes* nas hipóteses de procedência ou improcedência do pedido com suficiência probatória. Por exceção, não haverá coisa julgada se o pedido for julgado improcedente sem a devida suficiência probatória (ALVIM, 2000, p. 88). Essa afirmação de uma coisa julgada *secundum eventum probationis* (GIDI, 1995, p. 72-73) encontra motivação em uma reconhecida ineficiência do sistema em aferir precisamente se está presente ou não o requisito da representatividade adequada. Isso porque, se houvesse aferição de que o representante do grupo retrata fielmente e com eficiência os interesses de todos os titulares do direito tutelado, não haveria por que a coisa julgada coletiva por insuficiência probatória não ser definitiva. Desta feita, como a legitimação para o ingresso com demandas coletivas é *ope legis* e sem controle de representatividade adequada, toma-se a cautela de reservar-se a possibilidade de novo ingresso judicial, por meio de outro representante, ou do mesmo, mas sempre munido de nova prova.

Já o inciso II do art. 103 do CDC determina que, se o objeto do litígio for um interesse coletivo *stricto sensu*, ou seja, aquele transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, a coisa julgada será *ultra partes* nas hipóteses de procedência ou improcedência do pedido com suficiência probatória. Por exceção, assim como nos interesses difusos, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo se o pedido for julgado improcedente sem a devida suficiência probatória. Assim como na hipótese de direito difuso, a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* se justifica pela ineficiência do sistema em aferir a representatividade adequada.

Por sua vez, o inciso III do artigo 103 do CDC disciplina que, se o litígio versar interesse individual homogêneo, ou seja, aquele decorrente de origem comum, a coisa julgada será *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido e, portanto, diferentemente dos incisos I e II, em aparente fórmula *secundum eventum litis*, com

formação de coisa julgada apenas na hipótese de procedência, excluídas as sentenças de improcedência, independentemente do fundamento. Contudo, versando a matéria, Arruda Alvim entende que sempre haverá coisa julgada no plano coletivo, englobando até a improcedência por insuficiência probatória, argumentando que, na hipótese do inciso III do artigo 103 do CDC, haveria um “convite/intimação” para que os titulares dos direitos individuais homogêneos atuassem ativamente em juízo já que, sendo os maiores beneficiados, não se justificaria uma omissão que tornasse possível a repositura de idêntica ação coletiva sob a alegação de falta de provas, ainda mais porque não lhes restaria prejuízo absoluto, pois ainda poderiam manejar pretensões individuais. (ALVIM, 2000, p. 467-468). Para fundamentar sua posição, o doutrinador afirma que, se a ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos for julgada procedente, a expressão *erga omnes* indicará que o benefício deve se estender a todos os titulares dos direitos individuais, já se julgada improcedente, o *erga omnes* significará que a coisa julgada atingirá a todos os entes coletivos legitimados (GIDI, 1995, p. 127).

Observe-se que toda a temática versada até este momento deve ser compreendida à margem das ações individuais, pois essas sempre ficam resguardadas, independente da natureza do interesse tutelado ou do resultado obtido no processo, salvo se, em se tratando de interesse individual homogêneo, o jurisdicionado tiver intervenido como litisconsorte (MAZZILLI, 2007, p. 293-295), uma vez que, nessa hipótese, ele participa ativamente do processo com todos os poderes inerentes às partes; desta feita, seria séria afronta a coisa julgada e por consequência à segurança jurídica permitir que intentasse nova ação, valendo-se do sistema processual civil individual.

Exclusivamente sob o aspecto de independência das ações individuais é que se pode dizer que a coisa julgada coletiva somente beneficia, uma vez que, no caso de a ação coletiva ser julgada procedente, o titular do direito poderá aproveitar-se do que foi abarcado na sentença coletiva em uma ação individual, o que se chama transporte *in utilibus*, ou extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Em resumo, o transporte *in utilibus* garante ao titular do direito individual e seus sucessores que, em caso de procedência da de-

manda coletiva, eles possam se valer da sentença coletiva em uma demanda individual, partindo diretamente para as fases de liquidação e execução da sentença, desde que comprovem a identidade dos fatos.

#### **4.4. Aproximação do processo coletivo com o ideário de efetivação dos direitos sociais**

Gregório Assagra de Almeida ensina que os fundamentos aliados aos princípios do processo coletivo revelam ser necessário e imprescindível o deslocamento do polo das atenções para as decisões politicamente relevantes do legislativo e do executivo para o Judiciário, que, revigorado, assume o papel de órgão transformador da realidade social e de exercício da plena cidadania (SARAIVA, 2003, p. 144).

Por sua vez, Elton Venturi aduz:

[...] o fenômeno das ações coletivas assume dimensões até então desconhecidas do direito constitucional brasileiro, assinalando o deslocamento, até certo ponto, da tônica, que estava colocada sobre as ações individuais, sobre os processos individuais, [...] podendo constituir um fator de correção ou, pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes, contribuindo para imprimir ao processo um sentido mais social. (VENTURI, 2000, p. 28).

A citação do processualista Elton Venturi parece que transportada do paradigmático texto do constitucionalista Vital Moreira intitulado “O futuro da Constituição”. Cada qual em seu campo, mas ambos dirigindo suas ilações para o mesmo ponto: a efetivação dos direitos fundamentais pela via do processo. Vale destacar trecho do ensaio assinado pelo publicista português:

Em certo sentido, a história do Constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história de sua afirmação inicial e depois do seu alargamento e da construção e aperfeiçoamento dos mecanismos de sua tutela [...] surgiram mecanismos novos de proteção dos direitos fundamentais, para além dos meios processuais comuns [...]. (MOREIRA, 2001, p. 313-336).

As ações coletivas certamente se encontram nesse movimento de evolução do direito processual aliado à necessidade de efetivação das Constituições. Muitas demandas que seriam esquecidas se ajuizadas individualmente, quando coletivas, acabam tomando a atenção dos magistrados e propiciando uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, principalmente os sociais.

Assim, o direito processual coletivo vence uma barreira paradigmática, rompendo com a lógica processual individual e alcançando a lógica processual coletiva, abandonando a via processual particular, e acolhendo o acesso à justiça de cunho social. Outrossim, demandas que muito provavelmente não seriam ajuizadas devido ao seu baixo valor individual acabam ganhando a possibilidade de ser deduzidas em juízo devido à estrutura agregadora do processo coletivo. Uma família não ajuizaria uma ação individual para cobrar o Sistema Único de Saúde a respeito da falta de um remédio com baixo valor agregado (que custe poucos reais ou até mesmo centavos), mas uma ação coletiva poderia muito bem ser movida para garantir o fornecimento de medicamentos de baixo custo unitário para um grande grupo social.

Ademais, a parte da população que mais sofre com a falta de direitos sociais é aquela economicamente menos favorecida e que, portanto, tem menos acesso à justiça, o que pode ser compensado com o fato de legitimados coletivos poderem ajuizar ações na tutela de seus direitos.

Por seu turno, há que se ressaltar a maior repercussão gerada pelo ajuizamento de ações coletivas, o que acaba demandando uma atenção maior dos órgãos jurisdicionais, gerando uma prestação jurisdicional mais célere e escorreita.

Por fim, a estrutura da coisa julgada coletiva, desenhada somente para beneficiar os titulares de direitos, também reflete a enorme potencialidade de alcance de políticas públicas sociais por meio do processo coletivo.

De todo o exposto percebe-se uma clara identidade entre os pressupostos e fundamentos que orientam tanto a necessidade de efetiva-

ção de políticas públicas fundadas em direitos prestacionais quanto a materialização de uma larga utilização do direito processual coletivo.

O processo coletivo tem o grande mérito de vencer uma barreira paradigmática, pois rompe com a lógica processual individual e alcança a lógica processual coletiva, abandonando a via processual particular e acolhendo o acesso à justiça de cunho social.

Por fim, é mister que se afirme: os direitos fundamentais são irrenunciáveis e os sociais, veiculados por políticas públicas, são imprescindíveis. Para a tarefa de interferir no marasmo de ineficácia dos direitos prestacionais nada é mais adequado que o processo coletivo, pois ele conta com a força política de defender pretensões que não são individuais, com a força jurídica de contar com institutos especialmente voltados a beneficiar os titulares de direitos, e com a força social de representar o instrumento com maior potencial de consecução de justiça para os cidadãos, credores verdadeiros de uma desejada igualdade de fato, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5. Considerações finais

Os direitos fundamentais, como representação dos direitos humanos positivados nos Textos Constitucionais, têm uma importância singular nos ordenamentos jurídicos. Por representarem direitos que são desvendados historicamente, a partir de lutas sociais, apresentam-se como exigências irrenunciáveis e componentes indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como o epicentro dos direitos humanos e, por lógica, também dos direitos fundamentais, abrangendo aqueles que refletem liberdades públicas, demandas sociais, ou mesmo os que refletem solidariedade entre os povos.

Diversas são as classificações que abordam os direitos fundamentais e auxiliam na sua compreensão. Destaca-se a que se funda na teoria dos *status*, de Jellinek, que toma como critérios as diversas formas pelas

quais os indivíduos podem se relacionar com o Estado, que podem variar desde uma relação de subordinação até uma situação em que o indivíduo exige uma atuação positiva e ativa dos Poderes Constituídos.

Desvendadas as principais características e a importância nevrálgica dos direitos fundamentais, só há que se lamentar que nem todos tenham efetividade social. O texto da Constituição brasileira acaba enclausurando as normas fundamentais que abarcam direitos sociais, uma vez que as coloca sob a forma de normas de eficácia limitada de princípio programático, em clara adesão a um modelo de constituição dirigente.

Não se pode admitir que normas que garantem direitos sociais permaneçam em latência no ordenamento jurídico. Os direitos prestacionais devem sim ser judicializados. O pensamento neoconstitucionalista, norteador da nova hermenêutica constitucional, fornece uma série de elementos que propiciam a busca da máxima efetividade do Texto Constitucional.

Hodiernamente é plenamente possível falar-se em um direito fundamental à efetivação da Constituição, em um princípio da aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, e na densificação de uma ideia que veda o retrocesso social.

A busca pela efetivação dos direitos que exigem prestações positivas do Estado se funda na ideia de que todos têm direito a um mínimo existencial, que deve ser garantido pelos Poderes Constituídos.

Muitas são as limitações ideológicas que se impõem frente à busca pela efetivação de direitos prestacionais, destacando-se a famigerada reserva do possível e uma virtual intangibilidade do princípio da tripartição de Poderes. A reserva do possível está longe de poder ser aplicada à realidade brasileira. É certo que os recursos estatais são finitos, entretanto, muitas das escolhas de alocação de dinheiro público são mal feitas e desrespeitam severamente a exigência de efetivação de direitos fundamentais sociais. Aos erros e desmandos com os recursos públicos é que se dirigem as críticas, pois são essas as situações que merecem ser controladas judicialmente.

No mesmo sentido se dá quanto ao princípio da tripartição de Poderes. Por óbvio é bastante importante que o Executivo tenha liberdade no exercício de seu mister. Contudo, se os direitos fundamentais estiverem sendo violados, poderá sim o Poder Judiciário interferir em suas ações, visto que este último agirá na defesa da Constituição, sanando a invalidade das condutas perpetradas pelos agentes públicos pertencentes à máquina administrativa.

A discricionariedade inerente à Função Executiva não pode servir de escudo para escolhas que não respeitem a exigência de efetivação de políticas públicas sociais. Não se estão ignorando as normas de direito financeiro e orçamentário – que estabelecem uma série de princípios e regras para a aplicação do dinheiro público – mas sim buscando estabelecer um padrão de conduta que respeite a implementação de direitos prestacionais.

Pequenos desarranjos nas contas públicas gerados no presente podem representar escolhas políticas mais responsáveis no futuro, ou seja, a elaboração de orçamentos mais bem estruturados no que tange à destinação de recursos para a implementação de políticas sociais.

Superados os obstáculos ideológicos e demonstrada a necessidade imperiosa de efetivação de políticas públicas sociais, identifica-se que o instrumento mais apto para determinar a implementação de direitos prestacionais é o processo coletivo.

Trata-se de instituto jurídico que se insere no contexto de uma mudança paradigmática, em que as pretensões individuais cedem lugar às demandas coletivas.

As ações coletivas, demandadas a partir de regras hauridas do microssistema processual coletivo, contam com características especiais, que se divorciam completamente do modelo clássico de busca pela prestação jurisdicional.

A legitimidade baseada na representação de um grupo por um representante ou titular de direito e o modelo de formação e extensão da coisa julgada fazem do processo coletivo um instrumento potencializador de ingerência sobre políticas públicas.

A força de se buscar, por meio de uma única ação, a efetivação de direitos que pertencem a uma coletividade não pode ser desprezada. Além disso, demandas que por conta de seu baixo valor agregado jamais chegariam ao judiciário acabam sendo deduzidas somente porque existe a via processual coletiva.

Por sua vez, a coisa julgada coletiva foi desenhada com cuidado singular. Ela somente se forma *secundum eventum probationis*, ou seja, se a sentença tiver sido proferida com base probatória suficiente, e ela somente se estende aos indivíduos se for para beneficiá-los, ou seja, se a sentença for de procedência da pretensão coletiva, em adesão à fórmula da extensão *secundum eventum litis*.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o processo coletivo é o instrumento mais apto a fomentar ingerência sobre as políticas públicas sociais, garantindo-se, assim, atendimento aos ditames do novo direito constitucional, que urge por conferir integral efetividade a todos os direitos fundamentais.

## 6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa! In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-56.

ARMELIN, Donald. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003. p. 113-124.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

BARROSO Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO; Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo das constitucionalidades das políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. A democracia participativa brasileira. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, ano 9, n. 37, p. 223-236, out./dez. 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El constitucionalismo del “por venir”. In: *El Derecho Público de Finales de Siglo*: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Dominio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México: México D.F., 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 5, maio/jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 126, ano 30, p. 9-21, ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos*. São Paulo: Atlas, 2006.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEHFELD, Lucas de Souza; LEPORE, Paulo Eduardo. a participação cidadã e os instrumentos processuais de controle social das agências reguladoras no Brasil. *Revista L & C: Revista de Administração Pública e Política*, Brasília: Consulex, n. 5, ano X, p. 7-9, mar. 2007.

LEHFELD, Neide A. de S.; Barros, A. *Fundamentos de metodologia científica: um guia para a iniciação científica*. São Paulo: Makron, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 45, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis: as formas de governo. A federação. A divisão de poderes*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 187-200 1991.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

NERY, Rosa Maria Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millenium, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 146-159, 2000.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. vol. I.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 67, p. 15-19, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Artigo recebido em: 15/09/2010.

Artigo aprovado em: 14/05/2013.

DOI: 10.5935/1809.848720140011

**HABEAS CORPUS COLETIVO**

LÍLIAN NÁSSARA MIRANDA CHEQUER

Professora

Universidade de Itaúna, Brasil

[lilianchequer@hotmail.com](mailto:lilianchequer@hotmail.com)

**1. Acórdão**

*Habeas Corpus* Coletivo n.º 207720-SP (2011/0119686-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Data do julgamento: 01/12/2011

Data da Publicação: DJe de 23/02/2012

Ementa

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS*. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Trata-se de *Habeas Corpus* Coletivo ‘em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP’ contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um ‘toque de recolher’, correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de

crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes.

3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito.

4. Preliminarmente, ‘o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do *habeas corpus* originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)’ (HC 144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009).

5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do ‘número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismo e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes’.

6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria.

7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. ‘Ela contém normas de

caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas' (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).

8. *Habeas Corpus* concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: 'A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco.' Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

## 2. Apresentação do caso

O presente acórdão é um *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor das crianças e adolescentes domiciliados na comarca de Cajuru-SP ou em caráter transitório dentro dos seus limites, contra decisão liminar proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

A Juíza da Vara da Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que, instituindo o denominado "toque de recolher", determinou o recolhimento de crianças e adolescentes nas ruas desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas; c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas ou entorpecentes; d) ou, mesmo na companhia dos pais, que estejam ingerindo álcool.

Foi impetrado então um primeiro *habeas corpus* coletivo no TJSP, que teve sua liminar indeferida porque, segundo os julgadores, "não

se verifica, de pronto, a ilegalidade apontada pelos impetrantes”. Contra essa decisão, o presente *writ* sustenta: a) a mitigação do entendimento da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso concreto, dado que se trata de situação de extrema legalidade; b) o cabimento do *habeas corpus* coletivo; c) a ilegalidade ou inconstitucionalidade – sob a perspectiva do Estado como garantidor de direitos por meio de posturas positivas e interferências não arbitrárias – da restrição de livre circulação fixada por meio do toque de recolher.

Por fim, a Defensoria Pública pede a concessão de liminar para restabelecer o direito integral de locomoção dos pacientes.

Em sede de liminar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou a concessão da ordem. Contudo, ao analisar o mérito do *habeas corpus* coletivo, a Câmara Especial concedeu a ordem, tendo em vista que a portaria editada pela Juíza extrapolava os limites legais e, além de determinar a medida por prazo indeterminado, continha normas de caráter geral e abstrato sobre condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas.

### 3. Comentário

Atualmente, é crescente o número de Juízes que editam Portarias criando o chamado “toque de recolher”, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Em geral, eles invocam o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente.

Com o fim de garantir essa proteção, os magistrados acabam por editar atos normativos gerais e abstratos, determinando o recolhimento e a devolução aos pais ou responsáveis, pela polícia ou Conselho Tutelar, de todas as crianças e adolescentes, residentes ou em trânsito na comarca, que se encontrem em situações como as já mencionadas restrições ao direito de locomoção.

A intenção desses atos é boa, mas contraria todo o ordenamento jurídico. Além disso, viola o direito de liberdade de locomoção, assegurado constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária [...]”. (BRASIL, 1988).

Em seu art. 3º, o ECA estabelece:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990a).

Assim, a legislação brasileira que regula a proteção à criança e ao adolescente converge no sentido de assegurar a eles, entre outros, o direito à liberdade e à convivência social, devendo o Estado criar possibilidades de exercício efetivo dos seus direitos. Não deve, ao contrário, privá-los para, teoricamente, protegê-los.

O Estatuto menorista, ao regular o exercício da liberdade individual da criança e do adolescente, aponta a necessidade e o dever de o Estado respeitar e fazer respeitar, nos limites da lei, os direitos individuais dessas pessoas:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais. (BRASIL, 1990a).

Além disso, o art. 149 do mesmo diploma estabelece limites à atuação judicial sobre os direitos da criança e do adolescente, vedando qual-

quer determinação de caráter geral<sup>1</sup>. O que se deve buscar é tomar medidas que promovam os direitos da criança e do adolescente, e não privá-los de sua liberdade de locomoção por meio de atos normativos que, ilegalmente, determinem seu recolhimento forçado.

Não se pode determinar o recolhimento dos menores fora das hipóteses legais, quais sejam, quando flagrado cometendo ato infracional ou quando sua apreensão for determinada por ordem judicial fundamentada<sup>2</sup>. Isso demonstra, mais uma vez, a ilegalidade dos “toques de recolher”, determinando o recolhimento, independentemente da prática de qualquer ato infracional.

Vários órgãos já se manifestaram sobre a edição dessas Portarias que atingem de forma difusa o direito de locomoção dos adolescentes e crianças residentes ou em trânsito na comarca.

---

<sup>1</sup> Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

<sup>1</sup>- a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral. (BRASIL, 1990a).

<sup>2</sup> Art. 106 do ECA: Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1990).

Um desses órgãos é o Ministério Público de Minas Gerais, ao afirmar que “o procedimento imposto pelo ‘toque de recolher’ submete crianças e adolescentes a constrangimento desnecessário, prática expressamente vedada pelo art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente”<sup>3</sup>.

Demonstrado o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção dos menores submetidos a essas condições, será cabível o *habeas corpus* coletivo. Assim, mediante o manejo de uma única ação constitucional, célere e efetiva, poderá ser restabelecido esse direito fundamental das crianças e adolescentes.

Para compreender o instituto do *habeas corpus* coletivo, é necessário analisar a liberdade de locomoção e o *habeas corpus* à luz dos direitos fundamentais.

A liberdade tem um caráter histórico, uma vez que depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo, em cada momento da história. Segundo José Afonso da Silva, “A liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.” (SILVA, 2010, p. 232).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 4º, define liberdade em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela lei.

Em resumo, José Afonso da Silva (2010, p. 233) define bem a liberdade humana, ao afirmar ser um “poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade.”

A liberdade é um dos direitos mais cobiçados pelo homem, uma vez que sem ele, os demais não serão exercidos de forma plena. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) trata de todas as liberda-

<sup>3</sup> Nota Técnica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude (CAO-IJ) de Belo Horizonte, Ministério Público de Minas Gerais, 2009.

des, como por exemplo, a de pensamento, de atuação profissional e a de locomoção, sendo esta última, objeto do nosso trabalho<sup>4</sup>.

Para Montesquieu, a liberdade consiste em poder fazer o que as leis permitem. A liberdade constitucional é fundamento da liberdade do cidadão. Nas palavras de Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder”. (CHEVALLIER, 1999, p. 139).

A liberdade de locomoção está prevista no art. 5º, XV, da CF/1988, que estabelece ser “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Ou seja, assegura ao indivíduo a movimentação e a permanência em qualquer parte do país, nele podendo entrar e permanecer ou dele sair com seus bens, resguardados os direitos de terceiros e da sociedade em geral.

Dessa forma, o *habeas corpus* visa resguardar a liberdade física, ou seja, aquela liberdade que “constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar.” (SILVA, 2010, p. 236).

José Afonso da Silva define como “a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional.” (SILVA, 2010, p. 237).

O doutrinador faz ainda uma subdivisão do tema. Para ele o direito de circulação, ou liberdade de circulação, é a manifestação da liberdade de locomoção, ou seja,

[...] consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. A utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável *erga omne*. (SILVA, 2010, p. 239).

---

<sup>4</sup> Trabalhando a máxima de que a “minha liberdade acaba quando a do outro começa.” (BARBERA, 2013).

Independentemente do meio utilizado para circular em uma via, as pessoas terão o direito de passagem e de deslocamento.

A expressão *habeas corpus* é composta pelos vocábulos *habeas* (de *habeo* – ter, tomar, andar com) e *corpus* (corpo), os quais significam literalmente “que tenhas o teu corpo”, ou seja, que se tome a pessoa presa e apresente-a ao juiz para ser julgada (FERREIRA, 2009, p. 1019). “Ter corpo, ou tomar o corpo, é uma metáfora, que significa a liberdade de ir e vir, o poder de locomoção, o uso dessa liberdade de locomoção livremente, salvo restrições legais a todos impostas indistintamente.” (FERREIRA, 1988, p. 6).

É uma garantia constitucional outorgada em favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação ou violência na sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de um instrumento colocado “à disposição dos indivíduos pela Constituição Federal, para proteger seus direitos fundamentais.” (PINHO, 2006, p. 132)<sup>5</sup>.

O *writ* pode ser considerado, ainda, “uma ação especial, para reclamar o estabelecimento de um direito fundamental violado, o remédio para o mal da prepotência que se manifesta eventualmente contra a liberdade física.” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 75).

Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2012, p. 1329), este instituto é uma ação de natureza mandamental com *status* constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado. É imprescindível a existência de instrumentos processuais de fácil acesso – realmente célere e eficazes – como o *habeas corpus*.

Segundo Pontes de Miranda (2007, p. 47), *habeas corpus* eram as palavras iniciais do mandamento do Tribunal para aqueles que tivessem o corpo do detido em seu poder ou guarda. Segundo o doutrinador, “A ordem era do teor seguinte: *Toma* (literalmente: *tome*, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer etc.) o *corpo*

<sup>5</sup> Nesse sentido: FREEDMAN, 2011.

deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”. A finalidade deste remédio constitucional era evitar ou remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.

Quanto à origem, para a doutrina majoritária, o *habeas corpus* surgiu no direito inglês com a Magna Carta de 1215<sup>6</sup>, outorgada pelo Rei João Sem-Terra. De acordo com o art. 39 desse documento, nenhum homem poderia ser preso ou sequer detido, sem a condenação pelas leis de sua terra ou pelo julgamento de seus pares (MIRANDA, 2007, p. 59).

Mossin (1995, p. 18) salienta que a Carta de 1215, sem dúvida, foi um grande marco para o homem e, consequentemente, para todo o corpo societário, já que por meio dela o respeito à liberdade física do indivíduo passou a ser uma realidade, “deixando para o passado esse sonho que sempre criptou a alma humana”.

A Magna Carta inglesa também fez nascer e proliferar uma nova era, com a conquista da liberdade, muitas vezes marcada pelo abuso, tirania e despotismo. O estado liberatório que o homem conquistou nessa época foi o responsável por toda a atual estrutura jurídica que tende a tutelar e proteger o direito de ir, vir e ficar, através das Constituições de todos os países civilizados, como a Constituição brasileira de 1988 (CF/1988).

O *habeas corpus* é de suma importância, não apenas por constar na CF/88, mas, sobretudo, por se encontrar delimitado no rol dos direitos fundamentais. Por essa razão, apesar de muitos manuais de processo penal dividirem o *writ* em classes – liberatório e preventivo –, essa classificação, diante de uma visão constitucional, pode

---

<sup>6</sup> A Magna Carta foi um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, em especialmente o do rei João, conhecido por João Sem Terra, que o assinou, impedindo o exercício do poder absoluto. Esta Carta resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. Para uma visão histórica inglesa do assunto, ver King John and the Magna Carta, de Mike Ibeji.

ser considerada ultrapassada, tendo em vista uma nova concepção de *habeas corpus*, que aparece como uma categoria mais ampla. Por essa razão, também existe uma ampla legitimidade ativa para a sua impetração, prescindindo-se de capacidade civil ou postulatória para o impetrante.

Com a CF/1988, o Brasil deixou de ser um Estado de direito e passou a ser um Estado democrático de direito. Isso é um marco histórico para a democracia brasileira e para o direito de ir, vir e ficar, que se tornou garantia fundamental.

O Estado democrático de direito busca garantir o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais, visando uma transformação social. A democracia que o Estado democrático de direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/1988), em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); ela é participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade. Esta democracia há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2010, p. 119-120).

Nesse contexto, o *habeas corpus* se tornou um remédio constitucional que tem como fim proteger o direito de locomoção e, por conseguinte, todos os demais que dele dependem. Por se tratar de cláusula pétre<sup>7</sup>, o *habeas corpus* não poderá ser suprimido do ordenamento

<sup>7</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

<sup>I</sup> - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

<sup>II</sup> - do Presidente da República;

<sup>III</sup> - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

jurídico, em nenhuma hipótese, sendo um instrumento certo para fazer cessar a ameaça ou violação ao direito de ir, vir e ficar.

Como garantias constitucionais, tanto a liberdade como a sua proteção através do *writ* possuem aplicabilidade imediata. É nesse sentido a lição de Almeida (2008, p. 456) ao afirmar que a aplicabilidade imediata do *habeas corpus* constitui princípio essencial no plano da teoria dos direitos fundamentais, não sendo compatível com a Constituição a interpretação restritiva. Assim, ele deve ser adotado tanto em relação aos direitos individuais como aos coletivos.

A aplicabilidade imediata nada mais é do que o fato de determinadas normas não dependerem de regulamentação prévia para que produzam seus efeitos. Não precisam, portanto, de regulamentação, sendo autoaplicáveis ou autoexecutáveis. Os remédios constitucionais – mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção e *habeas data* – são exemplos de tais normas.

De acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da CF/1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos, independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional. Eles estão protegidos não apenas do legislador ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988).

---

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Levando-se em consideração a liberdade de locomoção e o *habeas corpus* como garantias primordiais constitucionais e o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, podemos afirmar a aplicabilidade desse remédio constitucional de forma ambivalente, ou seja, no âmbito individual e no coletivo, uma vez que são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos.

Sendo assim, com a evolução histórica dos direitos fundamentais, o *habeas corpus* se tornou um instituto de grande importância no ordenamento jurídico, possibilitando aos cidadãos e titulares de direitos a certeza da proteção de sua liberdade de locomoção, não ficando à mercê de restrições arbitrárias e injustas.

No Código de Processo Penal (CPP), o *habeas corpus* é consagrado, de forma específica, do art. 647 ao art. 667, no Título II, que trata dos recursos em geral. Como explicaremos posteriormente, apesar de estar inserido no CPP como recurso, prevalece o entendimento de que esse remédio é uma ação autônoma, muito embora, algumas vezes, seja utilizado de maneira recursal.

Diante da nova *summa divisio* constitucionalizada que o Estado democrático de direito<sup>8</sup> trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, o *writ*, no CPP, deve ser interpretado de forma convergente com a Constituição Federal, ampliando o seu conceito, a sua abrangência e a sua aplicação, com o fim de garantir, de forma eficaz e adequada, a proteção ou o restabelecimento da liberdade de locomoção.

A utilização mais recorrente do *habeas corpus* é para atacar um ato ilegal já praticado ou que está em curso. Neste caso trata-se de *habeas corpus* liberatório, ou repressivo. Esta ferramenta destina-se a afastar o constrangimento ilegal efetivado e devolver a liberdade de ir, vir e ficar.

A amplitude conferida ao indivíduo pelo *habeas corpus* decorre da possibilidade de sua concessão em caráter preventivo, permitindo uma

<sup>8</sup> Estado que visa a transformação social na visão de Almeida (2008, p. 173).

antecipação do Judiciário na apreciação da legalidade de uma prisão, antes que se concretize. Esta modalidade de *habeas corpus* existe no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1871. Segundo Aury Lopes Jr. (2012, p. 1339), a iminência do constrangimento ilegal deve ser valorada em grau de probabilidade, um juízo de verossimilhança, não podendo se exigir certeza, pois esta apenas será possível com a consumação do ato que se pretende evitar.

Pontes de Miranda (2007, p. 30) salienta que não se pode confundir este instituto com medidas cautelares. A cautelaridade não está ligada à cognição parcial ou adiantada. Há cognição plena, de modo que não se pode transferir para a doutrina do *habeas corpus* o que concerne às medidas cautelares, ditas preventivas, do processo civil.

Na tutela jurisdicional preventiva, o interesse não surge de um dano, mas do perigo de sua ocorrência. A tutela não atua *a posteriori*, como um produto da lesão ao direito de locomoção, e sim *a priori* do dano, para evitá-lo, uma vez que é previsível, próximo e provável (CALAMANDREI, 1936).

A ameaça ao cerceamento do direito de locomoção tem que ser alegada e provada por quaisquer meios de prova, sendo possível até mesmo a oitiva do ameaçador. O simples receio e ameaças infundadas é o que não se pode utilizar nesse tipo de *habeas corpus*<sup>9</sup>.

A concessão da ordem de *habeas corpus* preventivo gera a emissão de salvo-conduto, dirigido à autoridade apontada como provável autora da ilegalidade. O salvo-conduto nada mais é que uma segurança dada ao paciente para que não tenha seu direito de locomoção violado, uma vez que o *habeas corpus* preventivo atua no momento imediatamente anterior à efetividade da coação ilegal<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Pontes de Miranda ressalta ainda: “Para o habeas corpus preventivo basta que haja fundamento para se temer a ofensa. Não se exige prova completa: são suficientes ‘fundadas razões pra receá-la.’ (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 25 de julho de 1952).” (MIRANDA, 2007, p.31).

<sup>10</sup> Um exemplo clássico de habeas corpus preventivo, trazido por Aury Lopes Jr., é sua utilização contra ato coator praticado em Comissão Parlamentar de Inquérito, pois várias vezes investigados de processo criminal são intimados a depor como informantes ou testemunhas em CPI que busca apurar os mesmos fatos pelos quais ele já responde.

Assim, percebe-se que a nossa Constituição, em seu art. 5º, LXVIII<sup>11</sup>, instituiu o *habeas corpus* de forma ampla, abrangendo tanto a esfera repressiva quanto a preventiva, demonstrada a importância da preservação de nosso direito de locomoção.

O direito à liberdade de locomoção, que sempre foi tratado de forma individual, também tem caráter coletivo quando a ameaça ou coação à liberdade se referir a um grupo de pessoas, a uma coletividade, frente à sociedade de risco em que vivemos. Ela pode ser restaurada através do remédio constitucional *habeas corpus*, que neste caso será denominado *habeas corpus* coletivo.

As ações constitucionais visam conceder proteção e eficácia plena aos direitos fundamentais, estando as ações e o direito intimamente ligados. Podemos afirmar que os direitos visam declarar situação subjetiva de seu titular, já as garantias – em especial as ações constitucionais – criam mecanismos para assegurar que o referido titular possa usufruir da situação subjetiva declarada.

O *habeas corpus* coletivo possui a mesma essência do *writ* individual, contudo é utilizado quando uma coletividade está com seu direito de liberdade de locomoção ameaçado ou lesado, configurando um constrangimento ilegal.

Diante de uma sociedade em que a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas, atingindo a todos de forma uniforme, os direitos coletivos ganham força, haja vista sua extensão para além do individual, referindo-se às grandes massas sociais.

A propagação do dano bem como a ameaça de dano, especialmente o de caráter coletivo, demonstram a necessidade de uma nova compre-

---

Assim, seus direitos de sujeito passivo são subtraídos, como o direito ao silêncio e a presença de um advogado, que quando invocados, geram a prisão em flagrante do informante ou testemunha. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1340).

<sup>11</sup> “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” (BRASIL, 1988).

ensão da função judicial na tutela transindividual, devendo o Estado priorizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais coletivos.

A liberdade de locomoção, frente a esta sociedade de risco, também tem suas dimensões ampliadas, uma vez que o risco de violação a esse direito fundamental pode ultrapassar o cenário individual, diante de um acontecimento de caráter coletivo.

Hoje o direito coletivo tem *status* constitucional, justamente por ter um papel fundamental nas atividades inerentes do Estado na busca do bem comum.

Dessa forma, percebe-se a importância das tutelas coletivas para consagrar a proteção a esses valores constitucionalmente firmados. Por envolverem garantias constitucionais, as tutelas coletivas não devem sofrer restrições, ainda mais diante de uma legitimidade mais ampla que a presente na tutela individual, garantindo-se, assim, mais efetividade aos direitos coletivos.

As ações coletivas na sociedade de risco nada mais são que a concretização do Estado democrático de direito, que necessita constantemente satisfazer aos interesses sociais, efetivando as garantias constitucionais, visto que somente assim se poderá almejar a tão sonhada transformação social.

A doutrina não tem aprofundado no tema, considerando o *habeas corpus* coletivo uma inovação que surgiu da necessidade de resguardar o direito de ir, vir e ficar dos cidadãos. Por ser um direito que atinge toda uma coletividade, não é razoável nem mesmo viável que cada pessoa atingida ajuíze uma ação, uma vez que todas estão submetidas a uma mesma situação.

Com o fim de garantir a máxima efetividade ao direito de liberdade de locomoção, a jurisprudência já vem interpretando este remédio constitucional no sentido de permitir a sua utilização na esfera coletiva. Ocorre que, muitas vezes, por desconhecimento do próprio direito coletivo, essa ação constitucional acaba sendo mal interpretada, prejudicando a sua finalidade.

A pluralidade de sujeitos não caracteriza, por si só, um *habeas corpus* coletivo. Não é apenas a natureza essencialmente coletiva do direito que faz com que determinada ação seja considerada como coletiva. Esse fato pode ser comprovado por meio dos direitos individuais homogêneos, a seguir analisados, pois neste caso, os direitos ou interesses são divisíveis e pertencem a pessoas determinadas. Constituem-se em direitos individuais, considerados coletivos somente no plano processual, e recebem esse tratamento justamente em decorrência da origem comum que possuem.

A doutrina e a jurisprudência têm se enganado ao tentar classificar o direito segundo a matéria genérica. O ponto determinante de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação. Nesse momento é que se aferirá o tipo de pretensão, já que um mesmo fato poderá dar ensejo a uma ação com base no direito difuso, coletivo, individual homogêneo e até mesmo no interesse puramente individual.

Para entender a utilização do *habeas corpus* coletivo, deve-se entender os direitos coletivos, assim divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu parágrafo único, inciso I, define direitos ou interesses difusos como aqueles que são “[...] transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. (BRASIL, 1990b).

Etimologicamente, difuso é aquilo que derrama, difunde, espalha. Na esfera jurídica significa um direito de dimensão coletiva, pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que é de um e de todos ao mesmo tempo. Não existe prévia relação jurídica entre as pessoas, sendo que elas estão ligadas por circunstâncias fáticas.

Por esse conceito, percebemos que a liberdade de locomoção poderá ser tutelada de forma difusa, pois nada impede que a coação ou ameaça de lesão a este direito tenha dimensão coletiva e atinja

uma comunidade de pessoas indeterminadas, criando a relação fática entre elas.

Neste tipo de direito coletivo, encontra-se o “toque de recolher”, que está sendo implementado cada vez mais nas cidades brasileiras.

Já os direitos coletivos em sentido estrito, podem ser definidos como sendo aqueles transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Estes direitos pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas mas determináveis, que possuem uma relação jurídica base, previamente constituída.

Da mesma forma, a lesão ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção poderá atingir um grupo, categoria ou classe de forma indivisível, tendo em vista a relação jurídica base, devendo o *habeas corpus* coletivo ser usado para restabelecer a garantia de locomoção.

Atualmente, a lesão ou ameaça ao direito de ir, vir e ficar de dimensão coletiva, em sentido estrito, é bastante evidente, diante das manifestações que ocorrem no país, feitas por grupos, categorias ou classes de pessoas, como por exemplo o “Movimento dos Sem-Terra”, o “Movimento Passe Livre”, sindicatos, associações, entre outros. O ato abusivo, nesses casos, atinge todos de forma indivisível.

Os direitos individuais homogêneos são, pela definição do CDC (art. 81, parágrafo único, inciso III), aqueles decorrentes de origem comum. Os titulares destes direitos são individualizados – podem ser indeterminados, mas facilmente determináveis. O direito é divisível e pode ser distinguível entre seus titulares.

A origem comum é caracterizada quando houver pontos de semelhança entre os direitos dos titulares, o que não significa que a solução seja, necessariamente, para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida e rejeitada por circunstâncias pessoais. Além do mais, a origem comum pode ser tanto de fato quanto de direito, não significando uma unidade factual e temporal.

Situação que se encaixa na tutela coletiva do *habeas corpus*, com base em direitos individuais homogêneos, pode ser aquela dos presos de um presídio com superlotação, o que acaba fazendo com que vivam de forma humilhante, degradante e sem dignidade. Neste caso, podemos falar que se trata de pessoas indeterminadas, mas facilmente determináveis, que possuem características individuais, em razão do crime cometido, regime prisional imposto e natureza da prisão, mas que se encontram em uma situação comum: estado precário do local em que estão recolhidos. Isso configura um constrangimento ilegal ao seu direito de liberdade de locomoção.

Assim, pode-se conceituar o *habeas corpus* coletivo como uma ação coletiva, com natureza de garantia constitucional fundamental, de aplicabilidade imediata e de interpretação ampla. Essa ação é cabível para tutelar o direito de liberdade de locomoção em todas as suas dimensões, sejam difusas, coletivas ou situações individuais em que haja homogeneidade de questões de fato ou de direito, levando-se em consideração a *summa divisio* constitucionalizada e tendo em vista estar o *habeas corpus* previsto no capítulo da Constituição referente aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Já a legitimidade ativa nas ações coletivas é estabelecida no art. 82 do CDC e no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, segundo o qual os entes legítimos para propor esse tipo de ação são o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, órgãos públicos sem personalidade jurídica, além das associações que estejam devidamente constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em regra, o cidadão somente estaria legitimado ativamente para propor ação coletiva quando se tratasse de ação popular. Com o fim de ampliar o rol de legitimados, o Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América confere expressamente legitimidade ativa a qualquer pessoa física para a defesa dos interesses ou direitos difusos

dos quais seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, bem como o membro do grupo, categoria ou classe para a defesa dos interesses ou direitos difusos dos quais seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos.

No mesmo sentido, os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>12</sup> ampliam o rol de legitimados ativos, incluindo qualquer pessoa física para defesa dos interesses ou direitos difusos.

Quando o assunto é legitimidade ativa para a propositura de *habeas corpus*, espécie de ação popular, não há dúvida de que ela é a mais ampla possível. Primeiro porque quando o texto constitucional não estabelece a titularidade – como ocorre com o *habeas corpus* – deve-se entender que a titularidade da garantia pertence necessariamente aos titulares do respectivo direito. Além disso, o CPP, em seu art. 654, primeira parte, dispõe que “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem”. Essa extensão justifica-se não só pela importância do bem tutelado, como também pelo fato de o interessado geralmente estar impossibilitado de impetrar pessoalmente o *writ*.

Outro aspecto importante é que a impetração de *habeas corpus* não exige capacidade postulatória. O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) estabelece que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou Tribunal” (art. 1º, §1º). Ele pode até mesmo ser concedido de ofício pelos Juízes e Tribunais, haja vista o princípio da indisponibilidade da liberdade, sendo dever do magistrado zelar pela sua manutenção.

O *habeas corpus* coletivo, apesar de ser uma ação coletiva e, via de regra, sujeitar-se à Lei da Ação Civil Pública e ao CDC, deve ter a legitimidade ativa ampla. Isso porque, quando ele é de natureza individual, a Constituição lhe dispõe legitimidade irrestrita; parece lógico

---

<sup>12</sup> Art. 19, I e II, do anteprojeto USP, 3ª versão, coordenada pela Professora Ada P. Grinover; art. 9º, IV, do anteprojeto UERJ e UNESA, coordenado pelo Professor Aluisio G. de Castro Mendes.

essa amplitude também no âmbito coletivo. O direito de liberdade de locomoção não pode sofrer abalos em sua proteção pelo fato de o seu respectivo remédio constitucional ter que se sujeitar ao interesse de um legitimado, arrolado de forma taxativa.

Direito fundamental primordial, a liberdade deve ser garantida de todas as maneiras possíveis, de forma ampla e eficaz, sem sequer exigir pertinência temática ou algo do tipo, uma vez que, quando se trata de uma ameaça ou coação à liberdade de locomoção, esta é presumida.

Diante desses argumentos, devemos aceitar a tutela coletiva por meio do *habeas corpus*, que certamente não fará milagres, mas guarda potencial para constituir-se em fator de diminuição no número de *habeas corpus* impetrados individualmente. Não faz sentido algum, como visto, a jurisprudência pátria repelir o uso desta espécie de *habeas corpus*, alegando principalmente que só as situações individuais são compatíveis ao remédio heroico. Do ponto de vista técnico, essa postura está errada, na medida em que, mesmo se tratando de tutela coletiva, é possível o cumprimento individualizado de decisão coletiva, de forma análoga ao que acontece no processo civil em ações coletivas de interesses individuais homogêneos.

### 3. Conclusão

A liberdade tem um caráter histórico, uma vez que depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade e sobre si mesmo em cada momento da história, sendo cada vez mais ampliada com a evolução da humanidade.

Diante dessa amplitude do direito de liberdade de locomoção, foi necessária a criação de um instituto capaz de protegê-lo, surgindo, então, o *habeas corpus*.

Fazendo uma análise da evolução histórica desse remédio desde a sua criação na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215, até a Constituição brasileira de 1988 – passando pelo seu surgimento no direito brasileiro, com o Código de Processo Criminal de 1832 –, percebe-

se a importância desta ação para a proteção ao direito de locomoção e, por consequência, aos demais direitos fundamentais.

Esta garantia constitucional é indisponível e deve ter uma interpretação ampla, abrangente, irrestrita, como todo direito fundamental, visando sempre a efetividade do direito de locomoção, razão essa do Estado democrático de direito, no qual, através da efetivação dos direitos fundamentais, busca-se a transformação social.

A atual sociedade é considerada uma sociedade de riscos, em que o individual perde um pouco de sentido, devido à complexidade das relações sociais, que dão caráter coletivo aos direitos, deveres e riscos. A Constituição brasileira foi inovadora e pioneira em dar *status* constitucional aos direitos massificados, “conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social” (ALMEIDA; ALMEIDA, 2010), diferentemente da proteção predominantemente individualista que é própria de um Estado liberal de direito, no qual as injustiças e desigualdades sociais são presentes.

Nesse contexto, a *summa divisio* clássica, em direito público e direito privado, torna-se ultrapassada, tendo em vista ser incompatível com nossa atual Constituição. A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas, garantindo-se assim a maior efetividade dos direitos fundamentais.

O direito coletivo e o direito individual formam duas partes do sistema jurídico brasileiro e são integradas por vários ramos do Direito. O Direito Constitucional está acima de todos e é o ponto de união dessas partes. Dessa forma, a Constituição é composta tanto de normas, garantias e princípios de direito coletivo quanto de normas, garantias e princípios de direito individual.

A liberdade de locomoção, diante dessa realidade social e da transformação do direito, passa a ter um caráter coletivo, como é o caso do “toque de recolher”. Com isso, surge a necessidade de que o instrumento de garantia da liberdade de ir, vir e ficar também tenha natureza coletiva, sendo denominado *habeas corpus* coletivo.

Apesar de existir essa denominação na doutrina e na jurisprudência, este instituto não foi devidamente sistematizado e estudado, o que vem causando prejuízos e violações ao direito fundamental de liberdade de locomoção coletiva, tendo em vista o despreparo dos tribunais brasileiros em analisar o tema.

Situações atuais e corriqueiras, como as manifestações populares realizadas no país e a criação de condomínios fechados em vias públicas são outros exemplos que demonstram a necessidade de regulamentação do instituto, pois o *habeas corpus* coletivo é o instrumento mais adequado e eficaz para o restabelecimento da liberdade de locomoção de uma coletividade.

Por fim, conclui-se que no presente caso foi verificada a adequação do *habeas corpus* coletivo ao tipo de demanda. Contudo, falta no ordenamento jurídico brasileiro a sua sistematização, o que pode acarretar prejuízos à liberdade de locomoção coletiva.

Os “toques de recolher”, determinados por portarias expedidas pelos Juízes, violam sobremaneira o direito de liberdade de locomoção das crianças e adolescentes, atingindo de forma difusa esse direito. Além de gerar um constrangimento desnecessário e ilegal, essas portarias vão de encontro ao que determina a Constituição, quando estabelece, em seu art. 227, ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à liberdade.

#### 4. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. (Coleção direitos fundamentais individuais e coletivos).

BARBERA, Augusto. *Um moderno "Habeas Corpus"?*, 2013. Disponível em: <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0413\\_barbera.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0413_barbera.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 21 maio 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzioni allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936.

CHEVALLIER, Jean-jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução: Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21 maio 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. I.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREEDMAN, Eric M. *Habeas Corpus in Three Dimensions: Dimension I: Habeas Corpus as a common Law Writ*, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 25 mar. 2014

IBEJI, Mike. *King John and the Magna Carta*, 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/history/british/middle\\_ages/magna\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/magna_01.shtml)>. Acesso em: 16 mar. 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007.

\_\_\_\_\_. *História e Prática do Habeas Corpus*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



5

Direito  
Constitucional

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO CONSTITUCIONAL

## ARTIGO

---

### **FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO COMO CLÁUSULA PÉTREA: A RELAÇÃO ENTRE A FRAGMENTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

### **COOPERATION FEDERALISM AS A CLAUSE PETRA: THE RELATION BETWEEN CONSTITUTIONAL POWER FRAGMENTATION AND THE DEMOCRATIC PRINCIPLE**

MARIANO HENRIQUE MAURÍCIO DE CAMPOS

Oficial Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil

[marianohenrique@yahoo.com.br](mailto:marianohenrique@yahoo.com.br)

ISAAC ANTÔNIO DE OLIVEIRA

Tutor de Disciplinas à Distância

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

<http://lattes.cnpq.br/6449903633173417>

**RESUMO:** O presente artigo busca desenvolver uma idéia inicial de como a participação popular é de extrema importância para a configuração do nosso modelo de Estado, mediante a interação com as cláusulas pétreas, que funcionam como limite ao poder reformador da Constituição. Nesse sentido, focamos na cláusula pétrea do federalismo para dizer que a limitação prevista no art. 60, § 4º, inciso I, protege o federalismo de cooperação. Não afastamos a possibilidade de limitação do Poder Constituinte Derivado quando as manifestações sobre a reforma da Constituição não passam pelo crivo direto do poder popular. Nesse sentido, destacamos a possibilidade de plebiscito, referendo e iniciativa popular de Emenda Constitucional

como instrumentos de efetivação do princípio democrático, a partir da fragmentação do Constituinte Originário.

**PALAVRAS-CHAVE:** federalismo; poder constituinte; participação popular.

**ABSTRACT:** The present article aims at demonstrating how popular participation is relevant to the configuration of the Brazilian State model and how its interaction with Clauses Pétra limits the power to reform the Constitution. In this sense, one focused on the Clause Petra of the federalism, since the limitation of the article 60, 4<sup>th</sup> paragraph, subsection I, protects cooperation federalism. One does not disregard the possibility of limitation to the derivative constituent power whenever the manifestations to reform the Constitution are not subjected to direct popular power. Therefore, one highlighted plebiscite, referendum and popular participation to generate Constitutional Amendments as instruments to enforce the democratic principle, due to the fragmentation of the original constituent power.

**KEY WORDS:** federalism; constituent power; popular participation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Antecedentes do Estado federado. 3. Modelo de federalismo brasileiro na CF/88. 4. Autonomia política *versus* autonomia privada. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Neste artigo, trabalharemos o federalismo, focando no entendimento de que, após a Primeira República, a Federação sempre foi protegida através da limitação ao poder de reforma do texto constitucional. A forma federal de Estado está protegida do Constituinte Derivado pelo art. 60, § 4<sup>o</sup>, inciso I, da Constituição Federal, mas diante da fragmentação do Poder Constituinte Originário, abre-se uma possibilidade para que, com base no princípio da soberania popular, o próprio povo seja titular do poder político de reforma da Constituição.

Cumpre-se realizar, inicialmente, um resgate histórico do Estado federado como forma de introdução do tema proposto para este artigo.

Após a análise dos precedentes históricos do Estado federado, pasaremos a analisar o modelo de federalismo brasileiro para então vislumbrar sua influência sobre a autonomia política e privada dos estados membros que compõem o Estado federado brasileiro e a relação com o princípio democrático.

## **2. Antecedentes do Estado federado**

Durante a Idade Média, os Estados caracterizavam-se pela centralização unitária do poder. No século XVII, iniciou-se o processo de descentralização administrativa, uma forma de solução do Estado monárquico para descongestionar o centro de poder, criando-se autoridades intermediárias e locais com poder de decisão e administração. O Estado unitário descentralizado está localizado entre o Estado unitário centralizado e o Estado federal.

A partir dos Estados organizados constitucionalmente, com distribuição de competências, organização e divisão dos poderes, surge o Estado federal, que ultrapassa a descentralização administrativa para a descentralização normativa oriunda da Constituição Federal (HORTA, 2003, p. 466).

Kelsen (2000, p. 451) assevera que o grau de descentralização é o fator que diferencia o Estado unitário do Estado federal. Neste, a competência legislativa é dividida entre uma autoridade central e diversas autoridades locais, sendo que, no Estado unitário de províncias autônomas, a competência legislativa destas é menor e menos importante quando comparadas à dos Estados-membros.

O Império constitucional brasileiro de 1824 era um Estado unitário com descentralização administrativa através das províncias, com clara oposição ao federalismo, conforme art. 1º da Constituição política. Somente em 1891 é que a Constituição adotou a forma federativa, através da União das Antigas Províncias, que passaram a ser denominadas de 'Estados', semelhante ao modelo norte-americano, conforme art. 1º da Constituição da República de 1891. O país deixou de ter o nome de Estados Unidos do Brasil apenas com a Constituição de 1967, mas o modelo federativo não foi abandonado

pelos textos constitucionais apesar da ineficaz aplicação desta forma de Estado, conforme veremos em seguida.

Não se poupam críticas ao federalismo brasileiro desde a Primeira República, como Soares (2001, p. 322), visto que centralizava todas as ações na União, com competência residual dos Estados pouco significativa em matéria, principalmente, de tributação e receitas. Segundo Baracho (1982, p. 189), a concepção do federalismo em 1891 foi anacrônica, pois a centralização asfixiante prende os anseios federalistas.

No Brasil, é manifesto o declínio da ordem federativa, consideravelmente precipitado, do ponto de vista jurídico e formal, pelos constituintes que, em 46, 67 e 69, amesquinham grandemente o espaço autônomo reservado à competência das unidades participantes, do mesmo passo que agigantavam a União e a autoridade constitucional do Presidente da República. (BARACHO, 1982, p. 187)

### 3. Modelo de federalismo brasileiro na CF/88

A Constituição de 1988 inovou quanto ao federalismo triplo (União, Estados e Municípios) posto que, em grande parte dos países que adotam a referida forma, os Municípios não possuem autonomia de ente federado.

No entanto, os Estados membros nem sempre dispuseram de autonomia como a que foi instituída pelo Constituinte de 1988. O federalismo brasileiro originou-se das primeiras revoluções contra o Império e institui-se constitucionalmente desde 1891, mas com nascedouro no ideal das revoluções de Pernambuco, em 1824, que insurgiu contra a outorga da Constituição, e a Sabinada da Bahia, em 1837, que foi federativa e republicana (BARACHO, 1982, p. 187).

O pensamento liberal tomava conta das lideranças políticas do final do século XIX, inspirados nos princípios da Revolução Francesa do final do século XVIII, e alvorecente em função do absolutismo propalado no Primeiro Reinado que se manteve firme no propósi-

to autocrático, principalmente pela criação do Poder Moderador, o qual contrafazia o sistema tripartite pensado por Montesquieu (BO-NAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 249).

O modelo de federalismo brasileiro, idealizado por Rui Barbosa de acordo com a matriz do Estado Federal norte-americano, na verdade, assemelha-se com esta apenas pela classificação que recebem. Em se tratando das especificidades dos modelos, o que se apresenta é o fato de o federalismo norte-americano ter característica centrípeta, baseado em um histórico de Estados Soberanos que no transcorrer dos anos foram abdicando de competências em favor da centralização na União. Ao contrário do que possa parecer, o nível de descentralização neste modelo é bem maior em comparação com o modelo brasileiro. É que os Estados membros já exerciam competências administrativas, legislativas e jurisdicionais em número elevado e, após a formação do pacto federativo, permaneceram com muitas das competências, abdicando da soberania.

O federalismo centrífugo, ao contrário do modelo acima, centraliza grande parte das competências administrativas, legislativas e jurisdicionais na União. Para tanto, basta analisar o rol de competências dos arts. 21 a 24 da Constituição brasileira. Além disso, o pacto federativo foi precedido de um Estado unitário e monárquico, que explica o fato de a descentralização prevista na Constituição de 1891 ter recuado nas Constituições posteriores, dado o histórico autoritário da experiência brasileira. Há uma forte conexão entre o autoritarismo e a centralização (MAGALHÃES, 2000, p. 19).

O fato é que o federalismo inspirado por Rui Barbosa não deu conta de transformar a realidade do País durante a Primeira República, pois, diante do despreparo dos Estados membros, com estrutura ainda provincial, mergulhados num quadro de abuso de poder e coronelismo, seguiu-se um período de grande violência até 1930. O poder político foi superior ao comando constitucional e prevaleceu o regime sufocante da União em detrimento da autonomia dos Estados membros. A inspiração constitucional do federalismo brasileiro é apenas formal, já que não foi posto em prática até 1988 justamente porque, com exceção do período constitucional de 1946 a 1964, o país viveu governos ditatoriais, conseqüentemente centralizadores.

Mas não há como negar que a Constituição de 1988 inaugurou novo período do federalismo pátrio. Apesar das competências centralizadas na União através dos arts. 21 a 24, há tendência descentralizadora e participativa. Os Municípios ganharam autonomia de ente federado e os interesses locais têm competência legislativa nas Câmaras Municipais, representando um avanço diante de todo o quadro histórico de um federalismo esmagador nos regimes constitucionais anteriores.

O federalismo de cooperação representa a nova característica do Estado democrático de direito e toma para si o desafio de conjugar a autonomia política dos entes federados e a autonomia privada. Horta (2003, p. 453) assinala que o federalismo cooperativo brasileiro apareceu de forma embrionária na Constituição de 1946 com o fomento ao desenvolvimento regional, destaque para aproveitamento das possibilidades econômicas do Rio São Francisco, conforme art. 29 do Ato das Disposições Transitórias. Nos anos seguintes, a região amazônica, a Centro-Oeste, a fronteira sudoeste nos estados do Mato Grosso, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul e o Nordeste brasileiro também receberam atenção da União no que tange à destinação de receitas para o fortalecimento regional.

Medidas de repartição de receitas tributárias de impostos federais e estaduais beneficiando os Estados e Municípios deram início ao federalismo de cooperação. A Constituição de 1988 inaugurou ainda o chamado federalismo de equilíbrio ao introduzir na repartição de competências o elemento da legislação concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal, aumentando o rol de que tradicionalmente compunha o campo privativo da União, sob inspiração da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949 (HORTA, 2003, p. 456).

O fortalecimento do federalismo de equilíbrio e do federalismo de cooperação, para Horta (2003, p. 460), passa pela reforma constitucional no sentido de definir a composição dos organismos regionais e de articulação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse sentido é que Magalhães (2000, p. 20) propõe a nova forma de se enxergar o federalismo centrífugo brasileiro, dando nova interpretação à cláusula pétrea do art. 60, § 4, inciso I, para que

o controle de constitucionalidade vede qualquer contrato, medida provisória, atos administrativos, emendas à constituição tendente a abolir a forma federal centrífuga, ou seja, qualquer medida de centralização de competências políticas, administrativas ou jurisdicionais, deverão ser rechaçadas sob o signo da inconstitucionalidade. O autor fundamenta-se no fato de que

Emendas que venham a centralizar, em um modelo federal historicamente originário de um estado unitário e altamente centralizado, são vedadas pela Constituição, pois tenderiam à extinção do estado federal brasileiro. Centralizar mais o nosso modelo significa transformá-lo de fato em um Estado Unitário. (MAGALHÃES, 2000, p. 20).

O equilíbrio da forma federal depende da Jurisdição Constitucional através de um órgão próprio, que é a Corte Constitucional. Segundo Kelsen (2000, p. 456), o Tribunal Federal Supremo é competente para dirimir os conflitos entre os Estados membros e ainda para punir determinados crimes privados. Baracho (1982, p. 33) afirma que a missão das Cortes Constitucionais no Estado federal é garantir o equilíbrio das competências nacionais e dos Estados membros, além de preservar as garantias consagradas na Lei Fundamental.

Para Horta (2003, p. 489), na Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade recebeu ampliação para ingressar na competência do Supremo Tribunal Federal o processo e o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Esse papel de controle era realizado por meio da intervenção federal, que ainda tem previsão constitucional, mas o instituto foi esvaziado pela ampliação da iniciativa da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no art. 103 da Constituição Federal.

É inequívoco, na doutrina, que os Estados membros possuem autonomia política dentro da estrutura do Estado federal, até porque, se assim não fosse, estaríamos diante de um Estado unitário descentralizado. Mas a autonomia do Estado membro tem seu limite na Constituição Federal, que é basicamente a organização política do Estado; e, segundo Kelsen (2000, p. 369), é a base da ordem

jurídica nacional, abrange as normas do processo de legislação e regulamenta a criação e a competência dos órgãos executivos e judiciários mais altos.

Segundo Baracho (1982, p. 50-51), o direito do Estado membro fixar sua Constituição não é absoluto, porque deve observar os princípios expostos na Constituição Federal, e a autonomia é controlada do ponto de vista da constitucionalidade, mas não da oportunidade política. Lembra ainda que o Estado membro participa da elaboração das leis federais, visto que no sistema bicameral os senadores são os seus representantes.

#### 4. Autonomia política *versus* autonomia privada

O debate entre a autonomia política do Estado e a autonomia privada surge em razão da inspiração liberal que originou a forma de Estado, a República, o presidencialismo e a proteção de diversos direitos sob a batuta de Rui Barbosa. Para Bonavides e Andrade (1991, p. 249), a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil e a sua Constituição primava pelo distanciamento entre a sociedade e o Estado, axioma liberal.

Reside aqui o papel do federalismo de cooperação, intangível pela proteção do art. 60, § 4º da CF/88, uma vez que o incentivo da União para o desenvolvimento regional e local, por meio de convênios e programas de ação em parceria com Estados, Distrito Federal e Municípios, possibilita o crescimento dos Estados, aumentando a autodeterminação política daquela região, ao passo que possibilita aos cidadãos o desabrochar de sua autonomia privada, que os levarão à luta para concretização de seus direitos individuais, garantidos constitucionalmente.

O histórico da formação do Estado Federal brasileiro demonstra total desapego à formação de seu modelo inspirador, a União das treze colônias da América do Norte. O principal redator da Constituição de 1891, o baiano Rui Barbosa, não escondeu seu desejo pelo federalismo, mas o fortalecimento do Poder Central com substituição da descentralização política pela administrativa aumentou a dependência dos Estados membros em relação à União. Diferen-

temente do modelo americano, em que os Estados eram dotados de soberania e autonomia política, os Estados membros brasileiros carregavam o germe provincial do Poder autocrático. Políticas como a do *café-com-leite* (que designava o domínio e revezamento do Poder Político entre Minas Gerais e São Paulo) prevaleceram no começo do século XX demonstrando como a realidade brasileira era avessa à dos Estados Unidos.

Em Madison; Hamilton; Jay (1993), é possível ver como foi diferente a discussão política sobre a União das treze colônias na América do Norte. Com diversas justificativas de cunho social, econômico, de defesa, buscando a paz e a libertação, os autores apresentaram os argumentos para a formação de um Estado Federal, em prol da soberania de um governo central. As soberanias estaduais destes Estados passaram ao Governo Federal, cabendo aos entes o exercício da autonomia administrativa e financeira.

Diferentemente, o Brasil não teve tal embate político na formação da Federação. Inspirados pelo modelo norte-americano, os federalistas brasileiros eram contrários ao domínio monárquico consagrado na Constituição de 1824, sendo que as províncias guardavam total obediência ao comando central do rei e não havia qualquer autonomia política ou soberania por parte delas. Daí vêm os próprios movimentos de resistência, como já dito acima, de Pernambuco e da Bahia, em 1824 e 1837, respectivamente, sem falar de outros movimentos contrários às políticas absolutistas como a Inconfidência Mineira (1789), que, sob ideal iluminista, buscava a formação de um país livre na capitania de Minas Gerais, com a implantação de uma República.

Embora existam divergências acerca das realidades históricas de surgimento do Estado Federal brasileiro e sua matriz norte-americana, é necessário que friseamos a importância dessa forma de Estado para a democracia. Esta, aliás, liga-se intimamente com pacto constitucional, que, para Baracho (1982, p. 32), com lastro nos conceitos de Carl Schmitt, relaciona-se com o pacto federal, que tem conteúdo tanto na Constituição Federal quanto na dos Estados membros, garantindo a existência políticas destes.

Ora, se há relação de dependência entre a existência da Federação e da Constituição Federal, a instituição dos poderes, a divisão destes e a forma de surgimento da vontade estatal são de extrema importância. Kelsen (2000) chega à conclusão de que a democracia moderna é uma democracia exercida indiretamente<sup>1</sup> pelo parlamento, em que se forma a vontade geral para direção estatal, a partir da vontade da maioria de eleitos para o parlamento, eleitos pela maioria do “povo ativo”.<sup>2</sup> É através do parlamento que se vê, segundo o autor, a representação popular, como forma máxima de participação decisiva na formação da vontade estatal.

A representação do povo no parlamento, para o autor, nada mais é do que uma ficção legitimada pela soberania popular. Mas esse parlamento, ainda segundo Kelsen (2000), para ser legitimado como pretendido, não deve limitar a intervenção do “povo ativo” na formação do Estado, apenas nos atos parlamentares. Deve estabelecer outras formas de intervenção como o referendo legislativo ou mesmo pelo plebiscito e ainda pela iniciativa popular. Também deve ser um parlamento que não funda suas decisões no sistema eleitoral majoritário, mas em um sistema eleitoral proporcional.

Desta forma, demonstra Kelsen (2000) que a democracia e a ideia de povo foram adotadas no ocidente e ainda perduram na modernidade como ideia grega de um governo do povo, para o povo, baseada na liberdade de autodeterminação política, que atua no interesse desse povo, associada à ideia de participação no governo (na criação e aplicação de normas) a fim de que o poder estatal seja controlado em nome da liberdade desse mesmo povo, conformando as atividades e ações estatais pela soberania popular.

A liberdade do legislador está subordinada à Constituição, e, à medida que é variado o grau (constituição, lei, decreto), é aumentada

---

<sup>1</sup> Para Kelsen (2000), a democracia direta idealizada na Antiguidade na Grécia é impossível de ser aplicada ao nosso tempo porque cada vez mais torna-se maior a “coletividade estatal”.

<sup>2</sup> “‘Povo ativo’, para ele, significa, pois, aqueles que são dotados de direitos políticos e que participam na formação do Estado; e ‘povo passivo’, aqueles que estão apenas submetidos à ordem estatal. Nesse caso, ‘povo’, no sentido jurídico, seria apenas ligado à idéia de ‘povo ativo’.” (KELSEN, 2000, p. 37).

a limitação em detrimento da liberdade. Neste sentido, a proteção da forma federativa como cláusula pétrea vem preservar a própria democracia, consagrada na Constituição Federal.

## 5. Conclusão

Ao fim deste trabalho, consideramos que a autonomia privada encontra-se limitada pelo federalismo de cooperação visto que esta pretende o fortalecimento regional e autodeterminação política por meio de ações dos entes federados envolvidos em determinado programa de desenvolvimento. O direito de secessão atenta contra o pacto federativo na medida em que houve entrega da soberania do Estado membro para o fortalecimento nacional. O que pode parecer restrição da autonomia privada num primeiro momento, pode vir a ser o seu fortalecimento ao passo que a autodeterminação política, que visa o federalismo de cooperação, leva ao debate das instituições daquela sociedade, e conseqüentemente cada um torna-se mais cidadão, aumentando sua capacidade de cobrança sobre a proteção e garantia dos direitos individuais.

Enfim, ambos os elementos, tanto a autonomia pública quanto a privada, são protegidos pela Constituição brasileira quando esta consagra o federalismo, com características de cooperação e baseado na descentralização política, como cláusula pétrea, inatingível por emenda constitucional.

Segundo Canotilho (1993, p. 75), na sociedade pluralista atual, ganha espaço a questão sobre a função das leis constitucionais, que vão obedecer três perspectivas: uma compreensão liberal e positivista da Constituição; uma compreensão materialista e de perspectiva sociológica da Constituição; ou uma renovação da compreensão material da Constituição segundo o Estado de direito democrático. Essa compreensão material da Constituição é a peça importante para entender como o federalismo de cooperação contribui para a formação legitimadora do Poder Político do Estado.

As características do Estado Federal contribuem para a formação de um processo de alteração das normas constitucionais de maneira

direta e participativa. A fragmentação do Poder Constituinte Originário já ocorre com o federalismo porque os Estados membros e os Municípios têm competência privativa sobre as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas, respectivamente.

Esse fato demonstra que o Poder Constituinte Originário não ficou restrito à elaboração da Constituição de 1988, mas também marcou presença na promulgação das Constituições Estaduais em 1989.

A instrumentalização da soberania popular ganha forte contribuição do Estado Federal à medida que a autonomia política dos entes é exercida tão somente pelos legisladores constituintes estaduais e os legisladores municipais. Portanto, se não há interferência da União ou do Congresso Nacional na elaboração da Constituição Estadual, o que existe é uma fragmentação do Poder Constituinte Originário em prol do federalismo.

O próprio art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece o prazo para os Estados elaborarem suas Constituições, fala em poder constituinte dos entes federados, que deve apenas respeitar os princípios constitucionais.

Desse modo, é possível falar que o Estado Federal consagra a soberania popular porque reserva ao povo de cada um dos entes federados a legitimidade de elaboração da própria Constituição ou Lei Orgânica.

Assim, concluímos que a vedação do poder de reforma da Constituição não atinge a soberania popular, quando manifestada diretamente ou submetida ao controle direto da população no que tange ao federalismo de cooperação. É próprio da sistemática da Constituição de 1988 que a interpretação dos seus dispositivos deve ser realizada com base no princípio democrático participativo, em prol da vontade do povo. Em consequência, se ocorre a fragmentação do Poder Constituinte Originário, a soberania popular assume seu papel proeminente no nosso modelo de Estado, observando-se, é claro, que a manifestação seja direta e orientada pelos direitos fundamentais conquistados.

## 6. Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Yussef Said Cahali (Org.). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Brasília, DF: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. Fortaleza: EUFC, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GONÇALVES, Moisés Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de (Orgs.). *Outros olhares: debates contemporâneos*. Belo Horizonte: Leiditathi, 2008. v. 1.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e ideologia. In: GONÇALVES, Moisés Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de (Orgs.). *Outros olhares: debates contemporâneos*. Belo Horizonte: Leiditathi, 2008. v. 1.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Artigo recebido em: 24/06/10.

Artigo aprovado em: 02/04/12.

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE DA  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO**

BRUNO CÉSAR RIBEIRO DE PAIVA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

bpaiva@mpmg.mp.br

O direito ao esquecimento é aquele inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos ou sofrimento. É também conhecido como direito de ser deixado em paz ou de estar só.

O direito *sub examine* possui raiz constitucional e legal, uma vez que constitui uma vertente da dignidade da pessoa humana e do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, consagrados na Carta da República de 1988 (art. 1º, III, e art. 5º, X) e no Código Civil Brasileiro (art. 21).

A celeuma acerca desta matéria envolve a colisão entre os atributos concernentes à personalidade e o direito de expressão e de informação. É mister avaliar até que ponto a liberdade de imprensa pode penetrar na vida privada, essencialmente no que diz respeito a fatos do passado.

A título de exemplo, uma pessoa (esportista, político, artista) que foi famosa em algum período de sua vida pode desejar ser esquecida, voltar a ser anônima e não mais incomodada com reportagens, entrevistas ou outra forma de exposição pública. Isso aconteceu com a ex-atriz Ana Paula Arósio, que, tendo feito sucesso na televisão há alguns anos, escolheu retornar ao anonimato.

No âmbito da jurisprudência estrangeira, o emblemático caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, tratou da questão. Em 1969, houve uma chacina de quatro soldados alemães. Duas pessoas foram condenadas à prisão perpétua, e um terceiro partícipe a seis anos de reclusão. Poucos dias antes de este cumprir a pena e sair do cárcere, certo canal de televisão produziu um documentário retratando o crime, com dramatização feita por atores contratados e apresentação de fotos reais, além dos nomes de todos os envolvidos. Em virtude disso, o partícipe pleiteou uma tutela liminar para impedir a exibição do programa.

O Tribunal Constitucional Alemão analisou o processo e entendeu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo indefinido, a pessoa do criminoso e sua vida privada, especialmente se isso causar um obstáculo à ressocialização. Com esse fundamento, impediu que o canal exibisse o documentário.

No nosso país, o Enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), assim dispõe acerca do tema: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013a). O referido conselho apresentou a seguinte justificativa ao enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013a).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou a questão em dois recentes julgados. Senão, vejamos:

STJ REsp 1334097 / RJ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS

DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATOS. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da ‘modernidade líquida’ tem sido a progressiva eliminação da ‘divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana’, de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os ‘riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira’ (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das 'coisas humanas'.

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do 'bandido' vs. 'cidadão de bem'.

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o

primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do 'direito ao esquecimento' pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacio-

nal. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida 'vergonha' nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013b)

REsp 1335153 / RJ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblí-

qua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um 'direito ao esquecimento', na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2013c).

A primeira decisão foi proferida em processo ajuizado contra a TV Globo por um dos acusados – posteriormente absolvido por unanimidade pelo Tribunal do Júri – do caso “Chacina da Candelária”. A emissora exibiu, no programa “Linha Direta”, a história do aludido caso, citou o nome do autor da ação e divulgou que ele tinha sido absolvido.

Apesar disso, a 4ª Turma do STJ admitiu o direito à indenização, considerando que, embora o crime apresente grande importância histórica, a exibição do nome e da imagem da pessoa absolvida não era indispensável para que os fatos fossem retratados de maneira fidedigna. O tribunal entendeu ainda que o ordenamento jurídico brasileiro é farto de previsões que reconhecem o direito ao esquecimento de fatos passados, como se vê na prescrição. Ademais, o artigo 202 da Lei de Execução Penal, de maneira protetiva, dispõe que, após a extinção da pena,

[...] não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (BRASIL, 1984).

Noutro vértice, em relação ao Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, a 4ª Turma do STJ negou o pedido de indenização dos familiares de Aida Curi, movido por causa da veiculação, no programa “Linha Direta”, da história da morte da jovem. Não obstante, o tribunal se mostrou coerente com o raciocínio apresentado no primeiro julgado. Senão, vejamos: Aida Curi foi abusada sexualmente e morta em 1958 no Rio de Janeiro. A história do delito, famosa no noticiário policial, foi apresentada pela TV Globo, com a divulgação do nome da vítima e de fotos reais, o que, de acordo com seus familiares, resgatou a lembrança do crime e o sofrimento que o permeia. O Superior Tribunal de Justiça aduziu, *in casu*, consoante manifestação do relator Luis Felipe Salomão, que o crime não podia ser dissociado do nome da vítima. Como acontece com os crimes de que foram vítimas Dorothy Stang e Vladimir Herzog, não era possível que a Globo mostrasse a história omitindo o nome de Aida Curi.

Denota-se que os julgamentos apresentaram uma linha de raciocínio lógica nos casos em voga. Tendo como parâmetro o caso *Lebach*, o STJ registrou que, se já não há interesse público na divulgação de um fato criminoso, por força do transcurso temporal, o autor do crime e a vítima têm direito ao esquecimento. Caso a divulgação dos acontecimentos pretéritos envolva um interesse público, como nos crimes históricos, a exemplo dos mencionados no parágrafo anterior, vítima e autor do crime podem ter os nomes expostos, se forem indissociáveis da infração penal. Em contrapartida, na hipótese de não haver a necessidade de que o nome da vítima ou do autor do crime seja apresentado, o fato histórico pode ser contado, sendo preservados, porém, o nome e imagem dos envolvidos.

Segundo o Ministro relator de ambos os recursos citados, Luis Felipe Salomão, é necessário analisar se existe interesse público atual na divulgação da informação. Se houver interesse, não cabe falar em direito ao esquecimento, sendo lícita a publicidade da notícia. É o caso, por exemplo, de crimes genuinamente históricos, nos quais a narrativa desvinculada dos envolvidos se mostra impraticável. Por outro lado, se não houver interesse público atual, a pessoa poderá exercer seu direito ao esquecimento, impedindo-se as notícias sobre o fato passado.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a fim de conciliar o direito ao esquecimento com o direito à informação, assevera:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374).

Apesar de ainda pouco difundido na doutrina e na jurisprudência, o tema vem ganhando espaço hodiernamente. De um lado, está o direito ao esquecimento, calcado em regras constitucionais e, essencialmente, no núcleo axiológico da dignidade da pessoa huma-

na. Do outro lado, encontram-se a liberdade de expressão e a de imprensa, materializadas pela divulgação de informações, que, atualmente, se dá de maneira frenética e ampla, haja vista o fenômeno da globalização e o enorme avanço da tecnologia.

O Enunciado nº 531 do CJF nos auxilia a compreender a dimensão do assunto. Mister realçar parte da justificativa de seu comando, por ser dotada de razoabilidade. Nesse sentido, insta salientar que o exercício do direito ao esquecimento não confere a ninguém a liberdade de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas assegura a possibilidade de discutir o uso que é feito dos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Importa frisar, ainda, o papel do Ministério Público ante o direito e as liberdades em questão. O *Parquet*, por ser considerado nos dias de hoje um verdadeiro agente de transformação social, atuará nas demandas que envolvem direito de personalidade e de liberdade de expressão e informação como guardião do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais.

Diante dos aspectos teóricos e práticos delineados, bem como da premissa de que não há direito absoluto, quando surgir um conflito de normas constitucionalmente estabelecidas, como acontece com os direitos sob apreciação, o caminho apropriado a compatibilizar preceitos em colisão é justamente o da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, objetivando, no caso concreto, a solução que melhor atenda à justiça social e ao bem comum.

## Referências

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 531. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6., 2013, Brasília, DF. *Enunciados...* Brasília: CJF, 11-12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coe-di/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2014. [2013a]

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1334097/RJ, Quarta Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 maio 13. *DJe*, 10 set. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1334097&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1334097&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 23 maio 2014. [2013b]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1335153/RJ, Quarta Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 28 maio 13. *DJe*, 10 set. 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1335153&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1335153&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 23 maio 2014. [2013c]

LOPES, Marcelo Frullani. Direito ao esquecimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3656, 5 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24865>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORAT, Ygor Villas. O direito ao esquecimento. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 1 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br?artigos&ver=2.47218&seo=1>>. Acesso em: 29 mar. 2014.





6

Direito  
Administrativo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**OS CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO, A IDONEIDADE MORAL E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO**

**COMMISSION PUBLIC POSITIONS, THE MORAL SUITABILITY AND THE CONTROL BY THE JUDICIAL POWER**

PAULA DE RESENDE ASSIS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

paulaassis@mpmg.mp.br

**RESUMO:** Abordam-se neste estudo as características e os limites dos atos discricionários de nomeação para cargos em comissão do quadro da administração pública. Não obstante tratar-se de atos delineados pelos critérios de conveniência e oportunidade do gestor público, objetiva-se demonstrar a necessidade de controle desse tipo de nomeação. Admitir a liberdade absoluta em tais atos em detrimento das normas constitucionais de observância obrigatória é tolerar a prevalência do interesse pessoal do administrador sobre o interesse público. A indicação de prejuízo ao interesse coletivo pela investidura de pessoas inidôneas em cargos em comissão impõe seja admitido o controle judicial, em verdadeira homenagem aos princípios constitucionais que norteiam o direito administrativo. Utiliza-se a discussão teórica e jurídica, analisando-se aspectos doutrinários sobre o assunto, tendo como diretriz os princípios da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** ato discricionário; cargo em comissão; idoneidade moral; controle judicial.

**ABSTRACT:** This study highlights the limits and the characteristics of the discretionary acts for commission positions nominated in the public administration. Notwithstanding it is about delineated acts by the convenience and opportunity criteria of the public manager, is objectively to show the need by control in this kind of preferment. Accepting the absolute freedom in these acts over the constitution standards of the obligatory observances is the same of tolerating the prevalence of the manager personal interest above the public interest. The prejudice indication to the collective interest by the investment of inapt people in public positions imposes being admitted the judicial control, in a real honor to constitution principles that guide the administrative law. It uses the theoretical and legal discussion assaying the doctrinal issues, focusing in the principles of administrative moral and the public interest primacy.

**KEY WORDS:** discretionary act; commission public position; moral suitability; judicial control.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ato de provimento de cargos em comissão. 3. Cargos públicos em comissão, idoneidade moral e moralidade administrativa. 4. Controle judicial das nomeações para cargos em comissão. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

Este trabalho tem por fim investigar a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários de nomeação para cargos em comissão do quadro da administração pública, tendo-se por critério a idoneidade moral. Para isso, resgata-se o significado de alguns princípios constitucionais, bem como o conceito de ato discricionário.

É sabido que o princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está relacionado à noção de sociedade e, aplicado à administração pública, pressupõe o desenvolvimento do bem comum, do interesse coletivo. Essa regra contrapõe-se à da autonomia da vontade, na qual se privilegiam interesses próprios, que satisfazem a vontade individual.

A moralidade administrativa, por sua vez, pressupõe a observância dos princípios éticos no trato com a coisa pública. Assim, a conduta do administrador público, além de estar autorizada por uma norma, deve atender a um pressuposto inerente ao interesse público, que é a moralidade administrativa, princípio consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Tais princípios norteiam a prática de todos os atos administrativos, incluindo os atos discricionários, que têm que respeitar não só a legalidade, mas, também, o interesse coletivo e a moralidade administrativa.

Por atos discricionários ou atos praticados no exercício de competência discricionária, entendem-se aqueles que não possuem definição quanto ao comportamento a ser adotado, deixando ao administrador público certa margem de liberdade para decidir. A subjetividade no caso é o que se chama de juízo sobre a oportunidade e a conveniência da administração pública na prática do ato. Tais atributos são também denominados de mérito administrativo.

A partir dessa análise, verifica-se que a discricionariedade conferida àquele que se encontra à frente da administração pública não ocorre, portanto, de forma absoluta. Há sempre de se respeitarem as normas constitucionais. Desta sorte, distanciando-se o administrador dos mandamentos principiológicos, surge a necessidade de se autorizar uma forma de controle para que o interesse público seja resgatado e a moralidade administrativa preservada.

Objetiva-se, então, investigar a possibilidade de esse controle ser realizado pelo Poder Judiciário e os limites dessa atividade. Realizou-se, para isso, uma pesquisa bibliográfica, analisando-se obras publicadas na literatura.

## **2. Ato de provimento de cargos em comissão**

O ato de provimento de cargos em comissão insere-se no conceito de atos discricionários, pois os cargos dessa natureza são declarados em lei de livre nomeação e exoneração pela autoridade administrativa competente.

Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da administração. (GASPARINI, 1992, p. 201).

Feita a classificação dos atos de nomeação para cargos públicos em comissão como atos discricionários, devem-se compreender os exatos limites dessa discricionariedade.

A discricionariedade prevista em lei é o campo de liberdade conferida ao administrador. Tem ele o legítimo juízo de conveniência e oportunidade de se praticar o ato. Entretanto, deve-se saber que não se dimensiona a discricionariedade com base simplesmente no texto legal. A discricionariedade conferida por lei é sempre relativa, pois essa liberdade encontra limites nas normas constitucionais. Sobre esse aspecto, Figueiredo (2004, p. 212) enfatiza que “[...] como limite, na dinâmica da discricionariedade, necessariamente, há a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade [...]”.

Portanto, a discricionariedade só existe se a escolha do administrador cumprir da forma mais satisfatória o objetivo pretendido pela norma. Daí resulta sua relatividade; afinal, o que deve ser sempre alcançado, independentemente da opção do administrador, é o interesse coletivo. E não há como se alcançar o interesse público se não se observarem sobremaneira os princípios constitucionais da supremacia desse interesse sobre o privado e da moralidade administrativa.

Nesse sentido salientou Di Pietro:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2003, p. 79).

Está evidente, portanto, que não basta a mera consonância com a lei para que o ato administrativo esteja de acordo com o interesse público. Mister se faz também a primazia deste e é preciso que não haja ofensa à moralidade administrativa, sob pena de se ter que decretar a invalidade do ato administrativo discricionário.

Por essa razão é que também para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração impõe-se observar os ditames constitucionais e, respeitados esses, aí sim o administrador poderá valer-se da discricionariedade que lhe permite a livre escolha.

### **3. Cargos públicos em comissão, idoneidade moral e moralidade administrativa**

Dessa forma, os cargos públicos em comissão devem ser preenchidos por aqueles que, entre outros requisitos pertinentes ao cargo, atendam também à moralidade inerente à administração pública. Com efeito, ao gestor público não é conferido o poder de nomear toda e qualquer pessoa para os cargos em comissão, mas tão somente lhe é facultado escolher entre aquelas que atendam aos mandamentos que regem a administração pública. Nisso reside sua liberdade de escolha.

Registre-se, portanto, que não há ato discricionário no sentido de se autorizar o administrador a fazer o que lhe convém; ele estará sempre vinculado às regras constitucionais que regem o direito público. Desse modo, certo é que o provimento de cargos comissionados, embora enquadrado como ato discricionário, só será válido se feito conforme os parâmetros constitucionais.

Isso porque a noção de moralidade, trazida expressamente pela Constituição Federal, pressupõe a ocupação de cargos públicos, ainda que de forma transitória, por pessoas dotadas de qualidades morais. Tal exigência já vem, como regra, prevista nos certames quando se trata de cargo público de natureza efetiva. Nesse caso, além da aprovação no concurso, o candidato deve também comprovar o preenchimento dos requisitos específicos à natureza da função e aqueles inerentes a todo servidor público em sentido am-

plo ou agente público, entre os quais está a idoneidade moral. Faz parte dos requisitos subjetivos para admissão de uma pessoa como servidor público a capacitação moral.

Quanto aos cargos em comissão, tem-se que o seu provimento por pessoa nomeada livremente pelo administrador público não prescinde da presença do atributo da idoneidade moral. Ainda que ocupe transitoriamente cargo comissionado, para vir a se tornar servidora pública, é necessário que a pessoa seja moralmente idônea, conceito vago que representa um conjunto de caracteres como integridade e respeitabilidade.

Moralmente idônea é a pessoa incorrupta, imaculada, que em virtude dessa condição seja referida como de reputação ilibada. Assim, para gozar desse atributo, não pode a pessoa, pretendente a ocupar cargo público, registrar, entre outros, antecedentes criminais, situação incompatível com as qualidades anteriormente mencionadas.

Logo, a nomeação de pessoas que não apresentam idoneidade moral para cargos em comissão da administração pública não atende ao preceito constitucional da moralidade administrativa. Dessa forma, constatando-se a violação desse princípio, torna-se o ato passível de impugnação, “[...] pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública [...]” (MORAES, 2002, p. 312).

Com efeito, não pode o gestor público satisfazer interesses pessoais preenchendo cargo público com pessoas que não gozem de idoneidade moral. Agindo assim, estará o ato sendo praticado em desvio de poder, pois não terá sido perseguido um interesse público, ao contrário, a decisão se faz por motivos particulares. Dessa forma, resta violado também o princípio da supremacia do interesse público, porque o interesse privado do administrador terá prevalecido sobre o da coletividade.

Conforme ressaltado por Carvalho Filho (2005, p. 33) o uso do poder “[...] é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere”. Esse doutrinador segue dissertando

sobre o tema e aduz que “[...] a finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima.” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 35).

É relevante enfatizar que, ainda que o cargo em comissão seja um cargo de confiança da autoridade nomeante, essa não pode sobrepor seu interesse particular ao interesse público. A livre escolha só pode ser exercida entre pessoas dotadas das qualidades inerentes à idoneidade moral. Não pode o administrador nomear a pessoa que mais lhe convenha, seja para atender a um interesse próprio, seja para favorecer terceiro, sem observância dos requisitos necessários.

Ter um cargo público preenchido por pessoa inidônea fere o princípio da moralidade administrativa. É o conjunto de caracteres que integra o conceito de moralidade que transmite à sociedade a certeza e a segurança de que seus interesses, vistos coletivamente, serão satisfeitos por aqueles que estão à frente da administração pública. Consequentemente, a nomeação de pessoas que não possuem essa qualidade torna o ato imoral e violador do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Não se pode descuidar que os cargos de natureza efetiva são providos por pessoas que possuem o atributo da idoneidade moral, o que é demonstrado por meio dos documentos exigidos por ocasião do concurso público, antes da posse e do início do exercício no cargo. Assim também deve ocorrer em relação aos cargos em comissão e, uma vez verificado o não atendimento do requisito da idoneidade moral, cabe a censura do Poder Judiciário para fazer prevalecer o respeito aos princípios constitucionais.

#### **4. Controle judicial das nomeações para cargos em comissão**

É sabido que no direito brasileiro não há nenhuma contenda que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Com isso, tem-se por legítima também a submissão ao Judiciário dos atos discricionários praticados em desacordo com as normas constitucionais. Outrossim, é jus-

tamente em atos praticados no exercício de competência discricionária que o controle judicial revela-se como meio imprescindível para garantir o exato atendimento da lei.

É pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. (MELLO, 2003, p. 850).

Deve-se relembrar que a finalidade da norma que prevê a existência de cargos em comissão é garantir ao administrador público a possibilidade de ter junto de si pessoas de sua confiança para que melhor possa desempenhar suas funções. Isso, no entanto, não significa que ele possa admitir a pessoa que lhe convier, pois, para se alcançar a finalidade da norma, imprescindível que a pessoa escolhida possua as qualidades inerentes a todo e qualquer servidor público, que dão concretude à moralidade administrativa.

Violados preceitos constitucionais, cabe o controle de legitimidade, conforme disserta Meirelles:

*A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração. (MEIRELLES, 2008, p. 717, grifo do autor).*

Nesse contexto, importante ressaltar que a expressão idoneidade moral insere-se nos chamados conceitos indeterminados que, como res-

saltado por Figueiredo (2004, p. 210), “[...] comportam mais de uma aceção. Porém, no caso concreto, se a matéria estiver *sub judice*, será o juiz que os interpretará e atribuir-lhes significado”. Desta sorte, constatadas evidências de que um ato discricionário de provimento de cargo em comissão, no caso concreto, não atendeu à finalidade da norma, qual seja, escolha daquele que melhor atende à satisfação do interesse público, respeitando-se também a moralidade administrativa, impõe-se admitir o controle de tais atos administrativos.

Visto isso, tem-se que não basta a mera legalidade do ato para que ele seja considerado válido; é necessário também que haja conformidade com os princípios constitucionais, pois “[...] qualquer ato que desatenda à moralidade e aos fins administrativos invalida-se pelo *desvio do poder* [...]” (MEIRELLES, 2008, p. 719).

Nesse ponto Alexandrino e Paulo (2011, p. 795) endossam o entendimento acima, ressaltando que “[...] o controle de legalidade ou legitimidade não verifica apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada [...]”:

[...] devem, também, ser apreciados os aspectos relativos à obrigatoria observância do ordenamento jurídico como um todo, mormente dos princípios administrativos, tais como o princípio da moralidade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 796).

Quanto ao controle dos atos administrativos pelo Judiciário, Marinela disserta sobre a evolução que se apresenta hoje acerca do exercício dessa atividade:

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros (MARINELA, 2001, p. 277).

Não é, pois, mais tolerável que nos dias atuais o administrador preencha cargos de comissão de forma arbitrária, valendo-se da liber-

dade conferida pelo legislador para satisfazer interesses próprios. Há mesmo nos atos discricionários um senso comum, representado pelos princípios, do qual não pode o gestor público distanciar-se. Não se pode conceber, também, a remuneração de pessoas inidôneas pelos cofres públicos por razões de exclusivo interesse pessoal do gestor público.

Ademais, justamente nos casos em que há liberdade de escolha é que se faz necessário o controle judicial, única forma de garantir que o administrador público aja em conformidade com os preceitos constitucionais. Sobre isso, Carvalho Filho (2005, p. 36) relembra que “[...] o desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários”.

Não se ignora que o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário deve ocorrer de forma comedida, pois “[...] o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei [...]” (DI PIETRO, 2003, p. 210).

Carvalho Filho também disserta com cautela sobre essa possibilidade de controle:

Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 40).

Não obstante, deve-se consignar que essa medida, exercida dentro dos limites da separação dos Poderes, não interfere na liberdade do administrador, visto que a discricionariedade conferida a ele permanece e a ele cabe, segundo seus critérios subjetivos, preencher livremente os cargos de livre nomeação e exoneração. Contudo, sua escolha está restrita a pessoas moralmente idôneas, requisito inerente ao princípio da moralidade administrativa e ao interesse público.

Ademais, conforme disserta Justen Filho (2006, p. 168), a discricionariedade “[...] apresenta feição de dever-poder, não se apresenta

como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal [...]”. Finaliza ele, mais adiante, dizendo que:

[...] a aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples *preferência* subjetiva do governante. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 608).

Por essas razões, imperioso que se exerçam medidas para o fim de se extirpar da administração pública qualquer ato de imoralidade, função que cabe precipuamente ao Ministério Público. Com isso não estará o Poder judiciário se substituindo ao administrador, pois o mérito administrativo ficará preservado dentro dos limites conferidos pelas normas constitucionais. Assegurar-se-á, por outro lado, que a finalidade da norma discricionária seja cumprida pelo gestor público, que deverá exercer sua opção no preenchimento de cargos públicos em comissão com a escolha de pessoas que atendam aos requisitos subjetivos inerentes à qualidade de servidor público, garantindo-se a preservação da moralidade administrativa e do interesse público.

## 5. Conclusão

Analisando-se as diversas doutrinas, percebe-se que os princípios constitucionais são reconhecidos como normas que devem ser cumpridas. Contudo, quando se trata de controle judicial de atos discricionários ainda se verifica resistência quanto a uma possível interferência do Judiciário no campo da conveniência e da oportunidade do administrador, o que acaba por mitigar a concretização dos princípios constitucionais.

Como visto, há limites impostos pelo ordenamento jurídico para o preenchimento de cargos de livre nomeação e exoneração. A ocupação de cargos públicos por pessoas que não apresentam idoneidade moral gera desconfiança popular acerca da administração pública e compromete o desenvolvimento dos interesses coletivos.

Assim, não se pode admitir que, a pretexto de fazer uso da discricionariedade que lhe é conferida por lei, o administrador desrespeite

preceito constitucional. Caso isso ocorra, imprescindível a intervenção do Judiciário para correção do desvio, pois utilizar-se da suposta discricionariedade para burlar mandamento constitucional é desvirtuar a liberdade que foi conferida por lei.

Exercendo o Poder Judiciário o controle sobre tais atos, restará preservada tanto a liberdade do administrador público como o exato atendimento da finalidade legal. Em caso de desvio, o controle judicial obrigará o gestor público a observar que a investidura em cargos do quadro da administração pública, independentemente de sua natureza, isto é, seja de provimento efetivo seja em comissão, deve se dar por pessoas capacitadas moralmente, sob pena de se anular o ato administrativo praticado em desconformidade com os preceitos constitucionais.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que não basta que o controle seja apenas admitido doutrinariamente. Imperioso é que o exercício dessa atividade ocorra de forma mais ousada pelos Tribunais pátrios, provocados pelo Ministério Público, para que efetivamente haja a concretização dos princípios constitucionais.

## 6. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 maio 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Artigo recebido em: 19/10/2012.

Artigo aprovado em: 30/08/2013.

DOI: 10.5935/1809.848720140015

**CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O  
EQUIVOCADO USO DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA  
COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA  
E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

MARIA CECÍLIA BORGES

Procuradora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto ao  
Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Brasil  
gabmbmpc@gmail.com

**1. A função constitucional de controle externo exercida pelos  
Tribunais de Contas e suas características**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), consolidou-se a estatura constitucional dos Tribunais de Contas, órgãos destinados a desempenhar, precipuamente, a fiscalização da atividade financeira estatal e cujo arcabouço normativo foi estruturado pelo próprio poder constituinte<sup>1</sup>, tanto no plano da função que exercem, como no plano das suas competências, atribuições e do regime jurídico de seus agentes. Por meio de um adequado enquadramento jurídico-constitucional, fica evidenciado que “os Tribunais de Contas são incumbidos fundamentalmente da função fiscalizadora de controle externo.” (BRITO, 2005, p. 73).

O Poder Legislativo, além de desempenhar, como função típica, aquela que lhe dá nome, também exerce o controle externo, por meio do qual se incumbe de fiscalizar as atividades financeiras e operacionais

---

<sup>1</sup> O poder constituinte de que se trata aqui é o poder de elaborar uma Constituição, estabelecendo uma nova ordem jurídica fundamental para o Estado (no caso, o Estado brasileiro e a Constituição vigente, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988). (BRITTO, 2012, p. 9).

da Administração Pública quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos dos arts. 70 e seguintes da CF/1988, com o auxílio técnico dos órgãos especializados – os Tribunais de Contas.

O Poder Legislativo e a sociedade são destinatários das atividades dos Tribunais de Contas. Em primeiro lugar, porque estes, por dever de ofício, dispõem ao Legislativo a sua experiência de órgãos técnicos (CF/1988, art. 71) e, em segundo, porque suas competências interessam diretamente à sociedade, uma vez que se trata de competências essenciais à consolidação da democracia, à efetivação do direito à probidade administrativa e à eficiência.

A par desses contornos de forma e com tal densidade e substância, os Tribunais de Contas não são puros órgãos técnicos, pois participam da efetivação dos valores e princípios estruturantes da República; de fato, são *visceralmente técnicos, mas fundamentalmente políticos* e, se é verdade que não constituem um poder do Estado, são todavia seguramente “órgãos portadores ou garantidores dos valores político-constitucionais do Estado.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 102-103).

Desse modo, extrai-se que a *função de controle externo* emana diretamente da Constituição Federal e, confiada aos Tribunais de Contas, é *indelegável, irrenunciável e insuscetível de mitigação* por intermédio da legislação infraconstitucional<sup>2</sup>. Com efeito, as atividades desenvolvidas pelos Tribunais de Contas são *atividades indisponíveis*, não estão à disposição de Estado, aparelho administrativo, agente ou autoridade pública ou, ainda, do indivíduo, e constituem um *interesse de maior grandeza, um interesse público por excelência*.

<sup>2</sup> “Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só abrir os olhos sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de nº IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que somente em uma oportunidade é que existente menção à lei infraconstitucional. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade.” (BRITTO, 2005, p. 70).

## **2. O uso dos princípios da prescrição e da decadência, com embasamento na segurança jurídica, para resolver os problemas decorrentes do volume e da morosidade processuais**

Os processos que tramitam nos Tribunais de Contas devem observar o que é intitulado “concretizações do devido processo legal” (DIDIER JR., 2012, p. 47), relativamente ao contraditório e à razoável duração do processo, garantia fundamental introduzida pela CF/1988. A questão do tempo do processo elevada ao *status* de garantia constitucional justifica-se, de um lado, pela insatisfação da sociedade com a prestação tardia da tutela dos seus direitos e, de outro, pelo entendimento de que o Estado deve prestar a jurisdição de modo efetivo, tempestivo e adequado, como decorrência lógica do direito de ação. Segue-se, pois, que o devido processo é aquele *processo que tenha razoável duração*, considerando-se a complexidade da matéria, o comportamento das partes e a atuação do órgão.

Em contrapartida, não se pode ignorar que o grande volume processual é uma realidade em muitos Tribunais de Contas do país, quer pela diversidade de atos submetidos a seu controle, quer pela descentralização administrativa, que produz inúmeras entidades e órgãos administrativos. O exame dos processos formados, de várias naturezas, envolve os mais diversos agentes e órgãos públicos, além de muitas vezes ser complexo e demandar a inspeção localizada, com deslocamento de técnicos do Tribunal de Contas até o órgão ou entidade fiscalizada.

Tal situação, aliada à ineficiência em dois aspectos – o desempenho insatisfatório das atribuições do agente público, que não logra os melhores resultados possíveis, e a má organização e estruturação administrativa, incluindo-se a deficiência no uso da informatização e no planejamento –, redundam no acúmulo de processos nos Tribunais de Contas de todo o país, que se veem incapazes de analisar as demandas em tempo razoável. Portanto, são problemas inegavelmente relacionados à demora na prestação jurisdicional, à ineficiência e à falta de celeridade processual.

Sabe-se que o decurso de longo intervalo de tempo entre o nascimento do ato a ser examinado e a efetiva análise fiscalizadora por

parte do órgão de controle externo revela-se, quase sempre, como fator de injustiça. Diante disso, fala-se em *insegurança jurídica* por causa da demora, o que, todavia, se consubstancia em falsa premissa. A segurança jurídica deve ser privilegiada, decerto, mas não da forma como se tem indevidamente propalado, com a aplicação irrestrita da prescrição e da decadência.

Os Tribunais de Contas devem adotar medidas de racionalização administrativa e almejar a concreção dos princípios da eficiência, economicidade e proporcionalidade, tanto por meio de seleção do objeto a ser fiscalizado (através de critérios objetivos de relevância, materialidade e risco), como pela utilização de técnicas de arquivamento de autos com conteúdo menos expressivo ou com irregularidades formais de menor importância, verificando-se a natureza dos vícios e seus efeitos no mundo jurídico, podendo-se até concluir pela não fiscalização, se o custo for superior ao retorno esperado. Com o intuito de melhor subsidiar essa análise e ensejar um adequado planejamento do controle, os Tribunais de Contas devem servir-se de estudos e da tecnologia da informação, bem como da avaliação de parâmetros objetivos para aferir o risco potencial dos atos fiscalizados ao patrimônio público. Também é preciso que sejam gradativamente implantados nesses tribunais os processos eletrônicos, a fim de otimizar a análise. Os métodos de arquivamento sem resolução de mérito podem, em face do caso concreto, atender às prerrogativas constitucionais dos Tribunais de Contas, respeitado o poder-dever de fiscalização. Com a informatização e o uso eficiente e racional dos seus recursos, com base em parâmetros que permitam um melhor resultado e planejamento mais eficaz – entre outros métodos de racionalização administrativa e eficiência processual, fundamentados na segurança jurídica –, serão encontradas soluções que ataquem e enfrentem adequadamente a morosidade e o volume processuais nos Tribunais de Contas.

Jacoby Fernandes, ao tratar dos princípios que informam a atividade de controle externo, destaca o da relação custo-benefício, segundo o qual “o custo do controle não pode exceder os benefícios que dele decorrem, ou causaria o descontrole”. O princípio, que já teve o nome de *racionalização* de meios, na atualidade é denominado

*economicidade*, cujo guardião constitucional é o controle externo (FERNANDES, 2005, p. 42). O referido preceito encontra-se igualmente positivado no direito pátrio, como no art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967<sup>3</sup> e na Lei Complementar Estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais)<sup>4</sup>.

Assim, com planejamento e informatização, os Tribunais de Contas podem gerir de maneira eficiente, confiável e juridicamente sustentável seu passivo de processos e planejar convenientemente suas ações de fiscalização, atendendo ao princípio constitucional da eficiência e da razoável duração dos processos.

Há quem defenda, porém, a aplicação da prescrição e da decadência nas atividades de controle externo. Segundo a tese sustentada, tal seria feito em homenagem aos princípios da razoável duração dos processos e da segurança jurídica<sup>5</sup>. Supõe-se que a utilização daqueles institutos tem como finalidade fazer frente aos problemas relatados neste trabalho. No entanto, o embasamento de tal prática no princípio da segurança jurídica se desfaz pela análise profunda e refletida sobre o tema.

O princípio da segurança jurídica, também denominado princípio da estabilidade das relações jurídicas, tem por objetivo central impedir que se desfaçam injustificadamente atos ou situações jurídicas, ainda que manifestem alguma desconformidade, se tal desfazimento for mais prejudicial do que sua manutenção.

---

<sup>3</sup> “O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.”

<sup>4</sup> “Art. 71. [...] § 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, ou determina o seu arquivamento pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou por racionalização administrativa e economia processual. [...] Art. 117. A título de racionalização administrativa e economia processual e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar o arquivamento do processo, o qual não implicará o cancelamento do débito, ficando o devedor obrigado a pagá-lo para que lhe seja dada a quitação”.

<sup>5</sup> cf. Mensagem nº 169, de 15 de dezembro de 2011, do Governador do Estado de Minas Gerais. (MINAS GERAIS, 2011).

Em uma análise superficial, os institutos da prescrição e da decadência parecem encontrar respaldo no princípio da segurança jurídica. Contudo, tal impressão desaparece quando se considera que a aplicação indiscriminada desses institutos acaba fornecendo igual solução tanto para casos realmente excepcionais, quanto para hipóteses que reclamam a invalidação do ato por absoluta incompatibilidade com o ordenamento. Portanto, a solução apresentada implica, na verdade, *insegurança jurídica*, sendo hábil para afrontar os princípios da impessoalidade e moralidade.

Assim, é incorreta a premissa da segurança jurídica, bem como o fato de que os institutos da prescrição e da decadência encontram embasamento nesse princípio, já que os problemas por resolver se relacionam à ineficiência dos Tribunais de Contas no exercício de sua atividade precípua de controle externo das contas públicas. Logo, *a questão não pode ser reduzida exclusivamente ao plano da necessidade de estabilização de determinadas relações sociais*, com ignorância dos vícios existentes ou da repercussão dos seus efeitos no mundo jurídico. Da mesma forma, não cabe invocar abstratamente a boa-fé ou a dignidade da pessoa humana para sustentar ilegalidades flagrantes.

A propósito, o mero decurso do tempo não pode ter o condão de validar situações que, no seu nascedouro, sejam ilegais, injustas ou imorais, tampouco pode impedir a Administração Pública de rever os seus atos, mesmo porque, de acordo com o enunciado da Súmula nº 473 do STF, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. Sob tal enunciado se pode sustentar a imprescritibilidade do ato eivado de vício de nulidade, pois que, sendo visceralmente contrário ao interesse público, *não pode adquirir eficácia pelo decurso do tempo*.

Ainda mais desautorizada é a aplicação irrestrita da decadência e da prescrição à função exercida pelos Tribunais de Contas diante da indisponibilidade do interesse público e do seu poder-dever de controle, função extraída diretamente da Constituição, com contorno, substância e regramento próprios. A solução proposta de aplicação

indevida dos referidos institutos, na verdade, é a solução do não exame ou do não controle<sup>6</sup>, a qual se pode mostrar cômoda, mas sacrifica a própria razão de existir dos Tribunais de Contas.

### **3. Aplicação excepcional de institutos que privilegiam a segurança e a estabilização jurídicas como método de racionalização e a impossibilidade de aplicação de normas infraconstitucionais que disponham sobre prescrição e decadência**

No Mandado de Segurança nº 24.448/DF (BRASIL, 2007), o Supremo Tribunal Federal, sem falar sobre a aplicabilidade da prescrição e da decadência no âmbito dos Tribunais de Contas, entendeu que os particulares têm direito ao contraditório e à ampla defesa em caso de inércia dos Tribunais de Contas, que devem agir em *tempo razoável*. O STF decidiu que o aspecto temporal *diz intimamente com o princípio da segurança jurídica*. No mesmo sentido, no Mandado de Segurança nº 25.116/DF (BRASIL, 2011), o referido tribunal definiu que “a manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade.”

Na mesma senda, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), *por incidência do princípio da segurança jurídica*, é possível, *excepcionalmente, mediante um juízo de razoabilidade em face do caso concreto*, ocorrer o registro de atos eivados de alguma irregularidade de menos importância. Ao analisar um caso concreto (BRASIL, 2009), com base em precedentes do STF, decidiu o TCU, *excepcionalmente*, pela consolidação de situações irregulares em virtude do longo tempo decorrido, tendo o interessado agido de boa-fé. Em caso similar<sup>7</sup>, ressaltou-se que a consideração

<sup>6</sup> Nesse sentido, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, ao tratar do instituto da prescrição – no âmbito penal, que se aplica, *mutatis mutandis*, ao presente caso –, entende que a possibilidade prevista pela legislação atual para garantir segurança favorece impunidade. “A possibilidade de prescrever ao longo da tramitação [da ação] é uma indicação de um sistema em que não se quer punir”, acrescentou. (PRESIDENTE..., 2013, p. A6).

<sup>7</sup> “[...] a segurança jurídica deve prevalecer sobre uma eventual ilegalidade segundo a vigente jurisprudência desta Corte, dadas as características específicas do caso concreto, apontadas de forma objetiva e precisa (o excessivo lapso temporal e as evidências de que

do princípio da segurança jurídica não se fez associada à ocorrência da decadência administrativa de que trata o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, mas sim mediante a devida ponderação dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica em face das *circunstâncias que caracterizam a situação singular*. Em certo caso em que se discutia arredondamento de tempo de serviço (BRASIL, 2008), o TCU, excepcionalmente, considerou legal o ato de aposentadoria em exame, levando em conta a exiguidade do período remanescente para completar o tempo exigido, em homenagem aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, economicidade e segurança jurídica. Em outro julgado (BRASIL, 2010), o TCU, considerando a necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, a vigência de mais de dezenove anos do ato, e a circunstância de não se saber, diante dos dados existentes, quem deu causa à demora na apreciação (a qual, segundo se presume, não foi consequência de atitude da própria inativa), bem como a falta de razoabilidade ou de justiça e o fato de a ex-servidora, idosa de 89 anos, ter cumprido exatamente o que a legislação exigia – circunstâncias caracterizadoras de situação peculiar –, deixou de considerar ilegal o ato examinado.

Tais decisões dizem respeito a *hipóteses extremamente excepcionais* em que *houve a consideração do princípio da segurança jurídica*, dissociada da prescrição ou decadência administrativa, protegendo-se a *confiança*. Portanto, frente a hipóteses concretas excepcionais, com base em um exame de razoabilidade e proporcionalidade, eficiência e economicidade, admite-se, em homenagem à segurança jurídica, a regularidade de atos que não gozam de todos os atributos previstos no ordenamento jurídico. Assim, *deve-se analisar o conteúdo dos processos*, a natureza dos vícios, a repercussão deles, as ilegalidades e a boa-fé para, *excepcionalmente*, em situações e circunstâncias singulares, justificar-se a aplicação da estabilização das relações jurídicas.

---

tanto o agente do Estado quanto o beneficiário podiam legítima e confiantemente estar seguros sobre a conformidade do ato à legislação vigente). Ressalto que a consideração do princípio da segurança jurídica, neste caso concreto, [...] faz-se mediante a devida ponderação dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica diante das 'circunstâncias que caracterizam a situação singular'." (AC376421/101, Rel. Min. Weder de Oliveira. J. 22.06.2010. Registro de Atos – Representação).

Em sede doutrinária, Juarez Freitas igualmente assevera que, somente “em casos excepcionais, deve a Administração convalidar atos irregulares na origem, em benefício da estabilidade” (FREITAS, 2004, p. 62).

Por fim, é preciso reconhecer que o princípio da segurança jurídica não pode ser o fundamento para a aplicação de institutos que transmudam em regular todo e qualquer ato objeto de controle externo ocorrido há determinado lapso temporal. O referido princípio, na verdade, serve como fundamento apenas para, excepcionalmente, convalidar atos que, diante dos elementos do caso concreto, não suportam revisão.

Nesse sentido, algumas normas editadas pelo Estado de Minas Gerais estão eivadas de inconstitucionalidade ao disporem sobre prescrição e decadência no âmbito do Tribunal de Contas do mesmo ente federativo. O próprio dispositivo da Constituição mineira é inconstitucional por violar o princípio da simetria constitucional, que estabelece que os entes federados devem organizar-se de forma harmônica e compatível com a Carta Magna da República.

Ayres Britto afirma que o regime jurídico dos Tribunais de Contas é “nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição pelo legislador de primeiro escalão, que os estruturou e os funcionalizou, não importando o que diga ou deixe de dizer a lei menor” (BRITTO, 2005, p. 70). Segue-se que as Constituições estaduais devem adotar para os Tribunais de Contas dos Estados o mesmo traçado da CF/1988 para o Tribunal de Contas da União, tendo como parâmetros obrigatórios os art. 70 e seguintes, nos quais certamente não há nenhuma menção, ou possibilidade de aplicação, dos institutos da prescrição e da decadência no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas. A jurisprudência do STF<sup>8</sup> reitera o entendimento consolidado acerca

<sup>8</sup> “[...] É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria.” (ADI nº 3.307/MT, Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. *DJ*, 29 maio 2009). Ver também: ADI nº 3.225/PA, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Julg.* 22.06.2006; ADI nº 916, Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Julg.* 02.02.2009. *DJe*, 06 mar. 2009; RE nº 223.037, Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. *Julg.* 02.05.2002. *DJ*, 02 ago.

do caráter eminentemente constitucional do regime jurídico do Tribunal de Contas, o qual não se limita à organização, mas se estende à forma de os Tribunais de Contas exercerem as suas competências.

No tocante a dispositivos de lei estaduais, além da inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, também carecem de inconstitucionalidade material.

Nesse sentido, recorde-se que o controle externo pela aplicação da prescrição e da decadência foi apresentado como possível homenagem aos princípios da duração razoável do processo e da segurança jurídica. Todavia, considerando que outros princípios igualmente sensíveis se entrelaçam na matéria – moralidade administrativa, impessoalidade, direito à probidade administrativa e indisponibilidade do interesse público, entre outros –, a norma em questão revela-se *inadequada*, pois pretende aplicar à função de controle externo atribuída ao Tribunal de Contas institutos que lhe são inaplicáveis; *desnecessária*, uma vez que não é insubstituível, pois existem outros meios que garantem a razoável duração do processo e a segurança jurídica; e, finalmente, *desproporcional*, cotejando-se os fins supostamente almejados pelo legislador e os meios empregados.

No caso vertente, a eleição dos princípios da segurança jurídica e da razoável duração dos processos, como falsa premissa para a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência nos Tribunais de Contas, tem por consequência imediata e irrecuperável, ainda, a fulminação dos seguintes princípios: legalidade (o qual, também compreendido na acepção mais ampla de princípio da juridicidade, é âncora do sistema jurídico, mecanismo de contenção do poder e parâmetro necessário para a formação da vontade pública), impessoalidade (com efeito, dos dispositivos legais questionados resulta que situações jurídicas análogas terão desfechos diversos), moralidade e indisponibilidade do interesse público.

---

2002; ADI nº 461, Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Julg. 08.08.2002. *DJ*, 06 set. 2002; ADI nº 3.276, Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julg. 02.06.2005. *DJ*, 1º fev. 2008; ADI nº 3.715MC, Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 24.05.2006. *DJ*, 25 ago. 2006.

Se a Constituição Federal não tolera tal sorte de injustiça, tampouco a legislação infraconstitucional poderá promovê-la, sob pena de inconstitucionalidade flagrante. Como resultado disto, será produzida maior insegurança do que a insegurança jurídica que se quer combater, também pelo descrédito da população nas instituições de controle e nos mecanismos para coibir as situações lesivas ao erário. Conforme examinado, a função de controle externo atribuída pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, bem como as competências e atribuições dela decorrentes, constitui interesse de maior grandeza, interesse público por excelência. *Despindo-se o Tribunal de Contas da sua função, a que servirá?* O veto do Governador do Estado de Minas Gerais a dispositivo da Lei Complementar Estadual nº 102/2008, em suas razões<sup>9</sup>, ensaiou a resposta: risco iminente de que o órgão se converta em mero “homologador” do instituto da prescrição em lugar de exercer a missão constitucional, o poder-dever do controle externo.

Assim, por tudo quanto se expôs, ao se realizar um adequado enquadramento jurídico-constitucional da questão, a conclusão inarredável é de que não há, efetivamente, embasamento na segurança jurídica para a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência pelo controle externo a cargo dos Tribunais de Contas, sendo dever de todos os agentes públicos coibir tal prática.

#### 4. Referências

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Maria Cecília. Algumas reflexões acerca do princípio da segurança jurídica no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas diante das dificuldades decorrentes do volume processual e ineficiência: inaplicabilidade da prescrição e da decadência e apresentação de alternativas para racionalização administrativa e razoável duração dos processos nas Cortes de Contas. *Interesse Público*: IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013.

<sup>9</sup> Cf. Mensagem nº 169, de 15/12/2011, do Governador do Estado de Minas Gerais. (MINAS GERAIS, 2011).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.488, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. *DJ*, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494628>>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 25.116, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 8 set. 2010. *DJe*, 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618869>>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.417/2009, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Brasília, DF. Data de publicação: 14 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC072208/082, Rel. Min. Aroldo Cedraz, Brasília, DF, 25 mar. 2008. (Registro de Atos – Representação).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC331019/101, Rel. Min. Augusto Nardes, Brasília, DF, 8 jun. 2010. (Registro de Atos – Representação)

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 1.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JAYME, Fernando Gonzaga. *A competência jurisdicional dos tribunais de contas no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos/cat\\_view/18-artigos?limit=10&order=hits&dir=DESC](http://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos/cat_view/18-artigos?limit=10&order=hits&dir=DESC)>. Acesso em: 13 mar. 2012.

PRESIDENTE do STF defende novas regras para prescrição de crimes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 3 abr. 2013, p. A6.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINAS GERAIS. Lei Complementar Estadual n. 120, de 15 de dezembro de 2011. Altera a Lei Complementar n. 102, de 17 de janeiro de 2008, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências. *Minas Gerais*, Diário do Executivo, 16 dez. 2011, p. 1, col. 2. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=120&comp=&ano=2011&aba=js\\_textoOriginal#texto](http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=120&comp=&ano=2011&aba=js_textoOriginal#texto)>. Acesso em: 12 fev. 2012.

MINAS GERAIS. Mensagem n. 169, de 15 de dezembro de 2011, do Governador do Estado de Minas Gerais. *Minas Gerais*, Caderno 1, Governo do Estado, Leis e Decretos.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. *O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOI: 10.5935/1809.848720140016





# 7

- Normas de Publicação  
para autores
- Writers' Guidelines

Português  
English



# NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

---

A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado e comentários a jurisprudências. A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público.

Os artigos enviados à *Revista De Jure* devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões, nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa do Corpo Editorial, formado pelos conselheiros e por revisores *ad hoc*. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão dupla cega de pares, ou *double blind peer review*, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pareceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

À revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

### **Normas de publicação**

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure).

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois pareceristas, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es)

quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão dupla cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

6. Os artigos encaminhados para a *Revista De Jure* deverão ter um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 30 (trinta) páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 15 (quinze) páginas.

7. Os autores deverão incluir minicurrículo, contendo afiliação e titulação acadêmica, com no máximo 200 (duzentas) palavras. O minicurrículo deverá, obrigatoriamente, conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

### **Normas de padronização dos artigos e comentários à jurisprudência**

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o *Arial*, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (*abstract e key words*). O resumo apresenta a ideia geral do tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários à jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo *Bureau* Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI - Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafados em itálico.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 *dots per inchs* [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvi-

mento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <[http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em itálico), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <[http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs\\_revistas/eccos/eccos\\_v6n2/eccosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em itálico), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em itálico (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IEA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <[www.bn.br](http://www.bn.br)>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

# WRITERS' GUIDELINES

---

## **Materials published in every issue:**

### **Essays**

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the *Journal De Jure* should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays in the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

### **Academic Articles**

*De Jure* publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

### **Academic Articles: Double Peer Blind Review**

The academic articles submitted to *De Jure* must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility

and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

### **Comments on Jurisprudence**

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

### **Submission**

Authors who wish to submit articles or essays must access the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between

paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words); key words (maximum of five) and title in english.

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 *dots per inch*s [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font *Times New Roman* 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

**a) Book reference:** The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989.

**b) Book (section or chapter):** The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section or chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

**c) Book (electronic media):** The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1<sup>st</sup> ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <[http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**d) Journal (one article):** The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

**e) Journal (electronic media):** The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <[http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs\\_journals/cje\\_v6n2/ec-cosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/ec-cosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**f) Academic work:** The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

