

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 370.

(ano VII)

(15/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



15/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira  
» [O jurado tem direito à prisão especial?](#)

### ARTIGOS

15/06/2015 Alexandre Pereira Sales

» [Reflexões sobre o Sofrimento da Vítima como Elemento para a Configuração do Dano Moral](#)

15/06/2015 Bruno Joviniano de Santana Silva

» [Indulto retroativo: Respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito](#)

15/06/2015 Luiz Henrique Tamaki

» [Os princípios da preclusão no processo civil](#)

15/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» ["Alguma coisa está errada neste contexto", disse o Ministro sobre a delação premiada](#)

15/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da Proteção Jurídica dos Apicuns e Salgados na Lei nº 12.727/2012](#)

15/06/2015 Alan Carvalho Santos

» [Imunidade Tributária Como instrumento de liberdade da organização religiosa: Eficácia do instituto ou desvirtuamento?](#)

### MONOGRAFIA

15/06/2015 Cristine Nabinger de Souza Avelal

» [Poder constituinte originário: fato ou direito, questão da soberania - povo ou nação](#)

## O JURADO TEM DIREITO À PRISÃO ESPECIAL?

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:** Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

No ano de 2011, foi promulgada a Lei nº. 12.403, alterando substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte epígrafe: *“Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”*.

O legislador aproveitou o ensejo para modificar a redação do art. 439, que passou a prever que o exercício efetivo (ou seja, é preciso que tenha figurado no Conselho de Sentença) da função de jurado constitui serviço público relevante e estabelece presunção de idoneidade moral, não mais dando direito à prisão especial. Inexplicavelmente não aproveitou a oportunidade para revogar o inciso X do art. 295.

De toda maneira, e nada obstante, entendemos que não há mais falar-se em prisão especial para os jurados. Tratou-se de mais uma consequência desastrosa das reformas pontuais no processo penal brasileiro, transformando-o em uma verdadeira "colcha de retalhos" (como mais um exemplo, conferir os arts. 198 e o parágrafo único do art. 186).

A propósito destas malfadadas reformas pontuais que pululam o processo penal brasileiro, já cambaleante com este Código fascista, veja-se a lição de Jacinto Miranda Coutinho:

*"As reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo, justo porque se haveria de ter um patamar epistêmico do qual não se poderia ter muita dúvida. (...) Talvez seja este, afinal, o grande motivo pelo qual vai-se para mais de quarenta anos de tentativas de mudanças (não esquecer que o Anteprojeto Tornaghi era de 1963) e elas não se consomem, dado encontrarem resistências pontuais fundadas em argumentos de tal relevância que se tornam de difícil resposta. Ora, ou se demarca, da melhor maneira possível, pela base epistemológica, o campo de incidência do objeto da reforma, ou não se retiram as premissas (algumas absolutamente falsas) aos ataques sofridos por ela, a começar daqueles que partem da angústia gerada pelo novo aos castelos da*

*segurança calcada no conforto do velho. (...) Neste diapasão, é necessário discutir imensamente antes de tentar mudar – de verdade! – a estrutura; e não há que temer as eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos, muito menos fazendo de conta que eles não existem ou não têm importância porque não dizem respeito à questão. Por esta dimensão, é inescurecível discurso político aquele que avança contra uma reforma global com a ideia da dificuldade prática de se conseguir, no Parlamento, uma mudança do gênero. Mas nenhum mal há nisso, em se fazer um discurso político; muito pelo contrário. (...) Não se pode deixar de sustentar que um projeto global consistente, refletindo seu tempo, há de vingar como, diga-se de passagem, ocorreu na Itália, em que pese os vinte e cinco anos de discussões, com inúmeras atualizações, sem se perder o rumo, justo porque se manteve a unidade. Há de se abrir mão (algo não muito fácil em um país como o nosso, sempre marcado pelo imediatismo da glória, mormente em tempos de extremado individualismo narcíseo), por evidente, do açodamento, da pressa de se produzir uma reforma para o dia anterior. (...) Para quem observa tudo da borda, mas não se satisfaz com espelinhos discursivos, resta a confiança em*

*uma reforma do processo penal que não seja iludida pela retórica fácil da conversa neoliberal antidemocrática, louca para nos levar a esperança de um mundo melhor para todos."*[\[1\]](#)

Por que assim entendemos, qual a razão de não mais admitirmos a prisão especial para os jurados?

É simples: a norma posterior (a lei de 2011, acima referida), revogou (não de forma expressa) o inciso X do art. 295 do Código de Processo Penal, seja porque lhe é mais recente (e trata da mesma matéria - vide art. 2º. parágrafo primeiro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), seja pelo fato de se tratar de uma disposição de caráter especial, relativa especificamente à função do jurado (art. 439 do Código de Processo Penal, contido na seção VIII - Da Função do Jurado, do Capítulo referente ao procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri).

Não esqueçamos que na redação anterior à reforma de 2011, ao jurado dava-se, expressamente, o direito de ser recolhido à cela especial, nos termos do antigo art. 439 (com redação dada pela Lei nº. 11.689/2008). Hoje, esta é a redação do referido artigo: "O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral." (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Vê-se, portanto, que deixou de se assegurar prisão especial ao jurado.

A propósito, **mutatis mutandis**, observa-se que "*havendo conflito entre normas jurídicas de mesma hierarquia,*

*ocorrendo a antinomia de segundo grau, ou seja, a discrepância entre as soluções preconizadas pelos critérios cronológico e o da especialidade, deve prevalecer, em regra, a resposta que resultar da aplicação deste último critério.”* (Superior Tribunal de Justiça – 2ª. Turma - Recurso Especial nº. 655.958/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 09.11.2004, DJ 14.02.2005, p. 185).

*“Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito.”* (Supremo Tribunal Federal, 2ª. Turma, Habeas Corpus. nº, 88.702/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado em 24.11.2006).



*“Eventuais conflitos normativos que se registrem na definição legal dos prazos recursais, envolvendo proposições incompatíveis constantes do Código Eleitoral e da legislação processual comum, qualificam-se como meras antinomias aparentes, posto que passíveis de solução à luz do critério da especialidade, que confere primazia à lex specialis, em ordem a bloquear, em determinadas matérias, a eficácia e a aplicabilidade da regra geral, ensejando, desse modo, com a prevalência da norma especial, a superação da situação antinômica ocorrente.”* (Supremo Tribunal Federal – 1ª. Turma - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº.22406/PE – Relator Ministro Celso de Mello, 19/03/1996).

Como afirmava Bobbio, *"a hipótese de antinomia real decorre do conflito entre critérios (conflito de 2º grau), em três casos: 1)critério cronológico versus critério hierárquico, tal como lei ordinária posterior à Constituição (prevalecendo a hierarquia já que a norma inferior não pode contrariar a superior); 2) especialidade versus cronológico, como no código posterior à lei especial — prevalecendo, então, a especialidade, já que se aplica o adágio de que a lei geral*

*posterior não revoga as disposições contrárias; e 3) hierarquia versus especialidade", caso em que, segundo Bobbio, "a solução dependerá da situação concreta, pois há dois valores em jogo, vale dizer, princípio da hierarquia versus o princípio da justiça. Por sempre prevalecerem em relação ao critério cronológico, os critérios de hierarquia e especialidade são chamados de critérios fortes".[2]*

Para finalizar e a propósito da prisão especial, trago à colação, mais uma vez, pela pertinência temática e pelo brilhantismo da exposição, Jacinto Coutinho, desta vez acompanhado de Bruna Araujo Amatuzzi:

*"Um dos maiores problemas na discussão da manutenção da Prisão Especial tem sido a constante demonstração de falta de conhecimento do que ela é. E isso tem atingido gente do chamado mundo jurídico e, em uma proporção incomum, grande parte dos políticos que, invariavelmente, fazem discursos eleitoreiros voltados à pura e absurda repressão contra o diferente, seja ele qual for. Desde este pano de fundo (ligado ao chamado Movimento de Lei e Ordem e expressão maior, no campo criminal, do pensamento neoliberal), investem contra a Prisão Especial como se ela fosse uma regalia no cumprimento da pena. Infeliz engano! No Brasil, como sabe qualquer um só um pouco avisado, todos (sem exceção) os condenados definitivamente à pena de*

*prisão cumprem-na sob a égide da Lei de Execuções Penais e, portanto, no Sistema Penitenciário, no qual não há Prisão Especial para ninguém. Ela, a Prisão Especial, é uma forma de execução da chamada Prisão Cautelar, ou seja, uma modalidade de prisão constitucionalmente admitida, sempre nos estritos limites legais, para se garantir a finalidade do processo penal, ou seja, o melhor exercício da Jurisdição e, assim, (i) a aquisição do conhecimento possível e conforme a Constituição; (ii) decisões corretas a partir dele e, por fim, (iii) tornar eficaz tais decisões. Tudo isso se faz, porém, com a aparente superação do princípio constitucional da presunção de inocência, uma conquista do cidadão e imprescindível à democracia, justo por não ser pena. Eis por que, então, a referida Prisão Cautelar é uma exceção e, portanto, só deve ser aplicada nos estritos limites da lei que, afastados, leva o cidadão cautelarmente preso à liberdade. Aqui se entende a conjugação dos incisos LVII e LXI do art. 5º, da CR. Presume-se, portanto, por ordem constitucional, inocente o cidadão mesmo que preso cautelarmente. E é por isso que se impõe a Prisão Especial como maneira de garantir o seu direito, sempre antes da condenação definitiva. Tem ela, porém, uma razão de ser tão*

*relevante que, por si só, justificaria a quebra aparente (é tão só aparente!) da isonomia constitucional, de todo inexistente em razão dos pressupostos serem diferentes. Ora, algumas pessoas exercem funções e profissões de tamanha importância no contato com os cidadãos criminosos e sua persecução que, legal ou ilegalmente presos cautelarmente, não pode o Estado obrigá-los a compartilhar o mesmo cárcere com aqueles que lá estão, quiçá por ação direta deles. O risco à incolumidade física e psíquica é indiscutível; uma verdadeira crônica de uma morte anunciada! Basta, neste sentido, pensar em figuras emblemáticas e imprescindíveis à democracia como o Juiz de Direito: a sociedade exige dele (na forma constitucional, por óbvio) que, se for o caso, decrete a Prisão Cautelar de um cidadão investigado ou processado e, ao depois, se quem vem a ser preso é o próprio Juiz de Direito, tenha ele de ocupar o mesmo ambiente prisional que aquele. Sendo assim, o que se pode esperar da conduta daquele cidadão e do ódio eventualmente angariado contra o Magistrado? Em situação análoga estão os órgãos do Ministério Público (Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República), aos quais, quem sabe, o ódio e eventual vontade de vingança venham*

*a ser maior que em relação aos Magistrados, justo por funcionarem na acusação, mesmo que correta e dentro dos parâmetros legais. Não escapam da mesma situação dos órgãos do MP os Advogados, seja pelo exercício da profissão (muitas vezes não entendida porque a eles se atribui a responsabilidade pela condenação), seja porque funcionam (nos casos das chamadas ações de iniciativa privada, assim como naqueles condicionados à representação) como patrocinadores das acusações, inclusive em casos gravíssimos como nos crimes de natureza sexual. Como, assim, colocar na mesma cela – no caso da decretação da prisão cautelar de ambos – acusador e acusado, sem imaginar o pior? (...) Veja-se, por exemplo, “os ministros de confissão religiosa”, também alcançados pela Prisão Especial, nos termos do art. 295, VIII, do CPP, o qual regula a matéria no Código. Neste caso, imagine-se a situação de um padre ou pastor em bairro da periferia de uma grande cidade que, sabedor da situação das gangues de traficantes no local luta desesperadamente contra eles sempre com o intuito de erradicar a droga. Em situação assim é impossível pretender colocar no mesmo ambiente prisional os integrantes das referidas gangues presos cautelarmente em face da*

*luta por ele desenvolvida e, doutra parte, ele mesmo se, porventura, vier a ser preso cautelarmente. (...) Sendo assim, se o texto normativo do artigo 295, do CPP, confere a determinadas pessoas (cuja indicação está expressa na lei) o direito à prisão especial, não há que se falar em aplicação da razoabilidade (proporcionalidade) diante do caso concreto, visto que se trata de texto normativo, para tal fim, sem lacunas, devendo ser, portanto, a atuação do intérprete vinculada ao texto já posto e, em nenhuma hipótese, amparada em subjetivismos capazes de dar entendimento diverso a ele.(...) Assim, se há uma delimitação estrita da exceção, como é o caso da Prisão Especial como Prisão Cautelar para determinados cidadãos, não se pode ter, em qualquer hipótese, interpretação extensiva – seja mediante razoabilidade ou proporcionalidade –, sob pena de inaceitável relativização das regras e princípios. Logo, as exceções não admitem, em nome de nada e de ninguém, qualquer violação, o que se dá mediante a extensão da interpretação."*<sup>[3]</sup>

#### **NOTAS:**

<sup>[1]</sup> "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais", <http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>

[por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/](#), acessado dia 03 de junho de 2015.

[2] Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 81-111.

[3] "Ensaio sobre a constitucionalidade, a razoabilidade e a prisão especial no Processo Penal contemporâneo", texto em parte publicado no Jornal Carta Forense, em 5 de outubro de 2010. Conferir <http://emporiododireito.com.br/tag/processo-penal/>, acessado no dia 03 de junho de 2015.

## REFLEXÕES SOBRE O SOFRIMENTO DA VÍTIMA COMO ELEMENTO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL

**ALEXANDRE PEREIRA SALES:** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Projeção. Pós-graduado em Gestão de Polícia Civil pela Universidade Católica de Brasília.

**RESUMO:** O direito à indenização, em caso de dano efetivamente sofrido, não é algo novo no mundo jurídico. Não obstante a ausência de novidade quanto ao direito à indenização em caso de dano, a compensação por dano imaterial, entenda-se dano moral, é relativamente recente no ordenamento brasileiro e ainda gera celeuma jurídica. A doutrina se divide quanto à necessidade de dor, sofrimento psicológico ou vexame para restar configurado o dano moral. A doutrina majoritária entende ser desnecessário o elemento “sofrimento da vítima” para configuração do dano moral. Nessa senda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser dispensável a comprovação do sofrimento da vítima para titularização do direito à reparação do dano. Assim, o STJ tem admitido o reconhecimento dessa espécie de dano, mesmo nas situações em que a vítima tenha reduzido ou nenhum discernimento acerca da violação sofrida, tal como ocorre com recém nascidos, doentes mentais, pessoas em estado de coma ou estado vegetativo e outras situações similares.



**Palavras-chave:** Dano moral; sofrimento da vítima; direito da personalidade; violação; direito a indenização.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, consagra o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurando o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação.

O art. 186 do Código Civil, por sua vez, impõe a todos a noção do *neminem laedere*, isto é, o dever geral, abstrato e oponível *erga omnes* de não interferir indevidamente na esfera jurídica de outrem, ou, simplesmente, o dever de não causar dano a terceiro, sob pena de responsabilização pelo cometimento de ato ilícito.

Derivada do latim *damnu*, a palavra **dano** significa “[...] todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio”.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO MORAL NA DOUTRINA

O dano material é aquele que atinge o patrimônio corpóreo de alguém, devendo ser provada sua efetiva ocorrência. Trata-se de um dano palpável, portanto.

O dano moral, por sua vez, viola o patrimônio incorpóreo da pessoa, que é composto de valores relacionados aos direitos da personalidade — honra, imagem, intimidade, reputação, dentre outros aspectos.

Na concepção civil-constitucional, tais direitos derivam do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, conforme disposto nos arts. 1º, inciso III e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Flávio Tartuce ressalta que a reparação dos danos imateriais é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, tornando-se pacífica com a Constituição Federal de 1988, que expressamente previu o direito à indenização em decorrência de sua violação (art. 5º, incisos V e X).

Apesar de pacífico o direito à indenização por danos morais, a configuração dessa modalidade de dano – justamente por não ser palpável –, ainda causa celeuma jurídica.

Para uma corrente minoritária, o elemento “sofrimento da vítima” é essencial para a caracterização do dano moral, de modo que, sem dor, vexame, sofrimento psicológico, não há dano moral.

Nesse sentido, é possível mencionar Regina Célia Pezzuto Rufino, que conceitua o dano moral como “o sofrimento humano, de caráter pessoal, que atinge a esfera íntima, os sentimentos da pessoa e que não é causado por uma perda patrimonial”.

É o que Flávio Tartuce denomina de “dano moral em sentido próprio”, definido como “aquilo que a pessoa sente (dano moral *in natura*), causando na pessoa dor, tristeza, vexame, humilhação, amargura sofrimento, angústia e depressão”.

Majoritariamente, entende-se que o dano moral se caracteriza pela mera ofensa a um bem jurídico imaterial de outrem, sendo dispensável o elemento “sofrimento da vítima”.

Para De Plácido e Silva, dano moral é “a ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família”.

Sergio Cavalieri Filho defende que “pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas”.

Trata-se do denominado “dano moral em sentido impróprio ou em sentido amplo”, que diz respeito a “qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à opção sexual. Não necessita de prova do sofrimento em si para a sua caracterização”.

### **3. O DANO MORAL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, manifestou-se acerca da possibilidade de um absolutamente incapaz poder ser vítima de dano moral, mesmo sem qualquer discernimento.

A Corte firmou entendimento de que o dano moral se caracteriza pela simples ofensa a determinados direitos ou interesses jurídicos relacionados aos direitos da personalidade, e, nesse sentido, concluiu que a configuração do dano moral independe do sofrimento, tratando-se este de mera e dispensável consequência do dano. Merece transcrição a ementa:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. SAQUE INDEVIDO EM CONTA- CORRENTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SUJEITO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ATAQUE A DIREITO DA PERSONALIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. IRRELEVÂNCIA QUANTO AO ESTADO DA PESSOA. DIREITO À DIGNIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DEVIDA.

1. A instituição bancária é responsável pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, de forma que, havendo falha na prestação do serviço que ofenda direito da personalidade daqueles, tais como o respeito e a honra, estará

configurado o dano moral, nascendo o dever de indenizar. Precedentes do STJ.

2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

**3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.**

**4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.**

**5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.**

6. Recurso especial provido.

(Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.245.550/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Publicação DJe: 16/04/2015). (grifei).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça julgou o dano moral tendo como titular pessoa recém nascida. Vejamos:

RECURSO  
ESPECIAL.  
RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA  
CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO  
DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO  
EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO  
RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO  
AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA  
PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL  
CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

**2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação"** (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

**5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas**

**para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.**

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Publicação DJe: 01/10/2014). (grifei).

Há precedente mais antigo do STJ, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, em que é assegurada proteção aos direitos da personalidade de criança de tenra idade, senão vejamos:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA.

VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes



- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a

elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança.

Recurso especial provido.

(Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Publicação DJe: 05/03/2010). (grifei).

#### **4. CONCLUSÃO**

Embora haja divergência doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de dispensar o elemento dor/sofrimento para a caracterização do dano moral, admitindo o reconhecimento dessa espécie de dano mesmo nas situações em que a vítima tenha reduzido ou nenhum discernimento acerca da violação sofrida, tal como recém nascidos, doentes mentais, pessoas em estado de coma ou estado vegetativo e outras situações similares.

#### **REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.245.550/MG. Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 17/03/2015 Órgão Julgador: STJ T4 – QUARTA TURMA Publicação DJe: 16/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.291.247/RJ. Relator(a): Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 19/08/2014 Órgão Julgador: STJ T3 – TERCEIRA TURMA Publicação DJe: 01/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.037.759/RJ. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 23/02/2010 Órgão Julgador: STJ T3 – TERCEIRA TURMA Publicação DJe: 05/03/2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. Código Civil para Concursos. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 200.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 408.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualização Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 410.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral** no âmbito da empresa. São Paulo: LTr, 2006, p. 95.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 428.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 428.

## INDULTO RETROATIVO: RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO

**BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA:** Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Jurídico do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

**Resumo** O presente artigo aborda a temática referente ao indulto retroativo. O indulto retroativo é direito adquirido do apenado e imperativo de justiça, por se reconhecer que aquele que já possuía todos os requisitos para gozar da maravilhosa modalidade extintiva de pena no passado, não pode mais ser constrangido a cumpri-la. O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional se impõe e não pode ser vilipendiado, sob pena de consagrar, sob o Pálio do Estado Democrático de Direito, graves injustiças e postergação e supressão indevida de direitos.

**Palavras-chave:** principio. extinção da pena. direito adquirido. celeridade. ressocialização. ato jurídico perfeito. justiça.

**Abstract:** This article focuses on the issue regarding the retroactive pardon. This much more than established right of the condemned is an imperative of justice, to recognize that those who already had all the requirements to possess extinguish benefit in the past, can not stay on prison. In the Democratic State, the principle of the timing of judicial actuation can not be reviled, under penalty of consagrate severe injustices and postponement and supression of rights.

**Key words:** principle. extinction of the penalty. established right. timing. resocialization. perfect legal act. justice.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito. 3. Consequências extrapenais da violação do princípio da celeridade da tutela jurisdicional 4. Conclusão. 5. Referências.

---

## 1. Introdução

O indulto, lei em sentido material, exteriorizado, mediante decreto, consistente em ato infra legal, elaborado pelo Executivo, diretamente complementar à Constituição não se confundindo com as medidas provisórias, as quais têm força de lei e está sujeito ao crivo do Legislativo e do Judiciário, *a posteriori*. Aliás, na verdade, uma das poucas franquias do Texto Supremo para que o Chefe do Poder Executivo inove na ordem jurídica, sem ingerência do Poder Legislativo, sem prejuízo da competência fiscalizadora deste, caso o ato infra legal exorbite a competência constitucional outorgada, bem como do STF, em sede controle concentrado.

O “Decreto Perdoador” é concedido, exclusivamente, por ato do Presidente da República, exteriorizado, mediante Decreto, ou por seus delegatários, nos termos da Constituição Federal e independe de requerimento expresso dos interessados é um típico favor do rei, parafraseando as escrituras sagradas é um dom gratuito do “Rei”. O indulto pressupõe condenação. Todavia, vem sendo decretado, mesmo antes do trânsito em julgado, sob o fundamento de que é permitido aos presos provisórios gozar de benefícios da execução penal. Essa questão é

bastante interessante, pois alguém, que está em fase recursal pode ser agraciado com um perdão definitivo da pena, perdendo o recurso o objeto. Nesse caso, o perdão só teria cabimento, caso não houvesse recursos do MP, ou quando o trânsito em julgado houvesse se verificado, em rela o   Acusa o, pois, nessa situa o, não haveria como a san o aplicada aumentar, sob pena de viola o do princípio da *non reformatio in pejus*.

## **2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e indulto retroativo**

Prossigo aduzindo que o Chefe do Poder Executivo, anualmente, publica um Decreto, geralmente próximo às festas natalinas, perdoando penas criminais, desde que cumpridos alguns requisitos, razão pela qual convencionou-se chamar de indultos natalinos.

A questão posta em jogo   se haveria direito adquirido a obter a concessão do indulto de forma retroativa, quando obviamente não concedido tempestivamente.

Exemplifico. Suponhamos um caso em que um ressocializando, sem cáculo de pena atualizado, ostenta contra si condena o que totaliza 20 anos (concurso formal de crimes), por delitos não hediondos. O apenado, primário, iniciou o cumprimento, em 01.01.2000. Foi progredido ao regime semiaberto, em 30.04.03. Obteve permissão de trabalho externo, mediante bom comportamento e apresenta o de carta de emprego, bem como gozou do benefício de saídas temporárias sucessivas. Em 08.02.06, foi alçado ao regime aberto, em razão do bom comportamento. Nesta data, o total a cumprir era de 13 anos 10 meses e

20 dias. Posteriormente, com a atualização do cálculo de pena, em 20.08.11, descobriu-se que o apenado já fazia *jus* ao benefício de livramento condicional, desde 31.08.06 e ao indulto, em 25.12.06.

Nesse caso, caberia a concessão do indulto retroativamente, aplicando-se a regra do Decreto natalino de 2006, ou apenas, caberia a concessão, considerando o Decreto de 2010, isto é, sem efeito retroativo? Respondo.

O apenado possui direito adquirido à concessão do indulto retroativamente, ainda que tal direito seja reconhecido intempestivamente, ou que, posteriormente, deixe de preencher os requisitos, em obséquio ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora não tenha dito expressamente, reconheceu a natureza de direito adquirido da comutação de pena retroativa, desde que os requisitos para concessão, tenham sido devidamente consolidados no passado, conforme a lei vigente à época, ou melhor Decreto.

Nota-se que não cabe ao juízo da execução impor requisito novo não previsto no indulto, inclusive, essa tem sido a tônica em muitos julgados, a análise do cabimento dos benefícios se dá pela ótica exclusiva do Indulto (Decreto) não podendo o juízo se valer de outros argumentos ou normativo, sobretudo, para inviabilizar eventual benefício. Recorrer-se a outros elementos diversos daqueles previstos no Decreto, seria, na verdade, uma inovação nefasta e violadora do direito adquirido, do ato jurídico perfeito (direito já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou) da legalidade. Em outro julgado<sup>[1]</sup>, o STJ consignou



expressamente como direito subjetivo do apenado obter a concessão do benefício, desde que preenchidos os requisitos do indulto.<sup>[ii]</sup>

Como se vê, as relações no Estado Democrático de Direito são pautadas pelo princípio da legalidade. Assim, a exigência de requisito não previsto no Decreto, como necessário para concessão do indulto, infringe o referido princípio e afronta a separação de Poderes, primado basilar, para se estabelecer o equilíbrio de forças.

Reforçando o exposto, vamos à seara Previdenciária, sem qualquer embargo, pois o Direito é um todo coeso e interdependente. O entendimento consolidado das Cortes de Justiça é no sentido que se o segurado fez os requisitos necessários para concessão de benefício, antes de alteração normativa que imporia novos requisitos mais gravosos, teria direito adquirido ao gozo do benefício, pois o seu direito foi consolidado, com base na lei antiga.

Não se está aqui falando de direito adquirido a regime jurídico algo incabível, conforme entendimento jurisprudencial pacífico. Está se dizendo que se alguém, antes de uma inovação legislativa mais gravosa, já teria o direito de gozar de um benefício, não poderia a lei retroagir para prejudicar o direito que já fora consolidado e, por via transversa, ferir de morte o ato jurídico perfeito.

Para melhor sedimentação do falado, sigamos a outro exemplo. Suponhamos, um sujeito, primário, condenado a pena de 12 anos, por delitos, em concurso formal, não hediondos, mas cometidos, mediante violência e grave ameaça, cujo início do cumprimento de pena foi, em 01.02.10. Em 01.02.12, o apenado foi progredido ao regime

semiaberto, com permissão de trabalho externo. Nesse caso, teria direito ao livramento condicional, após o decurso de 1/3 da pena, em 01.02.14. Em 25.12.14, fez *jus* ao indulto, considerando a remição de pena e sucessivas comutações que fez, também, *jus*. Porém, em razão da ausência de cálculo de pena atualizado e grande volume de processos na vara de execuções penais, o implemento do benefício de livramento condicional e indulto só foram verificados, em 01.06.16. Após a elaboração do cálculo, o apenado comete novo delito, em 01.07.16. Em razão disso, a execução penal é suspensa, por estar preso por mandado, por força de prisão preventiva decorrente desse novo delito. O apenado é regredido cautelarmente, com expedição de mandado de prisão, também, pelo juízo da execução. Posteriormente, em 01.10.16, é enviada guia de execução definitiva ao juízo da execução penal constando pena de 6 anos, pelo delito praticado, em 01.07.16, crime de tráfico de drogas, delito hediondo. Nesse caso, caberia o indulto retroativo, sem prejuízo da elaboração de novo cálculo de pena, apenas, com a sanção imposta do novo delito? Caberia unificação?

Diante do exposto, é de clareza solar ser incabível nova unificação, pois o apenado há muito fez *jus* ao indulto, o qual só não foi deferido pela inércia do Poder Judiciário. Tal fato não o isenta do cumprimento da nova sanção no regime que tenha sido fixado na sentença.

Se o apenado já possuía todas as condições para gozo do benefício estabelecidas por condição inalterável, a arbítrio de outrem, nos termos da lei, cabe, assim, o deferimento do benefício sempre que

for observado que a pessoa condenada, preencheu os requisitos e não lhe foi concedida a benesse a tempo. Assim, ainda que posteriormente não preencha mais os requisitos, deve lhe ser dado o benefício retroativamente.

Pensamento contrário, violariam os institutos do direito adquirido e o ato jurídico perfeito que se abeberam do princípio da segurança jurídica, baliza mestra do nosso ordenamento jurídico, que visa suavizar as tensões e evitar a eterniza o dos conflitos. Exponho ainda dizendo que a inércia do arcabouço estatal não pode prejudicar o apenado, nesse sentido, *mutatis mutandis*,   a súmula 106 do STJ, que afasta quaisquer  nus aos jurisdicionados, pela demora do aparelho estatal.

Na esfera do Penal, o direito adquirido ganha muito mais vigor, pois uma norma mais gravosa não pode retrooperar para atingir um apenado, ainda que ele esteja ainda cumprindo pena, quando da vigência desta norma, salvo hipóteses da ultratividade da norma, a despeito de pesados argumentos doutrinários, em contrário da possibilidade da ultratividade da norma penal. Portanto, o direito adquirido não pode ser tolhido arbitrariamente, sob pena de afronta aos princípios da tempestividade, dignidade da pessoa humana, ato jurídico perfeito, efetividade da tutela jurisdicional e legalidade.

Outra questão, inclusive de natureza constitucional,   a possibilidade de repara o cível, por força de o apenado permanecer cumprindo pena, além do tempo imposto pela condena o, muitas

vezes, por falta de cálculo atualizado, fruto da inércia do Estado de efetivar direitos legítimos e consolidados, isto é, adquiridos.

Em sentido afirmativo, há expressa disposição constitucional no art. 5º, dispositivo dos direitos e garantias fundamentais, que alberga a postulação de reparação indenizatória, por ter o apenado permanecido preso, além do tempo devido. O entendimento do STJ<sup>[iii]</sup> e STF<sup>[iv]</sup> tem trilhado, no sentido de que, exceto, nas situações de erro judiciário e de prisão, além do tempo fixado na sentença, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como, nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais, quando fundamentados, de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

## 5. Conclusão

Por esta razão, é que o descaso estatal e o abandono podem sair muito mais caro do que a concessão de direitos legítimos e consolidados, em especial, o indulto retroativo àqueles que já cumpriram os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, já que, a manutenção do sentenciado cumprindo pena seria verdadeiro excesso de execução, na acepção da palavra, decorrente da inércia estatal, por negar, a quem de direito, o que é seu, manifesta violação da justiça distributiva.

Este é mais um motivo, pelo qual o indulto retroativo, também, é instrumento de efetivação de direitos fundamentais e forte instrumento de ressocialização.

Nota-se, em verdade, que há um grande preconceito de alguns contra a comunidade de encarcerados. Muitos se esquecem de que, no

Brasil, não foi institucionalizada a pena de morte, tampouco a perpétua, do que resulta a cristalina conclusão de que algum dia o apenado sairá do presídio e será reintegrado à sociedade. Impõe-se, portanto, o enfrentamento dos dramas sociais atuais, com o fito de combater a origem da criminalidade crescente, não devendo o Estado se contentar com políticas paliativas e discursos popularescos, que baseiam tudo no aumento da pena e na criação de Unidades Prisionais.

Disto decorre a necessidade de se criar mecanismos de ressocialização e efetiva concessão dos direitos aos seus titulares legítimos, desde que perfectibilizados os requisitos legais, de modo a afastar distorções no sistema penitenciário que redundam nas tão conhecidas e vistas rebeliões, as quais externam, dentre outras conclusões, as insatisfações dos presidiários com relação ao sistema posto. É preciso uma reforma de base, algo que passa longe de revoluções, embates religiosos ou ideológicos, ou guerras armadas, mas está intrinsecamente adstrito à plena efetividade da dignidade da pessoa humana.

**Notas:**

[i] Brasil. STJ. HC 244623 / SP. Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data do Julgamento 19/05/2015.

[ii] Brasil. STJ. HC 308070 / SP. Relator(a) Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) Data do Julgamento 19/03/2015.

[iii] Brasil. STJ. REsp 872630 / RJ. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO. Ministro LUIZ FUX. Data do Julgamento 13/11/2007. Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO).

[iv] Brasil. STF. ARE 770931 AgR / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 19/08/2014. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28indeniza%E7%E3o+prisao+alem+do+tempo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qe7xszy>.

## 5. Referências

-ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente; Direito Constitucional Descomplicado., Impetus, Rio de Janeiro;

-BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite a retroatividade normativa. In Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 11-2007;

-BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 2. ed., Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999;

-CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4. ed., Livr. Almedina, Coimbra, 2000;

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 12ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 420.

José Afonso da Silva in Comentário Contextual à Constituição. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 280-281.

-LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2011;

Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4285, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32024>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo penal. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

VASCONCELOS, Paulo Mariano Alves de. Existe direito adquirido a regime jurídico?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3581, 21 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24238>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

## OS PRINCÍPIOS DA PRECLUSÃO NO PROCESSO CIVIL

**LUIZ HENRIQUE TAMAKI:** Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Resumo:** Neste artigo propõe-se um breve estudo acerca do instituto da preclusão, notadamente voltado para compreensão dos fundamentos lógicos e pragmáticos que o tornam um relevante instrumento no processo decisório. Para tanto, apresentaremos os princípios que norteiam a interpretação da preclusão no sistema processual, em conclusão sintética acerca da importância do instituto.

Palavras representativas do conteúdo do trabalho: 1- Preclusão. 2- Princípios. 3- Boa fé objetiva. 4- Celeridade.

---

### I. INTRODUÇÃO

A doutrina<sup>[1]</sup> aponta que a partir dos estudos de Chiovenda a preclusão ganhou contornos no processo civil, de forma que tornou-se conceito dissociado da coisa julgada, tendo nas lições de José Frederico Marques<sup>[2]</sup> três espécies: temporal, lógica e consumativa.

Inegavelmente consiste em instituto voltado à ordem e celeridade do processo, segmentando suas fases com o fito de se alcançar o término do procedimento.

Com efeito, tendo o processo o significado etimológico de “seguir a diante”<sup>[3]</sup>, eis que decorrente da palavra latina *procedere*, a preclusão, calcada na regra da eventualidade – através do qual se impõe às partes o



ônus de deduzirem suas alegações na primeira oportunidade no processo – presta importante serviço a esse caminho.

Um caminho marcado por uma batalha jurídica – o processo – na qual somente encontra solução em razão de conceitos como o impulso oficial, a preclusão e a coisa julgada, dada a necessidade de se por fim à lide.

Entender melhor os princípios que fundamentam a preclusão, lhe dando subsistência e conteúdo, é o primeiro passo para se buscar compreensão e aplicabilidade do instituto, razão pela qual nos propomos a traçar alguns elementos conexos a tais fundamentos, deixando um estudo do instituto propriamente dito para um segundo plano.

Sob este enfoque, o presente trabalho se propõe a estudar a preclusão a partir dos princípios da celeridade, segurança, boa fé objetiva, contraditório e ampla defesa para se chegar uma melhor conclusão acerca de sua posição diante do princípio da efetividade e da justiça procedimental.

## **2. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA PRECLUSÃO**

.A preclusão constitui-se em instituto permeado por regras. Assim, exemplificativamente, quando a norma processual prescreve que: “Art. 300[4]. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”, está afirmando a impossibilidade de alegar matérias de defesa em momento posterior, ressalvada a previsão do art. 303[5].

Ocorre que, caso o réu alegue em momento posterior uma matéria de defesa que lhe favoreça, caberá ao juiz ponderar se aceita ou não a alegação. Esta ponderação decorre da melhor compreensão acerca do instituto da preclusão, eis que o seu conteúdo coordenará a interpretação a ser dada ao preceito do artigo 300 em relação ao artigo 303[6].

Com efeito, as regras, ao serem interpretadas, demonstram no caso concreto seu conteúdo através da ponderação de princípios. Nos socorremos das lições de Robert Alexy.

Para Alexy[7], o ponto fundamental da distinção entre regras e princípios está na condição de cumprimento ou realização de seu conteúdo normativo, eis que poderia configurar ser a norma algo possível de realização dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por essa razão, os princípios são mandados de otimização, qualificados pelo fato de admitirem seu cumprimento em diferentes graus e medidas, não apenas fáticas mas também jurídicas.

Já as regras são normas que admitem dois únicos resultados: serem cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então deverá ser necessariamente cumprida em sua integralidade. Neste sentido, seu conteúdo é qualificado por determinações no âmbito fático e jurídico.

É possível notar a clara distinção do método subsuntivo para aplicação de uma regra, técnica inadequada para aplicação de um princípio (que demanda a chamada técnica da ponderação). Dada essa distinção, a diferença de regras e princípios configura questão qualitativa e não apenas relativa ao seu grau de abstração e generalidade.

Desta forma, razoável se concluir que a interpretação das regras conexas à preclusão deve sempre ser calcada na compreensão dos princípios que fundamentam tal instituto. Para tanto, propomos uma compreensão que se inicia a partir da concepção finalística do próprio processo.

Na hipótese, temos nas lições de Ada Pellegrini Grinover<sup>[8]</sup> que o processo constitui-se meio público de solução de conflitos e que deve restabelecer a paz social, afirmando o Estado de Direito.

Para que este Estado de Direito possa efetivamente confirmar a paz social, é necessário atribuir eficácia ao princípio da inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Dentro desta visão de acesso a Justiça é que deve ser implementado o “acesso à ordem jurídica justa”, conforme leciona Bedaque: “Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendem valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dela necessita (...) A eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado de Direito”<sup>[9]</sup>.

Com efeito, deve o processo, adequada à sua instrumentalidade<sup>[10]</sup>, respeitar suas garantias procedimentais e atribuir ao direito material efetividade. Neste sentido, afirma Cassio Scarpinella Bueno: “Por efetividade deve ser entendida a necessidade de redução do binômio direito e processo; trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para realização concreta do direito material”<sup>[11]</sup>.

Por outro lado, necessário que se faça a ponderação do formalismo – em geral, e da preclusão – em espécie – com as garantias procedimentais e com a busca pelo direito justo – maior aproximação das conclusões fáticas com a realidade e aplicação do direito material conforme a melhor técnica jurídica – para que se alcance o devido processo legal.

Para tanto, o formalismo processual representa “restrição à atividade do Estado” e “domesticação do arbítrio estatal”, necessários conforme aponta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>[12]</sup>, à previsibilidade para as partes, à segurança das decisões e à igualdade das partes. Por outro lado, alerta Moniz de Aragão<sup>[13]</sup>, citando Sergio Chiarloni: “formalismo excessivo ou excesso ritual são males que a todo custo cumpre evitar (...) o formalismo apresenta, assim, um lado negativo, quando as formas são empregadas com escopos exatamente opostos aos seus próprios objetivos, se tornando fonte de injustiça material, ao invés de se manterem, segundo seu conceito, como presídio de garantias fundamentais”.

Justamente em meio a estes dois contrapontos – formalismo e efetividade – que cumpre aprofundar o estudo dos princípios que norteiam a preclusão, com o fito de aplicar-lhes ao processo regras procedimentais com razoabilidade.

### **3. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL**

Sempre que se fala em efetividade do processo, vêm à tona a questão da celeridade processual. Trata-se do tema objeto de maiores

modificações legislativas nos últimos anos, dada sua relevância para a conquista da efetividade.

A conexão da celeridade processual com a efetividade não ocorre por acaso. A tutela do bem da vida há de ser feita o quanto antes, eis que o simples decorrer do tempo se revela como um perecimento do direito – de ter o bem da vida da forma mais célere possível. Neste sentido, o tempo é um bem em si mesmo, eis que revela a própria satisfação do titular do direito.

Com efeito, inúmeras alterações legislativas nas constituições estrangeiras foram feitas para buscar dar ao cidadão uma garantia de entrega da prestação jurisdicional de forma mais rápida. A Constituição norte-americana instituiu o *right to a speedy trial*<sup>[14]</sup>, enquanto a Constituição italiana incluiu o dever ao legislador de assegurar ao processo uma “duração razoável”, da mesma forma que a Convenção Europeia para os Direitos do Homem estabeleceu em seu artigo 6º o direito de todos ao julgamento dos processos em um “tempo razoável”.

Nesta mesma linha a Constituição brasileira, através da emenda nº 45/2004 instituiu no artigo 5º como garantia do cidadão o direito de ter seu litígio solucionado por processo com duração razoável. Assim, a constitucionalização do princípio da celeridade processual justifica a imposição de regimes processuais com menor liberdade, na exata medida em que a proteção deste bem jurídico – Tempo – demanda necessariamente de um processo com regras formais mais rígidas.

Outros esforços podem ser citados como mecanismos de busca da celeridade processual, como restrições ao recursos, ampliação de

tutelas de urgência, simplificação de procedimentos ou determinação de prazos para prolação de sentença. Tais circunstâncias remetem à noção de preclusão, como leciona Heitor Vitor Mendonça Sica: “Em muitos desses casos – dentre os quais se destacam a Novella Italiana de 1990, a reforma da ZPO alemã de 1976 e a nova Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 2000 -, um dos métodos utilizados pelo legislador para agilizar o andamento do processo de cognição foi justamente a instituição de um regime preclusivo mais rigoroso”<sup>[15]</sup>.

Com efeito, é inegável que a preclusão preste relevante serviço à celeridade, eis que sua disciplina estabelece regras procedimentais que levam o processo a marchar para frente, impedindo que se rediscutam questões já decididas ou vedando às partes de praticarem atos em desconformidade com sua admissibilidade procedimental.

Contudo, a relação da preclusão com a celeridade processual não decorre unicamente da imposição de regras que impedem o procedimento de retroceder. Trata-se de instituto que, tendo previsão expressa no procedimento, impõe às partes o dever de pensarem estrategicamente de forma diferente o andamento do processo, na medida em que a concatenação de alegações haverá de ser feita em conformidade com o princípio da eventualidade.

Desta forma, não apenas o procedimento não poderá retroceder em alegações ou decisões, mas também o comportamento das partes haverá de ser condicionado a evitar condutas protelatórias sob pena de simplesmente estarem preclusas.

Exemplificamos através de uma ação de cobrança de um contrato, na qual o réu pretende aduzir em matéria de defesa duas teses: (i) já cumpriu sua obrigação e (ii) a obrigação é inexigível em razão do autor não ter cumprido sua dívida obrigacional sendo o contrato bilateral. Em razão da preclusão, o réu deve fazer tais alegações conjuntamente na contestação – se não fosse tal regra, poder-se-ia cogitar de alegar uma tese, depois a outra e assim por diante até que todas as eventuais teses se esgotassem. Mas como o réu aduziu fato extintivo do direito do autor, deve este em réplica definir sua estratégia de defesa contra tais fatos, sabendo que se contestar ambos a ação se prolongará para a produção probatória de ambos os fatos. Ademais, eventual alegação por parte do autor que a obrigação não foi adequadamente cumprida, pode estar (dependendo de como foi argumentado na petição inicial) coberta pela preclusão eis que lhe cabia aduzir na petição inicial toda tese constitutiva de seu direito.

Observe-se que a preclusão, por atingir eventuais pretensões das partes no futuro, impinge no presente uma dinâmica processual notadamente mais célere, seja na própria conduta das partes, seja na formação de questões controvertidas.

Em conclusão, buscar celeridade é um objetivo do direito processual moderno. Todavia, a aplicação de institutos que tragam tal celeridade deve ser feita com razoabilidade, para que no futuro não se questione de eventuais violações às garantias como o contraditório e a ampla defesa. Esta razoabilidade ficará mais evidente quando

contraposta – em razão do caráter otimizador dos princípios – com os demais fundamentos da preclusão.

#### 4. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A ideia de estabilidade das decisões – principal noção que a segurança jurídica se traduz – decorre dentre outros fatores da correta aplicação do procedimento (formalmente idealizado). O *princípio do devido processo legal* quando vislumbrado em sua medida de processo formalmente cumprido implica em decisão que não poderá sofrer modificação, e portanto será estabilizada.

Isto ocorre pela própria necessidade do conflito chegar a um fim. Mas este fim possui definitividade justamente porque se reconhece que todas as medidas necessárias (e previamente definidas) foram tomadas antes de se chegar a tal conclusão.

Com efeito, a preclusão quando posta em prática, poderá contribuir para a preservação da segurança jurídica, sempre que aplicada adequadamente. Isto porque, se inadvertidamente aplicado, poderá ocasionar eventual nulidade (ou alegação de nulidade) que atingirá a estabilidade da decisão.

Mas é da preclusão que advém a segurança do processo em ultrapassar as fases já analisadas e as questões já superadas, de forma que o procedimento caminhe adiante com a certeza de que não sofrerá com a necessidade de revisão. Ao vedar à parte a prática de atos depois de uma determinada fase processual, ou impedindo que o juiz possa rever suas decisões incidentalmente estabilizadas, faz da preclusão



relevante instrumento de segurança jurídica, pois atribui ao processo a justa expectativa das partes de se caminhar ao seu fim.

Deve-se destacar que, conforme lição de Heitor Vitor, “se o juiz não estiver sujeito a nenhuma preclusão para reanalisar aquilo que já tiver decidido, os litigantes jamais terão certeza de que o processo está apto a caminhar, nunca terão qualquer garantia que receberá uma decisão final, pois a todo momento poderão ser surpreendidos com o retorno a todas as questões já superadas”[\[16\]](#).

E não é demais ressaltar que se o juiz pudesse rever suas próprias decisões seria dever do advogado pleitear a possível tese favorável ao seu patrocínio. O advogado, ao representar uma parte, deve utilizar de todos os meios tecnicamente disponíveis para fazer valer a tese defendida de seu representado[\[17\]](#), de forma que se o procedimento abre tal oportunidade, configura obrigação sua utilizar do instrumento.

Com efeito, é natural concluir que a segurança jurídica não advém da liberdade das partes ou do juiz, mas justamente de um mínimo de rigor procedimental, que deve ser garantido para atender o próprio interesse social de estabilizar a atividade das partes e as decisões judiciais, sejam elas incidentes ou finais.

Tal rigor encontra na preclusão uma fonte saudável de regras que permitem ao processo seguir ordenadamente, configurando um valor – a segurança jurídica – um preceito necessário a se pesar a favor do formalismo processual, sempre que não contrariar demasiadamente os aspectos legitimamente esperados da efetividade processual.

## **5. O PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA**

A conduta das partes deve ser calcada em lealdade processual. Não se afasta o ínsito caráter litigante do comportamento das partes e de seus representantes, mas deve ser ressaltado que o dever de contribuir com a justiça atribui também o dever de agir com boa fé objetiva para melhor solução da lide.

Agir com boa fé objetiva, significa abstratamente seguir uma regra de conduta pautada pela honestidade, pela lealdade e pela probidade. Trata-se de um *standard* de conduta, regrado essencialmente por uma noção social de lisura, apto a respeitar uma legítima expectativa de confiança da outra parte. Nas lições de Judith Martins Costa, significa que: “Trata-se de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé nem tampouco guarda qualquer relação no fato da ciência que o sujeito possui da realidade. Entretanto, apesar de se relacionar com o campo ético-social, a este não se restringe, inserindo-se no jurídico, devendo o juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as pessoas, sejam elas partes de um contrato, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica.”<sup>[18]</sup>

Este regramento de conduta se aplica ao processo civil, eis que em conformidade com o princípio do devido processo legal, bem como a legalidade da previsão do artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil.

Trata-se, na essência, do princípio justificador da preclusão, eis que comumente tratado como razão de ser da vedação posterior de atos processuais. É de se observar que a razão pela qual é imposto às partes o

princípio da eventualidade - apresentar todas as matérias de ataque e defesa na primeira oportunidade que possuem - decorre da lealdade que se deve dar à parte contrária para que possam elas atenderem ao contraditório em sua plenitude.

Da mesma forma, a conduta das partes deve ser pautada por ações que levem ao término do processo, evitando-se (por interesse recíproco) a eternização do conflito. Nesta linha, segundo Menezes Cordeiro, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”[\[19\]](#). Trata-se da própria expressão da preclusão lógica, pois a lealdade processual impede que as partes atuem de forma contraditória a um comportamento anterior ao ponto de atravancar o andamento do processo.

Por fim, a ideia de que a preclusão atinge também os atos decisórios para o próprio juiz – tratada como preclusão *pro judicato* – vislumbra-se uma atuação da boa fé objetiva eis que impede a revisão de questões já decididas. Mas a matéria não é pacífica na doutrina.

José Rogério Cruz e Tucci[\[20\]](#), assim como Moniz de Aragão[\[21\]](#), defendem que as questões relativas a pressupostos processuais e condições de ação não seriam cobertas pela preclusão, dada a previsão do art. 267 §3º do CPC[\[22\]](#).

Por outro lado, Fredie Didier Jr. diferencia o poder de conhecer a matéria de ofício, prevista no citado dispositivo legal, para a impossibilidade, em razão da preclusão, de reanalisar questões já

decididas, afirmando: “Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame”<sup>[23]</sup>

Nos parece mais razoável, ao interpretar que a conduta do juiz é pautada pela conduta da parte, que se o juiz pudesse rever tantas vezes quanto pretendesse uma matéria apenas por ser cognicível de ofício, seria também admissível que a parte, não se conformando com a decisão do juiz, pudesse alegar novamente a mesma matéria, sob novo viés, tantas vezes quanto necessário para um novo convencimento.

A conduta de boa fé objetiva vedaria tal entendimento, pois configuraria conduta protelatória – passível de punição por litigância de má fé. A boa fé atinge a conduta do juiz indiretamente pela razão de que se o juiz pode decidir, cabe ao representante da parte pleitear. Se já houve decisão a respeito e à parte lhe cabe recorrer ou conformar, sob pena de nova alegação ser interpretada como litigância de má fé, ao juiz também é vedada nova reflexão sobre a questão decidida, pois o preceito da *venire contra factum proprium* incide sobre o magistrado tanto quanto sobre a parte.

Ideologicamente o processo existe para por fim à lide. Respeitadas as garantias processuais de cada parte, é dever de todos os atores do processo contribuírem para a justa solução do conflito. Neste sentido que o princípio da boa fé objetiva deve ser aplicado ao processos: é dever das partes e do juiz contribuírem para a melhor forma possível de solução do conflito, evitando-se comportamentos que possam prolongar o debate.

Também é em razão do mesmo princípio – boa fé – que a preclusão pode deixar de ser aplicada (sendo mitigada no seu rigor procedimental) pois dependendo da circunstância, é justamente o comportamento de lealdade que impede que a parte sofra com a impossibilidade de praticar um determinado ato. Exemplificativamente podemos citar a parte que tomou todas as medidas possíveis para produção de uma prova (como a oitiva de uma testemunha), indicando seu endereço, lhe fornecendo meios de prestar seu depoimento etc, mas pouco antes da sua oitiva, a testemunha venha a falecer. Caberia, mesmo estando em princípio preclusa a oportunidade de pleitear as provas que se pretende produzir, reabrir tal oportunidade eis que a conduta da parte era de boa fé para com a solução do litígio.

Como princípio que informa a preclusão tanto na sua aplicabilidade como na sua inaplicabilidade, identifica-se na boa fé objetiva relevante fundamento na formação de critérios para a correta utilização da preclusão.

## **6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

O princípio do devido processo legal se realiza em primeiro plano através do contraditório e da ampla defesa. Seu conteúdo, de tão simples e fundamental, muitas vezes é esquecido. Façamos uma brevíssima recordação.

Nas lições de Portanova<sup>[24]</sup>: “O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”.

Seu conteúdo é bem delineado por Tourinho Filho<sup>[25]</sup>: “Com substância na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido por uma das partes e caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o defensor tem o direito de produzir provas, a acusação também o tem. O texto constitucional quis apenas deixar claro que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à acusação.”

O contraditório e a ampla defesa são irmãs gêmeas da igualdade processual.

Com efeito, quando a lei atribui às partes o ônus de deduzirem suas alegações na primeira oportunidade que possuem para falar nos autos, sob pena de não o fazendo serem impedidas de terem suas alegações conhecidas pela preclusão, significa dizer que a preclusão existe como garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa pois impõe às partes o dever de aduzirem todas suas matérias para permitir à parte contrária uma contraposição de teses de forma plena.

O critério de balizamento recai sobre a capacidade de conhecimento da parte sobre cada questão aduzida no processo.

Isso porque as alegações deduzidas por uma das partes podem conter nível de detalhamento que: (i) era evidente que a parte contrária

tinha conhecimento e portanto deveria ser carreada previamente de argumentação, incidindo na regra da preclusão se não for alegada no momento oportuno, (ii) era desconhecida pela parte contrária e portanto deve ser aberto novo prazo para sua alegação e demonstração. Nos socorremos de um exemplo para melhor explicar a questão.

Na hipótese de uma ação de cobrança fundada em um contrato, pode o réu alegar como matérias de defesa a prescrição e o cumprimento da obrigação. Em réplica, o autor poderá alegar que a prescrição não ocorreu em razão de uma causa interruptiva da prescrição, como o reconhecimento da dívida, mas não poderá argumentar (se não fez na petição inicial) que na verdade a obrigação foi “inadequadamente” cumprida (quando alegou na petição inicial que a obrigação não havia sido cumprida). Isso porque em razão do princípio da eventualidade – da qual se desdobra a preclusão – cabia ao autor fazer todas as deduções fáticas e jurídicas de que lhe alcançava o conhecimento, dando à parte contrária o poder de exercer adequadamente o contraditório e a ampla defesa.

Guardar um argumento de forma obscura para somente utilizá-lo quando em momento posterior à possibilidade da parte contrária fazer uso do contraditório viola tal princípio pois não permite à parte adversa, no momento que lhe é oportuno, fazer sua defesa de forma adequada (plena) e traçar sua conduta processual de forma a contrariar adequadamente os fatos e argumentos imputados, além de não observar a boa fé objetiva.

Da mesma forma, se o réu, que aduziu a prescrição, pretender contestar a regularidade do reconhecimento da dívida, por eventual ausência de assinatura, deverá fazer tal alegação no momento que alegar a prescrição (na contestação) eis que poderia (dependendo do caso concreto) ter conhecimento sobre os fatos atinentes à prescrição.

A garantia do contraditório e da ampla defesa não permite às partes utilizarem de réplica, tréplica e assim por diante até que se esgotem todos os possíveis argumentos de natureza fática ou jurídica. Se assim se admitisse o processo não teria fim eis que a formação de questões controvertidas poderia chegar ao infinito.

Contudo, uma nova alegação em questões desconhecidas pela parte adversa deve permitir que esta possa falar nos autos e produzir provas contrárias a este novo argumento pois necessário à preservação do basilar contraditório.

Se em tese a questão parece simples, a prática demonstra que a realização da preclusão frente ao princípio do contraditório é altamente complexa, notadamente em razão de ser diante do contraditório que o formalismo processual – através da preclusão – se confronta com a justiça da decisão. Isto porque na ausência de técnica do advogado ou outras vicissitudes, é comum a formulação de teses mal estruturadas e incompletas, incorrendo em tentativas de suprir a deficiência em momento posterior, fatos que por vezes levam à contraditória impossibilidade de alegação de fato que acaba reconhecido pelo juiz.

Não se pode esperar que o Poder Judiciário, em razão de formalismo, decida de forma a gerar enriquecimento ilícito, quando



patente. Mas é relevante ressaltar que tal formalismo está para o processo como instrumento de celeridade, segurança e boa fé – mas também como garantia do contraditório, este entendido como oportunidade de deduzir os elementos que cada parte pressupõe relevantes para apresentação de sua tese jurídica. Esta oportunidade deve ser aproveitada quando se tem, e não quando convém à parte.

Acreditamos que nesta seara principiológica que deve ser inserido o instituto da preclusão: um instrumento que busca dar ao processo celeridade e segurança pois fundada na boa fé objetiva e no contraditório. Sempre que diante de hipóteses de alta indagação, serão os preceitos otimizantes destes princípios que coordenarão a interpretação a ser dada aos regramentos processuais.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Preclusão (Processo civil)*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989

\_\_\_\_\_. Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 1, jan/mar 2001.

BARBOSA. Rui. *O dever do advogado*. 2ª ed. Editora Edipro

Bedaque. José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude da produção probatória in Garantias constitucionais do processo civil* coordenado por José Rogério Cruz e Tucci. Revista dos Tribunais.

Bueno. Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. Editora Saraiva. São Paulo, 2007

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001

COSTA. Judith Martins. *A boa fé Objetiva*. Editora Revista dos Tribunais. 2000

GRINOVER, Ada Pellegrini ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel . *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros - 2014

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008

Dinamarco. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 14ª edição. Editora Malheiros.

Marques. José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. 2.

Oliveira. Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo do processo civil*. Ed. Saraiva, 2010.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4.ª edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

Sica. Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. ed. Atlas. 2ª Edição. São Paulo, 2008. P. 89.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento*, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

#### NOTAS:

[1] Heitor Sica revela após analisar amplamente a doutrina brasileira que todos os escritores possuem posicionamento acerca da preclusão de forma bastante semelhante, reconhecendo no instituto as modalidades de preclusão lógica, temporal e consumativa. Sica. Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. ed. Atlas. 2ª Edição. São Paulo, 2008. P. 89.

[2] Marques. José Frederico. Instituições de direito processual civil, v. 2. P. 380-381

[3] Cintra, Dinamarco e Grinover. Teoria Geral do Processo, p. 279

[4] O Código de Processo Civil de 2014 possui idêntica redação e este dispositivo está localizado no artigo 333.

[5] Também possui no Código de Processo Civil de 2014 a mesma redação no artigo 339.

[6] Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

[7] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162

[8] Grinover, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo -. em conjunto com Araujo Cintra; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. Editora Malheiros. 16ª Ed. 2014. p. 30

[9] Bedaque. José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude da produção probatória *in* Garantias constitucionais do processo civil

coordenado por José Rogério Cruz e Tucci. Revista dos Tribunais. p. 153 e 159

[10] Dinamarco. Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo

[11] Bueno. Cassio Scarpinella. Tutela Antecipada. Editora Saraiva. São Paulo, 2007. p. 10.

[12] Oliveira. Carlos Alberto Alvaro de. Do Formalismo do processo civil. Ed. Saraiva, 2010. P. 62 e 83-84.

[13] Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 1, jan/mar 2001. P. 118

[14] BALBI. Celso Edoardo. La decadenza nel processo di cognizione. Milano. Giuffrè, 1983. P. 3. Citado por Heitor Vitor Mendonça Sica em Preclusão Processual Civil. ed. Atlas. 2ª Edição. São Paulo, 2008. P. 304.

[15] SICA. Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. ed. Atlas. 2ª Edição. São Paulo, 2008. P. 306

[16] SICA. Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. ed. Atlas. 2ª Edição. São Paulo, 2008. P. 307

[17] BARBOSA. Rui. O dever do advogado. 2ª ed. Editora Edipro

[18] COSTA. Judith Martins. A boa fé Objetiva. Editora Revista dos Tribunais. 2000. P. 411

[19] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001, p. 742

[20] TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento, in

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof.

Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 281.

[21] ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão (Processo civil), in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 174

[22] O art. 267 §3º do atual Código de Processo Civil possui correspondência no artigo 482 do Código de Processo Civil de 2014 e o parágrafo referido possui redação semelhante, tendo acrescentado apenas a hipótese de admitir-se o conhecimento de ofício pelo juiz para extinção da ação sem resolução de mérito por morte da parte, quando o direito em disputa for intransmissível

[23] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 515

[24] PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4.ª edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. P. 141

[25] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 58

## "ALGUMA COISA ESTÁ ERRADA NESTE CONTEXTO", DISSE O MINISTRO SOBRE A DELAÇÃO PREMIADA

**RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:** Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

Durante o programa Espaço Público, da TV Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, questionou a postura do Juiz Federal Sérgio Moro na operação “lava jato”.

Disse o Ministro: *“Não posso desconhecer que se logrou um número substancial de delações premiadas e se logrou pela inversão de valores, prendendo para, fragilizado o preso, alcançasse a delação. Isso não implica avanço, mas retrocesso cultural. Imagina-se que de início a delação premiada seja espontânea e surja no campo do direito como exceção e não regra. Alguma coisa está errada neste contexto.”*<sup>[1]</sup>

Também acho Ministro! Aliás, "há algo de podre no Reino da Dinamarca", como diria Hamlet. Na famosa peça, Shakespeare conta que Hamlet, após constatar as conspirações e traições que se praticavam no palácio em que vivia fez-se de louco para parecer não compreender o que estava acontecendo e tentar sobreviver. Então, um dos oficiais teria dito que ele não queria enxergar que *"havia algo de podre no Reino da Dinamarca"*.

Surgida no Brasil com a promulgação da Lei nº. 8.072/90, definitiva e desgraçadamente, banalizou-se a delação premiada, copiada dos Estados Unidos e da Itália. Como escreveram Paulo Sérgio Leite Fernandes e William Albuquerque de Sousa Faria, *"delação premiada é assunto ríspido, não se podendo banalizá-lo."*<sup>[2]</sup> Surgiu *"no espectro do recrudescimento da legislação processual penal, visto como um reflexo da expansão tresloucada da cultura da emergência."*<sup>[3]</sup>

A sua origem, porém, *"remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do "Código Filipino", que definia o crime de "Lesá Magestade" (sic), tratava da "delação premiada" no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica "Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão" e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios."*<sup>[4]</sup>

Aliás, já na Inquisição, *"um filho delator não incorre nas penas fulminadas por direito contra os filhos dos hereges e este é o prêmio pela sua delação. In proemium delationis."*<sup>[5]</sup>

Afora questões de natureza prática como, por exemplo, a inutilidade, no Brasil, desse instituto por conta, principalmente, do fato de que o nosso Estado não tem condições de garantir a integridade física do **delator criminis** nem a de sua família, o que serviria como elemento desencorajador para a delação, aspectos outros, estes de natureza ético-moral informam a profunda e irremediável infelicidade cometida mais uma vez pelo legislador brasileiro, muito demagogo e pouco cuidadoso quando se trata dos aspectos jurídicos de seus respectivos projetos de lei.

Sem dúvidas, *“o tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética ínsita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal em nosso direito positivo.”*<sup>[6]</sup>

Como diz Hassemer, *“não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral.”*<sup>[7]</sup>

Também a propósito, veja-se a opinião de João Baptista Herkenhoff: *“A meu ver, a delação premiada associa criminosos e autoridades, num pacto macabro. De um lado, esse expediente pode revelar tessituras reais do mundo do crime. Numa outra vertente, a delação que emerge do mundo do crime, quando falsa, pode enredar, como vítimas, justamente aquelas pessoas que estejam incomodando ou*



*combatendo o crime. Na maioria das situações, creio que o uso da delação premiada tem pequena eficácia, uma vez que a prova relevante, no Direito Penal moderno, é a prova pericial, técnica, científica, e não a prova testemunhal e muito menos o testemunho pouco confiável de pessoas condenadas pela Justiça. Ao premiar a delação, o Estado eleva ao grau de virtude a traição. Em pesquisa sócio-jurídica que realizamos, publicada em livro, constatei que, entre os presos, o companheirismo e a solidariedade granjeiam respeito, enquanto a delação é considerada uma conduta abjeta (Crime, Tratamento sem Prisão, Livraria do Advogado Editora, página 98). Então, é de se perguntar: Pode o Estado ter menos ética do que os cidadãos que o Estado encarcera? Pode o Estado barganhar vantagens para o preso em troca de atitudes que o degradam, que o violentam, e alcançam, de soslaio, a autoridade estatal?” [8]*

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas (a depender de qual norma nos referimos se, respectivamente, de segundo ou primeiro graus, no dizer de Bobbio), definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo.

Que não se corra o perigo, já advertido e vislumbrado pelo poeta Dante Alighieri, lembrado por Miguel Reale quando afirma que o “Direito

*é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.”[9]*

Diante dessa sombria constatação, como se pode exigir do governado um comportamento cotidiano decente, se a própria lei estabelecida pelos governantes permite e galardoa um procedimento indecoroso? Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura, ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios, diante dessa permissividade imoral ditada pela própria lei, esta mesma lei que, objetiva e obrigatoriamente, tem de ser respeitada e cumprida sob pena de sanção? Estamos ou não estamos diante de um paradoxo?

Como afirma Paulo Cláudio Tovo, *“a delação premiada de comparsa nos parece uma violação ética com perigosas consequências no mundo do crime (...). Este não é o verdadeiro caminho da Justiça, importa, isto sim, na confissão que o Estado não tem capacidade científica de chegar à verdade.”[10]*

É certo que em outras legislações, inclusive em países desenvolvidos economicamente (embora possuidores de uma sociedade em desencanto, como, por exemplo, a americana), a figura da **delatio** já existe há algum tempo (diga-se de passagem, assegurando-se inquestionavelmente a vida do denunciante), como ocorre nos Estados Unidos (*bargain*) e na Itália (*patteggiamento*), entre outros países. São exemplos, contudo, que não deveriam ser seguidos, pois desprovidos de qualquer caráter moral ou ético, como já acentuamos.

Muitíssimo interessante a observação de Geraldo Prado, chamando a atenção *“para o que se passa em nível internacional.*

*Enquanto são inúmeras as vozes a clamar pela difusão ainda maior deste método — de delação premiada — instrumento supostamente bem-sucedido em outros Estados, penso que estamos nos aproximando de perigosa senda, que atravessa o Estado de Direito e recupera para o Direito Penal e para o Processo Penal a racionalidade autoritária pré-moderna, que se pensava haver sido expurgada com a consagração do processo em contraditório, sob a direção de juiz imparcial. No plano internacional hoje são ouvidas com maior intensidade as críticas à política norte-americana de repressão aos atos de terrorismo. (...) O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova! Não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal. Pelo contrário, os antecedentes menos remotos deste instituto podem ser pesquisados no Manual dos Inquisidores. Jogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar o caminho de volta à Inquisição (em tempos de neofeudalismo isso não surpreende). Para o Processo Penal com o núcleo acusatório que em minha opinião foi consagrado pela Constituição da República de 1988, cabe ao titular da ação penal demonstrar em juízo a responsabilidade penal do acusado. Deverá fazer isso com provas que só alcançam essa “dignidade jurídica” porque se submetem ao contraditório. O produto da delação premiada não preenche este requisito. Sua sedução está alicerçada em um juízo de “verdade” que*

*parece tranquilizar as mentes dos profissionais do Direito. (...) A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a “sedução” da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado.”[11]*

Tão somente para se argumentar, pode-se dizer que o bem jurídico visado pela delação (a segurança pública), justificaria a sua utilização, ou, em outras palavras, o fim legitimaria o meio. Ocorre que tal princípio é de todo amoralista, aliás, próprio do sistema político defendido pelo escritor e estadista florentino Niccolò Machiavelli (1469-1527), sistema este dito de um realismo satânico, na definição de Frederico II em seu *Antimaquiavel*, tornando-se sinônimo, inclusive, de procedimento astucioso, velhaco, traiçoeiro, etc., etc...

O próprio Rui Barbosa já afirmava *não se dever combater um exagero* (no caso a violência desenfreada) *com um absurdo* (a delação premiada). Em um artigo intitulado “Prêmio para o ‘dedo duro’”, o advogado mineiro Tarcísio Delgado afirmou com muita propriedade:

*“Contam uma história muito conhecida, aconteceu há muitos e muitos anos e, de geração em geração, tão sagrada e*

*consagrada, que estabeleceu o mais importante marco no caminho da humanidade. Trata-se da saga de um "Sujeito", altamente perigoso, indisciplinado e subversivo, que andava atormentando e tirando o sono do Poder Soberano. O "Cara" não era mole, dizia defender os fracos e os oprimidos. Fazia até milagre. Formou uma "quadrilha" de seguidores fanáticos, e andava com seu "bando", infernizando o Poder constituído. Não respeitava nem o Imperador. Era uma ameaça permanente às instituições. "Pior" que "Esse", nunca se viu. Precisava pegá-lo, mas ele era "danado", se misturava no meio do povo, e não tinha como prendê-lo. Preso, o castigo seria severo e inapelável. Eis que aparece a figura canhestra do delator, para "colaborar" com a polícia e com os detentores do Poder. Um dos seus vende-se por trinta dinheiros e articula a prisão do chefe: "O traidor tinha combinado com eles um sinal, dizendo: Jesus é aquele que eu beijar; prendam" (Mateus, 26, 48). Estava consumada a mais famosa e repugnante traição de todas as épocas. Judas se transformou em sinônimo de traidor. Podemos*

*fixar aqui a origem da delação premiada, que se confunde com o nascimento de nossa Era. Este famigerado instituto tem vida recente em nosso Direito. (...) Como esta legislação contraria a natureza de nossos sentimentos, nossas tradições e a formação de nossa cultura, permaneceu durante esses anos como letra morta, sem qualquer aplicação noticiada. Só agora, recentemente, foi, imprópria e equivocadamente, cogitada. (...) Faz quase 60 anos, lembro-me muito bem, quando cursava o primeiro grau, certa feita nossa professora enérgica e diligente, magnífica mestra, que saudade!... surpreendeu um grupo de alunos com um caso grave de indisciplina que, embora praticada por um só, não havia como identificá-lo, sem que houvesse confissão. O indisciplinado calou-se. A professora ameaçava punir o grupo inteiro, se não aparecesse o responsável. Eis que surge o "dedo duro" e delata o colega, apontando aquele dedo de "bom moço" para o culpado. Aquela mestra exemplar passou-lhe uma descompostura. Disse que a indisciplina mais grave praticara o delator do seu colega. Aplicou-lhe a penalidade*

*mais forte, e ensinou que nunca mais deveria dedurar quem quer que fosse. O resto daquela aula foi sobre o papel sujo e condenável de delatar. Esta foi uma lição que me marcou para sempre. (...) Por estas e por outras, tenho fundadas e irremovíveis restrições à chamada delação premiada. Repugna-me o acordo de autoridade instituída com bandidos. Parece-me mais um comodismo de quem tem o dever de investigar, uma redução de trabalho, um falso pragmatismo utilitarista, que encontra utilidade numa prática que corrompe e avilta. O argumento de que os criminosos modernos dispõem de técnicas e arranjos difíceis de serem apanhados, nada mais é do que a confissão de que o Estado está perdendo uma batalha que não pode perder, sob pena do desmantelamento total da organização social. Pegar um acusado, sem qualquer culpa formada, no início da apuração de possíveis atos criminosos, prendê-lo, algemá-lo e oferecer-lhe o benefício da "deduração" é de arrepiar os cabelos. Os momentos em que prevaleceu o crédito à delação não enaltecem a história, pelo contrário, são períodos soturnos*

*no caminho da humanidade. A história universal está repleta de exemplos tenebrosos de milhares de pessoas inocentes e anônimas que, por causa da delação, foram queimadas vivas nas fogueiras da inquisição; levadas à guilhotina para serem decapitadas depois da Tomada da Bastilha nos anos que se seguiram à Revolução Francesa. Além disso, na Rússia do comunismo Stalinista, por um canto, e no Nazismo Hitlerista, por outro, a delação desempenhou papel absolutamente fundamental. E não citamos, ainda, o caso clássico e típico de delação premiada, que marca a história pátria com sangue e vergonha, daquele que delatou o "bando perigosíssimo" comandado por aquele desvairado de amor à Pátria, Tiradentes, na Inconfidência Mineira - o fraco e pusilânime Joaquim Silvério dos Reis, em troca de vantagens pessoais. A história registra incontáveis casos de delação que, sem nenhuma exceção, marcam sempre os momentos mais obscuros e vergonhosos da humanidade. Só quem não quer ver, em virtude de uma formação utilitarista, não reconhece*



*que a delação sempre foi um instrumento do autoritarismo, da violência, da injustiça. Está na teoria que justifica os meios pelo fim e, ainda assim, no caso, impropriamente, porque, aqui, por meios corrompidos, quase sempre se chega a fim distorcido e injusto. Enganam-se os que buscam tirar proveito de quem só pensa em se aproveitar. A prova não pode fundar-se no testemunho daquele que antes fora pego como comparsa do crime. Sua palavra é suspeita e inconfiável. Todo delator, para amenizar sua situação no processo, joga a culpa no outro, seu comparsa ou não. Não é de se acolher, também, o argumento dos defensores da adoção deste instituto jurídico, de que hoje ele é aplicado com tais cautelas que impossibilitariam qualquer abuso contra inocentes. Claro que, em nossos dias, a delação não levaria ninguém à fogueira ou à guilhotina, mas pode criar constrangimentos e danos morais, ferir direitos inalienáveis, que precisam ser respeitados numa sociedade civilizada e livre, durante o processo investigatório, isto para admitir, o que não é nosso caso, alguma **utilidade** ou alguma força moral na aplicação*

dessa norma positiva. André Comte-Sponville, desculpando-se por citar poucos, trabalha com conceitos de Kant, Bérghson, Camus, Dostoievski, Jankélévitch para indagar e responder: "se para salvar a humanidade fosse preciso condenar um inocente (torturar uma criança, diz Dostoievski), teríamos de nos resignar e fazê-lo? Não, respondem eles. A cartada não valeria o jogo, ou antes, não seria uma cartada, mas uma ignomínia. Porque, se a justiça desaparece, é coisa sem valor o fato de os homens viverem na Terra. O utilitarismo chega aqui ao seu limite. Se a justiça fosse apenas um contrato de utilidade, apenas uma otimização do bem-estar coletivo, poderia ser justo, para a felicidade de quase todos, sacrificar alguns, sem seu acordo e ainda que fossem perfeitamente inocentes e indefesos", e avança, utilizando-se ainda de Kant e Rawls: "a justiça é mais e melhor do que o bem estar e a eficácia, e não poderia ser sacrificada a eles, nem mesmo em nome da felicidade da maioria". Estes conceitos, certamente, soam como devaneios aos "idiotas da objetividade", de Nelson Rodrigues, mas, só assim,

*poderemos "criar uma sociedade de Homens, não de brutos", como acentua Spinoza. Premiar o delator é premiar o crime."*[\[12\]](#)

Em crônica publicada no jornal O Globo, na edição do dia 17 de dezembro de 1995, João Ubaldo Ribeiro, após lembrar que as expressões “dedo-duro” e “dedurismo” surgiram ou generalizaram-se após o golpe militar de 1964, escreveu que *“os próprios militares e policiais encarregados dos inquéritos tinham desprezo pelos dedos-duros – como, imagino, todo mundo tem, a não ser, possivelmente, eles mesmos. E, superado aquele clima terrível seria de se esperar que algo tão universalmente rejeitado, epítome da deslealdade, do oportunismo e da falta de caráter, também se juntasse a um passado que ninguém, ou quase ninguém, quer reviver. Mas não. O dedurismo permanece vivo e atuante, ameaçando impor traços cada vez mais policialescos à nossa sociedade.”* E, conclui: *“Sei que as intenções dos autores da idéia são boas, mas sei também que vêm do desespero e da impotência e que terminam por ajudar a compor o quadro lamentável em que vivemos, pois o buraco é bem, mas bem mesmo, mais embaixo.”*

Entendemos que o aparelho policial do Estado deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. O aparato policial tem a obrigação de, por si próprio, valer-se de meios legítimos para a consecução satisfatória de seus fins não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator

(**crownwitness**), como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição.

Ademais, no próprio Código Penal já existe a figura da atenuante genérica do art. 65, III, *b*, onde a pena será sempre atenuada quando o agente tiver *“procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”*, que poderia muito apropriadamente compensar (por assim dizer) uma atitude do criminoso no auxílio à autoridade investigante ou judiciária.

Além da atenuante referida há o instituto do *arrependimento eficaz* que, igualmente, beneficia o agente quando este impede voluntariamente que o resultado da execução do delito se produza, fazendo-o responder, apenas, pelos atos já praticados (art. 15 do Código Penal).

Pode-se, ainda, referir-se ao preceito do art. 16, *arrependimento posterior*, bem verdade que este limitado àqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas, da mesma forma, compensador de uma atitude favorável por parte do delinquente, reduzindo-lhe a pena.

Vê-se, destarte, que o ordenamento jurídico existente e consubstanciado no Código Penal já permitia beneficiar o réu em determinadas circunstâncias, quando demonstrasse *“menor endurecimento no querer criminoso, certa sensibilidade moral, um sentimento de humanidade e de justiça que o levam, passado o ímpeto do crime, a procurar detê-lo em seu processo agressivo ao bem jurídico,*

*impedindo-lhe as consequências”,* como já acentuou o mestre Aníbal Bruno.[\[13\]](#)

Não necessitava, portanto, o legislador, em lei extravagante, vir a prever a delação premiada, como causa de diminuição da pena. Também por isso é inoportuno. A traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (aliás, por culpa do próprio Estado) ou setores economicamente privilegiados da sociedade (no caso da repressão à extorsão mediante sequestro).

Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Para Hegel a ética é filosofia do direito, entre outras coisas porque o Estado é a expressão máxima de eticidade, ou seja, a substancialização da moralidade nas instituições históricas que a garantem.[\[14\]](#)

Segundo matéria produzida por [João Ozorio de Melo](#), correspondente da revista Consultor Jurídico nos Estados Unidos, publicada com o título "*Promotores garantem imunidade a assassino para delatar inocente*", acessada no dia 17 de fevereiro de 2015, às 11h55, em Nova York, "*exames de DNA provaram a inocência de uma*

*mulher, depois de ela passar 13 anos na prisão. E que o verdadeiro culpado era seu ex-namorado. No entanto, os promotores não puderam processá-lo, porque haviam garantido a ele imunidade, em troca de seu testemunho contra ela no julgamento." A notícia informa que a "americana Lynn DeJac Peters fora acusada de estrangular a própria filha, Crystallynn Girard, de 13 anos, em sua casa em Buffalo, Nova York, no dia de São Valentim – o Dia dos Namorados – em 1993. Ela foi condenada em 1994 e inocentada em 2007, depois que exames de DNA revelaram que o assassino de sua filha era, na verdade, seu ex-namorado Dennis Donohue. Exames feitos por um perito forense de slides e registros da autópsia da menina mostraram que a menina, além de estrangulada, fora estuprada. Nesse ponto, os promotores desistiram de recorrer contra a liberação de Lynn Peters e tiveram de encarar o fato de que não poderiam processar Donohue, porque haviam lhe garantido imunidade. De qualquer forma, Donohue está na cadeia. Ele foi condenado, posteriormente, a 25 anos de prisão, por estuprar e estrangular outra mulher. Essa mulher foi a segunda vítima do acordo entre a Promotoria e o assassino. Lynn Peters, por sua vez, não teve direito a visitas de seus filhos gêmeos, que nasceram um pouco antes do julgamento, nem da família, porque ela não entrou em acordo com a Promotoria antes do julgamento, pelo qual poderia admitir sua culpa em troca de uma condenação menor e outros privilégios. Ao contrário, ela manteve, durante todo o tempo, que era inocente. Em 2009, o advogado de Lynn, Steven Cohen, entrou com uma ação indenizatória contra o Condado de Erie e a Cidade de Buffalo, alegando negligência nas investigações e no*

*processo contra sua cliente, que resultaram em erro judicial. Em novembro de 2013, Lynn obteve na Justiça uma indenização de US\$ 2,7 milhões, depois de fazer um acordo com a cidade de Buffalo e o estado de Nova York. Ela pedia mais de US\$ 10 milhões, de acordo com o Huffington Post. Lynn DeJac Peters não teve 13 anos para desfrutar a compensação pelo tempo que passou na prisão. Em junho de 2014, cerca de sete meses depois de receber a indenização, ela morreu de câncer. De acordo com o The Buffalo News, seus filhos gêmeos garantiram que ela morreu em paz, porque, na opinião dela, a Justiça tardou mas não falhou, afinal de contas."*

*"Ao apostar na delação premiada como principal elemento de instrução processual, o Ministério Público abre mão de seu papel constitucional de denunciar." A avaliação é do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aposentado Adilson Macabu, que atuou como convocado no Superior Tribunal de Justiça. Para ele, essa inversão de papéis "coloca em risco o regime democrático". Na opinião de Adilson Macabu, ao optar pela delação, o Ministério Público delega para um dos investigados a função de entregar comparsas. O Ministério Público passa a ser mero espectador. "O ato de delegar ao réu a atribuição de acusar, escolhendo quem deve ser investigado, não poucas vezes, segundo critérios subjetivos e espúrios, deve ser repudiado." Para Macabu, o Brasil está presenciando uma inversão da atividade processual que deveria ser exercida pelo Ministério Público, o que tem acarretado em prisões preventivas de citados em delações com o argumento de que é necessário garantir a ordem pública. Ele explica que*

indícios de prática de crimes podem servir para a abertura de um processo, mas não justificam a prisão antes do devido processo legal, *“sob pena de se vulnerar o princípio da não culpabilidade, especialmente quando não estiverem configuradas as situações elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal”*. Os acordos de delação são feitos entre investigado, investigadores e Ministério Público e devem sempre ser homologados pelo Judiciário. No caso da “Operação Lava Jato” (caso Petrobrás), há cláusulas que obrigam o investigado a abrir mão de recursos contra termos do acordo. Isso, segundo Macabu, *“vulnera o sistema democrático, na medida em que nenhuma lei pode sobrepor-se às garantias fundamentais e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal”*. Para ele, práticas desse tipo vulneram o preceito constitucional que assegura a igualdade de todos perante a lei e *“constitui uma porta aberta para a prática de inúmeras ilegalidades, especialmente, porque, à luz do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.<sup>[15]</sup>

Incita-se, então, à traição, este mal que já matou os conjurados delatados pelo crápula Silvério dos Reis; que levou Jesus à cruz por conta da fraqueza de Judas e deu novo alento aos invasores holandeses graças à ajuda de Calabar.

Aliás, como bem lembrado por Sérgio Rodas, uma Autos da Devassa delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos: *“Em tempos de operação “lava jato”, em que depoimentos*



*feitos em delações premiadas estampam jornais diariamente, vale lembrar que Tiradentes foi possivelmente vítima da primeira “dedurada” legalmente recompensada na história do Brasil, feita pelo coronel Joaquim Silvério dos Reis. (...) Quando soube do movimento, Silvério dos Reis vislumbrou uma oportunidade de obter os benefícios do parágrafo 11 do Título VI das Ordenações Filipinas (lei vigente na metrópole e em todas as colônias na época) e se livrar das pesadas dívidas que possuía junto à Coroa Portuguesa. O dispositivo “previa não só o perdão, mas também favores do Reino para quem primeiro delatasse a existência de atos de crime de Lesa Majestade”. Este delito, tipificado no Título VI da mesma norma, era aplicado em caso de “traição cometida contra a pessoa do Rei, ou seu real Estado”. Visando à sua redenção, Silvério dos Reis resolveu abrir o bico – mas por livre e espontânea vontade, e não devido à coação de uma prisão preventiva. (...) Por ter denunciado os agitadores da Inconfidência Mineira, Silvério dos Reis recebeu, em Lisboa, o foro de fidalgo da Casa Real e o hábito da Ordem de Cristo. Além disso, suas dívidas com a Coroa Portuguesa teriam sido perdoadas, e ele teria recebido ouro, uma mansão e o cargo público de tesoureiro da bula de Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro..Empolgado pelas recompensas que recebeu por denunciar os conjurados, mas querendo ganhar mais prêmios da metrópole, Silvério dos Reis planejou uma nova delação premiada, dessa vez contra o alferes Joaquim Vicente dos Reis, que combatia as arbitrariedades dele e de seu sogro na região. Como não havia crime a denunciar, o chantagista inventou uma denúncia e acusou o militar ter aberto duas cartas lacradas endereçadas ao vice-rei. Para*

*corroborar sua tese, ele apresentou duas testemunhas, com quem havia previamente combinado o teor de seu depoimento. Porém, uma dela falou mais do que devia, gerando contradição com o depoimento de Silvério dos Reis. Por essa razão, a devassa foi arquivada, sepultando seu plano de obter mais recompensas."*[\[16\]](#)

Esses traidores históricos, e tantos outros poderiam ser citados, são símbolos do que há de pior na espécie humana; serão sempre lembrados como figuras desprezíveis. Advirta-se, que não estamos a fazer comparações, pois sequer são neste caso cabíveis. Apenas tencionamos mostrar a nossa indignação com a utilização da ordem jurídica como instrumento incentivador da traição, ainda que se traia um seqüestrador, um latrocida ou um estuprador. Do jeito que as coisas estão indo, far-se-á como um professor pernambucano o fez, no "governo" do Marechal Humberto Castello Branco: instituiu uma agenda para delatores, *"informando que aceitaria denúncias às segundas, quartas e sextas, das oito ao meio-dia."*[\[17\]](#)

Não podemos nos valer de meios esconsos, em nome de quem quer que seja ou de qualquer bem, sob pena, inclusive, de sucumbirmos à promiscuidade da ordem jurídica corrompida.

**Mutatis mutandis**, podemos seguir este raciocínio de Juarez Cirino dos Santos, quando trata da possibilidade da interceptação telefônica:

*"Se um procedimento clandestino de investigação criminal, autorizado por exceção à regra da inviolabilidade das comunicações,*

*lesiona os princípios constitucionais superiores (a) do devido processo legal, mediante radical negação da igualdade de armas entre acusação e defesa, (b) do contraditório, que define o espaço exclusivo de produção da prova válida no processo penal, indispensável para avaliação crítica da legalidade da prova pela acusação e defesa, (c) da ampla defesa, excluída da produção de prova criminal clandestina, da qual não pode participar, (d) da proteção contra autoincriminação, mediante invasão enganosa ou ardilosa das esferas garantidas da privacidade e da intimidade do cidadão, (e) da presunção de inocência, substituída por odiosa presunção de culpa contra o cidadão, então o procedimento da interceptação de comunicações telefônicas, instituído em direta oposição a garantias constitucionais superiores do cidadão no processo penal, é inconstitucional."*[\[18\]](#)

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valhemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual “autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito

*de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...)."*<sup>[19]</sup>

Como diria Graciliano Ramos, já nos anos 30, estamos agora cheios de "*energúmenos microcéfalos vestidos de verde a esgoelar-se em discursos imbecis, a semear delações.*"<sup>[20]</sup> Em nosso caso, seriam "*energúmenos microcéfalos*" engravatados ou embecados!

#### NOTAS:

<sup>[1]</sup> Com informações da Agência Brasil - <http://www.conjur.com.br/2015-jun-03/financiamento-privado-custara-caru-sociedade-marco-aurelio>.

<sup>[2]</sup> <http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/delacao-premiada-assunto-rispido-nao-podendo-banaliza-lo>

<sup>[3]</sup> Natália Oliveira de Carvalho, *A Delação Premiada no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 78.

<sup>[4]</sup> Damásio de Jesus, [https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=16323&Id\\_Cliente=10487](https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=16323&Id_Cliente=10487)

<sup>[5]</sup> Manual da Inquisição, por Nicolau Eymereco, Curitiba: Juruá, 2001, (tradução de A. C. Godoy).

<sup>[6]</sup> Heloísa Estelita, "A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal", *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim*: São Paulo, ano 17, n. 202, p. 2-4, set. 2009.

<sup>[7]</sup> **Apud** Paulo Rangel, **in** *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7<sup>a</sup>. ed., 2003, p. 605.

[8] [https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id\\_Cliente=10487](https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id_Cliente=10487)

[9] Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19<sup>a</sup>. ed. 1991, p. 60.

[10] Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 13, nº. 154, setembro/2005, p. 9.

[11] <http://emporiododireito.com.br/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>

[12] <http://tarcisideldgablog.com.br/verart.php?codigo=3>

[13] Direito Penal, 4<sup>a</sup>. ed. Tomo. III, p. 140, 1984.

[14] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Princípios da filosofia do direito (tradução de Orlando Vitorino), 2<sup>a</sup>. edição, Lisboa: Martins Fontes, 1976, § 258, p. 216.

[15] <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/apostar-delacao-mp-abre-mao-papel-critica-macabu>, acessado no dia 04 de maio de 2015

[16] <http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>.

[17] Revista Civilização Brasileira nº. 1, março de 1965, p. 243 (apud Elio Gaspari, in "A Ditadura Envergonhada", São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2002, p. 221 (1<sup>a</sup>. reimpressão).

[18] <http://justificando.com/2015/05/13/interceptacoes-telefonicas-sao-constitucionais/>

[19] O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

[20] Memórias do Cárcere, Vol. 1, p. 51.

## DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS APICUNS E SALGADOS NA LEI Nº 12.727/2012

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

**Resumo:** Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo *manejo*, acompanhado do adjetivo *ecológico*, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente Natural. Área dos Apicuns e Salgados. Tutela Constitucional.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelo Painel ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Da Proteção Jurídica dos Apicuns e Salgados na Lei nº 12.727/2012.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico *'Ubi societas, ibi jus'*, ou seja, *'Onde está a sociedade,*

está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na



sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira

paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I** - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica

fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível<sup>[7]</sup>.

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero

humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## **2 Comentários à concepção de Meio Ambiente**

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N.º. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é

possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal<sup>[12]</sup>.

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira

dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que,

ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito

privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente



permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Singelo Painel ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema**

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[\[16\]](#). Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[\[17\]](#). Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o

fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”<sup>[18]</sup>. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infundáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

**§1º** - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

**I** - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

**III** - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a

supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19]

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, na condição de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia

qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais.

#### **4 Da Proteção Jurídica dos Apicuns e Salgados na Lei nº 12.727/2012**

Em sede de comentários introdutórios, cuida assinalar que as florestas, na condição de formações arbóreas densas, de alto porte, que recobrem área de terra de extensão variável, encontram-se alcançadas pela pluralidade de realidades contidas no vocábulo flora, sendo caracterizadas como recurso ambiental, em consonância com o ideário contido na Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, que, com clareza solar, destaca que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[\[21\]](#), definido no plano constitucional como bem ambiental. Denota-se, assim, que na contemporânea sistemática, impulsionada pela Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988<sup>23</sup>, as florestas desempenhar papel proeminente para o alcance da dignidade da pessoa humana, revelando-se como pilar de desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, notadamente em razão da biodiversidade existente.

Como bens ambientais, é possível destacar que “as florestas não se submetem atualmente à tradicional interpretação, hoje superada, vinculada ao regime jurídico destacado pela relação jurídica de propriedade”<sup>[22]</sup>, como bem assinala Fiorillo, conquanto, evidentemente, estejam subordinadas ao regime jurídico-econômico do uso comum em proveito da orientação constitucional estabelecida a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional. Salta aos olhos que as florestas, no cenário fortemente impregnado pelos direitos de terceira dimensão, cristalizados no princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, são alocadas como elementos inerentes ao desenvolvimento do indivíduo, em especial devido a concentrar a biodiversidade de espécies da fauna e da flora, bem como desempenhar a função de bem do uso do povo, sem qualquer titular individual, remetendo à coletividade a titularidade do bem.

Neste aspecto, os manguezais são sabidamente reconhecidos por sua proeminência ecológica, tal como sua importância na seara socioeconômica em razão das atividades de mariscagem desenvolvida pelas comunidades próximas. Igualmente, é possível, ainda, sublinhar que as formações de manguezais influenciam, diretamente, na dinâmica geoambiental nos ambientes litorâneos, cuja evolução depende dos fluxos de matéria e de energia associados aos característicos processos hidrodinâmicos advindos das variações das marés, propiciando trocas

proporcionadas pela interação e interdependência entre os componentes do manguezal e de ecossistemas adjacentes. Nesse contexto estão situadas as formações de apicuns. É oportuno consignar que “o apicum corresponde à área geralmente arenosa, ensolarada, e normalmente ocorre na porção mais interna do manguezal, na interface médio-supralitoral”[23]. Ao lado disso, o limite das formações de apicum é estabelecido pelo nível médio de preamares equinociais, sendo desprovido de cobertura vegetal (denominado de apicum vivo) ou abriga vegetação herbácea (apicum herbáceo). Nesse sentido, oportunamente, convém explicitar que “a zona menos inundada do manguezal, na transição para a terra firme, é normalmente desprovida de vegetação arbórea. A nomenclatura utilizada para essa zona de transição é um típico caso em que um nome popular sobrepõe um nome científico”[24].

Cuida explicitar, ainda, que os apicuns são encontrados em áreas litorâneas intertropicais, associados inexoravelmente às formações de manguezais. Caracteristicamente, os apicuns são ambientes dotados de elevada salinidades e estão relacionados a ocorrências de climas com regime de precipitação que compreende uma estação seca. Hadlich e Ucha[25], em suas ponderações, apontam que, conquanto sejam incluídos, pelo menos em parte, no contexto dos grandes conjuntos de ambientes hipersalinos, os apicuns obrigatoriamente estão associados a manguezais, o que tem o condão de distingui-los das demais formações. Tecidos esses comentários acerca da caracterização dos apicuns, prima reconhecer que a temática encontra-se acobertada pela incidência, em sentido extensivo da interpretação da norma constitucional, dos preceitos alocados no artigo

225 da Constituição Federal, sobretudo em decorrência de sua localização e os aspectos econômicos de atividades desenvolvidas em tal formação.

Assim, a Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012<sup>[26]</sup>, que altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, é o diploma responsável por inserir os apicuns e os salgados na órbita da proteção jurídica. Ao lado disso, o §1º do artigo 11-A estabelece que os apicuns e salgados podem ser utilizados em atividades de carcinicultura e salinas, desde que observados os seguintes requisitos: (i) área total ocupada em cada Estado não superior a 10% (dez por cento) dessa modalidade de fitofisionomia no bioma amazônico e a 35% (trinta e cinco por cento) no restante do País, excluídas as ocupações consolidadas que atendam ao disposto no § 6º do artigo 11-A; (ii) salvaguarda da absoluta integridade dos manguezais arbustivos e dos processos ecológicos essenciais a eles associados, bem como da sua produtividade biológica e condição de berçário de recursos pesqueiros; (iii) licenciamento da atividade e das instalações pelo órgão ambiental estadual, cientificado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e, no caso de uso de terrenos de marinha ou outros bens da União, realizada regularização prévia da titulação perante a União; (iv) recolhimento, tratamento e disposição adequados dos



efluentes e resíduos; (v) garantia da manutenção da qualidade da água e do solo, respeitadas as Áreas de Preservação Permanente; e (vi) respeito às atividades tradicionais de sobrevivência das comunidades locais.

A licença ambiental, na hipótese do artigo 11-A, será de 5 (cinco) anos, renovável apenas se o empreendedor cumprir as exigências da legislação ambiental e do próprio licenciamento, mediante comprovação anual, inclusive por mídia fotográfica. São sujeitos à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA os novos empreendimentos: (i) com área superior a 50 (cinquenta) hectares, vedada a fragmentação do projeto para ocultar ou camuflar seu porte; (ii) com área de até 50 (cinquenta) hectares, se potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente; ou (iii) localizados em região com adensamento de empreendimentos de carcinicultura ou salinas cujo impacto afete áreas comuns. O órgão licenciador competente, mediante decisão motivada, poderá, sem prejuízo das sanções administrativas, cíveis e penais cabíveis, bem como do dever de recuperar os danos ambientais causados, alterar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, quando ocorrer: (i) descumprimento ou cumprimento inadequado das condicionantes ou medidas de controle previstas no licenciamento, ou desobediência às normas aplicáveis; (ii) fornecimento de informação falsa, dúbia ou enganosa, inclusive por omissão, em qualquer fase do licenciamento ou período de validade da licença; ou (iii) superveniência de informações sobre riscos ao meio ambiente ou à saúde pública.

A ampliação da ocupação de apicuns e salgados respeitará o Zoneamento Ecológico-Econômico da Zona Costeira - ZEEZOC, com a

individualização das áreas ainda passíveis de uso, em escala mínima de 1:10.000, que deverá ser concluído por cada Estado no prazo máximo de 1 (um) ano a partir da data da publicação da Lei. É assegurada a regularização das atividades e empreendimentos de carcinicultura e salinas cuja ocupação e implantação tenham ocorrido antes de 22 de julho de 2008, desde que o empreendedor, pessoa física ou jurídica, comprove sua localização em apicum ou salgado e se obrigue, por termo de compromisso, a proteger a integridade dos manguezais arbustivos adjacentes. Ao lado disso, cuida ponderar que é vedada a manutenção, licenciamento ou regularização, em qualquer hipótese ou forma, de ocupação ou exploração irregular em apicum ou salgado, ressalvadas as exceções previstas neste artigo.

#### **Referência:**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012.** Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/L12727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12727.htm)>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HADLICH, Gisele Mara; UCHA, José Martin. Apicuns: aspectos gerais, evolução recente e mudanças climáticas globais. **Revista Brasileira de Geomorfologia**, v. 10, n. 2, p. 13-20, 2009. Disponível em: <www.ugb.org.br>. Acesso em 14 mai. 2015.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 14 mai. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMIDT, Anders Jensen; BEMVENUTI, Carlos Emílio; DIELE, Karen. Sobre a definição da zona de apicum e sua importância ecológica para populações de caranguejo-uçá *Ucides cordatus* (LINNAEUS, 1763). **Boletim Técnico Científico – CEPENE**, Tamandaré, v. 19, n. 1, p. 9-25, 2013. Disponível em:

<<http://www.icmbio.gov.br/cepene/images/stories/publicacoes/btc/vol19/art01-v19.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

---

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de

exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta

Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada -



Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[16] BRASIL. **Lei N°. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF,

art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade,

que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional

que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos

internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória N° 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros,

Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 14 mai. 2015.

[21] BRASIL. **Lei N.º. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 mai. 2015.

[22] FIORILLO, 2012, p. 266.

[23] HADLICH, Gisele Mara; UCHA, José Martin. Apicuns: aspectos gerais, evolução recente e mudanças climáticas globais. **Revista Brasileira de Geomorfologia**, v. 10, n. 2, p. 13-20, 2009. Disponível em: <[www.ugb.org.br](http://www.ugb.org.br)>. Acesso em 14 mai. 2015, p. 14.

[24] SCHMIDT, Anders Jensen; BEMVENUTI, Carlos Emílio; DIELE, Karen. Sobre a definição da zona de apicum e sua importância ecológica para populações de caranguejo-uçá *Ucides cordatus* (LINNAEUS, 1763). **Boletim Técnico Científico** – CEPENE, Tamandaré, v. 19, n. 1, p. 9-25, 2013. Disponível em:

<<http://www.icmbio.gov.br/cepene/images/stories/publicacoes/btc/vol19/art01-v19.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2015, p. 10.

[25] HADLICH; UCHA, 2009, p. 14.

[26] BRASIL. **Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012**. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/L12727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12727.htm)>. Acesso em 14 mai. 2015.

## IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE LIBERDADE DA ORGANIZA O RELIGIOSA: EFICÁCIA DO INSTITUTO OU DESVIRTUAMENTO?

**ALAN CARVALHO SANTOS:** Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário AGES; Ex Estagiário do Balão de Justiça e do da Vara Cível da Comarca de Ribeira do Pombal -BA; Secretário do Centro Educacional A.S. Ltda.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o instituto da imunidade tributária para os templos de qualquer culto, está sofrendo um desvirtuamento, visto que hoje o sistema religioso avançou até o ponto das igrejas conseguirem sobreviver sem qualquer tipo de auxílio do Estado, dessa forma precisa ser revista a abrangência desse instituto e quais as formas de mudanças possíveis para aprimoramento do mesmo.

**Palavras – chave:** Estado. Imunidade. Direito. Religião. Igreja. Desvirtuamento.

---

### 1 INTRODU O

  cediço que hoje a imunidade tributária aos templos de qualquer culto gera grande pol mica, já que vivemos em um país no qual expressa em seu artigo 5  da Constitui o Federal que “todos são iguais perante a lei sem distin o”, mas então qual o a finalidade do Estado em fornecer esse privilégio da imunidade tributária aos templos de qualquer culto?   preciso ter conhecimento da origem histórica dos tributos no Brasil, e a propor o com que esse dispositivo foi ganhando forma até

chegar ao âmbito constitucional atual. Bem como compreender que a história da humanidade há séculos é baseada em um Estado que se confunde com a figura da igreja na sua legislação.

Hoje a Constituição Federal garante a liberdade religiosa, da mesma forma que impõe limitações ao poder de tributar do Estado, que é o benefício da imunidade tributária, por outro lado, tendo em vista ser um Estado laico, ou seja, não professa religião, mesmo que em alguns momentos execute o dinheiro público para trazer líderes religiosos, dos quais tem uma visão maior perante a humanidade. A prática da liberdade religiosa que o Estado fornece, tem a intenção de contenção da massa popular, afinal é muito mais fácil pedir para que um líder religioso ou religião forneçam um conforto espiritual, sentimental, psicológico, cultural, para que o cidadão esqueça sua situação social de calamidade, do que fornecer para esse cidadão educação, lazer, cultura, saúde e outras garantias constitucionais.

Outro fator muito polêmico e de grande importância, que é de conhecimento geral da sociedade, é que hoje as entidades religiosas viraram verdadeiras empresas, sendo que cada vez mais estão sendo abertas instituições religiosas livres de impostos, graças a imunidade fornecida pelo Estado, dessa forma chega a ser intrigante o porquê do Estado fornecer a imunidade aos templos de qualquer culto e ver que isso está se vulgarizando de forma que praticamente em toda esquina tem uma igreja seja lá de qual fé for. No mais o mesmo Estado em recente decisão concedeu a imunidade tributária para cemitérios, aumentando a quantidade de beneficiados com a imunidade tributária,



então visto que tal assunto gera uma discussão social e está cada vez mais indo para uma situação conflitante entre sociedade e Estado é preciso analisar esse segmento de proteção desigual e até mesmo religioso, trazendo um privilégio os que professam uma fé e vendando os olhos para os que não são adeptos a templo algum.

Dentro dos pontos abordados nesse trabalho, será possível esclarecer quais as medidas e possibilidades cabíveis para uma mudança na legislação que garante a imunidade tributária aos templos de qualquer culto, demonstrando através de exemplos quais os fatores prejudiciais dessa imunidade, bem como os benéficos. Tendo em vista a característica do país em ser muito ligado a religião, é preciso ter um posicionamento legal ao criticar essa imunidade, pois o respeito a Constituição deve prevalecer para garantir a ordem maior no Estado. Portando os argumentos em prol da mudança do instituto da imunidade tributária aos templos de qualquer culto devem ter em sua base o que a Constituição Federal permite mudar, mas a possibilidade de renovação da Constituição deve ser cogitada, com isso fica cristalino que uma visão geral dos fatores históricos e atuais são a chave para que possa se chegar a uma melhor composição do instituto questionado.

O trabalho trata o sistema tributário desde o seu princípio, demonstrando a relação jurídica tributária e o instituto de imposto, explicando quais as limitações que o Estado estabeleceu para si e aos outros entes, quanto a tributação. Com isso um dos objetivos desse trabalho é quebrar o posicionamento preconceituoso de quem não tem conhecimento dos institutos abordados nesse trabalho e mesmo assim

expõe uma opinião totalmente superficial sobre o tema. Dessa forma o estudo aprofundado possibilitará a mudança de preceitos erroneamente concebidos, bem como uma nova tomada de posição por parte do leitor ou ouvinte desse trabalho.

É preciso um conhecimento geral sobre o tema e a distribuição desse trabalho, afinal é um assunto polêmico e de grandes divergências, visto que a presença de representantes religiosos hoje no meio político é uma realidade e que esse fato é uma substituição da presença atuante dos líderes religiosos como pensantes e impositores da lei, ou seja se antes a igreja tinha a soberania de ser a imagem do Estado, hoje seus líderes podem participar apenas democraticamente do regimento do país, isto é um avanço lógico do sistema político juntamente com a sociedade.

O tratamento dos institutos abordados nesse trabalho passam por um clamor social e ao mesmo tempo um debate jurídico, onde tal tema está presente mundialmente, visto que a religião de certa forma move o mundo, pois a influência religiosa pode interferir no caráter do ser humano de diversas formas e em diversas proporcionalidades. Dessa maneira percebe-se a importância do pensamento jurídico e de uma aplicação legal para esse instituto, já que uma visão de Direito é totalmente externa e imparcial em sua determinação, com isso as disposições legais atuais ou as futuras, podem reger a problemática da imunidade tributária dos templos de qualquer culto, sem que sejam protegidos interesses religiosos, mas tão somente seja aplicada a lei de forma que seja justa e garanta a regência do direito no Estado.

Tendo em vista o crescimento da quantidade de entidades religiosas, o aumento do valor bruto adquirido por essas entidades, e a evolução da estrutura das igrejas, pode ser visto que o legislador ao escrever no artigo 150 inciso VI alínea “b” não contava com o aumento em quantidade de templos e de renda em tão poucas décadas, por isso o Supremo Tribunal Federal precisou por muitas vezes discutir a abrangência da imunidade tributária aos templos de qualquer culto. Entretanto percebe-se que a garantia da imunidade tributária tinha e tem os objetivos de impor uma limitação ao poder de tributar, dar a garantia de cumprir a liberdade religiosa sem a interferência do estado na igreja e possibilitar que a igreja forneça um amparo social ao país.

Ocorre que hoje devido a liberdade conquistada pelas entidades religiosas, onde não há prestação de contas, não há limite de arrecadação, bem como não existe um teto máximo para haver a tributação, ou não possui qualquer impedimento para a criação de templos religiosos, ou para fiscalizar se a instituição está regularmente legalizada, com CNPJ e Livro de Atas da movimentação financeira do dinheiro arrecadado por qualquer entidade religiosa. Dessa forma o número de pessoas enricando de forma ilícita devido a confusão patrimonial existente hoje entre os valores arrecadados pela igreja e a renda patrimonial do líder ou dos líderes religiosos, é muito grande, e se por um lado essas igrejas abertas fazem um trabalho social muito grande atingindo e mudando a vida de muitos, por outro pessoas chegam a passar necessidade para cumprir suas metas espirituais e fornecer a

líderes religiosos que irão angariar os valores doados para as suas contas gordas, mas “santas”.

Por fim, espera-se, ao final, demonstrar a necessidade de uma mudança na maneira com que o benefício da imunidade é concedido e fiscalizado devido ao fato de que hoje existe um desvirtuamento da garantia da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, onde na situação atual do Estado não há mais a perseguição religiosa existente nos séculos passados, não há mais necessidade do Estado prestar um amparo as igrejas nos dias atuais, pois pode ser verificado que algumas entidades religiosas acumulam milhões em suas contas, mesmo com os gastos de subsistência, os gastos festivos e os gastos sociais. Da mesma forma precisa ser revista a abrangência da limitação do poder de tributar, isso sem ferir a Constituição da República de 1988 no sentido de anular a cláusula pétrea da concessão da imunidade tributária, pois tal fato é inconstitucional. Por fim pretende-se discutir nessa obra as possibilidades de mudança do dispositivo da imunidade tributária através de uma nova Constituição da República, bem como se a elaboração de um novo texto Constitucional é proveitoso para o Estado.

## DESENVOLVIMENTO

### 2 Estado Laico

O Estado brasileiro tem a característica de ser laico, ou seja não professa nenhuma religião como fonte de identidade da nação. Entretanto isso é uma característica recente no nosso país.

A história do Brasil é marcada pela colonização dos portugueses e da catequização dos padres jesuítas aos índios, seguida pela imposição

da religião Católica Apostólica Romana como principal no País. Nessa relação Estado igreja existente desde os primórdios, a presença da figura religiosa como participante ativo na política do Estado era corriqueira, essa união perdurou por muitos anos aqui no Brasil, inclusive nos períodos de república, como também nas outras nações, visto que o Estado sentia a necessidade do apoio da Igreja Católica para sustentar o país e controlar a massa social.

Apenas em 1911 ocorreu uma mudança significativa para o Estado brasileiro, que foi a decisão de separar o Estado da Igreja Católica Apostólica Romana, sua principal representante como figura de comunicação mais próxima do povo, então com a Lei da Separação da Igreja do Estado, que passou a ser válida em 20 de abril de 1911, o Estado finalmente passou a ser Laico. Diante disso expõe o artigo segundo da lei.

#### Artigo 2º:

A partir da publicação do presente decreto, com força de lei, a religião católica apostólica romana deixa de ser a religião do Estado e todas as igrejas ou confissões religiosas são igualmente autorizadas, como legítimas agremiações particulares, desde que não ofendam a moral pública nem os princípios do direito político português. (Lei da separação de Igreja e do Estado).

Qualquer religião ou representante religioso que lute para impor suas crenças no meio político do Estado comete grande erro, pois no

momento que alguém quer fazer o Estado sobrepor uma religião de forma mais privilegiada do que as outras retira do mesmo a característica da laicidade, isso significaria que o Estado tem somente uma face na sua transparência, com isso todas as outras religiões estão postas de lado, assim não há possibilidade de crescimento do estado, pois nem todos estão aptos a ingressarem em uma mesma religião.

A importância do Estado laico de permitir várias religiões de professarem a sua fé dentro do Estado, está no fato de que o cidadão terá vários caminhos para trabalhar o seu sentimental e psicológico dentro do templo religioso, isso gera um efeito de contensão da massa, evitando que o Estado tenha o seu trabalho de garantir a estabilidade social diminuído. Vê-se que o Estado laico está para incentivar as religiões a trabalharem o pensamento social individual e coletivo de cada pessoa para o bem comum.

O Estado laico trouxe à tona o princípio da igualdade das religiões, assim não deve haver mais privilégios a quaisquer denominações. Entretanto essa é uma realidade que enfrenta desafios, mesmo nos dias atuais, pois, é cediço que o Estado mobiliza muito mais fundos financeiros para trazer uma representante de igrejas com o destaque maior, como as igrejas Católicas e Protestantes do que para trazer um representante das religiões que são minoritárias no país.

O Estado laico demonstra a importância de não interferir nas práticas de qualquer denominação religiosa ou deixar que qualquer religião interfira nas funções do Estado, quanto a isso Santos Júnior expõe:

Uma significativa parcela da doutrina costuma reservar a expressão “laicidade” para designar uma atitude de neutralidade benevolente por parte do Estado, ou seja, uma não-intervenção do poder público no domínio da religião fundamentada no respeito ao fenômeno religioso. Nesse caso, a abstenção do Estado tenderia a favorecer a expressão da religiosidade, seja por considerá-la uma fonte de virtude e responsabilidade cívica, seja por entendê-la útil à integração. (Santos Júnior, pg. 59-60 2007).

Ademais diante do exposto pode ser visto que o Estado laico está à frente dos demais Estados que professam qualquer fé ou impedem as pessoas de professarem suas crenças. O Estado laico é uma das maiores demonstrações de liberdade que um país pode oferecer e mais ainda é uma forma do Estado evitar atritos com a sociedade sobre suas filosofias de vida, afinal isso não é competência do Estado. No momento em que o mesmo se define como laico ele deixa de criar a visão de quem está certo ou errado, o Estado apenas está afirmando que todos são iguais perante a lei independente de suas crenças.

### 3 Objetivo da Igreja

A igreja está no centro da humanidade desde sua origem. A figura do sacerdote era presente no tempos antigos, sendo sua autoridade maior até que a do rei, imperador ou faraó, em certos momentos, é certo que os templos religiosos são monumento que

marcam a trajetória da humanidade, contribuindo para o bem ou para o mal.

O Estado primeiramente tinha sua identidade em confusão com a igreja, mas como abordado no capítulo anterior com a laicidade do Estado houve a separação da igreja, mas essa continuou da mesma forma em sua força e influência. É certo que o mundo não teria superado suas crises aos longos dos anos sem a presença da igreja para cuidar, ajudar, educar e até mesmo manipular a sociedade.

Nos dias atuais no Brasil o Estado concede as igrejas, independente de religião, a oportunidade de trabalharem e realizarem suas práticas doutrinárias dentro de seus templos/instituições, sem qualquer interferência, isso porque as entidades religiosas cumprem a função de cuidar da sociedade retirando as pessoas de um meio de ações ilícitas, visto que muitas pessoas que vão para a igreja, são as que abandonaram vícios, práticas violentas e outras formas de gerar lides sociais. Isso consiste no objetivo da igreja de trabalhar no indivíduo a transformação individual e usar a igreja como atividade coletiva para melhorar o caráter de cada um dos membros da igreja. Isso se dá através dos ensinamentos, das atitudes e até dos limites impostos ao cidadão pela igreja.

O cumprimento da função da igreja de trabalho social está garantida na Constituição da República/88 pela liberdade religiosa e na exposição do artigo 5º inciso VI permite que essa liberdade não seja abrangida apenas para o templo ou entidade religiosa, mas também para o indivíduo que professa a fé, segue o exposto:



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Diante disso vê-se que é claro o objetivo do Estado de permitir as igrejas trabalharem pelo bem comum concedendo o indivíduo a liberdade de qualquer crença que lhe convenha.

Prosseguindo no pensamento do objetivo da igreja, percebe-se que a mesma está cumprindo sua função/objetivo de ajudar qualquer pessoa que precise do seu amparo, provas disso são os exemplos das missões católicas em países de baixa renda, para o fornecimento de alimentos, cuidados médicos, ensino infantil e fundamental nas escolas, bem como a criação de hospitais, escolas, e de templos para conforto espiritual das pessoas.

Da mesma forma percebe-se que as diversas religiões querem o bem social e todas professam a fé em um Deus, mesmo que de forma diferente. O projeto gideões missionários é outra forma de missão que fornece inúmeros suprimentos para a África nos locais mais carentes, da

mesma forma envia médicos para cuidar da saúde das crianças com o objetivo de reduzir a mortalidade infantil.

No Brasil o maior exemplo que tem de cumprimento do objetivo da igreja de mudar a vida do próximo é o projeto Mansão do caminho criado pelo mestre espírita e um dos maiores palestrantes do mundo Divaldo Franco, tal projeto foi responsável por já ter retirado mais de 150.000 pessoas das ruas, fornecendo moradia alimentação, educação escolar, profissionalização em diversas áreas, sendo que o projeto atende qualquer pessoa independente da fé que ela professe.

Outro ponto muito importante da igreja em seu objetivo é a restauração de pessoas que ingressaram no mundo das drogas, as entidades religiosas sentem-se na obrigação de retirar o ser humano desse estado degradante, não é apenas uma mera ação para ganhar status, é um movimento de mudança que está internamente ecoando nas igrejas e em seus membros.

Diante do exposto é preciso demonstrar o lado obscuro e sombrio da história, a igreja junto com a humanidade foi evoluindo no decorrer dos séculos e nesse meio tempo a mesma também gerou muitas dores, sofrimento e morte. Mesmo que a igreja supra citada tenha um objetivo de ajuda social, existe sempre no meio as pessoas de má índole que querem gerar o caos. Por isso ocorreram fenômenos históricos como a “santa inquisição, caça às bruxas, morte de cientistas, morte de pessoas que professavam uma fé diferente ou de qualquer um que praticasse a chamada blasfêmia contra a igreja, isso ocorrendo em todo o mundo durante os séculos passados por qualquer religião.

A religião e suas igrejas/entidades religiosas vão continuar influenciando o mundo às vezes de forma nobre às vezes de forma criminosa, cabe ao Estado fiscalizar para que a ajuda social esteja sendo feita pelas igrejas.

#### 4 A Igreja Moderna e a Liberdade Religiosa

A religião é um fenômeno presente na história da humanidade desde a origem da adoração divina, independente de qual ser seja adorado, a igreja sempre teve um papel presente no âmbito político do Estado, havendo algumas vezes confusão na figura do rei com o líder religioso. O Brasil é famoso por ter o costume de ser um país receptivo e com grande aceitação das pessoas independente de credo, etnia, cultura, nação, entre outros fatores que diferenciam cada indivíduo. A miscigenação é uma característica cristalina do povo brasileiro, haja vista que a diversidade de religiões e a quantidade de novos templos com filosofias diferentes vêm aumentando, sendo cada vez mais variado o número de entidades religiosas presentes no Estado.

A abrangência da liberdade religiosa no Brasil passou por variações para atingir esse nível atual, como bem expõe Moraes:

Saliente-se que na história das constituições brasileiras nem sempre foi assim, a Constituição de 25 de março de 1824 consagrava a plena liberdade de crença, tringindo, porém, a liberdade de culto, pois determinava em seu artigo 5º que a “Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. (MORAES, 2009, pg 46).

Sabe-se que hoje a liberdade religiosa e a escolha de fé são dispositivos de cláusula pétrea, conforme exposto:

Como a liberdade religiosa de culto é direito individual expressamente consagrado (art. 5º, VI, CF/1988), e a imunidade religiosa é uma das garantias que protege tal direito, ambos estão protegidos por cláusula pétrea. (ALEXANDRE, 2013, pg 161).

Conforme pensamento de Canotilho, o princípio da liberdade religiosa se faz mais concreta com a liberdade de expressão, tendo inclusive grande envolvimento cultural no Brasil, sendo em algumas escolas públicas matéria da grade de ensino, lembrando que não é um ensino de uma religião específica, mas sim ensinamento de valores humanos, sociais, e morais. De acordo com Alexandre de Moraes liberdade está relacionada com o pensamento, da seguinte forma:

A liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades de pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular. (MORAES, 2009, pg. 45).

Assim nessa sequência a Constituição da República/88 dispõe de forma concreta o direito da liberdade religiosa em seu artigo 5º incisos VI, VII e VIII conjuntamente com a liberdade de pensamento, estabelecendo o livre direito da liberdade filosófica através da expressão,

mas independente dessa concessão de liberdade religiosa a Constituição da República/88 deixa nítido no artigo 19 inciso I que o Estado é laico, ou seja, não possui uma religião específica, nem pode manter qualquer entidade religiosa. Ironicamente o mesmo Estado laico é o que gasta milhões dos cofres públicos para promover a visita do Papa, líder maior da Igreja Católica Apostólica Romana, o mesmo não seria feito com um representante de uma religião de pequeno porte, assim o termo “qualquer” usado no disposto do artigo 150 inciso VI alínea b) não foi e nem está sendo respeitado, conforme exemplo em matéria do site Bom axé:

#### **Isenção de IPTU para todas as religiões:**

Brasília - A Constituição da República/88 brasileira estabelece que é proibido à União, aos Estados ou Municípios cobrar impostos sobre templos religiosos de qualquer culto. No entanto, essa é uma prática não muito respeitada por alguns governantes municipais, que insistem em cobrar o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), principalmente, de templos religiosos de matriz africana.

A Câmara de Vereadores da cidade de Salvador, Bahia, debateu o direito de isenção do imposto a essas religiões. A vereadora Olívia Santana (PCdoB) é a autora da emenda ao Código Tributário do Município de Salvador que estende o benefício para

os templos situados em terrenos arrendados. De acordo com a vereadora, a resolução beneficia principalmente os templos das religiões de matriz africana, pois cerca de 80% deles não usufruíam o benefício da isenção já alcançado por outras religiões, entre outros motivos, por estarem localizados em terrenos arrendados.

Religiões como o candomblé, são formadas por pessoas de baixa renda, sem instrumentos legais necessários para obter informações e ter acesso ao aparato jurídico e advogados, como em outras religiões", afirma. E complementa: "Não se pode esquecer que essas religiões constituem a marca do povo brasileiro, com a sua afirmação de cidadania, mas ainda lidam com a carga do preconceito e do racismo, ainda carregam o peso do colonialismo e da escravidão".

O exposto no artigo 150, inciso VI, alínea b), demonstra que o constituinte teve o intuito de preservar o direito fundamental do cidadão ao desenvolver de forma livre sua crença filosófica, espiritual ou sentimental nos templos de qualquer culto, imune do pagamento de impostos ou qualquer tributo que podem ser cobrados pelos entes, União, Distrito Federal e Municípios.

A liberdade religiosa está diretamente ligada a liberdade de pensamento, portanto a liberdade filosófica garantida pela Constituição

da República/88 é de suma importância para que o indivíduo possa professar sua fé sem qualquer punição, desde que não haja de forma ilícita ou ofensiva a legalidade em suas palavras. Diante disso tem-se a garantia desse direito fundamental como uma forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

A principal característica da liberdade religiosa que é pouco atentada por pessoas de formação ou pessoas sem o nível acadêmico é que a liberdade religiosa consiste na garantia do indivíduo ter o direito de escolher a sua religião, assim expõe Santos Júnior:

Não surpreende que num contexto cultural como o nosso, cujas origens históricas são marcadas pelo monopólio de uma única religião, a Católica Apostólica Romana, as pessoas vislumbrem a liberdade religiosa muito mais direito de escolherem uma específica religião dentre tantas contradições na sociedade do que, por exemplo o direito de terem ou não uma religião, também compreendido naquela liberdade. 9Santos Junior, pg. 52, 2007).

Assim pode ser percebida a diferença entre escolher uma religião e ter o direito de escolher, visto que antigamente o Estado brasileiro não era laico, a escolha de uma religião não lhe dava qualquer direito quanto a professar sua fé, o que hoje a laicidade garante, bem como a própria Constituição da República/88.

O maior desafio criado após a garantia da liberdade religiosa é o de que o Estado perdeu o controle sobre as igrejas, no sentido de que

hoje não é possível o Estado ter o conhecimento de que a instituição religiosa está praticando o exercício de suas atividades sem buscar qualquer objetivo financeiro, deixando de ser uma entidade filantrópica, assim a imunidade tributária concedida pelo Estado das entidades religiosas, apesar de legal é uma barreira que possibilita a qualquer um abrir uma igreja para desviar dinheiro e apenas para estar imune dos tributos cobrados pelo Estado, quanto a isso expõe Santos Júnior:

Não é demais anotar, contudo, que a imunidade tributária como de resto todos e quaisquer privilégios ou garantias concedidos pelo orçamento jurídico às organizações religiosas, é estabelecida sob a pressuposição do legítimo exercício da atividade religiosa, ou seja, de que as organizações debaixo de sua proteção tenham preponderantemente finalidades religiosas. Se uma instituição, conquanto possua um rótulo de religiosa ou até seja organizada formalmente como religiosa, não exercita nenhuma atividade capaz de ser enquadrada nessa definição ou apenas esconde uma lucrativa atividade comercial, cuida-se aí de uma fraude e, portanto não há como reconhecer a tal organização a imunidade tributária.

Diante disso vê-se que o Estado fornece a liberdade religiosa e a imunidade tributária de forma combinada a qualquer entidade religiosa, cortando esses benefícios nos casos de fraude, mas bem verdade que



não há como o Estado fiscalizar tantas igrejas e resguardar o cumprimento legal da concessão da imunidade. O Estado apenas vanda os olhos para as fraudes e se contenta com a função social exercida pelas entidades religiosas como forma de compensação.

### 5 Culto e Templo

Culto pode ser entendido como a adoração a uma divindade, mediante a expressão de fé, independente de qual seja a religião professada, esse entendimento é mais abrangente e recente, tendo em vista a forte influência do catolicismo no país, historicamente famosa por ter participação política forte na história da humanidade, entendendo-se culto como:

A expressão “templos de qualquer culto” deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo todas as formas de expressão da religiosidade, ainda que não corresponda às religiões predominantes no seio da sociedade brasileira. A questão dos limites do culto religioso, do ponto de vista do respeito à dignidade da pessoa humana, não é questão para o direito tributário, mas para outras searas. Refiro-me aos casos de pretensas religiões que desbancam para o absurdo, para a dominação dos fiéis e para a sua exclusão do convívio social. (SABBAG, 2013).

O templo e o culto estão definidos dentro da garantia de liberdade de crença, onde qualquer cidadão tem a oportunidade de

estabelecer a sua fé e participar da liturgia que ele quiser, bem como explica Paulsen:

Trata-se de reafirmação do princípio da liberdade de crença e prática religiosa, que a Constituição prestigia no art. 5º, VI a VIII. Nenhum óbice há de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão. E entendeu o constituinte de eximi-lo também do ônus representado pela exigência de impostos (art. 150, VI, b). (PAULSEN, 2011, pg 233).

A liberdade de culto religioso ou a liberdade religiosa, já foi anteriormente explicada, entretanto é necessário lembrar que o culto religioso não pode ferir a ordem, a tranquilidade e os bons costumes, dessa forma a prática religiosa, como por exemplo, a famosa cura, deve trazer uma operação do dito milagre mediante a liberdade religiosa, mas sem a prática de atos ilícitos, como o tratamento cirúrgico por pessoas não especializadas com a alegação de conhecimento espiritual na matéria medicinal.

É preciso também dar um destaque quanto ao que tange a imunidade tributária aos templos de qualquer culto, destacando o entendimento do professor Sabbag de que: “não se protegem seitas com inspirações atípicas, que incitem a violência, o racismo, os sacrifícios humanos ou o fanatismo devaneador ou visionário”.

O templo por outro lado é compreendido como o lugar de adoração em que os fiéis estão reunidos com o propósito de expressar

seus sentimentos, angústias, e demais fatores internos do ser humano, sua interpretação no texto Constitucional é de forma abrangente da seguinte forma:

Ora, os templos de qualquer culto não são, de rigor na dicção constitucional, os prédios onde os cultos se realizam, mas as próprias Igrejas.

O que o constituinte declarou é que, sem quaisquer restrições, as Igrejas de qualquer culto são imunes de todos os impostos. Não é o prédio, mas a instituição. É de se lembrar que o vocábulo igreja tanto serve para designar a instituição como o prédio, o mesmo se podendo dizer do vocábulo prédio. (PAULSEN, 2011, pg 233).

O entendimento de templo em conjunto com a imunidade, também é muito bem exposto pelo Professor Hugo de Brito Machado, onde este relata:

A imunidade de que se cuida é objetiva, no sentido de que se dirige à entidade religiosa. A palavra “culto” significa seita religiosa. Designa, pois, a entidade. E a palavra “qualquer”, no contexto da norma em estudo, tem exatamente a finalidade de evitar discriminações. A imunidade é outorgada aos templos de qualquer culto, e não apenas aos templos dos cultos que eventualmente contem com a simpatia das autoridades. Já, a

palavra “templo” está na norma imunizante para indicar o instrumento, o meio material, de que se vale o culto, e não apenas o imóvel onde se realizam as cerimônias ou rituais. (MACHADO, 2012, pg 272).

Portanto é preciso diferenciar o que o legislador escreveu no artigo 150 inciso VI alínea b) e o que deve ser compreendido legalmente, o posicionamento do STF garante a imunidade tanto para as finalidades como ao templo em que ocorre a liturgia, esse pensamento tem por objetivo incentivar as instituições religiosas a estabelecerem seus cultos, sem que haja uma forma de tributação como punição para a entidade religiosa.

6 O Imunidade Tributária Como instrumento de liberdade da Organização Religiosa: Eficácia do instituto ou desvirtuamento?

**O presente capítulo tem por objetivo discutir de forma filosófica se o instituto da imunidade tributária que é usado como instrumento da liberdade religiosa, tem tido sua eficácia ao ser aplicado nas entidades religiosas ou se está havendo um desvirtuamento desse instituto.**

**No Brasil o número de religiões tem aumentado cada vez mais, é comum a cada esquina ver uma nova igreja, seja ela de qual religião for, isso tem acontecido devido a possibilidade que o Estado fornece de permitir que as igrejas sejam abertas sem qualquer restrição. Isso ocorre pelo fato de é concedido o benefício da imunidade tributária, ou seja não há necessidade de pagar imposto por parte das entidades religiosas, conforme já foi exposto anteriormente, da mesma forma tal**

incentivo serve para garantir que possam ser abertas novas igrejas e que as mesmas possam se sustentar, visto que não terão que pagar imposto, ou seja, a imunidade é uma ajuda que o Estado fornece as entidades religiosas (e que ajuda farta diga-se de passagem).

O site/jornal online mais popular e reconhecido no meio evangélico, Gospel prime, informa que o número de evangélicos e de igrejas está aumentando de forma muito exagerada, conforme expõe a reportagem abaixo:

O crescimento dos evangélicos no Brasil nas últimas décadas é confirmado pelo IBGE e pela crescente influência desse segmento na sociedade. Os números oficiais do governo apontam para 42,3 milhões de adeptos em 2010. De acordo com o ministério Servindo aos Pastores e Líderes (SEPAL) os evangélicos poderão ser mais da metade da população brasileira em 2020.

Alguns jornais publicaram esta semana uma análise do chamado “mercado gospel”, baseado em dados recentes levantados pela Receita Federal. Segundo a publicação, diariamente as **igrejas do Brasil arrecadam R\$ 60 milhões**, num total de R\$21,5 bilhões por ano.

O Correio Brasiliense divulgou a estimativa que sejam abertas 14 mil igrejas evangélicas no Brasil a cada ano. Embora seja difícil fazer tal estimativa,

pode-se facilmente afirmar que a maioria são igrejas neopentecostais. Afinal, este é o movimento que mais cresce no país, onde aproximadamente 60% dos evangélicos são de linha pentecostal. É igualmente verdade que muitas igrejas não duram mais que alguns anos. ([Http://noticias.gospelprime.com.br/evangelicos-14-mil-igrejas-ano-brasil/](http://noticias.gospelprime.com.br/evangelicos-14-mil-igrejas-ano-brasil/)).

**A diversificação da fé tem sido cada vez maior, não que seja um problema a escolha de fé de cada indivíduo, mas é um problema grande para o Estado a forma como a explosão das igrejas atingiu o país, ao ponto que é corriqueiro ouvir o jargão, “se tudo der errado eu abro uma igreja”, afinal quem não quer está livre de pagar impostos? O problema é que quem tem que ficar prejudicado em não receber os impostos é o Estado e se o mesmo deixar de angariar fundos deixará também de investir em educação, saúde, segurança e demais formas de crescimento do país.**

**Em continuidade, outra reportagem o site/jornal, Gospel prime informa:**

De acordo com dados do “Empresômetro”, ferramenta do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), desde 1º de janeiro até a última sexta-feira (30) já foram abertas 2.798 igrejas no Brasil.

Pela média podemos ver que pelo menos 12 igrejas são abertas por dia ou um igreja nova a cada duas horas. O interessante é que os números se referem a novos cadastros de CNPJ, ou seja, não inclui a abertura de filiais de ministérios que já existem.

Não há burocracia para abertura de igrejas, o que não acontece com empresas, basta registrar a ata de abertura em cartório e depois pedir o CNPJ na Receita Federal.

Por conta dessa facilidade, a quantidade de igrejas abertas é maior do que a quantidade de comércios e restaurantes, perdendo em número apenas para associações. Nesse mesmo período avaliado já foram registradas 5.509 associações em todo o país.

Outro fator que beneficia igrejas é a isenção tributária, garantida pela Constituição Federal as igrejas (templos religiosos em geral) não pagam IPVA, IPTU, Imposto de Renda, ISS e outros impostos sobre renda, patrimônio e serviços. Dispensadas de prestar contas ao fisco, as igrejas precisam apenas entregar anualmente a Declaração de Isentos. *Com informações “O Tempo”.*

*([Http://noticias.gospelprime.com.br/doze-igrejas-sao-abertas-por-dia-no-brasil/](http://noticias.gospelprime.com.br/doze-igrejas-sao-abertas-por-dia-no-brasil/)).*

Percebe-se que o texto expõe de forma errada no terceiro parágrafo o termo isenção ao invés de imunidade, que é o instituto que é garantido a essas igrejas para os impostos supra mencionados. Já com relação a seriedade da reportagem, vê-se que foi o IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário que realizou a pesquisa), assim é possível perceber que são dados de valor, visto que é um órgão especializado em tributos que fez a pesquisa.

O principal ponto dessas citações é que as mesmas expõe que as igrejas estão sendo abertas explosivamente a cada dia e que as mesmas estão só aumentando, já que as mesmas não fecham, isto porque os valores arrecadados pelas igrejas são girados na faixa dos milhões ou bilhões a depender da entidade religiosa, isso só demonstra que o instituto da imunidade tributária aos templos de qualquer culto não é mais um instituto prioritário para o Estado e que deve o mesmo ser revisto em sua amplitude.

Seguindo nesse contexto de pesquisa, o site Ministério Apostólico Terra Santa informa:

**Brasil em 2022: 106 milhões de evangélicos e 575 mil igrejas**

*por Luis André Bruneto*

Não é de hoje que o crescimento evangélico tem despertado a atenção da mídia brasileira. E tem chamado a atenção tanto no aspecto positivo



quanto negativo. A projeção do crescimento dos evangélicos para esse ano ultrapassa da casa dos 50 milhões. Contudo, precisamos pensar além dos números? O que mudou na sociedade com tanta gente nas igrejas?

***1) A projeção da Sepal mostra que mais da metade dos brasileiros será evangélica em 2022. Como foi feita esta pesquisa?***

De 1990 até o ano 2000, a população evangélica cresceu de 9,4% para 15,4%, ou seja, 6 pontos percentuais. Isso comprovou o crescimento dos evangélicos nesse período em cerca de 1.300.000 pessoas por ano, 109.000 por mês e 3.630 por dia (de 13,7 milhões em 1990 para 26,02 milhões em 2000). Baseado nos crescimentos populacionais e no nosso caso, religioso, o Instituto estima o crescimento para os próximos anos. Olhando para esse quadro, chegamos hoje à casa de aproximadamente 23,8% da população evangélica, em uma população de 191,6 milhões de pessoas. Isso equivale a cerca de 45 milhões de evangélicos. Esse número é comprovado pela pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em março de 2007. Essa pesquisa de levantamento por amostragem com abordagem em pontos de fluxo populacional chega

a uma margem de erro máxima decorrente desse processo 2 pontos percentuais para mais ou para menos considerando um nível de confiança de 95. Nessa pesquisa foram encontrados 64% de católicos, 17% de evangélicos pentecostais e 5% de evangélicos não pentecostais (22% somando os dois; dentro da margem de erro chegaríamos a 20 ou 24%).

Assim, chegamos à projeção feita para 2022. Com base nesses dados e se a população continuar crescendo na mesma proporção atual, projetamos uma porcentagem de cerca de 51,4% da população evangélica em 2022, ou seja, aproximadamente 106 milhões de evangélicos para uma população de 207,1 milhões. Há confiabilidade nesses dados? Sim. A confiabilidade dessa projeção é 95%. Se por um acaso errássemos em 2 pontos percentuais para mais ou para menos, chegaríamos a 48% ou a 52% de evangélicos. Isso num universo tão grande e complexo não é considerado como erro, mas como ajuste.

([Http://mts.org.br/noticiasrelacionadas/brasil-em-2022-106-milhoes-de-evangelicos-e-575-mil-igrejas](http://mts.org.br/noticiasrelacionadas/brasil-em-2022-106-milhoes-de-evangelicos-e-575-mil-igrejas)).

**Dessa forma, com esses dados pode ser visto que os cristãos católicos protestantes terão número suficiente para eleger um**

presidente pois os mesmo serão maioria no país a partir de 2022, isso só comprova o aumento gritante que ocorre a cada dia no número de igrejas e seus membros, demonstrando assim que a igreja não é mais perseguida como antes, bem como a mesma não precisa mais do amparo do estado como anteriormente precisou. A verdade é que hoje a igreja tem condições de se manter aberta tranquilamente, auferir renda, realizar suas festividades e liturgias, sobrando ainda muito dinheiro para o caixa sem qualquer prejuízo para as entidades religiosas.

**Por fim o site Deuses&Homens demonstra através de seus dados que as igrejas recebem mais doações do que as ONGs:**

Estudo revelou que, do total das pessoas entrevistadas, 30% fazem doação em dinheiro para igrejas e apenas 14% ajudam organizações não governamentais que mantêm projetos sociais. Somente os pedintes de rua merecem tanta atenção quanto as igrejas. A margem de erro é de três pontos percentuais. Os dados foram colhidos em três etapas em 70 cidades (incluindo nove regiões metropolitanas) em 2013 pelo IDIS (Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social) e Ipsos Public Affairs. Mil pessoas foram entrevistadas em cada etapa. De acordo com o estudo “Retrato da Doação no Brasil”, os mais pobres (classes C, D e E) doam proporcionalmente mais dinheiro para igrejas

e pedintes de rua. As classes A e B, com maior poder aquisitivo, preferem as organizações. O Norte e Centro-Oeste doam mais para igrejas e sociedade civil. Em comparação, a região Nordeste atende mais os pedintes de rua. ([Http://deusesehomens.com.br/ultimas-noticias/item/289-brasileiros-doam-mais-as-igrejas-do-que-para-ongs-sociais](http://deusesehomens.com.br/ultimas-noticias/item/289-brasileiros-doam-mais-as-igrejas-do-que-para-ongs-sociais)).

**Dessa forma pode ser visto que as entidades religiosas são os órgãos que mais arrecadam com doações, isso comprovando que o instituto da imunidade tributária deve ser revisto, já que o mesmo foi desvirtuado pela desnecessidade da entidades receberem esse tipo de apoio, conforme demonstrado pelos dados, as entidades religiosas podem sobreviver sem qualquer tipo de apoio do Estado e que o instituto da imunidade tributária aos templos de qualquer culto está desvirtuado, pois sua eficácia não se faz mais necessária e a mesma nem existe.**

## 7 CONCLUSÃO

A grande diversidade de religiões no Brasil tem elencado os mais variados conflitos de “encontro espiritual”, mover social, disputas por territórios, persuasão filosófica, imposição de crença, participação política, influência familiar, crimes sexuais, lavagem de dinheiro, entre outros fatores que a religião está envolvida. Então mediante as características anteriormente citadas, levando em conta a grande participação dos templos religiosos no cotidiano das pessoas,

independente de qual seja a sua crença, é frequentemente discutida a razão da existência de uma imunidade tributária para os templos de qualquer culto, pois, a ausência do pagamento de tributos gera uma facilitação na criação de templos que hoje estão em atividade como empresas que detêm um domínio financeiro absurdo os sobre seus membros, da mesma forma que esse domínio abrange a existência das outras figuras supra citadas, sendo que já foram anteriormente expostos os motivos históricos que levaram a Constituição da República/88 garantir a imunidade tributária como limitação ao poder de tributar do Estado até os dias atuais no Estado Brasileiro, bem como já existe dispositivo quanto a legalidade constitucional da imunidade tributária.

A razão para a contestação da garantia constitucional da imunidade tributária aos templos de qualquer culto existe principalmente pelo fato da contrariedade do dispositivo constitucional do princípio da igualdade, do aproveitamento que alguns indivíduos adquirem mediante tal benefício e da criação exagerada e cada vez mais constante de entidades religiosas que exercem um “estelionato legal mediante a persuasão”. Da mesma forma a existência do princípio da isonomia demonstra que o Estado não vê diferença entre pessoas ou entidades na hora de tributar, mas não é isso que ocorre, conforme o privilégio da imunidade tributária acaba com a aplicação desse princípio.

Dessa forma os debates sobre a legalidade, a possibilidade de extinção ou mudança da imunidade, tem tomado conta em todo o Brasil. Entretanto se por um lado, o princípio da igualdade é ferido com o dispositivo da imunidade tributária, por outro a cobrança de impostos

aos templos de qualquer culto mediante os problemas e diferenças causadas com as atitudes dos templos religiosos, geraria para o Estado a aplicação do tributo como uma punição, ferindo assim dispositivos constitucionais do conceito de tributo, bem como aplicando erroneamente o tributo em sua função.

Na Constituição da República/88 existe a garantia da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, mesmo com a expressa caracterização do Estado ser laico. O Estado realmente espera desses templos de qualquer culto o trabalho social de contenção de massa, mudança de caráter do indivíduo, na atuação de recuperação de usuários de drogas, recuperação da instituição familiar, socialização, entre outras funções das entidades religiosas, para assim dar uma resposta satisfatória ao Estado, da mesma forma que diminui o seu trabalho de melhorar a condição de vida dos cidadãos. Dessa forma mediante o debate utópico da razão que gera no Estado a garantia constitucional da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, é preciso ressaltar que tal imunidade é cláusula pétrea, como já foi anteriormente exposto, assim a única forma de revogar o dispositivo dessa imunidade é criando outra Constituição da República.

Pode ser visto que é preciso uma compreensão das bases legais expressas e implícitas para que o Estado forneça a imunidade tributária aos templos de qualquer culto, partindo da exposição da origem histórica do tributo no mundo e no Brasil, trazendo sua composição nas Constituições Federais ao longo dos anos, demonstrando como esse fenômeno da imunidade tributária chegou até nós e como manteve-se

firme até hoje, tendo em sua composição atual dispositivos de proteção. Explicar até onde vai o alcance da imunidade tributária aos templos de qualquer culto, bem como trazer jurisprudência semelhante. Reconhecer as limitações do Estado ao poder de tributar para que se possa saber o tamanho da imunidade tributária dos templos de qualquer culto, isso ocorre somente com o estudo de todas essas bases para ser possível ao leitor ter um posicionamento quanto a concordância ou não com o dispositivo da imunidade tributária, ressaltando que independente de opiniões é uma cláusula pétrea.

Possibilidades de uma futura mudança desse dispositivos são praticamente impossíveis, por exemplo, caso o Estado resolvesse acabar com a imunidade tributária através de uma nova Constituição da República, o mesmo poderia cobrar os impostos das entidades religiosas, mas é certo que haveria sonegação de impostos e isso só geraria mais problemas para o Estado. Talvez pensem em designar fiscais garantir cada templo religioso informe a integralidade de seus dízimos e demais rendas para ocorrer uma leal tributação, mas da mesma forma que a população acusa os pastores e demais líderes religiosos de corrupção, fariam o mesmo com os fiscais e a possibilidade da confirmação acontecer é gritante visto a realidade do país.

Outra forma de mudança quanto ao dispositivo da imunidade tributária é o Estado recolher todo o dinheiro, bens e lucros mensais ou anuais das entidades religiosas e investir esses valores em educação, saúde, segurança e outras garantias fundamentais para o país, com isso o Estado pagaria a cada líder religioso um salário específico de acordo com

a quantidade de membros da instituição religiosa, o valor arrecadado por instituição e o tamanho do templo religioso. Essa é a ideia mais atrativa ao meu ver, mas penso ser o retrocesso o Estado novamente estar se envolvendo diretamente com a religião, visto que o pensamento do Estado diretamente envolvido com a igreja somente gerou problemas para o mesmo, então é preciso um estudo aprofundado, bem como uma análise de sistemas tributários de outros Países, no que diz respeito quanto a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, caso um dia resolvam criar uma nova Constituição da República.

A complexidade para que ocorra uma mudança no dispositivo da imunidade tributária aos templos de qualquer culto é o que me faz ser a favor desse dispositivo no momento para manter a atual Constituição da República/88, pois a criação de uma nova Constituição Federal não é uma solução boa visto a quantidade exagerada de Constituições já criada no Brasil.

Os pontos bons e ruins desse dispositivo são de conhecimento de todos as falcatruas e corrupções existentes no meio religioso, bem como os demais abusos financeiros e de outras vertentes, mas também é preciso ressaltar a importância dos templos religiosos que são realmente capazes de mudar a vida de um indivíduo e poupar o Estado de ter o trabalho de aplicar as medidas de âmbito criminal. Com isso o real objetivo do Estado de que as entidades religiosas forneçam formas para a contenção da massa social, vem sendo cumprido, então por ora a aplicação desse dispositivo da imunidade tributária é uma solução para o problema dos Estado.



A mudança tão questionada e o fim de privilégios do dispositivo da imunidade tributária aos templos de qualquer culto deve ser questionada devido ao desvirtuamento desse instituto, afinal hoje existe uma verdadeira confusão patrimonial entre os valores adquiridos pelas instituições religiosas, que estão constando como posses e propriedades das entidades, entretanto quem possui a titularidade do gozo desses benefícios, são na verdade os líderes religiosos e o corpo administrativo da igreja. Assim, com isso pode ser visto que o problema não é a imunidade tributária, mas sim o caráter dos indivíduos corruptos que estão à frente das entidades religiosas, que geram o não cumprimento do objetivo das igrejas alcançar a utopia de um Estado, onde a Carta Magna de 1988 é cumprida em seus elementos fundamentais, bem como existe uma reciprocidade do trabalho do Estado e da sociedade. Isso realmente não acontece e o dinheiro acumulado pelas entidades religiosas não somente contempla os gastos de manutenção do templo, os gastos festivos das entidades religiosas, como também permitem uma sobra milionária em caixa dessas entidades que vão diretamente aos luxos dos líderes religiosos. Na verdade estamos longe de alcançar tais metas, mas existem cidadãos dentro e fora das entidades religiosas que buscam combater essa confusão patrimonial entre o lucro das entidades e a riqueza pessoal dos líderes.

Diante disso a primeira premissa deve ser quer qualquer solução que o Estado deva procurar encontrar para por fim no desvirtuamento da imunidade tributária deve partir de acordo com a inconstitucionalidade do fim da imunidade tributária, mas com a garantia

de poder ser discutido a abrangência desse dispositivo, tendo em vista que algumas entidades religiosas conseguem viver sem esse benefício, que foi criado para possibilitar as entidades uma sobrevivência sem qualquer ajuda do Estado.

As soluções só podem partir do Estado, primeiramente é preciso ver a possibilidade da criação de um órgão de fiscalização das entidades religiosas para identificar quem qual entidade está desvirtuando a garantia da imunidade tributária para o enriquecimento ilícito dos líderes religiosos, cancelando para essas entidades o mesmo benefício e incidindo na tributação das mesmas, visto que fugiram da características para receber a imunidade tributária.

Em continuidade o Projeto de Lei Complementar 239/2013 que é uma proposta de suspensão do direito da imunidade tributária para as entidades religiosas que estiverem sem registro regular em seus municípios, afinal uma igreja que sequer está registrada regularmente, não tem a menor condição de receber o benefício da imunidade. Dessa forma vê-se necessária a criação do órgão supra citado no sentido de fiscalizar a igreja para a verificação da existência de confusão patrimonial ou de irregularização de registro de qualquer instituição religiosa.

Por fim, a abrangência do instituto da imunidade tributária religiosa não se faz necessária nos dias atuais para todas as instituições, pelo fato de que a perseguição religiosa cessou a décadas, bem como que a laicidade do Estado proporciona que qualquer cidadão ou entidade religiosa possa professar a sua fé sem qualquer limitação tendo em vista que a liberdade religiosa permite as igrejas uma seguridade funcional

ilimitada e percebe-se que o benefício da imunidade tributária   muito mais uma forma de contensão da limita o de tributar do Estado do que uma garantia de sobrevivência das entidades religiosas dos templos de qualquer culto.

No mais chega-se   conclusão de que o Estado pode reformar a garantia do benefício da imunidade tributária, visto que ficou claro a demonstra o do desvirtuamento da imunidade tributária e que para isso   preciso a cria o de um órgão específico para fiscaliza o das irregularidades, aprova o do projeto de lei para suspensão do benefício para as entidades em registro legal. Da mesma forma a fixa o de um teto limite para obter o benefício da imunidade tributária   também uma forma de proporcionar ao Estado o poder de investir os valores tributados acima desse teto, em educa o saúde, e segurança. Sendo que o desconto dessa dos valores cobrados as institui es que estariam acima do teto limite seria irrisório visto que essas entidades faturam milhões.

Ademais qualquer Igreja que não pode sobreviver sem a ajuda do Estado   uma igreja sem estabilidade, futuro ou vida, ela   apenas uma muleta para o Estado, que precisa andar com suas forças.

#### REFERÊNCIAS

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Funda o Boiteux, 2005.

**Constitui o da República de 1988.**

**Código Tributário Nacional.**

Constituição de 1891:  
<http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1891/>. **Acesso em 25/05/2014.**

[Http://noticias.gospelprime.com.br/evangelicos-14-mil-igrejas-ano-brasil/](http://noticias.gospelprime.com.br/evangelicos-14-mil-igrejas-ano-brasil/)).

[Http://deuseshomens.com.br/ultimas-noticias/item/289-brasileiros-doam-mais-as-igrejas-do-que-para-ons-sociais](http://deuseshomens.com.br/ultimas-noticias/item/289-brasileiros-doam-mais-as-igrejas-do-que-para-ons-sociais)

([Http://mts.org.br/noticiasrelacionadas/brasil-em-2022-106-milhoes-de-evangelicos-e-575-mil-igrejas](http://mts.org.br/noticiasrelacionadas/brasil-em-2022-106-milhoes-de-evangelicos-e-575-mil-igrejas)).

Jurisprudência-Recurso Extraordinário:  
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869325/recurso-extraordinario-re-562351-rs-stf>. **Acesso em 25/05/2014.**

Jurisprudência- Recurso Extraordinário:  
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918874/recurso-extraordinario-re-578562-ba>. **Acesso em 25/05/2014.**

Jurisprudência- Recurso Extraordinário:  
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ASTF+RE+325.822>. **Acesso em 25/05/2014.**

Jurisprudência- Recurso Extraordinário:  
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334695/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-643686-ba-stf>. **Acesso em 25/05/2014.**

Machado, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. Editora Malheiros – São Paulo, 2012.

MARTINS, Coordenador Ives Gandra da Silva. **Comentários ao Código Tributário Nacional, volume 1** : (arts. 1<sup>ª</sup>va 95). 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

NALDONI, Thais, Isenção de IPTU para todas as religiões. **Bom Axé**. Porto Alegre, RS, 15 dez. 2012. Disponível em [http://bomaxe.com.br/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=205&Itemid=126](http://bomaxe.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=205&Itemid=126).

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: **Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 13. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2011.

RICARDO, Alexandre. **Direito Tributário Esquematizado**. 7 ed. Ver. E atual- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5. ed- São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, José Wilson. **Manual de Monografia: graduação e pós-graduação**.

**Universidade Anhanguera-Uniderp**  
**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: FATO OU DIREITO,  
QUESTÃO DA SOBERANIA – POVO OU NAÇÃO**

**CRISTINE NABINGER DE SOUZA AVELAL**

**Porto Alegre/RS**

**2011**

**CRISTINE NABINGER DE SOUZA AVELAL**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: FATO OU DIREITO,  
QUESTÃO DA SOBERANIA – POVO OU NAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

Universidade Anhanguera-Uniderp  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Profa. Ms. Jamile Gonçalves Calissi**

**Porto Alegre/RS**

**2011**

## RESUMO

A presente monografia pretende uma reflexão acerca do Poder Constituinte Originário, analisando as noções das diversas escolas doutrinárias, filosóficas e jurídicas. Com enfoque na origem da Teoria do Poder Constituinte, apresenta-se um apanhado histórico e conceitual aprofundando-se o tema em questões polêmicas como o posicionamento interno ou externo ao direito, fático ou jurídico do Poder Constituinte Originário, na medida em que incondicionado, ilimitado, serve de esteio a uma nova ordem jurídica suprema. Acrescenta-se ao debate a questão da titularidade e legitimidade do Poder Constituinte Originário, precipuamente no que concerne ao mote do posicionamento da Soberania, oferecendo-se as visões das diversas teorias que culminam na querela entre o Povo ou Nação.

Palavras-chave: Poder Constituinte Originário. Fato ou Direito. Soberania – Povo, Nação.



## **ABSTRACT**

This monograph aims to reflect on the Original Constituent Power analyzing the notions of the various doctrinal schools, philosophical and legal. Focusing on the origin of the theory of Constituent Power, presents a historical and conceptual deepening the theme on controversial issues such as the positioning of the right internal or external, factual or legal of the Original Constituent Power, to the extent that unconditional, unlimited, underpins a new supreme law. It adds to the debate the question of ownership and legitimacy of the Original Constituent Power, primarily with respect to the motto of the Sovereign's position, offering the views of various theories that lead in the quarrel between the people or nation.

Keywords: Original Constituent Power. Fact or Law. Sovereignty - People, Nation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE</b> .....	<b>7</b>
<b>2 CONCEITOS DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO</b> .....	<b>10</b>
<b>3 PODER DE FATO OU DE DIREITO</b> .....	<b>13</b>
<b>4 TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE</b> .....	<b>17</b>
4.1 Titularidade .....	17
4.2 Legitimidade .....	18
<b>5 A QUESTÃO DA SOBERANIA</b> .....	<b>20</b>
5.1 Teorias Contratualistas .....	20
5.2 Teorias Democráticas .....	20
5.2.1 Teoria da Soberania Nacional .....	20
5.2.2 Teoria da Soberania Popular .....	21
5.3 A Teoria do Estado .....	22
5.4 Teoria da Soberania Popular e Constituição Real .....	23
5.5 Relativização do Conceito de Soberania .....	24
<b>6 POVO E NAÇÃO</b> .....	<b>27</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>33</b>

## INTRODUÇÃO

A presente exposição procura examinar, de forma pontual e objetiva, os aspectos mais relevantes da Teoria do Poder Constituinte a partir do pensamento de seus principais articuladores, destacando-se dentre eles: Sieyès, Rousseau, Montesquieu, Locke e mestres contemporâneos.

O tema apresentado pretende a análise do alicerce do Poder Constituinte Originário, onde e em que base se alicerça, seja no mundo dos fatos, seja no mundo jurídico, considerando-se a potencialidade inicial, inaugural e autônoma e a capacidade de abstrair a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

Percorrendo o campo da titularidade de tal Poder, serão expostos referenciais teóricos a fim de propiciar o reconhecimento de sua legitimidade convalidando a historicidade e sua evolução até a atualidade.

O debate sobre a questão da soberania será aberto apresentando as correntes e teorias ao longo da história, até o momento da presente relativização do conceito perante os diversos fatores globalizantes e a universalização dos direitos humanos no plano do direito internacional, acrescendo-se da presença luminar da Doutrina contemporânea na visão das acepções de Povo ou Nação.

Considerando-se que a compreensão do instituto do Poder Constituinte Originário está em constante renovação, como todo o direito, sua história constitui-se em modelo axiológico a repercutir no conteúdo da Constituição e em seus desígnios, na forma de organização da sociedade e das organizações políticas e jurídicas que ela disciplina, enfim, na formação da Lei Suprema, Carta Magna norteadora e disciplinadora de todo o campo da juridicidade.

## 1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Para melhor abordagem, convém uma análise da perspectiva de duas tendências básicas a da Europa e a dos Estados Unidos, conforme segue.

Na Europa, século XVIII, os movimentos liberais privilegiaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento desprestigiando a vinculação à constituição.

Jean Bodin, em 1576, na obra “Seis Livros da República”, entende que o poder do soberano é perpétuo porque irrevogável e originário, e absoluto, pois não está submetido nem a controles ou contrapesos por parte de outros poderes.

O núcleo duro da soberania não está disponível aos súditos, subtraído das forças políticas ordinárias considerando-se aqui “a primeira grande idéia que está na origem da constituição dos modernos”. (FIORAVANTI, 2001, p. 77.)

Hobbes, em sua obra “Leviatã” interpreta que o indivíduo deve superar o estado de natureza e, afastando-se de Bodin, assume o modelo contratualista, instituindo um poder soberano comum a fim de proteger suas vidas e garantir sua propriedade.

Na Inglaterra, em 1689, após a instauração da monarquia, os poderes do monarca são limitados pela Revolução Gloriosa derivada da adoção do *Bill of Rights*.

O Parlamento em posição de supremacia se contrapõe à Coroa, reafirmando assim a posição do monarca no executivo, no entanto, restringindo seus poderes tributários ou de convocar e manter o exército ao crivo parlamentar.

Na visão do “Segundo Tratado do Governo Civil” de John Locke, 1690, os indivíduos necessitam estabelecer uma sociedade política para instituição de suas propriedades, entendendo que o legislador não gera direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela supondo que o Poder Público não poderia afetar arbitrariamente a vida e a propriedade individual.

Deve-se a Locke a perspectiva de divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Federativo, sem previsão, no entanto, de igualdade hierárquica.

A idéia de que a Constituição inglesa, *King in Parliament*, representa o ideal de configuração política da sociedade se difunde durante o século XVIII.

Em 1748, Montesquieu, escreve “O Espírito das Leis” no qual apura o conceito de liberdade política na percepção de que tudo o que não é proibido pode ser feito, ensejando a necessidade de limitação e freio perante o poder da lei: “todo o homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. (MONTESQUIEU, 1962, p. 186)

Ainda na concepção de Montesquieu, a concentração do poder era adversária potencial da liberdade devendo ser repartido entre pessoas distintas, decorrendo daí, o princípio da divisão de tarefas entre pessoas e órgãos diferentes no Estado.

Para Rousseau no “Contrato social”, publicado em 1762, o poder soberano pertence diretamente ao povo, transformando-se em corpo político, propondo limitações aos governos a fim de que o povo tenha a possibilidade de retomar os poderes porventura relegados. “Não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”. (ROUSSEAU, 1962. Livro I, p. 34)

As revoluções do século XVIII apresentaram uma visão radical da soberania popular na qual o povo além de autor da constituição deveria possuir a sua soberania e com a Revolução Francesa a questão que pairava no ar era a de como o povo se faria ouvir, como seria sua expressão na sociedade.

O Parlamento torna-se a expressão do povo soberano, não podendo ser limitado sequer pela Constituição, tendo como função a defesa dos interesses do povo acerca da liberdade individual e da propriedade, anteriormente sem amparo no regime monárquico absolutista, dando origem, no entanto, às constituições rígidas, onde o Parlamento era dotado de dupla soberania, afastando-se da idéia de Rousseau. (MENDES, 2008, p. 215-230)

Com o movimento racionalista dos pensadores franceses, Sieyès trata de inserir o poder constituinte como regime representativo, entendendo desnecessário o exercício direto do povo, devendo fazê-lo através de representantes específicos.

No panfleto intitulado *Quést-ce que le Tiers État?*, Sieyès afirmava que o Poder Constituinte criaria a Constituição e, com base na soberania da nação, teria supremacia sobre o Poder Constituído. À Nação, conjunto de homens que compõe a sociedade, caberia a autoridade anterior de estabelecer a ordem jurídica.

Para Sieyès (1997, p. 99), “A nação pode sempre reformar sua Constituição” de forma a manter latente e potencializado o Poder Constituinte mesmo após a criação da Constituição.

Depreende-se, portanto, a ruptura com o modelo feudal até então vigente para uma substituição pelo modelo burguês com reestruturação de competências no âmbito dos órgãos governamentais. Tal modelo reaproxima-se da visão de Rousseau.

Saliente-se que sempre houve um poder constituinte como ato de estabelecimento de uma sociedade e seus fundamentos, no entanto, o que não existia era a teoria a respeito deste poder cuja força equipara-se à doutrina da soberania das realezas para a concepção revolucionária.

Assim, a Teoria do Poder Constituinte somente contextualizada no século XVIII é conceito novo com o objetivo de exprimir uma determinada filosofia do poder, manifestando um conceito de legitimidade e crença nas virtudes ou valores de seu titular de forma inseparável.

O Poder Constituinte é atributo essencial da soberania, pois estabelece o exato momento no qual o poder é atribuído a determinada instituição, ao Estado, pessoa jurídica e não mais a uma divindade, pessoa sobrenatural, ou indivíduo, pessoa física. Desta forma, o Poder Constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana, separando o poder constituinte dos poderes constituídos, tornando-se matriz da obra realizada nos fins do século XVIII e primeira metade do século passado.

Diferentemente dos poderes constituídos, o Poder Constituinte é do povo, exercido através de seus representantes. Somente através da sanção do povo por meio de *referendum* torna-se possível a representação do povo soberano transformada em representação soberana do povo, ou seja, a soberania parlamentar. (BONAVIDES, 2006, p. 141-146)

## 2 CONCEITOS DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Inúmeros são os conceitos doutrinários acerca do Poder Constituinte Originário, conforme destacados a seguir.

Canotilho (1998, p. 59) explica que “o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força”, ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”.

Ainda o mestre nos ensina que:

O poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por (...) na teoria de Sieyès, seria um poder “inicial, autônomo e onipotente”. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele só a ele compete decidir se, como e quando, deve “dar-se” uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo. (CANOTILHO, 1993, p. 94)

Alexandre de Moraes (2003) conceitua Poder Constituinte como:

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição –, é a base da ordem jurídica. O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor. O Poder Constituinte também é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer norma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização. (MORAES, 2003, p. 56)

“É a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, consistindo na positivação do princípio democrático, ocorrida após a Revolução Francesa – 1789 – tendo natureza de poder de direito”. (BARTHÉLEMY, 1933, p. 57)

Carl Schmitt diz que o Poder Constituinte:

É a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo: Uma Constituição não se apóia numa norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Acha-se apoiada, isto sim, numa decisão política surgida de um ser político, acerca do modo e da forma do próprio ser. A expressão vontade revela – em contraste com qualquer dependência referente a uma justiça normativa ou abstrata – o essencialmente existencial deste fundamento de validade. (SCHMITT, 1971, p. 93-94)

Na visão de José Afonso da Silva (2002, p. 67), o Poder Constituinte Originário é aquele “poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.

Como uma etapa ou fase da atuação política, Meirelles Teixeira (1991, p. 202) afirmava que o Poder Constituinte é “a possibilidade concreta, que assiste a uma comunidade, de determinar o seu próprio modo de ser, os fins e os limites de sua atuação, impondo-os, se necessário, a seus próprios membros, para consecução do Bem Comum”.

“É o órgão legislativo do Estado, dotado de autoridade política, cuja finalidade é criar ou rever a Constituição, e do qual derivam todos os outros poderes do Estado, não sendo instituído por nenhum anterior a ele”. (CRETELLA JÚNIOR; CRETELLA NETO, 2002, p. 15)

Jorge Reinaldo Vanossi conceitua Poder Constituinte explica:

costuma-se definir o Poder Constituinte como um poder supremo, absoluto, ilimitado, muito mais além do bem e do mal, o qual coincide com os conceitos, que os manuais de religião ou de teologia, dão com relação a idéia de Deus. (...) o Poder Constituinte Originário, aquele que atua na etapa fundacional, é uma potência, uma energia, (...) Essa energia inicial, a potência, evidentemente não tem limites jurídicos, embora possa Ter limites metajurídicos, bem seja, derivados das crenças, das ideologias, com respeito aos valores, ou por acatamento a certa realidade social subjacente, como diria Heller. Poderíamos chamar estes condicionamentos de limitações provenientes da realidade. (VANOSSI, 1983)

Segundo Capez (2003, p. 53), “É a expressão da suprema vontade política do povo, social e juridicamente organizado, da qual emanam as normas constitucionais”.

A respeito do tema o ministro Gilmar Mendes explana que o Poder Constituinte é:

Um poder que tem na insubordinação a qualquer outro a sua própria natureza; dele se diz ser absolutamente livre, capaz de se expressar pela forma que melhor lhe convier, um poder que se funda sobre si mesmo, onímodo e incontrollável, justamente por ser anterior a toda norma e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; um poder que depende apenas da sua eficácia. (MENDES, 2008, p. 250)

Luís Roberto Barroso (2009, p. 97) trata o poder constituinte como sendo “o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular”.

Acerca do momento de ação do Poder Constituinte Celso Ribeiro Bastos:

O Poder Constituinte é aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. (...) O poder constituinte só é exercitado em ocasiões excepcionais. Mutações constitucionais muito profundas marcadas por convulsões sociais, crises econômicas ou políticas muito graves, ou mesmo por ocasião da formação originária de um Estado, não são absorvíveis pela ordem jurídica vigente. Nesses momentos, a inexistência de uma Constituição (no caso de um Estado Novo) ou a imprestabilidade das normas constitucionais vigentes para manter a situação sob a sua regulação fazem eclodir ou emergir este Poder



Constituinte, que, do estado de virtualidade ou latência, passa a um momento de operacionalização do qual surgirão as novas normas constitucionais. (BASTOS, 2010, p 45)

E, finalmente, Paulo Bonavides (2006, p. 147) destaca o poder constituinte como: “um poder político, um poder de fato, um poder que se não analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica”.

Depreende-se da doutrina supracitada o caráter original, incondicionado, ilimitado do Poder Constituinte como o poder que institui a todos os outros poderes e não é instituído por qualquer outro.

Tal poder inicial, inaugural e autônomo tem a capacidade de abstrair a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

Por esta razão o Poder Constituinte é o marco inicial do Direito, no entanto não pertence à ordem jurídica e não está submetido a ela, assim como não se subsume às formas de Direito anteriormente existentes.

Esse poder constituinte é quem estabelece a organização jurídica fundamental, o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, modo de aquisição e exercício do governo, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, bem como as bases do ordenamento econômico e social.

### 3 PODER DE FATO OU DE DIREITO

O objeto fundamental de uma Constituição paira na regulação a concentração do poder. O que ali estiver impresso destina sua maior ou menor concentração, controles e garantias aos destinatários, Estado e Sociedade.

O direito é, na verdade, uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político. Entre ambos, na verdade, surge uma tensão dinâmica. Frequentemente, a política tenta abandonar os parâmetros jurídicos. Por outro lado, é a Constituição que, desgarrada da razoabilidade, procura ir longe demais querendo enfeixar em si toda a vida política futura. (BASTOS, 2010, 39-40)

A grandeza que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida pelo nome de poder constituinte originário, tal autoridade, adotada pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter a força normativa do texto.

Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, precedente.

Nas palavras de Gilmar Mendes (2008, p. 231): “Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”.

A Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, por isso, superior a eles, conforme Sieyès, que propunha que o poder político deveria vincular-se à nação, como forma criadora da primeira sociedade.

Para Sieyès, o onipotente poder constituinte era cercado de adjetivos divinos a fim de satisfazer a vontade do povo soberano para ordenar o seu destino e o de sua sociedade por meio da Constituição.

Atualmente, a doutrina entende tratar-se de um poder insubordinado a qualquer outro, absolutamente livre, um poder que se funda sobre si mesmo, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; dependendo apenas da sua eficácia.

Daí, três características básicas, determinadas, do poder constituinte originário: inicial, ilimitado (ou autônomo) e incondicionado.

Desta forma, não prescinde a Constituição da concordância com as ideias de justiça do povo para sua legitimação como vinculante pelos submetidos à norma.

No entanto, a doutrina se biparte entre a concepção de poder de fato ou poder de direito.

O Mestre Celso Ribeiro Bastos, preconiza:

O poder constituinte é um poder jurídico, uma vez que não há separação entre o jurídico e o político; mas não depende de ninguém e de nenhuma regulamentação prévia. É unitário e indivisível: não se acha coordenado com outros poderes divididos (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas serve de fundamento a todos os poderes constituídos. O poder constituinte é permanente: não se esgota por um ato de seu exercício. Também não pode ser alienado, absorvido ou consumido. (BASTOS, 2010, p. 53)

Canotilho (1993, p. 96) ensina que nos movimentos revolucionários e os golpes de estado não há base em princípios jurídicos ou regras constitucionais. O poder constituinte cairá nas mãos do mais forte e não será outra coisa senão uma manifestação de força.

Segundo o ilustrado, há quem defenda que a revolução nada mais é do que um fato fora do direito e toda a preparação constituinte situam-se no terreno pré-jurídico. O direito nasceria em sincronia com a própria constituição.

O poder constituinte continua a ser visualizado como um ato revolucionário que, criando um novo fundamento legal para o Estado, opera uma ruptura jurídica em relação à situação anterior quando muito, diz-se, o poder constituinte reclamará um título de legitimidade, mas não a cobertura da legalidade. O poder constituinte será legítimo a partir de determinadas idéias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um acto constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma qualidade ideológica — a sua concordância com determinadas idéias políticas. (CANOTILHO, 1993, 97)

Entretanto, sua visão sobre a juridicidade do Poder Constituinte é a de que desde então se apresenta o momento jurídico:

Esta orientação positivista está há muito rebatida e rebatida foi entre nós em termos impressivos: «... o que impede já hoje, e em geral, que se confunda a juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõe-se com forte maioria de razão perante uma legalidade emergente do processo revolucionário». Além disso, uma revolução, no seu triplo papel, de legitimação (valor da revolução, como fonte de direito), de interpretação hermenêutica (condição de pré-compreensão das fontes revolucionárias e valor e quadro dos valores dos projectos revolucionários), e de dimensão institutiva (pretensão de validade), aproxima-se funcionalmente de uma "fonte de direito". (CANOTILHO, 1993)

Quanto a uma revolução, Canotilho citando Miguel Galvão Teles explica:

A revolução será um facto antijurídico, ou melhor, antilegal, em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derrubada, mas isso não impede a sua classificação como movimento ordenado e regulado pelo próprio direito. Ao estabelecerem uma ordem jurídica nova, as revoluções não se propõem transformar situações de facto em situações de direito; visam, sim, substituir uma ideia de direito por outra ideia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. De acordo com estas premissas — a revolução não rompe com o direito antes transforma a substância do direito n, certos autores defendem a possibilidade e necessidade de teorização jurídica das revoluções e do poder constituinte originário, considerado como acto revolucionário. Neste sentido se afirma também que o acto

revolucionário é uma "fonte de direito" na medida em que traz consigo um projecto a que atribui vinculatividade (que excede o movimento e organização revolucionários) e na medida em que cria órgãos a quem confere o poder de criar direito. (CANOTILHO, 1993, p. 97-98)

Bonavides assim se expressou quanto à questão:

O Poder Constituinte originário ou primário admite análise política ao redor dessa indagação central: devemos tratá-lo como questão de fato, fora da dimensão dos valores, associá-lo a um princípio de legitimidade que nos consentiria manifestar preferência valorativa pelos titulares desse poder? (BONAVIDES, 2006, p. 146)

Segundo o autor, os publicistas acreditam que o Poder Constituinte transcende o direito positivo assentando sua legitimidade em si e não no titular tal a posição de Carl Schmitt, em contraposição, há os que acreditem que a tipicidade do Poder Constituinte não deve excluir a consideração de sua legitimidade.

A percepção jusnaturalista entende que antes do Poder Constituinte existia apenas o direito natural, decorrente da natureza humana e que a Constituição, seria apenas parte de um Direito.

Em oposição, a doutrina positivista não reconhece a existência de qualquer outro direito que não seja o direito posto pelo Estado, tratando o Poder Constituinte de um poder de fato, pré-jurídico com base na premissa de que a Constituição é quem estabelece o principio de todo o ordenamento.

Observe-se que, mesmo anteriormente a Constituição, contemporaneamente, são reconhecidos direitos que devem ser respeitados por todos os poderes e Estados, provenientes do fundamento da pessoa humana sob os quais não pairam dúvidas.

Celso Antonio Bandeira de Mello citado na obra de Celso Bastos, assevera:

A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede na verdade, a formação do direito. (MELLO *apud* BASTOS, 2010, p. 50)

Na opinião de Paulo Bonavides (2006), o poder constituinte originário é naturalmente conduzido ao aspecto meramente material, o que faz dele um poder político, um poder de fato, um poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração ou previsão jurídica. Trata-se de um poder *supra legem* ou *legibus solutus*, sob o qual todos os poderes constituídos haverão necessariamente de dobrar-

se quando e enquanto estiver ele exercendo a tarefa de criar a Constituição. (BONAVIDES, 2006, p. 146-149)

## 4 TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

### 4.1 Titularidade

A questão da titularidade do Poder Constituinte configura-se em uma das mais delicadas e controversas à vista da dificuldade do conhecimento de a quem pertence este poder.

Para Bastos:

O problema da titularidade se resolve logicamente a partir da tese de que o poder constituinte é legitimado pela própria idéia de direito que ele exprime. Ele perde a sua eficácia no momento mesmo em que essa idéia de direito deixa de ser dominante no grupo. Como não existe um poder constituinte abstrato, determinável a priori, para qualquer sociedade, segue-se que, em cada coletividade, o titular desse poder é o indivíduo ou grupo no qual se encarna a idéia de direito, em um dado momento. Pode ser também o povo, como portador direto da idéia de direito, na falta de qualquer chefe reconhecido e consentido. (BASTOS, 2010, p. 52)

Segundo Bonavides (2006), se afastarmos as indagações sobre a legitimidade encontraremos como titular ora Deus, um príncipe ou monarca, ora um parlamento ou uma Classe, o Povo ou a Nação.

Na Idade Média, o Poder Constituinte pertencia a Deus, nas monarquias absolutistas aos monarcas, na Revolução Francesa coube nominalmente a Nação ou Povo, mas efetivamente a Burguesia, ou seja, a parte do Povo com consciência política autônoma.

Nos Estados totalitários, cujo Poder foi obtido através da força, o titular do Poder Constituinte é o detentor desta força ou poder, para criar ou modificar a Constituição, independentemente da vontade popular, cabendo a uma só pessoa a titularidade.

Com base no *consensus*, que, no entanto não é partilhado pela totalidade da doutrina, nos estados democráticos, afirma-se que o titular do Poder Constituinte é aquele que detém a soberania, fundamento que o valida ao exercício do Poder Constituinte.

Na dogmática tradicional, quem exerce o Poder Constituinte e o titular nem sempre são a mesma pessoa.

A simples afirmação de exercer em nome no povo não convalida a legitimidade do exercício do poder considerando, em cada caso, o tipo de constituição em vigor: imposta ou consensual.

A legitimação se dá pela representação ou ouvida do povo caso em que eleitos, os exercentes, formam assembléias ou convenções constituintes, havendo também a

possibilidade de, inclusive em movimentos respaldados na força, como em uma revolução, querida pelo povo, serem encarregados pela proposição da nova ordem jurídica.

Matenham-se claras as diferenças entre golpe de estado e revolução. Na revolução há consenso e outorga da sociedade na deposição de um governante ilegítimo, cabendo aos líderes ou a alguma comissão porventura a criação de nova ordem jurídica. No entanto no golpe de estado há a simples usurpação do poder em nome pessoal ou de um grupo.

Bonavides ensina que se trata de Poder Constituinte formal, difuso, componente de toda a dinâmica constitucional, por vezes anônima, por outras, voluntária e até ocasional como nos caos jurisprudenciais.

O Poder Constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível ou definido. Há um Poder Constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa, cuja rara e difícil identificação no seio de uma ordem jurídica já estabelecida não deve eximir-nos da obrigação de examinar-lhe os efeitos, sempre patentes em mudanças de aparência imperceptível numa época, mas que com o tempo avultam consideráveis proporções. (BONAVIDES, 2006, p. 158-159)

## 4.2 Legitimidade

Como dito, ao abstrair-se a titularidade do Poder Constituinte encontraremos a ação constituinte, a mudança, a criação ou os efeitos produzidos em uma determinada sociedade.

Ao se perquirir a respeito da legitimidade inicia-se uma reflexão valorativa que justifica a obediência. O Poder Constituinte passa a ser visto como fato acrescido de valor, conforme o título de legitimidade a ele associado. Impondo-se inclusive sobre aqueles que o construíram.

“A doutrina do Poder Constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato”, segundo Bonavides (2006, p. 160).

Na lição de Meirelles Teixeira:

A Constituição é norma suprema, objetiva, algo criado, mas por detrás dela existe, como acabamos de ver, o poder que a criou e o problema da legitimidade constitucional já se apresenta, aqui, com relação a esse poder. Legítimo tal poder, legítima será, sob esse aspecto, a Constituição. Ao contrário, se o poder que cria, que elabora, que promulga a Constituição é ilegítimo, ilegítima será a sua obra, isto é, a própria Constituição. (TEIXEIRA, 1991, p. 219)

No século XVIII, a teoria formulada sobre este poder ancorou-se principalmente na exclusiva legitimidade da participação dos governados. Esta legitimidade que tem por base o princípio democrático apresenta aspectos horizontais e verticais que estabelecem força e intensidade ao exercício da autoridade.

Horizontalmente verifica-se a maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre a matéria constituinte ou elege seus representantes, através do sufrágio.

No prisma vertical é possível mensurar os distintos graus de participação dos governados, o poder decisório sobre a Constituição, por meio de *referendum*; a incumbência de escolher os membros da Constituinte e a faculdade de eleger o Congresso.

Enfim, quanto mais distantes os governados menor o nível de legitimidade auferida à Constituição no que diz respeito ao princípio democrático de organização das instituições políticas no sistema clássico representativo.

A legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido conforme a opinião predominante da sociedade sobre a qual cabe o poder ou como se adquire o poder. A legitimidade não se confunde com a legalidade, ou seja, com o fato de haver o governo se estabelecido de acordo com as leis vigentes, em razão legitimidade ou ilegitimidade destas.

No plano do direito positivo, a obra revolucionária é sempre inconstitucional ou ilegal. Não é preciso demonstrá-lo. Essa obra, porém, é legítima ou ilegítima, segundo o *consensus*, conforme a idéia de direito predominante. É legítima a tomada do poder para a realização da idéia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao direito positivo. Em relação ao direito positivo, mede-se a legalidade, e não a legitimidade. A obra constituinte do grupo revolucionário pode ser legítima, mas é ilegal. Esse grupo chega ao poder. Ele já tem por si a legitimidade. Que é que lhe resta fazer? A legalidade, a legalização, que é o passo seguinte. Essa legalização é a edição da Constituição. Essa edição é o ato constituinte. No caso de uma revolução que tem por si a legitimidade, a transformação do ato constituinte em Constituição é simples, fácil e praticamente imediata. Porque o ato Constituinte dessa revolução legítima conta de imediato com a aceitação dos governados. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 48)

Celso Ribeiro Bastos com relação à legalidade diz o professor que a Constituição não se contenta com a legalidade formal, pois não representaria somente uma simples positivação do poder, mas uma positivação de valores. Diz que a legalidade é cobrada dos atos infraconstitucionais. Neste ponto Celso Bastos cita os ensinamentos de Herman Heller:

A questão da legitimidade de uma Constituição não pode, naturalmente, ser contestada, referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Em compensação, porém, uma Constituição precisa, para ser Constituição, isto é, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação, para valer como ordenação conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos de direito. Contradizendo os seus próprios pressupostos, disse Carl Schmitt que a toda Constituição existente deve atribuir-se legitimidade, mas que uma Constituição, entretanto, só é legítima, 'isto é, reconhecida não só como situação de fato mas também como ordenação jurídica quando se reconhece o pode e (!) a autoridade do poder constituinte em cuja decisão ela se apóia'. A existencialidade e a normatividade do poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência. (HELLER *apud* BASTOS, 2010, p. 46)



## 5 A QUESTÃO DA SOBERANIA

A soberania, conforme Nelson Saldanha,

é uma situação a partir da qual se concebe o poder, possuído por qualquer unidade política, de se dar Constituição. Ela é o fundamento atmosférico do poder constituinte, que a pressupõe; mas, por seu turno, o poder constituinte, uma vez realizado, serve de suporte positivo e de comprovante da soberania. (SALDANHA, 1996, p. 67)

Canotilho (1993, p. 98) explica que “Soberano é o poder que cria o direito; soberano é o poder que constitui a constituição; soberano é titular do poder constituinte. E isto quer quanto ao poder constituinte originário quer tanto ao poder constitutivo derivado. Mas quem é o titular desse poder?”.

### 5.1 Teorias Contratualistas

De acordo com Canotilho (1993), na Idade Média, a Teoria Contratualista contava com duas orientações: A tradição romanística da *Lex Regia* na qual o povo transfere todo o seu poder para o imperador dando a idéia de um pacto entre ambos onde o povo, *translatio*, ou a *concessio* na qual o povo concedia o poder ao senhor, mas não abdicava de seu poder político. E a teoria do direito divino onde o rei titular ilimitado e exclusivo do "poder por graça de Deus". (CANOTILHO, 1993, p. 99)

### 5.2 Teorias Democráticas

Nesse sentido apresenta-se o debate entre as doutrinas de Teoria Democrática sobre a soberania nacional de Emmanuel-Joseph Sieyès e a soberania popular Jean-Jacques Rousseau.

#### 5.2.1 Teoria da Soberania Nacional

Sieyès entendia que o poder de estabelecer a organização fundamental do Estado é um poder supremo e está associado à sua soberania. Pertence a Nação, o poder soberano, capaz de dispor sobre a organização política e elaborar a Constituição considerando-se parte do poder da comunidade e não do povo.

Para o teórico, a nação é a comunidade dotada de seus interesses contemporâneos, enquanto o povo é a simples reunião de indivíduos, transitórios e individualizados em seus

interesses num determinado momento, sujeitos a um poder, enquanto a comunidade é estável e preocupada com as gerações futuras.

No século XVIII, supremacia da lei era sinônimo de supremacia da razão, uma vez adequada aos interesses da comunidade e do direito natural, privilegiando os interesses permanentes sobre os momentâneos, haja vista os interesses permanentes da comunidade determinados pela razão, centralizando-se a fonte da soberania na nação em detrimento do povo.

Sieyès idealiza que a nação pode conferir quem deseje o poder de representação (representação-imputação) – o monarca pode ser declarado como representante da nação e dar à comunidade uma Constituição. Da mesma forma, no que tange ao eleitorado, este é uma função e não um direito; assim, é possível o sufrágio censitário.

Discorre Canotilho:

Segundo a teoria da soberania nacional é a Nação, como complexo indivisível, que é titular da soberania. Trata-se de uma idéia sucessivamente aceite pelas várias constituições portuguesas: "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 26.º da Constituição de 1822); "A soberania reside essencialmente em a Nação da qual emanam todos os poderes políticos" (artigo 33.º da Constituição de 1838); "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 5.º da Constituição de 1911); "A soberania reside em a Nação" (artigo 71.º da Constituição de 1933). (CANOTILHO, 1993, p. 99-100)

### 5.2.2 Teoria da Soberania Popular

No “Contrato Social”, Rousseau ampara a soberania popular como legitimadora do poder. A legitimidade de um governo encontra-se no seu estabelecimento através da vontade geral, com a participação de todos os homens.

A respeito do tema, Canotilho ensina:

A teoria da soberania popular concebe a titularidade da soberania como pertencendo a todos os componentes do povo, atribuindo a cada cidadão uma parcela de soberania. É uma teoria que se reconduz a Rousseau: “Ora, o soberano, sendo formado somente pelos particulares que o compõem (...)” (Livro I, Tit. II, Cap. VII); “Suponhamos que o Estado seja composto por 10 000 cidadãos (...) Cada membro do estado só tem, por sua parte, a décima-milésima parte da autoridade soberana (...)” (Livro III, Cap. I). (CANOTILHO, 1993, p. 100)

Na presente teoria, o homem, ser individual tem parte na formação da soberania.

Para Rousseau a soberania está no indivíduo, enquanto que Sieyès não concebe a soberania como algo divisível, fracionável pertencendo à comunidade.

Na doutrina de Rousseau o governo só será legítimo com a participação de todos no processo político – Sufrágio Universal – a representação é expressão da soberania popular. Ferreira Filho, a respeito do *consensus*, explica:

Assim, a problemática da titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica porque está intimamente ligada à concepção política em um determinado momento. Hoje, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto o Poder Constituinte é do povo. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30)

No direito constitucional moderno, a doutrina da soberania popular é dominante e encontra-se consagrada no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

### 5.3 A Teoria do Estado

A teoria da Nação baseia-se na tópica de o Estado possuir os cidadãos. O povo é apenas um elemento do Estado, revelando uma ordem moral e jurídica objetiva independente da vontade dos homens ou popular.

(...) poder-se-ia dizer que o povo possui o Estado; na teoria do Estado, seria o Estado a possuir o povo. É uma teoria tributária, em grande medida, do idealismo objectivo hegeliano. Aqui o Estado adquiria independência e personalidade próprias, onde, subordinadamente, se considerava enquadrado o próprio povo. Isto foi notado por Marx: "Não é o povo alemão que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo". (CANOTILHO, 1993, p. 100-101)

Para o sistema da soberania nacional ou soberania do Estado o Poder Constituinte é um poder à parte sem qualquer relação com os poderes que possuem funções, uma vez que cabe ao próprio Poder Constituinte estabelecer suas funções e limites.

Marré de Malberg *apud* Bonavides:

Para falar a verdade, a idéia de soberania nacional só exige em termos absolutos uma coisa: a interdição às Constituintes de exercerem elas mesmas os poderes que foram incumbidos de estatuir; no mais a soberania nacional não exclui a possibilidade de as Constituintes serem investidas de um poder limitado de reforma. (MALBERG *apud* BONAVIDES, 2006, p. 153)

Tratando-se, portanto, de corolário lógico a separação do Poder Constituinte, considerando-se que tal poder tem por objetivo precípua assegurar os direitos do homem e do

cidadão, aprofundando os direitos individuais de forma a colocar limites ao poder das autoridades constituídas.

Convém salientar que a perda de superioridade da supremacia das regras constitucionais é acompanhada pela queda do Estado Liberal, ou seja, a desintegração da ordem individualista da sociedade contemporânea.

#### 5.4 Teoria da Soberania Popular e Constituição Real

Em contraposição à soberania nacional surge a doutrina da soberania popular que abrange duas versões acerca do Poder Constituinte, ambas Rousseauianas: a versão francesa revolucionária e a versão americana.

A versão francesa pressupõe a distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos, ou seja, a função de fazer a Constituição e as meramente legislativas, confundindo o Poder Constituinte com a própria Constituição.

A versão americana, em contraponto, jamais abdicou de uma convenção, ou assembleia, na qual o poder ilimitado detinha a tarefa de preparar e redigir o projeto da Constituição que seria submetida ao voto popular, assegurando toda a identificação com as decisões tomadas, vinculando assim o Poder Constituinte ao Sistema representativo.

Para Canotilho (1993) as noções de Rousseau sobre Estado, Nação e soberania popular não se adequariam a ideia de constituição real ou material, tendo em vista que o sujeito da constituição real, do poder constituinte, são as forças políticas dominantes numa sociedade. (CANOTILHO, 1993, p. 101)

O povo não seria massa heterogênea, uma justaposição de indivíduos, ao contrário, seria uma estrutura completamente heterogênea com determinadas classes sociais, políticas, intelectuais e economicamente dominantes, no entanto nem sempre definidas pelo poder econômico.

Nesta perspectiva — que é uma perspectiva típica das correntes marxistas e de algumas teorias sociológicas —, o titular do poder constituinte não seria o povo *tout court*, mas as *forças políticas dominantes*, isto é, as classes dominantes, definidas ao nível económico da sua relação de propriedade com os meios de produção. (CANOTILHO, 1993, 101-102)

Para o autor, o sujeito do poder constituinte se encontraria em grupos da população, com equivalência de uma determinada estrutura e distribuição de forças e interesses e esta estrutura não se coaduna com a ideia de um poder constituinte pertencente ao povo ou à nação como entidades indiferenciadas.

## 5.5 Relativização do Conceito de Soberania

O conceito de soberania surgido no século XVI, com a obra teórica *Les Six Livres de la Republique*, de Jean Bodin, afirmava ser a soberania um poder absoluto e perpétuo da figura do soberano não admitindo limitações.

Esta visão de soberania incontestável, porém, foi se transformando ao longo dos tempos fazendo nascer um novo olhar sobre o conceito.

Conforme Madruga Filho,

não se pode analisar o conceito de soberania através de concepções estáticas, como quem observa uma fotografia. A realidade mundial mostra a tendência dos países unirem-se em blocos econômicos; a globalização rompendo as últimas fronteiras; flexibilização de imunidade frente as cortes internacionais. (MADRUGA, 2004, p. 10)

A partir da Declaração de Direitos Humanos em 1948, as mutações do conceito fizeram-se prementes em razão do princípio da igualdade de onde se erige o Direito Internacional.

Na visão de Cicco e Gonzaga:

Os Direitos Humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente de idade, sexo, religião, idéias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo. (CICCO; GONZAGA, 2009, p. 156)

O mundo em constante movimento e transformação revela uma soberania diferente, advinda da universalização dos Direitos Humanos, da globalização, das questões relacionadas ao meio ambiente e biotecnologia, da formação de blocos econômicos ou organizações supranacionais, ou seja, diversos fatores, além da convivência, em uma mesma cena, de Estados com grandes diversidades traduzem-se em dificuldades de organização frente à postulação de igualdade.

A respeito da globalização Sahid Maluf explica:

Consideraremos que a globalização constitui um processo de internacionalização de regras de convivência ou interferência política entre países, impulsionado por fatores da produção e da circulação do capital em âmbito internacional, movidos pela força propulsora da revolução tecnológica. A globalização, assim considerada, produz reflexos no conceito de soberania, na medida em que acaba por atingir cada país de forma desigual, na proporção da riqueza, poder, ou desenvolvimento social, econômico e tecnológico de cada um. Esses reflexos assumem maior gravidade entre os países chamados de “terceiro mundo” ou “em desenvolvimento”, os quais ficam mais vulneráveis, diante da incapacidade de enfrentamento das imposições originadas da ordem internacional. (MALUF, 2010, p. 43-44)

Quanto aos blocos econômicos:

A União Européia caracteriza uma forma de cessão, mesmo que parcial, da soberania. Na observação de Ives Gandra Martins, “o direito comunitário prevalece sobre o Direito local, e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os poderes locais. Embora no exercício da soberania, as nações aderiram a tal espaço plurinacional, mas, ao fazê-lo, abriram mão de sua soberania ampla para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade. Perderam, de rigor, sua soberania para manter uma autonomia maior do que nas Federações clássicas, criando uma autêntica Federação de países. (MALUF, 2010, p. 53)

Em determinado território, a soberania estabelece os limites de sua atuação, reservando sua supremacia perante os demais poderes do Estado, no entanto, relativamente aos outros Estados esta soberania reveste-se de independência e necessidade de reconhecimento diante de organizações juridicamente iguais e soberanas.

Essa relativização da soberania manifesta-se em duas dimensões: externa e interna. A interna justifica, em cada Estado, uma forma de governar, o poder de certas instâncias ou de certas pessoas, na ordem externa, está diretamente ligada à não-dependência. Portanto, nas relações interestatais, vigora a teoria do Direito Internacional.

Deste modo, nas organizações supranacionais, cada Estado ao transferir ou ceder uma parcela de sua soberania a um órgão comum, aceita a obrigatoriedade, dentro de si, das decisões tomadas por esse órgão, independente de quaisquer manifestações políticas ou legislativas interna.

No que diz respeito à interdependência, Streck e Morais ensinam:

No plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 140)

A fim de mediar as crises advindas desta relativização foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU dotada de competência para estabelecer as intervenções de um Estado em outro com a finalidade da garantia dos direitos humanos de modo a não ferir os princípios constantes na Carta das Nações Unidas.

Dalmo de Abreu Dallari, ao definir a ONU, explica que:

A ONU é uma pessoa jurídica de direito internacional público, tendo sua existência, organização, objeto e condições de funcionamento previstos no seu instrumento de constituição, que é a Carta das Nações Unidas. Embora tenha havido certa relutância dos juristas em qualificar a ONU entre as espécies de uniões de Estados já conhecidas, a maioria lhe reconhece a natureza jurídica de uma Confederação de Estados, sendo a Carta o tratado que lhe deu nascimento. (DALLARI, 2010, p. 272)

Streck e Bolzan assim se posicionaram perante a relativização:

Outro agente fundamental neste processo de transformação – de eclipse, para alguns – da noção de soberania são as Organizações Não Governamentais (ONGs). Estas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras) etc. O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional, etc. Tais vínculos, incongruentes com a idéia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da “ajuda” econômica internacional.

Efetivamente, o quadro esboçado impõe que repensemos o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo. Percebe-se, já, que não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal. Em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s), muito embora, para alguns, a possibilidade de construir aqueles esteja assentada nesta. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 141-142)

Apreende-se que os Estados atualmente possuem muito mais uma questão de pactos e compromissos assumidos do que de própria soberania, isto é, o seu poder fica limitado na medida destes compromissos, de forma que um não prejudique o outro, tratando-se de uma questão de relações internacionais.

Em conclusão, Gómez acrescenta:

É preciso construir um projeto de democracia cosmopolita, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc.). (GÓMEZ, 2000, p. 135)

## 6 POVO E NAÇÃO

A titularidade do Poder Constituinte pertence ao detentor da soberania, no entanto a questão que aflora é: a quem pertence a soberania? A quem pertence esse poder?

Atualmente, no mundo jurídico, atribui-se ao Povo o poder soberano de decidir sobre as bases da Nação, no entanto a noção do que seja Povo varia de acordo com a concepção política vigente em determinada época e local.

Na teoria clássica de Sièyes, Nação é um termo empregado em lugar de Povo, para que não se use a palavra. Povo seria um conjunto de indivíduos, um mero coletivo, a reunião de indivíduos que estão sob um poder e Nação seria a construção dos interesses constantes de uma coletividade, seria a encarnação de uma comunidade em sua permanência.

A contraposição entre Povo e Nação, segundo Sieyès, pressupõe que a Constituição não está a serviço do individual, mas em função da comunidade na sua permanência no tempo como um todo. Entende o teórico, que em determinado momento o interesse individual pode divergir do todo, no entanto o todo deve prevalecer sobre os interesses particulares. O Povo pode mudar suas ambições, enquanto que a comunidade só se submete ao direito natural.

Esta idéia liga-se intimamente com a raiz da representatividade do Poder legislativo. Resultaria daí a legitimidade deste Estado formar uma Assembléia Nacional, para que, por meio de seus representantes discutirem e decidirem por toda a população e conseqüentemente elaborassem uma Constituição.

Para Sieyès, a fonte da soberania está na Nação e não no Povo. A nação é a própria lei, sua vontade é sempre legal, privilegiando os interesses permanentes sobre os momentâneos.

A supremacia da lei significava no século XVIII a supremacia da razão. A lei valia pela sua adequação aos interesses da comunidade e ao direito natural, ou seja, a razão era ditada pelo direito natural. Jean-Jacques Rousseau, na obra o “Contrato Social”, defende a soberania popular como legitimadora do poder. A vontade geral, através da participação de todos os homens nas decisões, é a única fonte para um governo legítimo. O conjunto de homens que vivem num determinado momento, numa determinada comunidade, é o Povo.

Enquanto Sieyès concebe a soberania como unitária e pertencente à comunidade, Rousseau a respalda no indivíduo, o qual detém, em sua unidade, uma parcela desta soberania.



Na doutrina de Rousseau, só há legitimidade em um governo com a participação de todos no processo político (sufrágio universal); já Sieyès, antagonicamente, permite que a Nação confira a quem queira o poder de representação (representação-imputação).

Ambas as doutrinas apresentam uma grande diferença. Enquanto na primeira os indivíduos exercem uma função para a comunidade, devendo cuidar dos interesses coletivos; na segunda não existe esta preocupação com o interesse geral.

Para Santo Tomás de Aquino conforme Ferreira Filho:

A frase da Epístola aos romanos – *Non est potestas nisi a Deo* – para ser bem entendida, deveria ser completada: *sed per populum* – “mas pelo povo, através do povo”. Portanto, no pensamento de Santo Tomás de Aquino, é o povo, a comunidade, que estabelece esta ou aquela forma de governo. Toda comunidade ao ser estabelecida, fixa as bases do seu governo. (AQUINO *apud* FERREIRA FILHO, 2005, p. 28)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a opinião majoritária é a de que o titular do Poder Constituinte é o povo e no Brasil, o povo abrange os cidadãos, ou seja, aquelas pessoas físicas que possuam direitos políticos. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 23)

Ainda conforme o autor,

O supremo poder pertence ao povo. Isso está na Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, isso está na Constituição americana e estava, de certa forma, na Constituição soviética. Todavia a caracterização do que seja povo, titular desse poder, é bem diferente, porém, se contrapusermos as democracias ocidentais às antigas democracias marxistas. Na Constituição soviética de 1936, o art. 3º é perfeitamente elucidativo sobre o que ela entende por povo. Povo não é o conjunto de todos, mas o conjunto de trabalhadores. Portanto esse texto identifica povo com aquilo que a doutrina marxista se denomina proletariado; povo = proletariado. Soberania do povo significa soberania do proletariado; o Poder Constituinte do povo é o Poder Constituinte do proletariado. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30)

Para Walber de Moura Agra (2000, p. 90): “Povo é um conceito polissêmico, abrangendo uma gama variada de definições, englobando os vários participantes do processo político”.

Para Carl Schmitt *apud* Celso Ribeiro Bastos,

Titular também do Poder Constituinte pode ser uma minoria, quando o Estado terá então a forma de aristocracia ou oligarquia. A expressão minoria, no contexto, deve ser desprendida da concepção numérica própria dos atuais métodos democráticos, para significar uma organização que, como tal adote as decisões políticas fundamentais sobre o modo e forma da existência política. (SCHMITT *apud* BASTOS, 2010, p. 54)

Bastos (2010, p. 54) explica: “Assim, o decisionismo de Carl Schmitt, sempre exaltando o poder de decisão da vontade política, serviu para justificar mais tarde o totalitarismo nazista, atribuindo ao Führer a titularidade do poder constituinte”.

Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 59) cita a obra *Princípios de Teoria Política*, na qual Luis Sanchez Agesta afirma: “Titular do Poder Constituinte, dada sua específica natureza histórica, não é quem quer ou quem se crê legitimado para sê-lo, mas sim, simplesmente, quem pode, isto é, quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza da ordem”.

Sob a ótica de José Afonso da Silva (2002):

Não deixa de haver certa confusão nessa doutrina que reconhece o princípio da soberania nacional como fórmula constitucional posta, enquanto o poder de constituir reside no povo. Dito princípio é mesmo incompreensível, visto que a Nação, ente abstrato, não tem vontade própria que possa exprimir-se, e no regime representativo há que fazê-lo por via da vontade popular. (SILVA, 2002, p. 85)

O autor citando Canotilho ainda acrescenta:

“Se o procedimento for justo, será justo também o conteúdo da constituição”. Procedimento justo é o que seja expressão da vontade popular e realize as aspirações do povo, e tanto pode ser o procedimento constituinte direto como o procedimento representativo, mas a participação direta pode corrigir distorções procedimentais resultantes de vícios eleitorais ou pode simplesmente reforçar o caráter justo de um procedimento que tenha sido instaurado com fundamento no poder constituinte legítimo. (CANOTILHO *apud* SILVA, 2002, p. 87)

Segundo Ferreira Filho o povo é reconhecido como titular do Poder Constituinte, no entanto resta a dúvida a respeito da forma de exercício deste poder.

quer dizer, o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite.

a edição de uma constituição provem sempre de um grupo que em lugar do povo propõe uma organização do poder político. Tal grupo se põe como agente do Poder Constituinte e é assim o titular ativo deste poder naquela manifestação. Esta elite – é certo – pode ter recebido delegação do povo para estabelecer a Constituição. Será composta então de representantes extraordinários dele, para usar a expressão de Sieyès. Ou pode auto-imputar-se tal qualidade, como frequentemente nas revoluções. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31)

Corolário lógico que, na doutrina contemporânea, a base da soberania se encontra no Povo, emana do Povo e somente terá eficácia quando retratar sua vontade. Ou seja, a eficácia de uma Constituição depende da soberania popular, que pode ser exercida pelo processo de representatividade, no entanto, sem privilegiando a vontade geral da nação, visando o bem comum em detrimento de interesses de classes ou particulares.

A par da doutrina da atualidade já ensinava João Camilo de Oliveira Torres (1961, p. 125): “Nenhum tipo de governo funciona, realmente, sem o consentimento dos governados – trata-se de uma verdade de fato, não de uma questão doutrinária jurídica, moral ou mesmo teológica”.

Ainda o autor citando Santo Tomás de Aquino:

(...) numa sociedade livre, capaz de fazer por si as suas leis, é necessário considerar, primeiramente, o consentimento unânime do povo antes de fazer observar uma lei tornada patente pelo costume, antes da autoridade do chefe, que não dispõe do poder legislativo senão como representante da multidão. (AQUINO *apud* TORRES, 1961, p. 50)

Esposada com toda a doutrina contemporânea a Constituição brasileira assevera a doutrina da soberania popular em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>1</sup>

Em confirmação, acerca da representatividade, vem o art. 14 da Carta Magna brasileira:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art.1º, íntegra.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*. art. 14.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Legítimo ou não, sempre houve um Poder Constituinte. Seja na Idade Média, quando pertencia a Deus, nas monarquias absolutistas aos monarcas, na Revolução Francesa à burguesia, revestida pelos conceitos de Nação ou Povo, ou ainda nos Estados totalitários nos quais o poder de constituir era obtido através da força independentemente da vontade popular.

A partir do pensamento de Sieyès, revolucionário francês do século XVIII, rompendo com o modelo feudal, iniciou-se a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, defendendo o ideal de que a população deveria participar e deliberar, como Nação, amparando interesses coletivos acima dos individuais, através de Assembléias representativas, manifestando um conceito de legitimidade e crença nas virtudes ou valores de seu titular de forma inseparável.

Desde então, concebe-se o Poder Constituinte Originário como atributo essencial da soberania, pertencente ao povo, seu titular legítimo, que o exerce através de seus representantes; insubordinado a qualquer outro, trata-se de um poder absolutamente livre para expressar pela melhor forma a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

No entanto, relativamente ao do conceito de soberania, esta visão absoluta e incontestável é gerida apenas na ordem interna, pois com a universalização dos direitos humanos, há um declínio do Estado como Nação-Soberana, exclusivista e individualista, cuja autonomia anteriormente absoluta, reflete-se na esfera internacional como sinônimo de independência.

A agilidade e rapidez das mutações globais, diante do princípio da igualdade de onde se ergue o direito internacional, desvendam uma soberania vinculada à universalização dos direitos humanos, à globalização, às questões relacionadas ao meio ambiente e biotecnologia, à formação de blocos econômicos ou organizações supranacionais, ou seja, uma soberania sujeita à convivência internacional, uma soberania relativizada.

No que concerne ao Poder Constituinte, a doutrina, no entanto, divide-se ao estabelecer seu atributo político (fato) ou jurídico (direito). Adota-se, porém, a posição de que as características do Poder Constituinte Originário precedem toda a forma de direito, indicando a ausência de referenciais de qualquer espécie de norma jurídica, pois é a partir dele que será produzida a lei superior, a norma jurídica suprema, o texto constitucional que estabelece a organização jurídica fundamental, o conjunto de regras jurídicas concernentes à

forma do Estado, do governo, modo de aquisição e exercício do governo, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, bem como as bases do ordenamento econômico e social.

Conclui-se que, independentemente da nomenclatura, Povo ou Nação, a máxima prevalente é a de que a Constituição, a Norma Suprema não prescinde da vontade popular, e deve atender ao clamor do povo, à vontade soberana do povo, aqui entendido como coletividade, estabelecendo o bem comum, os interesses sociais, sem privilégios a interesses particulares, respeitados os direitos naturais, cuja preexistência é intrínseca ao ser humano.

Art. 1º parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

## REFERÊNCIAS

- ABDO, Jorge. **Lições de Direito Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador**. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **O Poder Constituinte e sua Concepção Política**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. **Traité de Droit Constitutionnel**. 9.ed. Paris: Dalloz, 1933.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 18.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em 18 de julho de 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Paloma, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA NETO, José. **1.000 Perguntas e Respostas de Direito Constitucional**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DE CICCIO, Claudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, **Constitucion. De la Antigüedad a Nuestros Dias**. Madrid: Trotta, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LLP. 2000.

MADRUGA, Antenor . **Soberania, constituição e direito internacional**. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. (Org.). *Perspectivas Contemporâneas para o Direito*. 1 ed. Brasília: Editora Universa, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Poder Constituinte**. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Vol. 04/69-104, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008..

MONTESQUIEU. **De l'Esprit des Lois**, in *Oeuvres completes de Montesquieu*, Chez Lefrèvre, Editeur, 1839. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Livro XI, Cap. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PACHECO, Eliana Descovi. **A Importância do Poder Constituinte e sua Formação Histórica ao Longo dos Tempos**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/9127/1/A-Importancia-Do-Poder-Constituinte-E-Sua-Formacao-Historica-Ao-Longo-Dos-Tempos/pagina1.html#ixzz1SeEhiLtd> Acesso em: 02 de julho de 2011.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social** in *Obras de Jean-Jacques Rousseau*. Rio de Janeiro: Globo, 1962. Livro I, Cap. 7.

SALDANHA, Nelson. **Poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. trad. de José Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1997.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder Constituinte Originário e sua Limitação Temporal**. 1.ed., Campo Grande: Solivros, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **Harmonia Política**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Uma visão atualizada do Poder Constituinte**. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, vol.04/12 e 15, Rio de Janeiro: Forense, 1983.