

# REDIR

## Revista Eletrônica do Curso de Direito

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO  
UNIDADE LORENA-SP

*Vol.1/N.05/2015*

**UNISAL**  
CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO

### Catálogo

Revista Eletrônica do Curso de Direito. Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Graduação em Direito, Lorena, SP. N. 5 (2015)

Ano IV, nº 5 (1º Semestre de 2015)

Semestral

Resumo em português;

ISSN: 1984-5405

1. Direito – Periódicos. I. Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Graduação em Direito, Lorena, SP.

CDD -

## **Editorial**

Não haveria outra forma de iniciar o presente editorial senão afirmando ser um prazer incomensurável aos nossos alunos e comunidade acadêmica a nova edição da Revista Eletrônica do Curso de Direito de Lorena.

Mais que um célebre bordão de nossa Coordenação, a referida máxima representa um novo tempo vivenciado por nossa comunidade acadêmica e, ao mesmo tempo, expressa o desejo de, seja pela vivência diária em sala de aula ou pela pesquisa acadêmica, transformar a aprendizagem em uma atividade cada vez mais interessante e prazerosa.

São apresentados ao longo dessa edição cinco e bons artigos produzidos por nossos professores, discentes e ex-alunos que retratam problemas enfrentados no cotidiano no mundo jurídico, entre eles, a atual e pertinente questão das bibliografias não autorizadas, questões ligadas ao biodireito e aos direitos fundamentais.

As contribuições neles contidas acrescem novas perspectivas à comunidade jurídica nacional e certamente estimularão outras pessoas à pesquisas sobre tais temas.

A você que ainda não enviou seu artigo ou sugestões para novas edições fica desde já o convite.

Um grande abraço e tenha uma excelente leitura!



Prof. M<sup>e</sup>. Thiago Gomes  
Editor

## **Sumário**

<b>EDITORIAL</b>	3
<i>Thiago Gomes Luiz de Paula</i>	
<b>TRABALHO INFANTIL DECORRENTE DA INEFICÁCIA APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	5
<i>José Alberto Barbosa Júnior, Sávio Chalita</i>	
<b>ACONSELHAMENTO GENÉTICO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSELHEIRO GENÉTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE</b>	19
<i>Alex Lino Silva, Eduardo Luiz Santos Cabette, Luiz Fernando Rabelo Chacon</i>	
<b>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO: EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS</b>	36
<i>Maria Vieira Rabelo</i>	
<b>A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE NAÇÃO</b>	56
<i>Juliana Neves Ayello, Gilmar Vieira De Araújo</i>	
<b>O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA</b>	67
<i>Thaís Fernandes, Tatiane Munhoz</i>	

## **TRABALHO INFANTIL DECORRENTE DA INEFICÁCIA APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

José Alberto Barbosa Junior

Pós-graduado em Direito Público e Mestrando em Direitos Sociais pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Professor do Curso de Serviços Jurídicos da ETEC. Lorena, SP. Advogado. E-mail: [junior.advogado@gmail.com](mailto:junior.advogado@gmail.com)

Sávio Ferreira de Carvalho Issaac Chalita

Advogado. Professor. Aluno e pesquisador no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP. E-mail: [chalita.savio@gmail.com](mailto:chalita.savio@gmail.com)

### **Resumo**

Este trabalho versa sobre o trabalho infantil contemporâneo, triste realidade tão presente na sociedade mundial, diante as evidentes pesquisas divulgadas pela Organização Internacional do Trabalho. O tema é reconhecido como um problema social, sendo o foco de preocupação de diversos órgãos. Por outro lado, temos o valor desta prática para as famílias, tanto como necessidade de mão de obra, quanto processo socializador e moralizante através de práticas ligadas ao trabalho, à reprodução de um modo de vida. Juridicamente, o trabalho infantil tem uma idade fixa para que seja aceito e, em algumas atividades, é banido pela nocividade à saúde e ao desenvolvimento dos menores. Mesmo havendo a preocupação com a legalidade desta atividade, percebe-se uma necessidade financeira e moral de se colocar crianças e adolescentes em atividades laborais, seja na lavoura ou em trabalhos domésticos. O reconhecimento moral em torno de ser ou não uma pessoa de caráter está atrelado em práticas ligadas ao trabalho como fator educativo e moralizante. Tais atitudes estão relacionadas à ausência ou ineficácia das garantias sociais, insculpidas em nossa Constituição Federal, onde os conceitos culturais ainda não foram mudados. Embora a Constituição Federal proíba, o trabalho infantil é um processo social oriundo de uma sociedade com alto índice de desigualdade social, baixa renda e falta de oportunidades, onde famílias desestruturadas têm nesta prática um dos caminhos para garantir a sobrevivência. O presente estudo apresentará que o trabalho infantil está atrelado às ineficazes medidas de aplicação dos direitos sociais

**Palavras chave:** Trabalho Infantil, Necessidade, Famílias, Direitos Sociais, Ineficácia.

### **Introdução**

Há muito que o trabalho infantil vem se transformando em uma questão importante e bastante discutida em inúmeros segmentos da sociedade, culminando num problema de ordem social, onde o Estado vem investindo no combate desta prática, através de rígidas legislações.

De contrapartida, temos uma sociedade que acredita no trabalho como forma de moralizar e educar o cidadão para o mundo, tirando-o dos caminhos perversos que a sociedade oferece afastando-o do fenômeno vazio “V”.

Seja no trabalho doméstico ou rural, é comum observar crianças e adolescentes ajudando seus familiares nas atividades laborais. Esta atividade é vista pela família como produtiva, levando-se em conta a crença na formação do caráter educativo, moral e social do menor.

O presente estudo busca identificar visões distintas a respeito do mesmo tema, ou seja, o trabalho infantil sendo reconhecido pelo Estado como um problema social e, de outro lado, a crença familiar que o trabalho para o menor refletirá num caráter social, moral e educativo, sem contar a ajuda que a mão de obra trará nas necessidades do lar.

É reconhecido que juridicamente o trabalho infantil possui uma idade fixa para que seja realizado e aceito e, em algumas atividades, é considerado nocivo à saúde e ao desenvolvimento das crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e Adolescente contempla a principal arma para impedir a referida prática, dando total amparo para as denúncias, tornando tal atividade prejudicial e que deve ser combatida.

Diante este choque de realidades tão distantes, busca-se através deste trabalho, analisar esta problemática social, questionando a eficácia dos programas de erradicação do trabalho infantil, bem como mudança cultural, mesmo diante de uma sociedade com grandes disparidades sociais.

## **A INFÂNCIA E O TRABALHO**

Uma das justificativas do trabalho infantil está atrelada à pobreza e a exploração de crianças e adolescentes. Em outro aspecto, relaciona-se o trabalho precoce a uma forma de inserção social, onde os filhos são socializados e envolvidos em pressupostos morais que irão determinar seu caráter diante da comunidade que fazem parte.

Constata-se que os fatores que levam a prática do trabalho infantil não se limitam ao socioeconômico, mas também ao sociocultural, demonstrando que não é só a pobreza que leva pais a utilizarem da mão de obra infantil, porém o modo de vida também contribuem na constituição desta prática.

Neste aspecto, passamos a analisar um panorama dessas visões, perpassando pela legislação brasileira de amparo à criança e adolescência, mas com foco na análise da forma sociocultural, não deixando de constatar o fator econômico e jurídico.

### **O trabalho infantil no Brasil**

[...] considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (MENDES; COELHO;BRANCO, 2007, p. 139).

Este é o norte de quem espera por um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e consagra uma gama extensa de direitos e garantias fundamentais. Infelizmente esta não é a realidade brasileira. Convivemos lado a lado com o problema do trabalho infantil em nosso país, uma prática que implica em violação aos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana e que impede a consagração dos valores democráticos.

No Brasil, considera-se trabalho infantil toda atividade econômica e/ou de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remunerada ou não, realizada por crianças ou adolescentes em idade inferior a dezesseis anos, ressalvado o trabalho na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos.

Conforme dados emitidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL, 2013, p. 04), no Brasil, de acordo com os resultados da Pesquisa Mensal de Emprego, apurada em novembro de 2013, o número de pessoas com 10 anos ou mais de idade (consideradas em idade ativa), para o conjunto das seis regiões metropolitanas onde a pesquisa é investigada, foi estimado em 43 milhões. Esta estimativa não registrou variação frente a outubro do mesmo ano. Em relação a novembro do ano passado este contingente aumentou em 1,3%.

De acordo com os dados apresentados pelo governo federal através do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente

Trabalhador (BRASIL, 2011, p. 19), a prevalência do trabalho infantil permanece em patamares elevados. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada em 2009 (PNAD/2009) aponta que 908 mil crianças e adolescentes de 5 a 13 anos de idade trabalhavam, sendo que destas, 123.000 mil (0,9% do total) são crianças de 5 a 9 anos, e 785.000 (5,7% do total) são crianças e adolescentes de 10 a 13 anos. Nas faixas etárias mais baixas a ocorrência do trabalho infantil concentra-se nas atividades agrícolas. Neste sentido a PNAD/2008 aponta que 73,2% das crianças de 5 a 9 anos de idade que trabalham, o fazem em atividades agrícolas, e 58,5% das crianças e adolescentes de 10 a 13 anos de idade que trabalham, também o fazem em atividades agrícolas.

Percebe-se que nesta pesquisa foram consideradas apenas crianças e adolescentes na faixa etária de 5 a 13 anos, porém trabalho infantil tem por base a idade abaixo de 16 anos, tornando a pesquisa incompleta. Mas o que chama a atenção é o número de quase um milhão de crianças e adolescentes entre 5 e 13 anos de idade que foram flagradas em alguma forma de trabalho infantil.

Dentre as causas do trabalho infantil elencadas no Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (BRASIL, 2011, p. 21-22) estão: altos índices históricos de concentração de renda e desigualdade social e a permanência da exclusão ou a inserção precária dos membros adultos das famílias mais pobres no mercado de trabalho; número significativo de famílias em condições de pobreza que tem o trabalho infantil como fonte de renda; a naturalização cultural do trabalho infantil, especialmente doméstico (feminino), e o uso tradicional da mão de obra infantil na agricultura familiar, que permanece elevado; as características dos setores em que o trabalho infantil se mostra mais persistente dificultam o trabalho de fiscalização, já que envolvem, de um lado, atividades ilegais, como o narcotráfico e a exploração sexual, e de outro, a esfera da vida familiar, a exemplo da agricultura familiar e trabalho doméstico, em relação à qual, muitas vezes, ainda persiste a visão de inviolabilidade absoluta do domicílio; exclusão histórica de segmentos pobres da população do acesso à educação e baixa escolaridade da pessoa de referência da unidade familiar que pode influenciar na ocorrência do trabalho infantil.

Conforme podemos observar, o trabalho infantil está ligado aos elevados índices de pobreza e ao baixo nível de escolaridade do núcleo familiar. Diante a extrema necessidade, não restam aos pais alternativos, senão colocar seus filhos no trabalho, a fim de angariar renda para família.

Diante o levantamento feito pelo governo federal e divulgados no Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (BRASIL, 2011, p. 21-21), crianças e adolescentes que trabalham estão altamente expostos a situações de risco, acidentes e problemas de saúde relacionados ao trabalho, bem como têm índices inferiores de permanência na escola e rendimento escolar comprometido, sendo que quanto mais precoce é a entrada no mercado de trabalho menor é a renda média obtida ao longo da vida adulta, favorecendo a manutenção de desigualdades sociais.

Porém, o trabalho infantil nem sempre reflete prejuízos ao desenvolvimento da personalidade da criança. Neste aspecto, Jessé Souza (2012, p.85/121), ao abordar a questão dos trabalhadores feirantes e dos empreendedores rurais, demonstra a importância que o trabalho, desde a infância, teve na formação destes batalhadores brasileiros. É comum que esses trabalhadores tem realize trabalho desde muito cedo, ultrapassando uma cultura de gerações na formação da personalidade da pessoa humana.

Em contrapartida, esta não é a realidade predominante, onde na maioria dos casos o trabalho infantil, distante de trazer benefícios, implica grandes prejuízos à formação da personalidade das pessoas, uma violação aos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana, impedindo o desenvolvimento pleno de suas capacidades e potencialidades.

### **O Direito Fundamental de proteção à infância**

A Constituição Federal do Brasil inseriu no seu art. 6º, a proteção à infância como direito fundamental, na categoria dos direitos sociais.

A proteção à infância está no centro do Estado de Direito e dos valores democráticos, sempre na perspectiva da dignidade humana.

E na perspectiva da dignidade humana, Luís Roberto Barroso (2012, p. 13-19) assevera que sua compreensão contemporânea assenta-se sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, trazendo em seu conteúdo elementos de individualismo, igualdade e solidariedade, bem como a centralidade do homem. Segundo o autor, a dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos (BARROSO, 2012, p. 58).

Assim, a proteção à infância é a própria proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores da democracia. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 100-105) a liberdade e igualdade são os dois valores que inspiram a democracia, a qual tem seus pressupostos, dentre os quais o social – grau de maturidade do povo que pressupõe certo nível cultural – e o econômico – economia desenvolvida capaz de fornecer ao povo o lazer de se instruir a ponto de os homens deixarem de se preocupar apenas com o pão de todo o dia.

Através do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador (BRASIL, 2011, p. 27), o trabalho infantil impossibilita a plena democracia, pois crianças e adolescentes que trabalham têm índices inferiores de permanência na escola e rendimento escolar comprometido, o que compromete o pressuposto social, sendo que quanto mais precoce é a entrada no mercado de trabalho menor é a renda média obtida ao longo da vida adulta (BRASIL, 2011, p. 21), favorecendo a manutenção de desigualdades sociais, o que compromete o pressuposto econômico.

Em garantia a este direito fundamental e em decorrência da condição especial do menor, que passa por um processo de desenvolvimento, a Carta Constitucional proibiu o trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de dezoito anos e qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição especial de aprendiz, a partir de catorze anos (art. 7º, XXXIII). Outrossim, determinou ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput).

Em encontro ao quanto insculpido no diploma constitucional, a proteção à infância encontra, ainda, proteção em diversas normas infraconstitucionais, dentre os quais o Estatuto da Criança e do adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que determina a criação de conselhos no âmbito municipal, estadual e nacional dos direitos da criança e do adolescente como responsáveis pela formulação das políticas de combate ao trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador (ECA, artigo 88, II), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Convenção dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU), ratificada pelo Brasil em 24/09/1990, e as Convenções nº 138 e nº 182, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil, respectivamente, em 28/06/2001 e 02/02/2000.

Nessa linha de raciocínio, Francisco Rezek (2010, p. 79-80) observa que desde o momento em que o tratado entra em vigor no plano internacional e no plano interno passa a integrar cada uma dessas ordens, tendo no plano interno a estatura hierárquica de uma lei nacional, não se distinguindo enquanto norma jurídica dos diplomas legais de produção interna.

Dentro do plano nacional, devemos destacar as políticas públicas desenvolvidas pelo governo, dentre as quais o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, elaborado pela Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), organismo sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), um programa de assistência social instituído pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), órgão responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social.

Vejamus que a proteção à infância obriga que o Estado desenvolva ações governamentais no sentido de reduzir as causas do trabalho infantil, dentre as quais os altos índices de concentração de renda e desigualdade social, o número significativo de famílias em condições de pobreza que tem o trabalho infantil como fonte auxiliar ou primordial de renda, o uso tradicional da mão de obra infantil na agricultura familiar, doméstico, que permanecem elevados. Igualmente, são necessárias ações governamentais de combate às atividades ilegais que concentram o trabalho infantil, como o narcotráfico e a exploração sexual, tão presentes em nosso meio.

Portanto, a proteção à infância é direito fundamental social cujas garantias se irradiam por diversas normas de diferentes hierarquias, porém questiona-se: a sua aplicação tem sido eficaz? Sendo um direito fundamental, cria para o poder público esta obrigação de manter a ordem e o controle da sua erradicação.

José Afonso da Silva (2007, p. 184) classifica os direitos fundamentais, com base na Constituição, em direitos individuais (CF, artigo 5º), direitos à nacionalidade (CF, artigo 12), direitos políticos (CF, artigos 14 a 17), direitos sociais (CF, artigos 6º e 193 e seguintes), direitos coletivos (CF, artigo 5º) e direitos solidários (CF, artigo 3º e 225). Em seu posicionamento, o autor entende os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, sendo prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que tendem a igualar situações sociais desiguais e que são, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade, valendo como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao

auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2010, p. 186-187).

Para Gerardo Pisarello (2007, p. 11), os direitos sociais estão diretamente relacionados às expectativas de satisfação das necessidades básicas das pessoas, sendo que o reconhecimento destas expectativas, em constituições ou em tratados internacionais, importa para os poderes públicos, e inclusive para os particulares, obrigações positivas e negativas, de fazer e não fazer, ligadas a satisfação das mesmas.

Os direitos sociais foram o resultado de conflitos pela abolição de privilégios e pela transferência de poder e recursos de uns setores sociais a outros, sendo que os direitos sociais não são privilégios dos necessitados, cuja estrutura é seletiva, excludente e alienável, mas direitos que, assim como os direitos civis e políticos, se relacionam a igual satisfação das necessidades básicas de todas as pessoas e, assim, em sua igual dignidade, liberdade e diversidade, pois todos os direitos remetem ao princípio da igualdade, e o que converte um direito em fundamental é sua estrutura igualitária, inclusiva e inalienável (PISARELLO, 2007, p. 36-38).

Diante este cenário, temos que a proteção à infância é um direito fundamental social que necessita de prestações positivas do Estado no sentido de proporcionar a satisfação de necessidades básicas das pessoas, permitindo o desenvolvimento pleno de suas capacidades e potencialidades, ou seja, saúde e vida com qualidade.

Como estamos diante de um problema mundial, Gerardo Pisarello (2007, p. 111-113) lança premissas para a reconstrução das garantias dos direitos sociais, sendo mecanismos ou técnicas predispostas para sua proteção, premissas que escapam à tentação de reduzir o problema da exigibilidade dos direitos sociais à mera questão jurídica, premissas que partem de múltiplos órgãos e instituições que podem e devem intervir na proteção, incluindo órgãos jurisdicionais, órgãos legislativos e administrativos, e os órgãos externos de controle, como os tribunais de contas e as defensorias do povo. Uma reconstrução do sistema de garantias que leva em conta diversos aspectos da tutela dos direitos sociais, com uma reconstrução democrática, mais participativa e menos institucional, formas de tutela que incluem os próprios titulares dos direitos na defesa e conquista dos mesmos.

Quando verificamos a participação do cidadão (assim compreendido em sentido amplo, e não restrito aos portadores de título eleitoral – o que não visão do Direito Público seria a forma de se atribuir a um indivíduo transeunte em um Estado como sendo portador do mínimo de direitos políticos), através do chamado processo discursivo (teoria do agir

comunicativo) percebemos se tratar de condicionantes factíveis de uma sociedade livre, estando pois configurado o princípio democrático de elaboração do direito, o que no pensamento insuperável de Habermas, seria o necessário para legitimar um direito positivo.

Deste modo, atribuiríamos a ideia de um direito legítimo aquele que advenha deste provocado processo democrático de elaboração da norma (HABERMAS, 2003: 50).

Destacada importância ao tema se verifica à medida que confluenta à verdadeira eficácia e concretização do direito positivado. Não há razão de uma lei que exista sem um amparo necessário de controle ou resposta à anseios sociais.

A teoria do agir comunicativo de Habermas, em curtas linhas, reflete o ideal de que a norma jurídica legítima é aquela que advém deste processo discursivo naturalmente democrático, ou seja, o agir comunicativo (discussão, diálogo entre os indivíduos a serem atingidos diretamente pela norma) é um legitimador da norma, democratizando-a através do ato comunicativo.

Na mesma esteira, essencial importância, em idêntico nível, se dá a posituação dos direitos humanos como modo de se manter uma democracia: o respeito à autonomia pública e privada de cada indivíduo, de cada cidadão (naquele mesmo amplo sentido) (HABERMAS, 2003:154).

Desta maneira, Habermas defende que os direitos humanos são partes essenciais para se encontrar a legitimidade do direito, ou até mesmo, noutra perspectiva poder-se-ia dizer, que o direito só seria legítimo se capaz de positivizar os direitos humanos, no condição sine qua non a existência da democracia e da legitimidade do direito.

Em complemento, Gerardo Pisarello (2007, p. 115-120) menciona diversas garantias, dentre elas as políticas, instrumentos de tutela encomendados a órgãos legislativos e executivos, e que são ao mesmo tempo garantias primárias, pois detalham o conteúdo dos direitos, as obrigações que geram e os sujeitos a que se destinam. Acredita que a garantia política por excelência é a garantia constitucional, que de forma genérica e procedimental é representada pela própria rigidez constitucional, e de forma substancial consiste na descrição de um conteúdo concreto aos direitos consagrados na constituição, na estipulação dos poderes constituídos encarregados de observá-los, e na indicação das obrigações e deveres que os vinculam. Explica o autor que, depois das garantias constitucionais, as garantias legais são as garantias políticas por excelência, aparecendo em muitos ordenamentos a noção de reserva de lei, que remete aos princípios da generalidade e universalidade da lei, e que aplicado a tutela dos direitos sociais tende a evitar a multiplicação de políticas e programas sociais focalizados,

expostos a prática clientelista, quando não à corrupção e vulneração do princípio da legalidade, embora possível a introdução de garantias legislativas diferenciadas, que atendam as necessidades específicas de determinados grupos e classes de pessoas, que podem assumir a forma de medidas de ação positiva, e que devem vir acompanhadas de intervenções que assegurem deveres aos sujeitos mais fortes em relação aos mais fracos. Na visão crítica do autor, as garantias primárias, (normas, leis ou regulamentos), servem para dotar de conteúdo os direitos sociais e para estabelecer uma série de obrigações positivas e negativas para outros poderes e para os particulares.

Por estas razões, as políticas públicas de erradicação do trabalho infantil assumem essencial função na garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

### **3. Ineficácia dos atuais programas de combate ao trabalho infantil.**

Como apontado desde o enfoque esclarecido do presente trabalho, nosso Texto cuida de considerar a transcrição de direitos universais reconhecidos por nosso Estado, como o combate distinto ao trabalho infantil, prevendo situações e regulando as exceções. No entanto, crítica severa que se faz funda-se na falta de interação comunicativa entre o que se busca tutelar e o que efetivamente se alcança, em perfeita sintonia com as linhas de compreensão lógica à concretização de direitos.

É notório, ao debruçar atenção sobre as estatísticas já trazidas, que a grande parte da incidência de trabalho infantil no Brasil não se dá exclusivamente por abuso dos empregadores.

As razões se aglutinam num possível ciclo de consequências. Constata-se a inserção da criança na labor precoce como um intento da família em dar-lhe condições de inverter um quadro social já amargado pela geração que lhe pôs em vida, e, também, como uma forma de trazer mais um contribuinte braçal, e conseqüentemente de ordem a gerar “riqueza” (ironicamente, em quantias de subsistência, quando não aquém) à unidade familiar ou núcleo social de convívio.

O possível ciclo de consequências se estabelece à medida que a busca por uma oportunidade de inversão ou superação de classe social, muitas vezes, encontra o primeiro abismo quanto a valorização desta mão de obra (que em diversas ocasiões se encontra em situações subumanas, seja em relação ao local onde o trabalho é desenvolvido ou mesmo

diretamente quanto à contraprestação remunerativa), que é barata e numerosa, vez pela necessidade, vez pela própria inexperiência e incapacidade de agregar valor suficiente à atividade exercida.

Nosso ordenamento ao prostrar-se combativo convicto a qualquer hipótese de trabalho infantil, banindo, fiscalizando e adotando medidas desencorajadoras, não está puramente atendendo ao reconhecimento que deu no seu Texto quando no combate a esta circunstância (do trabalho infantil), mas, deixando de sopesar as razões e reais motivações, acaba por trazer prejuízo de ordem subsistencial à unidade ou grupo, acabando por, numa equivalência de direitos, colocar o direito de proteção ao trabalho infantil em patamar muito superior que o direito à própria manutenção, sustento, à própria vida.

Ou seja, a situação demanda muito mais que uma análise puramente doutrinária, dogmática, onde se buscaria apenas uma imposição normativa, sem precedentes das razões que lhe assistem a própria permanência vigorativa em nosso ordenamento e dos fundamentos e inspirações que buscaram os seus legisladores criadores.

Por outra banda, e em complemento solucionador ao impasse, a questão exige que façamos uma análise zetética, inaugurando um infinito agir comunicativo de motivações, porquês e fundamentos de existência e validação.

Reitera-se que não basta a imposição cega do preceito positivado. A democracia, inspiração latente em todas as vertes de nosso sistema jurídico, exige esta comunicação (mais uma vez a teoria do agir comunicativo de Habermas) com o fito de encontrar, numa basilar tergiversação peripatética, qual a concretização que se vislumbra ao conceber um combativo expressivo em nosso Texto Constitucional. É possível combater o trabalho infantil sem levar consequências desastrosas àquela unidade familiar ou grupo dependente do fruto desta ação? Há como sopesar as circunstâncias, admitindo exceções e passar a tutelar as condições que este trabalho infantil é gerido e desenvolvido ao invés de dogmaticamente proibir sistematicamente a ocorrência?

#### **4. Considerações finais**

Ao propor exceções e regular algumas situações onde é verificado o permissivo ao trabalho infantil, percebe-se que há uma tímida atuação democrática na construção de um agir comunicativo em prol desta larga estatística que assegura a ocorrência expressiva de

“trabalhadores infantis” como fonte auxiliar ou mesmo principal (quando não única) de renda e proventos para aquela unidade ou grupo familiar.

Verdadeiramente que situações hipótéticas tomadas como paradigma (sem qualquer compromisso com inferências reais), sem uma reflexão do que guardaria em especialidades fáticas quando em ocorrência, afastam uma análise circunstancial de um processo infinito de questionamentos conhecidos pela zetética.

É necessário, quando diante da questão do trabalho infantil no Brasil, que haja esta flexão frente às reais motivações das ocorrências alarmantes e desastrosas de nossas crianças que abreviam, senão simplesmente não desfrutam, de uma das fases mais importantes de assimilação de valores, princípios e reflexos (de ordem social, quanto aos atos) cognitivos de nossa espécie humana, que é este interregno pueril.

Assim como já fora construído por Habermas, sobre a teoria do agir comunicativo na constatação de uma democracia plenamente desejada, aqui a realidade se assemelha: Não há como se conceber um protetivo, em um estado democrático de direito, pela simples imposição normativa. É preciso conhecer, comunicar, compor e compreender as situações sociais que demandam a positivação legal.

Não é plausível admitir, então nesta sociedade democraticamente estabelecida, que programas de combate ao trabalho infantil encontrem termo no próprio ato combativo.

É necessário que haja o desenvolvimento de programas que assegurem a concretização desta repugnância estatal reconhecida (contra o trabalho infantil) mas que ao mesmo passo (senão no mesmo) assegure assertivamente a uma possibilidade de superação da lacuna que a inatividade daquele membro outora ativo irá causar à unidade familiar ou grupo a que pertença, caso contrário estaríamos diante de uma indesejada prática de se cobrir o tronco e descobrir os pés, num ciclo vicioso sem fim e sem consequências positivas.

## **5. Referências**

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Pesquisa Mensal de Emprego Novembro 2013. Disponível em:

<[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/pmecr\\_201311.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/pmecr_201311.shtm)>. Acesso em: 14 de agosto de 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador/Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, 2ª ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011. Disponível em:<[http://portal.mte.gov.br/trab\\_infantil/publicacoes.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_infantil/publicacoes.htm)>. Acesso em: 14 de agosto de 2013.

BRASIL. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI). 2013b. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social>>. Acesso em: 23 de agosto de 2013.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica de políticas públicas. São Paulo, 2011, 236 f. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Livre-Docente.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (2 volumes).

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 7ª ed. atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 13.7.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional positivo. 28ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA, Jessé. Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora? 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

## **ACONSELHAMENTO GENÉTICO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSELHEIRO GENÉTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Alex Lino Silva

Bacharel em Direito pelo Unisal – Lorena, Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Unisal – Lorena, Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD) /SP. E-mail: [alexlinosilva@gmail.com](mailto:alexlinosilva@gmail.com)

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Graduação e na Pós - Graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal. E-mail: [cabette@uol.com.br](mailto:cabette@uol.com.br)

Luís Fernando Rabelo Chacon

Advogado. Sócio do CMO Advogados. Mestre em Direito. Professor Universitário. Palestrante da OABSP. Coordenador de Novos Mercados e Gestão Legal da Comissão Estadual do Jovem Advogado da OAB SP. Autor do Blog Advocacia Hoje. Membro da Academia de Letras de Lorena SP. E-mail: [chacon@cmo.adv.br](mailto:chacon@cmo.adv.br)

### **RESUMO**

Este artigo destina-se ao estudo da responsabilidade civil dos profissionais atuantes na atividade do aconselhamento genético bem como os seus limites. Tal estudo caminha, especialmente, nas linhas do Diploma Civil de 2002 e do Código de Ética Médica, todavia, outros Institutos profícuos ao embasamento e regência desta atividade são também analisados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aconselhamento genético. Responsabilidade civil. Dignidade humana. Intimidade genética. Bioética.

### **ABSTRACT**

This article is intended for the study of civil liability of professionals active in genetic counseling activity as well as its limits. Such study walks, especially on the lines of the 2002 Civil Diploma and the code of medical ethics, however, other institutes the fruitful basis and conducting this activity are also analyzed.

**KEYWORDS:** Genetic counseling. Civil liability. Human dignity. Genetic privacy. Bioethics.

### **INTRODUÇÃO**

Este artigo destina-se a investigar a atuação dos profissionais do aconselhamento genético, especialmente, à luz do Código Civil, analisando a responsabilidade dos profissionais supra na dimensão civil.

Talvez, o primeiro homem a observar a transferência das características hereditárias dos pais à sua prole, ainda que indiretamente, tenha sido Hipócrates 400 anos antes de Cristo. Em 1865, Mendel descobriria as leis da hereditariedade, em 1953 James Watson e Francis Crick descobririam a estrutura helicoidal do DNA, em 1990 o Projeto Genoma Humano tem sua arrancada, iniciando-se o mapeamento do genoma humano com publicação preliminar dos resultados em 2000 com direito a pronunciamento simultâneo entre Bill Clinton – Presidente dos EUA – e o Primeiro Ministro britânico, Tony Blair. Seja como for, restava e ainda há muito trabalho a ser realizado.

Atualmente, com tal campanha praticamente concluída, pois o genoma humano já foi sequenciado, os dilemas ético-jurídicos vêm à tona. Entretanto, o progresso com o *Graal da Biologia* é notável. O Projeto Genoma Humano levou cerca de treze anos custando aproximadamente três bilhões de dólares; acreditava-se que o homem tinha 100.000 genes, atualmente, esse número se reduz entre 25.000 e cerca de 50.000 genes<sup>1</sup>; o sequenciamento do primeiro genoma humano custou três bilhões de dólares, atualmente, esse valor está reduzido a cerca de mil dólares; o primeiro “quebra-cabeça” genômico levou treze anos para ser montado, atualmente, tal façanha pode levar apenas pouco mais de um dia; o primeiro sequenciamento teve o esforço conjunto de um consórcio de diversos países, hoje, uma máquina faz o mesmo trabalho; acreditava-se que o homem era uma equação matemática exata, isto é, tínhamos um gene específico para cada característica manifestada, atualmente, sabemos que não é assim que nosso “horóscopo humano” atua, em regra dois ou mais genes estão associados conjuntamente a uma doença, predisposição ou característica específica. Ignorava-se a influência exercida pelo meio ambiente em nossos genes, atualmente, sabe-se que na maioria absoluta de nossas doenças genéticas e hereditárias há influência ambiental. Mas não é apenas isso,

[...]o histórico familiar se constitui no mais forte de todos os fatores de risco mensuráveis para muitas das situações comuns e inclui, como deveria, informações sobre o ambiente hereditário e o compartilhado. O fato de o pai ou o

---

<sup>1</sup> É preciso salientar que não há unanimidade entre os estudiosos da área quanto ao número de genes do homem. Portanto, há obras que falam em um total compreendido entre 22000 e 25000, outras entre 25000 e 330000, outras ainda mencionam valores compreendidos entre 25000 e 50000 genes. Ainda, há aquelas que mencionam termos como cerca de 25000 genes, cerca de 30000 genes. Francis Collins, por exemplo, menciona “apenas 20 mil códigos genéticos de proteínas” (COLLINS, 2010, p.23).

irmão de um paciente ter enfrentado doenças cardiovasculares dobra o seu risco [leitor]. A existência de dois ou mais “parentes de primeiro grau” com doenças cardíacas antes dos 55 anos multiplica seu risco por cinco. Ter um parente de primeiro grau com câncer de cólon, próstata ou mama aumenta a chance em duas e até três vezes (COLLINS, 2010, p.30-31).

Obviamente, “o histórico da família tem suas limitações” (*op. cit.* p.31), porém é extremamente relevante. No desaguar desse progresso avassalador, dilemas de ordem jurídica, ética, moral, social, política, religiosa, econômica e cultural germinam a todo instante. O fato é que “o homem tornou-se, definitivamente, senhor e possuidor da natureza, inclusive da sua própria, ao adquirir o poder de manipular o patrimônio genético” (COMPARATO, 2010, p. 562). Entronando um dos pratos da balança de *Themis* estão sonhos e esperanças da cura de doenças genéticas e hereditárias atualmente sem solução clínica, remédios mais eficientes e específicos para cada paciente consoante seu horóscopo gênico, seja intervindo diretamente, a exemplo da terapia genética, ou indiretamente na esteira do aconselhamento genético o qual visa prevenir que determinadas doenças genéticas e hereditárias sejam transferidas à futura prole.

Aconselhamento genético pode ser conceituado de diversas formas. Uma definição do tema em tela é lecionada por Salmo Raskin (2011) segundo o qual:

aconselhamento genético é um processo de comunicação sobre problemas humanos associados com a ocorrência ou risco de recorrência de uma doença genética na família, através do qual os pacientes e/ou parentes que possuam ou estão em risco de possuir uma doença hereditária são informados sobre as características da condição, a probabilidade ou risco de desenvolvê-la ou transmiti-la, e as opções pelas quais pode ser prevenida ou melhorada.

Porém, a outra face de *Jano* se volta para o próprio homem, pois equilibrando no lado oposto há questões emblemáticas cuja natureza se lastram desde interesses econômicos à velocidade supersônica da terceira revolução da Biologia caminhando além das passadas das Ciências Jurídicas.

Insta afirmar que toda e qualquer atuação profissional deve caminhar nos trilhos da dignidade humana – corolário maior de todo arcabouço jurídico – bem como nos alicerces dos princípios da ética, da bioética, do superprincípio da proporcionalidade e nos ditames da moral, sem os quais não há justiça e, conseqüentemente, todo progresso com vistas a beneficiar o homem é anulado. Dilemas e dramas humanos de difícil solução são postos a prova a todo instante. É ético diagnosticar uma doença genética para a qual ainda não há chances de cura? É correto testar casais com riscos de predisposição gênica apenas para os futuros filhos? E se houver um caso de falsa paternidade, deve o profissional revelar ao pai? E

se descobre que o avô é o pai, pode o conselheiro genético revelar a verdade? Pode o profissional violar a intimidade da relação conjugal em casos como esses? São questões dessa ordem que discutiremos.

## **1- CONCEITO E PRINCÍPIOS DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO**

Ao contrário do que se supõe, o aconselhamento genético surge nos Estados Unidos da América muito antes do progresso resumidamente acima expresso. Seu surgimento remonta ao ano de 1947, *Instituto Dight*, sob orientação de Sheldon Reed que cunhou o termo em oposição à eugenia que ainda imperava naquele país, em 1949, surgiria na Inglaterra.

Um dos conceitos de aconselhamento genético é dado *pela American Society of Human Genetics* (BRUNONI *apud* Epstein, 1975) segundo a qual

trata-se do processo de comunicação que lida com problemas humanos associados com a ocorrência ou risco de ocorrência de uma doença genética em uma família, envolvendo a participação de uma ou mais pessoas treinadas para ajudar o indivíduo ou sua família a: 1) compreender os fatos médicos, incluindo o diagnóstico, provável curso da doença e as condutas disponíveis; 2) apreciar o modo como a hereditariedade contribui para a doença e o risco de recorrência para parentes específicos; 3) entender as alternativas para lidar com o risco de recorrência; 4) escolher o curso de ação que pareça apropriado em virtude do seu risco, objetivos familiares, padrões éticos e religiosos, atuando de acordo com essa decisão; 5) ajustar-se, da melhor maneira possível, à situação imposta pela ocorrência do distúrbio na família, bem como à perspectiva de recorrência do mesmo.

Para Diniz, Guedes (2009, p.248) em termos simples, trata-se de uma consulta médica cujo tema são os genes individuais ou familiares. No mesmo sentido prelecionam Corrêa, Guilam (2006, p.2142) para os quais

aconselhamento genético é uma prática de informação e comunicação para controle de riscos no processo reprodutivo humano. Quando realizado antes da mulher engravidar é chamado prospectivo. Já no aconselhamento pré-natal ou retrospectivo, a gravidez encontra-se em evolução.

De outro lado, assevera Mayana Zatz (2011, p.30) que “apesar do termo aconselhamento genético, o geneticista não aconselha. Ele deve apenas cuidar para que as possibilidades de escolha de seus pacientes sejam informadas e esclarecidas, sem emitir suas opiniões”. Finalmente, o conceito ditado pela *American Pregnancy Association* (Associação Americana da Gravidez): “aconselhamento genético é o processo de determinar o risco que você tem de passar uma doença hereditária para o seu bebê” (2012, nossa tradução).

Seja como for, estamos diante de questões que põem à prova a ética, a moral e diversos princípios norteadores dessa nova dimensão científica, mas que também traz à tona dramas humanos. Como proceder diante de questões que vão além do aconselhamento genético em si? O fato é que tais questões não podem ser solucionadas somente nas vertentes legais, quaisquer normas nessa seara serão insuficientes para suprir as lacunas e resolver dramas humanos da melhor forma possível. Isso significa se lançar na ponderação de dois ou mais princípios que estarão em rota de colisão frequentemente. Mas quais são os princípios basilares do aconselhamento genético? Mayana Zatz (2011, p. 49) leciona que “os princípios da privacidade e da confidencialidade são considerados referências éticas obrigatórias na rotina do nosso trabalho”. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Diniz, Guedes (2005, p. 750). Todavia, “o aconselhamento genético, como todos os outros procedimentos de genética humana, baseia-se em cinco princípios éticos básicos, quais sejam: Autonomia, Privacidade, Tutela, Igualdade e Qualidade” (RAMALHO, MAGNA, 2007, p.231). Entretanto, Teles (2000, p.49- 80) elenca outros princípios como “consentimento informado, escolha informada, tolerância, justiça e beneficência”. Discorrendo brevemente à cerca dos principais alicerces principiológicos, Maria Helena Diniz (2011, p.38) proclama que princípio da autonomia “requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas”. Privacidade: “os resultados dos testes genéticos de um indivíduo não podem ser comunicados a nenhuma pessoa sem o seu consentimento expresso, com exceção dos responsáveis legais” (RAMALHO, MAGNA, 2007, p.231). Confidencialidade: “a informação genética pertence à pessoa que foi objeto de um teste de diagnóstico, por exemplo, e, tal como o aconselhamento genético, está sujeita às regras estritas de confidencialidade” (TELES, 2000, p. 72). Ou seja,

a garantia da confiança entre médico e paciente é um pressuposto tão central para o exercício da medicina que esse é um tema regulamentado por inúmeros códigos legais e éticos nacionais e internacionais. As legislações oscilam entre a total obrigatoriedade do segredo, na linha argumentativa de Kottow que sustenta ser a confidencialidade um princípio “tudo ou nada”, até previsões específicas de quebra do segredo, em casos de risco de vida ou de imposições legais (DINIZ, GUEDES, 2005, p.750).

Escolha informada: “todos os indivíduos têm direito à informação total de todas as opções possíveis, incluindo a opção de não participar de nenhum estudo genético, assumindo as consequências” (TELES, 2000, p.74). Consentimento informado: “representa a autorização, oral ou escrita, que determinado indivíduo concede a um profissional de saúde para realizar testes ou tratamentos, após devida informação sobre os mesmos” (*op. cit.*, p.73).

Em síntese,

[...] a informação genética diz respeito à identidade, à dignidade e à integridade da pessoa e, por isso, deve ser mantida sob sigilo. A ausência de um acordo sobre esses princípios éticos pode representar uma ameaça aos Direitos Humanos e à saúde pública (DINIZ, GUEDES, 2005, p.748).

Além dos princípios acima elencados, julgamos salutar o pincelar dos alicerces constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que cada decisão há de ser tomada caso a caso, isto é, estamos diante de situações singulares nas quais um fato semelhante poderá desaguar em rios diferentes. Desnecessário dizer que as águas joradas dessa fonte trazem consigo “uma série de emoções conflitantes. Elas exigem decisões difíceis que envolvem muitas questões técnicas, éticas e altamente pessoais” (WEIL, 2002, p.590, nossa tradução).

## 2- PROCEDIMENTOS DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO

Em breve resumo, o aconselhamento genético consiste nos seguintes passos gerais, conforme bem argumenta Laura B. Jardim (2001, *passim*):

1º) entrevista por meio do qual se garante acesso, inicialmente aos dados relevantes para a elaboração de hipóteses e, posteriormente, aos afetos e às motivações dos envolvidos; 2º) elenco de diagnósticos ou as diferentes categorias de doenças genéticas; 3º) estimativa dos riscos genéticos; 4º) comunicação ao doente e à família.

Obviamente - se o paciente for capaz, nos termos do Diploma Civil - a ele deverá ser revelado. Pina Neto (2008, *passim*) leciona que o aconselhamento genético, regra geral, é integrado e deve ser contínuo, porém, pode ser dividido em fases para uma melhor compreensão didática. A saber: “1ª) estabelecimento e/ou confirmação do diagnóstico; 2ª) cálculo dos riscos genéticos; 3ª) comunicação; 4ª) decisão e ação; 5ª) seguimento”.

Em síntese, ambos os autores corroboram o mesmo entendimento. Isso resume contato com profissional de aconselhamento genético, iniciando mediante entrevista, onde se perquiri sobre a saúde e casos de parentes da árvore genealógica; posteriormente, há realização de uma bateria de exames clínicos; em seguida, análise desses dados bem como estimativas de riscos; sequencialmente, comunicação ao (s) paciente (s) com todos os esclarecimentos; finalmente, tratamento e/ou escolhas do paciente.

### **3- ASPECTOS ÉTICOS DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO**

Trata-se de um tema extremamente delicado, haja vista que

[...] o aconselhamento genético permite prevenir o nascimento de novos afetados ou melhorar a qualidade de vida, também cria uma série de questionamentos éticos. Esses questionamentos não se referem apenas aos avanços mais recentes da medicina, ou à bioética de fronteira, mas também a dilemas cotidianos, tomando emprestadas as palavras de Giovanni Berlinguer, referindo-se às novas formas de nascer, viver e morrer em um mundo tecnicamente avançado, mas pleno de contradições (ZATZ, 2011, p. 30).

Conforme bem acresce Tavares (2007, p. 180), “todo profissional possui um potencial iatrogênico, e tal aspecto depende não somente da capacidade técnica, como também da relação médico-paciente estabelecida”. Isso quer dizer que há uma chance de que o profissional venha causar algum dano, seja psíquico ou material ao paciente consoante seja dada a informação. Todavia, há questões mais complexas em jogo, de forma que “um dos maiores desafios éticos da nova genética, especialmente em sua inserção na saúde pública, é exatamente evitar que a identidade individual seja reduzida às características genéticas” (DINIZ, GUEDES, 2005, p. 749). Eis que aponta no horizonte a nebulosa da estigmatização, isto é, a redução do homem à sua expressão gênica, seja como for, “não estamos longe do momento em que se falará em doença circunstancial (...) o que, evidentemente, poderá afetar as pessoas em suas possibilidades de trabalho, seguro, matrícula em escolas e participação em associações” (BEIGUELMAN, 1997), eis o universo da discriminação genética. Disso, percebe-se a imensa carga de responsabilidade depositada nas mãos dos profissionais conselheiros. “É necessário que, entre os sujeitos ético-jurídicos, não seja desprezada a contribuição daqueles que vivem a dinâmica própria da ciência e da técnica, sem chegar, todavia, a delegar a estas decisões que dizem respeito a todos” (GARRAFA, 2000, p.426). Estamos apostos em um campo minado por dramas humanos, interesses econômicos, esperanças de vida melhor e desespero psicológico diante de um diagnóstico positivo que pode mudar a vida de uma pessoa para sempre.

Tais questões vão além de normas expressas - ainda há um vácuo normativo referente a presente problemática no Brasil -, urgem-se no mais puro sentimento humano que, na maioria dos casos, ainda não têm solução médica. Além disso, não se pode esquecer de que “a idéia de legislar sobre a moralidade é um anátema para muitos cidadãos de sociedades liberais, visto que oferece o risco de derivar para a intolerância e a coerção” (SANDEL, 2011,

p.29). O tema em análise assenta-se no universo da ponderação de princípios, pois valores supremos do homem, alicerçados na dignidade da pessoa humana, vêm a lume a todo instante. Afinal de contas, “de certa forma, concede-se um certo poder decisório ao cidadão comum que passa agora a ter acesso a códigos genéticos, antes acessíveis apenas aos membros da equipe de saúde. Além disso, ele pode decidir sobre o destino de sua prole” (BANDEIRA *et al.*, 2006, p.142). Todavia, não são decisões simples cujos caminhos, por vezes, são difíceis de escolher e trilhar.

#### 4- PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E O BEM DA VIDA TUTELADO

A cada dia tem-se uma possibilidade mais de “prever problemas antes da própria concepção (através da análise da história genética dos pais) ou de determinar com precisão adequada depois da concepção (exame *in útero*)” (SIMÕES, 2010, p.190-191). Mayana Zatz (2011, p.18) alarma que “a dinâmica da ciência relativiza os conceitos já construídos em face dos novos resultados alcançados, e fica difícil estabelecer novos conceitos legais a temas que ainda estão em construção no campo ético e científico”. Isso acalenta “por em andamento uma discussão politicamente eficaz que consiga pôr em relação, de um modo racionalmente vinculante, o potencial social do saber e poder técnicos com o nosso saber e querer práticos” (HABERMAS, 1994, p.105). O fato é que “o Direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida” (DINIZ, 1998, p.9).

Entretanto, o fato de o Direito acompanhar as relações humanas, consoante explanado pela autora supra, não significa atendimento pleno à realidade avassaladora do progresso na seara da Genética, uma vez que a norma expressa por si só não soluciona os dilemas em análise. Talvez não há excesso em afirmar que o Direito e a Ética seguem a dinâmica da evolução humana, mas nunca a direciona. Como proceder diante de um caso de falsa paternidade? O que fazer quando se descobre que há uma vida decorrente de uma relação incestuosa em andamento? Saber ou não saber? Contar ou não contar? E quando a mãe tem predisposição a uma doença gravíssima alardeada pelos genes BRCA1 e BRCA2 descoberta em exame realizado no aconselhamento genético, contar ou não contar? E se descobre que o suposto avô é o pai? E quando a filha quer engravidar, mas sua família tem um histórico de

doença degenerativa por parte do pai, mas o pai desta não é o biológico, o que elimina a chance de a futura prole ter uma doença desse histórico, todavia a verdade pode por fim à relação conjugal, contar ou não contar? E quando uma vida está em andamento, mas tem imensa probabilidade de desenvolver uma doença degenerativa ainda na infância? Eis a fronteira entre o profissional de aconselhamento genético e a ética e seu (s) paciente (s). São dramas enfrentados diariamente por esses profissionais. Como proceder nesses casos?

Para confrontar tais situações, pertinente se faz citarmos os direitos dos aconselhados, a saber: aceitar ou recusar livremente o recebimento do aconselhamento genético, neste caso quando há convocação pelo próprio órgão de saúde como em situação de ser portador de traço falciforme; receber todas as informações necessárias para que possam tomar as decisões conscientes a respeito da procriação;

[...] receber informação adequada ao seu nível de instrução; ser respeitado em sua realidade sociocultural e emocional; receber documentação explicativa sobre a condição genética discutida no aconselhamento genético; garantia do sigilo do diagnóstico; receber complementações do aconselhamento genético, sempre que sentir necessidade de novas informações, receber tratamento médico e seguimento especializado para os filhos eventualmente afetados pela doença falciforme; realizar opcionalmente a investigação laboratorial de hemoglobinopatias em seus familiares (RAMALHO, MAGNA, 2007, p.230).

Evidentemente, os direitos acima elencados se referem aos casos de portadores de traço e anemia falciforme, contudo, também podem ser estendidos aos demais casos, inclusive àqueles que voluntariamente buscam ajuda dos conselheiros genéticos. É evidente que “aspectos como o estado conjugal, religião, etnia, outras práticas culturais e receptividade intelectual e emocional devem ser preservados” (*op. cit.*). Pina Neto (2008, p.22) com propriedade enumera os princípios incidentes no aconselhamento genético, a saber:

[...] respeito às pessoas e famílias, **incluindo a verdade total** (grifamos), respeito pela decisão das pessoas e informação precisa e sem tendenciosidade (autonomia); preservação da integridade da família ( não-maleficência, autonomia); **revelação completa para os indivíduos e famílias de todas as informações relevantes para a saúde** – grifamos - (autonomia, não-maleficência); proteção da privacidade dos indivíduos e famílias de intrusões não justificadas por parte de empregadores, seguradoras e escolas (não-maleficência); informação aos indivíduos sobre a obrigação ética que eles se encontram de informar os parentes de que podem estar em risco genético (não-maleficência); informar aos indivíduos sobre a necessidade de que eles revelem o seu status de portadores a esposas/parceiros se uma criança está sendo desejada e as possibilidades de dano ao casamento das revelações (não-maleficência); informar as pessoas de suas obrigações morais de revelar o status genético que possam afetar a segurança pública (não-maleficência); apresentação das informações de forma menos tendenciosa possível (autonomia); uso de técnicas não-diretivas, exceto nas questões de tratamento (autonomia, beneficência); envolver as crianças e adolescentes o máximo possível nas decisões que lhes afetem (autonomia); obrigação dos serviços de seguimento dos afetados/famílias se apropriado e desejado (autonomia, beneficência e não-maleficência).

Isso tudo remete à conclusão de que deverá haver ponderação de princípios em cada caso específico, ou seja, somente no caso concreto será possível verificar o melhor procedimento a tomar. Seja contando a verdade ou não. Todavia, é preciso saber qual a essência do aconselhamento genético. Isto é, qual o seu objetivo? Por que o casal buscou ajuda desses profissionais para aquele caso? Quem mais poderá ser afetado com a informação? Quais as possíveis consequências dessa informação? A verdade plena deve ser revelada, mesmo que isso cause dano maior que a omissão<sup>2</sup>? Tudo deve ser revelado aos aconselhados ainda que não afete diretamente o diagnóstico genético? Pode o profissional violar a intimidade da relação conjugal? Quais as reações dos aconselhados diante de uma mensagem não esperada? Pentean, Pina Neto (1998, p.288-295) resumem o que pode suceder: “choque, agressividade, desejo de morte, sentimentos de culpa, negação, raiva”. Brunhara, Pentean (1999, p.32-40) elencam outros comportamentos, a saber: “resignação, revolta, busca, tristeza, choque, científicas incorretas – explicação com fundamento científico errado -, castigo, credence popular, inexplicabilidade, negação, premonição, confusão, culpa, ansiedade”. Todas essas perguntas devem ser respondidas em cada caso e, sequencialmente, ponderar à luz de princípios que venham desaguar em correntezas opostas.

## **5- RESPONSABILIDADE CIVIL**

É patente que o aconselhamento genético trabalha com problemas humanos de grande impacto psicológico, afinal, “trata-se de problemas humanos associados com a ocorrência, ou risco de ocorrência, de uma doença genética em uma família, envolvendo a participação de uma ou mais pessoas treinadas para ajudar o indivíduo ou sua família” (BRUNONI, 2002, p.101) nas diversas etapas desse procedimento.

Insta salientar que nossos profissionais de aconselhamento genético têm atuado nos ditames da ética no exercício de suas atividades, fato este louvável. Entretanto, há hipóteses mediante as quais tais profissionais poderiam ser acionados civilmente? Ou seja, podem ser responsabilizados nos termos do Diploma Civil? Evidentemente a resposta é afirmativa. Mas sob quais situações? Inicialmente, é salutar corroborar que tais profissionais atuam sob as águas da obrigação de meio e não de resultado, isso significa que há o dever do emprego da

---

<sup>2</sup> Em se tratando de menores de 18 anos, Francis Sellers Collins aponta um caminho ao expor que “uma solução possível seria criar um sistema pelo qual informações desnecessárias seriam passíveis de não serem reveladas ao indivíduo até que ele atingisse 18 anos e pudesse decidir o que gostaria de saber” (COLLINS, 2010, p.62).

melhor técnica, mas não há obrigação de resultado, pois estamos na esfera das probabilidades onde somente se pode trabalhar com hipóteses, previsões, isto é, chances de transmitir ou desenvolver determinada doença. Fatos estes que fogem ao controle humano. Todavia, sob o prisma dos princípios da confidencialidade e privacidade, não pode o profissional transmitir informações sobre dados genéticos de aconselhados a terceiros, isso significa que somente os aconselhados devem ser os destinatários das informações de seus genes, salvo se houver consentimento expresso dos aconselhados. Nesse sentido, decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, obrigando uma equipe médica a indenizar a mãe de uma paciente no montante de R\$ 15.000,00 por haver exposto em congresso o caso de uma osteogênese imperfeita da filha sem o consentimento expresso da genitora. “O desembargador Carlos França entendeu que o documento era necessário. O Código de Ética Médica deixa clara a vedação imposta ao profissional médico quanto à exposição de casos que tem conhecimento, **salvo com a autorização expressa do paciente ou seu responsável**” (LEONARDO, 2012, grifo nosso). Isso mostra que nossos Tribunais não irão tolerar violações negligentes à intimidade do paciente, fulminando o princípio da privacidade. Não há escudo para permissão verbal, tem de ser expresso. Por outro lado, se o profissional transmitir informações a terceiros, como seguradoras, empregadores, planos de saúde, escolas e órgãos de governo, sem o consentimento expresso do aconselhado ou responsável, por exemplo, não só pode como deve ser responsabilizado, inclusive penalmente nos termos dos artigos 154 e 325 do Diploma Penal. Afinal, as informações não pertencem ao profissional, mas ao (s) aconselhado (s), ademais, há uma confiança entre o profissional e o aconselhando estilhaçada pela atitude antiética. Se analisarmos o Código Civil, à luz de três diretrizes principiológicas, a saber: boa-fé objetiva, eticidade e sociabilidade, sendo que os dois últimos foram alicerçados por Miguel Reale, veremos que o Diploma supra é um perfeito manual de etiquetas, isto é, um código de boas condutas na sociedade, de forma que há incidência dos brocardos *neminem laedere* (a ninguém se deve ferir) e *alterum non laedere* (não lesar outrem) há muito esculpidos por Ulpiano. Veja que o Diploma supramencionado prima pelo equilíbrio no berço social.

Questão mais complicada surge quando há certeza de que existe risco de transmissão de uma doença genética ao próximo filho exclusivamente pelos genes do pai, mas ao fazer o exame, o pai não é o biológico<sup>3</sup>. O que fazer nessa situação? No tópico anterior, demonstrou-se que não se pode ocultar quaisquer informações dos aconselhados, verdade total. Tem-se,

---

<sup>3</sup> Remetemos o leitor à profícua obra de Mayana Zatz: “*Genética – escolhas que nossos avós não faziam*”, p. 46, para maiores detalhes.

assim, uma colisão entre dois princípios: intimidade conjugal do casal *versus* autonomia. Se não contar, violará o segundo alicerce, se contar, ferirá dimensão alheia ao fato. O que fazer? Mayana Zatz (2011, p.47) salienta que em casos como esse a saída sugerida por advogados em um congresso jurídico seria “estabelecer no termo de consentimento que os consulentes assinam antes de se submeter ao exame, que poderá ser necessário estabelecer a comparação de paternidade, e, nesse caso, se os pais gostariam de ser informados de qualquer alteração no resultado”. Em regra, 10% dos casos revelam falsa paternidade. Ratificando o direito do aconselhado/paciente, Stocco (2007, p.593) preleciona que “ao paciente é reconhecido o direito à informação. Mas informação plena e total, sem rebouços ou tergiversações”. O autor supracitado traz a colação importante decisão do STJ, Resp. 2002.0025859-5 4ª T, elucidando que “a despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco ou o dano” (*op. cit.*, p.595).

Todavia, se analisarmos o aconselhamento genético em sua essência, veremos que por ele se busca evitar que uma doença genética seja transmitida à prole. Ora, se em um caso de falsa paternidade este nada interfere na genética da futura prole para a doença escavada, não há por que contar, pois, nesse caso, estar-se-á exorbitando da essência do aconselhamento genético. É uma questão de ponderar princípios. Outra questão espinhosa e sem solução pacífica seria: se os profissionais de aconselhamento genético atuarem com negligência - seja não informando corretamente aos aconselhados sobre todas as hipóteses de elevado risco de gerarem uma vida futura que desenvolva doença degenerativa que se manifeste ainda na infância e a leve à morte precocemente, ou omitindo tal informação dos aconselhados - seria passível de responsabilidade civil. No Brasil, sequer há apreciação de casos de aconselhamento genético pelo Judiciário, todavia, na esfera internacional isso é recorrente, especialmente nos Estados Unidos e Portugal. Em casos supra a dificuldade está em demonstrar que tal profissional atuou de forma negligente. Entendemos que uma vez provado o fato, poderá haver responsabilidade civil, pois há obrigação do emprego da melhor técnica em buscar os melhores resultados, além disso, sob o manto da confidencialidade, nenhuma informação deve ser ocultada aos aconselhados, especialmente se extremamente relevantes para decisão de gênese de prole futura e disso decorre a essência do aconselhamento genético em si. Aliás, tal conduta encontra supedâneo nos artigos 186; 187 e 927 do Diploma Civil, entretanto não caberá ação penal. Afinal, se o aconselhamento genético não evita nascimento,

nessas circunstâncias, pode dar ao casal as diretrizes a seguir segundo seus entendimentos. Entenda que o conselheiro deve ser imparcial, isto é, deixar que os pacientes escolham o melhor caminho, mas deve esclarecê-los de tudo, afinal, “seu papel é de facilitador da informação, cabendo-lhe esclarecer sobre prognóstico, tratamentos e formas de prevenção relacionadas ao diagnóstico” (GUEDES, DINIZ, 2009, p.250). Veja-se que não há manifestação de preferência do aconselhador, mas informação para que os pacientes esclarecidamente tomem a decisão que melhor lhes pareça.

Todavia, há casos em que a quebra da confidencialidade é obrigatória, isso se procede nas situações expressamente previstas em lei, a saber: aquelas previstas na “Lei nº 6259/75 com atualização regular pelo Ministério da Saúde Secretarias da Saúde dos Estados” (CABETTE, 2011, p.122). Em tempo, o Código de Ética Médica, em seu artigo 73

delineia as linhas mestras do sigilo médico proibindo o profissional de revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício da Medicina. Tal qual faz dentre os Princípios Fundamentais, excepciona os casos em que haja motivo justo para a revelação do segredo, os quais seriam: a) cumprimento de dever legal (ordem judicial ou imposição legal); b) consentimento por escrito do paciente; c) para defesa própria (*op. cit.*p.121).

Mesmo nesses casos de imperativo legal, há controvérsias quanto à quebra do sigilo e do princípio da confidencialidade, pois “para determinar quando e sob que circunstâncias a confidencialidade pode ser rompida, é preciso estabelecer uma matriz de avaliação de riscos, em que a magnitude do dano e a sua probabilidade de concretização são algumas das variáveis a serem avaliadas” (DINIZ, GUEDES, 2005, p.752). O problema é que sustentar exclusivamente na lei pode tornar a relação médico – paciente injusta, pois o rompimento do sigilo pode provocar danos maiores que o silêncio, isso poderia fulminar não apenas princípios da Bioética bem como a própria dignidade humana – corolário maior da Carta Magna – e como bem expressa o artigo 1º da Carta Alemã: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (*ipsis literis*), ou seja, deste superprincípio nasce todos os demais direitos fundamentais de forma que disso irradia “o direito a ter direitos”, além disso, pode colidir com o artigo 5º, inciso X da Carta de 1988.

Seja como for, estamos navegando por correntezas agitadas, pois se por um lado, fatos dessa natureza não foi objeto de apreciação judicial, não se pode duvidar de que o Judiciário será chamado a decidir questões nessa seara.

## 6- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os inúmeros progressos trazidos a lume pela Genética, está a possibilidade de identificação precoce de doenças de cunho gênico e, concomitantemente, permitir que os pais decidam o destino de sua futura prole. Evidentemente, a tarefa é árdua, pois dilemas de ordem, especialmente, ética e dramas humanos jorram diante do profissional de aconselhamento genético que terá de fazer escolhas difíceis sem violar quaisquer princípios irradiantes nessa seara, especialmente a intimidade gênica do aconselhado. Certamente, há mais perguntas que respostas. No Brasil, a tarefa é ainda mais desafiadora, pois se tem um conselheiro genético para cada um milhão de pessoas. Some-se a isso a lástima da prestação do serviço de saúde pública onde o Estado não consegue cumprir sequer suas obrigações mínimas amparadas no Texto Constitucional nessa dimensão. A aprovação do Projeto de Lei n. 107 de 2007 acrescentando o inciso VI ao artigo 3º da Lei nº. 9.263 de 12 de janeiro de 1996 que disponibiliza a realização do aconselhamento genético por meio do Sistema Único de Saúde será uma utopia enquanto a realidade não mudar. Sobram problemas e faltam soluções que vão desde a falta de conhecimento técnico dos profissionais de saúde em genética à ausência absoluta de profissional técnico nessa área.

Ademais, diante das vastas implicações e dilemas que o aconselhamento genético acarreta, conclui-se que o profissional deve agir com a máxima de cautela e sob o prisma da dignidade humana, ponderando princípios no caso concreto diante do bem da vida tutelado. Se por um lado não pode omitir ou negligenciar qualquer informação ao aconselhado, por outro, se verá imerso diante do direito de saber do aconselhado e simultaneamente, se contar, irá violar outro princípio. Não é preciso divagar muito para se prever que fatos nessa área terão consequências jurídicas e serão apreciados pelo Judiciário. A intimidade é, certamente, um dos preceitos mais importantes do homem a ser reivindicado neste século XXI cujo *status* é de ordem constitucional consoante soa no artigo 119 da Constituição Federal de 1999 da Confederação Suíça. Se há Estados onde o engenho genético encontra amparo expresso na Lei Suprema, exemplo supra, o mesmo não se pode dizer do Brasil onde há um vazio legislativo nessa seara, exceto pelo fato de que há diversas leis municipais que se limitam a conceder competência ao Chefe do Executivo a instituir o aconselhamento genético em âmbito municipal. Todavia, nada mencionam quanto à responsabilidade legal bem como quais seriam os profissionais de saúde atuantes nessa área. O disposto em declarações internacionais, a exemplo da Declaração Ibero-Latino-Americana sobre ética e Genética, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, pouco ou nada

resolve em matéria de responsabilidade legal. Por isso, tem-se de buscar guarida no Diploma Civil de 2002.

Finalmente, demonstrou-se que pode haver responsabilidade civil e penal dos profissionais de aconselhamento genético. Além disso, parece-nos que nossos Tribunais não irão tolerar negligências de profissionais de saúde na dimensão do aconselhamento genético, especialmente no tocante à revelação de informações a terceiros sem o expreso consentimento do aconselhado ou seu responsável. Seja como for, há imensos obstáculos a serem transpostos cujas dúvidas e dramas são superiores às respostas.

## **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA, Flávia Miranda Gomes de Constantino *et. al.* Saúde Pública e ética na era da medicina genômica: rastreamentos genéticos. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**. Vol.6, n.1,p.141- 146, Jan.2006.

BRIGUELMAN, Bernardo. Genética, Ética e Estado. **Brazilian Journal of Genetics**. Vol.20, nº. 3, Ribeirão Preto: Sept. 1997.

BRUNHARA, Fabíola; PETEAN, E. B. Lopez. Mothers and special sons: reactions, felings and explanations about child disability. **FFCLRP-USP**, Ribeirão Preto, p. 32-40, JUN/1999.

BRUNONI, Décio. Aconselhamento Genético. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, vol. 7, nº 01, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários ao novo Código de Ética Médica: Resolução CFM nº. 1931/09 (atualizado de acordo com a Resolução CFM 1957, de 15 de dezembro de 2010 – Técnicas de reprodução assistida*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COLLINS, Francis Sellers. *A linguagem da vida: o DNA e a revolução da saúde*. Trad. Leonardo Abramowicz. São Paulo: Gente, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; GUILAM, Maria Cristina R. O discurso do Risco e o aconselhamento genético pré-natal. **Caderno de Saúde**. Rio de Janeiro, Vol. 22, ano 10, p. 2141-2149, 2006.

DINIZ, Débora; GUEDES, Cristiano. A Ética na História do Aconselhamento Genético: um Desafio à Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. Vol. 33, ano 2, p. 247 – 252, 2009.

DINIZ, Débora; GUEDES, Cristiano. Confidencialidade, aconselhamento genético e saúde pública: um estudo de caso sobre o traço falciforme. **Cad. de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, Vol. 21, ano 3, p. 747-755, mai./jun. 2005.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARRAFA, Volnei. O diagnóstico antecipado de doenças genéticas e a ética. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, Vol. 24, nº. 5, p.424-428, 2000.

GENETIC COUNSLING. AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. Disponível em: < <http://americanpregnancy.org/getting-pregnant/genetic-counseling/> > Acesso em 10.10.2012.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como Ideologia**. Trad. Artur Morão. Lisboa - Portugal: edições 70, 1994.

JARDIM, Laura B. O aconselhamento genético. **Revista HCPA**. Rio Grande do Sul: ano 3, p.411 -426, 2001.

LEONARDO, Aline – Centro de Comunicação Social do TJGO. Médicas expõem caso raro em congresso e têm de indenizar a mãe de paciente. Disponível em: < <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=76379>> Acesso em 09.12.2012.

PETEAN, Eucia B. L.; PINA NETO, João Monteiro de. Investigações em aconselhamento genético: impacto da primeira notícia – a reação dos pais à deficiência. **Medicina**. Ribeirão Preto, Vol. 31, p. 288-295, apr./june 1998.

PINA NETO, João Monteiro de. Aconselhamento genético. **Jornal de Pediatria**. Vol. 84, nº 4, 2008.

RAMALHO, Antonio Sérgio; MAGNA, Luis Alberto. Aconselhamento genético do paciente com doença falciforme. **Revista Brasileira de hematologia e hemoterapia**. Vol. 27, ano 3, p. 229-232, 2007.

RASKIN, Salmo. Projeto Genoma Humano: Ganhos, exageros, frustrações e esperanças dez anos depois, p. 1- 14, 2010. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/materia-artigo/projeto-genoma-humano-ganhos-exageros-frustracoes-e-esperancas-dez-anos-depois>> Acesso em 10.05.2012.

SANDEL, Michael. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. 4ª Ed. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. **Polytechnical Studies Review**. Vol. VIII, nº 13, p.187-203.

STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. Rio de Janeiro: nº 31, ano 2, p. 180-185, 2007.

TELES, Natália Oliva. Bioética em Genética: historial, problemas e princípios éticos. NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, (coordenadores). **Genética e Reprodução Humana**. Coimbra: Coimbra, 2000.

WEIL, Jon. Genetic counselling in the era of genomic medicine. **European Molecular Biology Organization**. Vol. 3, nº 7, p.590 – 593, 2002.

ZATZ, Mayana. Genética: escolhas que nossos avós não faziam. 1ª Ed. São Paulo: Globo, 2011.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E MANDADO DE INJUNÇÃO: EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Marina Vieira Rabelo

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena -  
UNISAL, 2014. E-mail: [ma\\_rabelo@hotmail.com](mailto:ma_rabelo@hotmail.com)

### **RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 inaugurou dois mecanismos de controle das omissões inconstitucionais, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é modalidade de controle concentrado de constitucionalidade e atua na defesa objetiva da Constituição. Por sua vez, o Mandado de Injunção tem como objetivo proteger, pela via incidental, os direitos subjetivos e as garantias individuais. Ambos os institutos visam possibilitar a efetividade das normas constitucionais e o exercício dos direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do Poder Competente em regulamentá-los.

**Palavras-chave:** Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Mandado de Injunção. Efetividade das normas constitucionais.

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 apresenta um universo amplo de normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, que possuem eficácia indireta, mediata e reduzida e dependem, portanto, de normatividade ulterior. Todavia, apesar de já haverem passados mais de 20 anos de sua promulgação, ainda persiste a falta de regulamentação dessas normas constitucionais.

A falta de efetividade dos dispositivos constitucionais coloca em perigo a própria ordem constitucional. As normas e especialmente os direitos fundamentais constantes na Constituição devem ser concretizados e aplicados. Mas para isso, é necessário a atuação dos órgãos e Poderes a quem foi incumbida a tarefa de regulamentar as normas constitucionais de eficácia reduzida.

Com efeito, para assegurar o cumprimento do dever constitucional de emanar provimentos normativos, a própria Constituição criou dois mecanismos de controle: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.

O presente trabalho objetiva investigar como os mecanismos de controle criados pela Carta Magna estão sendo aplicados na tutela da Lei Maior, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão guardião dos direitos e liberdades fundamentais previstos no texto constitucional.

Deverá ser verificado se os institutos Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção estão conseguindo garantir a aplicabilidade das normas constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais obstados em razão da inércia ilegítima do Poder Legislativo.

Para tanto, inicialmente, serão abordados os principais aspectos dos mecanismos de controle da omissão inconstitucional: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção.

Em seguida, principalmente utilizando-se do método dialético e da coleta de jurisprudência, será realizado um estudo sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como os posicionamentos doutrinários sobre os efeitos das decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção.

## **1. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E OS MECANISMOS DE CONTROLE CRIADOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

A Constituição Federal de 1988 possui normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. (SILVA, 1998).

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas aptas a produzir todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte. As normas constitucionais de eficácia contida são aplicáveis, todavia, poderão sofrer restrição futura. Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia limitada dependem de normatividade ulterior, que lhes confirmam plena eficácia. (SILVA, 1998).

Dessa forma, verifica-se que o campo de incidência das omissões legislativas inconstitucionais situa-se nas normas de eficácia limitada, que exigem a atuação do Poder Público, para que sejam aplicáveis aos casos concretos. (PIOVESAN, 1995).

Com efeito, para sanar as omissões inconstitucionais, que afetam a própria ordem constitucional, a Constituição Federal de 1988 inaugurou dois mecanismos de controle, quais

sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. (BARROSO, 2012).

## **2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)**

### **2.1. CONCEITO E FINALIDADE DO INSTITUTO**

O art. 103, §2º, da Constituição Federal, estabelece que:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. (BRASIL, 1988).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, almeja suprir as lacunas inconstitucionais que obstam a eficácia das normas constitucionais. A ADO visa combater uma doença, denominada pela doutrina como **síndrome da inefetividade das normas constitucionais**. (LENZA, 2014, grifo do autor).

Pretende-se com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão assegurar a aplicabilidade dos preceitos constitucionais, realizando a vontade do Constituinte.

Nesse sentido, importante transcrever os ensinamentos de Michel Temer:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a *inação* (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. (TEMER, 2014, p. 52).

Destarte, a finalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é impedir que o silêncio do legislador impeça a efetividade das normas constitucionais e o pleno exercício dos direitos assegurados pela Carta Maior.

## 2.2. COMPETÊNCIA

O legislador não estabeleceu grandes distinções no controle abstrato de constitucionalidade. O que diferencia, basicamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) são os pedidos. (BARROSO, 2012).

Então, nas três hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão competente para apreciar as ações, nos termos do artigo 102, I, “a”.

Em âmbito infraconstitucional, a lei 9.868/99 disciplinou a matéria, mas foi omissa em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Em outubro de 2009, a lei 12.063 entrou em vigor e acrescentou o capítulo II-A à lei 9.868/99, disciplinando expressamente o processo e julgamento da ADI por omissão. (BARROSO, 2012).

No plano estadual, apesar de não haver previsão expressa, a doutrina tem aceitado essa possibilidade, tendo em vista a autonomia reconhecida aos Estados.

## 2.3. LEGITIMAÇÃO

O Poder Judiciário não age de ofício, sendo assim, necessária a provocação dos legitimados extraordinários, que atuam na defesa do interesse geral. (BARROSO, 2012).

O rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade está previsto no artigo 103 da Constituição Federal.

Apesar do constituinte não estabelecer regras próprias para a propositura da ADO, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o dispositivo em comento se aplica ao controle abstrato da omissão. Esse entendimento foi confirmado pela lei 12.063/2009. (LENZA, 2014).

Em relação ao tema, pontua-se que a Constituição de 1988 ampliou, significativamente, o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Isso acarretou um aumento considerável no número de ações propostas perante a Suprema Corte. (PIOVESAN, 1995).

Diante disso, o STF adotou uma interpretação restritiva, no sentido de que a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado e as confederações sindicais ou entidades de

classe de âmbito nacional devem demonstrar a denominada pertinência temática. (JÚNIOR, 2013).

O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos são os legitimados ativos universais. Estes não precisam demonstrar a relação existente entre a omissão inconstitucional e a sua própria finalidade institucional. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

A exigência de comprovação do interesse jurídico específico na propositura da ação, reflete a aproximação com as condições da ação, típicas dos processos subjetivos. (BARROSO, 2012).

Em relação ao tema, necessário apontar as considerações feitas pela Flávia Piovesan:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela de direito objetivo e, por isso, não há que se exigir dos entes do artigo 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual. Caso contrário, estar-se-ia a converter um instrumento de defesa de direito objetivo em verdadeiro instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma distorção jurídica. (PIOVESAN, 1995, p.101).

Por fim, necessário mencionar que o legitimado passivo é aquele a quem competia regulamentar a norma constitucional. (BARROSO, 2012).

#### 2.4. OBJETO

Primeiramente, cumpre mencionar que a omissão a ser impugnada deve ser de cunho normativo, sendo que o termo normativo abrange os atos gerais, abstratos e obrigatórios de Poderes diversos daquele competente para elaborar o direito positivo. (BARROSO, 2012).

Com efeito, além da inércia em editar os atos normativos primários, também será suscetível de controle, a omissão em elaborar os atos normativos secundários, de competência do Poder Executivo (regulamentos, instruções e resoluções) e Poder Judiciário (Regimento Interno). (BARROSO, 2012).

#### 2.5. PROCEDIMENTO

O procedimento para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão está especificado no capítulo II-A, da lei n. 9.868/99, incluído pela lei n. 12.063, de 27 de Outubro

de 2009. Salienta-se que o procedimento é substancialmente o mesmo da ADI genérica. (BARROSO, 2012).

Conforme estabelece o artigo 12-B, inciso I, da lei n. 9.868/99, a petição inicial indicará a omissão inconstitucional total ou parcial, quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa. O inciso II, do dispositivo em comento, reza que a inicial deve indicar o pedido, com suas especificações.

Importante mencionar que a petição inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo o recurso de agravo da decisão que indeferir a inicial, nos termos do art. 12-C e parágrafo único, da lei n. 9.868/99.

O artigo 12-E reza que aplicam-se as disposições constantes na Seção I do Capítulo II da lei n. 9.868/99, no que couber, ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Conforme dispõe o artigo 6º da lei, o relator pedirá informações aos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição da medida que tornaria efetiva a norma constitucional, as quais deverão ser prestadas no prazo de trinta dias. No mesmo prazo, os demais legitimados para propor a ação poderão se manifestar por escrito, sobre o seu objeto, pedir a juntada de documentos considerados úteis para o exame da matéria e apresentar memoriais (artigo 12-E, §1º, da lei n. 9.868/99).

Após o decurso do prazo para informações, o Procurador-Geral da República terá vista do processo, por quinze dias, nas ações em que não for autor (artigo 12-E, §3º). Uma vez protocolada a petição inicial, não se admitirá a desistência (artigo 12-D).

Por fim, salienta-se que, apesar de não haver um prazo especificado para a propositura da ação, necessário o transcurso de período temporal razoável para configurar a omissão inconstitucional. (CLÉVE, 2000).

### 3. MANDADO DE INJUNÇÃO

#### 3.1. ASPECTOS

Diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção surge como uma garantia constitucional concreta, que protege, pela via incidental, os direitos subjetivos. (BARROSO, 2012).

O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição. (JÚNIOR apud LENZA, 2014, p. 1156).

O Mandado de Injunção integra o título II, referente aos Direitos e Garantias fundamentais. Trata-se de verdadeiro remédio constitucional, delineado no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

O dispositivo em comento estabelece que:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

Assim, o Mandado de Injunção é um meio utilizado para garantir o exercício dos direitos fundamentais, obstados em razão da inércia do Poder competente em regulamentar a norma constitucional.

O Mandado de Injunção também é o instrumento de concretização do princípio delineado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. (SILVA, 2014).

Para a concessão do Mandado de Injunção, necessário estar presente uma relação jurídica de causa e efeito.

Nas palavras de Flávia Piovesan “À uma causa – a falta da norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (PIOVESAN, 1995, p. 117-118).

A caracterização do nexos de causalidade que envolve esses dois elementos é requisito condicionante à impetrabilidade do Mandado de Injunção. (JÚNIOR, 2013).

### 3.2. COMPETÊNCIA

A Constituição Federal define, nos artigos 102, I, “q”, e II, “a”, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do

Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do Próprio Supremo Tribunal Federal e julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em uma única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O artigo 105, inciso I, “h”, da Constituição Federal estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

O artigo 121, §4º, inciso V, dispõe sobre a possibilidade de recurso das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais quando denegarem o mandado de injunção.

Os Estados poderão instituir Mandado de Injunção, desde que observados os parâmetros constitucionais, sendo que a competência será definida na própria Constituição Estadual. (BARROSO, 2012).

### 3.3. LEGITIMAÇÃO

Qualquer pessoa poderá impetrar o mandado de injunção, desde que esteja sendo impedida de exercer seus direitos, em razão da ausência de regulamentação da norma constitucional. (LENZA, 2014).

É possível, também, a propositura do Mandado de Injunção pelas entidades de classe ou associativas e os sindicatos, na defesa dos direitos de seus membros ou filiados. O Ministério Público também poderá ajuizar o Mandado de Injunção, quando difusos os interesses a serem protegidos, nos termos da Lei Complementar n. 75/93, artigo 6º, inciso VIII. (BARROSO, 2012).

Existem divergências sobre a legitimidade Passiva. De acordo com o primeiro posicionamento, ela deve recair sobre a parte privada ou pública que suportaria o ônus de eventual decisão favorável. A segunda construção é no sentido de que o Mandado de Injunção deve ser impetrado em face da autoridade ou órgão que descumpriu o mandamento constitucional. Para a terceira posição deve haver um litisconsórcio passivo entre a autoridade ou órgão omissor e a parte que ficaria incumbida de dar cumprimento à decisão concessiva da injunção. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

O Supremo Tribunal federal firmou entendimento no sentido de que a legitimidade passiva recai somente sobre as pessoas estatais incumbidas da elaboração da norma regulamentadora que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso porque, o dever constitucional de editar provimentos normativos é imputável apenas ao Poder Público. (MORAES, 2014).

### 3.4. PROCEDIMENTO

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Mandado de Injunção é autoaplicável, devendo ser utilizado, analogicamente, o rito do mandado de segurança. O posicionamento da Suprema Corte foi confirmado pela lei 8.038/90. (LENZA, 2014).

## 4. DECISÃO FINAL E SEUS RESPECTIVOS EFEITOS

### *4.1 EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.*

#### 4.1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, o artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988 prevê diferentes efeitos em se tratando da inércia do Poder Competente ou de Órgão Administrativo.

Em relação ao Poder Competente, a Constituição prevê que apenas será dada ciência para a adoção das providências necessárias. Já em relação ao Órgão Administrativo, a Carta Política dispõe que deverá ser suprida a omissão no prazo de trinta dias.

#### 4.1.2 OMISSÃO DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO

Conforme supracitado, o artigo 103, §2º, da Constituição Federal estabelece o prazo de trinta dias para o Órgão Administrativo adotar as providências necessárias, para tornar efetiva a norma constitucional.

Questão que merece ser pontuada é sobre a consequência que advém do desrespeito ao prazo fixado para o órgão administrativo suprir a omissão inconstitucional. A Constituição não menciona qualquer consequência. Todavia, considerando que a decisão passar a ter caráter mandamental, o agente público que não a cumpre poderá incorrer em crime de responsabilidade e responsabilização disciplinar. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

#### 4.1.3 OMISSÃO DO PODER COMPETENTE

##### 4.1.3.1 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 3.682, o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo razoável de 18 meses para que o Congresso Nacional cumprisse a imposição do artigo 18, §4º, da Constituição Federal.

O artigo 18, §4º, da Lei maior estabelece que:

A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996). (BRASIL, 1988).

Com efeito, em que pese o mencionado mandamento constitucional, o Poder Legislativo manteve-se inerte em elaborar a Lei Complementar Federal, que regulamentaria a criação de novos Municípios.

Assim, diante da desídia das Casas Legislativas, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de mora do Congresso Nacional e fixou o prazo de 18 (dezoito meses) para que fosse suprida a omissão.

Todavia, na própria decisão, a Suprema Corte deixou consignado que não se tratava de imposição de um prazo para o Poder Legislativo atuar, e sim de um parâmetro temporal razoável para a elaboração da Lei Complementar Federal.

A seguir a ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 3.682:

(...) 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF - ADI: 3682 MT, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583).

Importante salientar que, conforme pode ser verificado na referida decisão, além de estabelecer um prazo razoável para a atuação do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal determinou, ainda, que fosse contemplada a criação dos Municípios nascidos de forma irregular, no período em que o Congresso Nacional deixou de atender ao comando constitucional, esculpido no artigo 18, §4º, da Lei Maior.

A decisão supramencionada foi parcialmente atendida, tendo o Congresso Nacional editado a Emenda Constitucional n. 57, de 18 de dezembro de 2008:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação (BRASIL, 2008).

Em relação à Emenda Constitucional nº 57/2008, o Supremo recentemente se posicionou no sentido de que os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, foram convalidados, após a edição da referida emenda. (LENZA, 2014).

#### 4.1.3.2. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE OS EFEITOS DA DECISÃO

Em relação à solução trazida pela lei Maior para sanar as lacunas legislativas que ferem a própria ordem constitucional, os doutrinadores acreditam que a medida é ineficaz,

pois não permite que o Poder Judiciário atue de forma concreta para sanar a omissão inconstitucional.

Luís Roberto Barroso discorre em suas obras “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” e o “Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas” que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tornou-se um instituto de baixa eficácia, tendo em vista que a mera ciência ao Poder Competente confere ao instituto apenas um efeito moral e político, não realizando como deveria a tutela objeto do ordenamento constitucional. Menciona, ainda, que o dispositivo constitucional não estabelece qualquer consequência para o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade por omissão. (BARROSO, 2000, 2012).

Cumpra trazer a lume umas das fórmulas sugeridas, em estudo que antecedeu à elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, que poderiam ser utilizadas para sanar as omissões inconstitucionais:

“Fixação de um prazo para a discussão e votação dos projetos que tenham por objeto integrar os comandos constitucionais cujos efeitos estejam paralisados por falta de regulamentação. Ao término deste prazo, o projeto seria incluído na ordem do dia, obrigatoriamente, por determinado número de sessões, ao termo das quais, se não houvesse sido apreciado, nenhum outro projeto poderia ser votado antes que sobre ele se deliberasse”. (BARROSO, 2000, p. 173).

Já Pedro Lenza possui o entendimento de que a sentença proferida em ADO tem caráter mandamental e que caso não seja elaborada a lei, poderão advir consequências processuais, inclusive, com a aplicação, por analogia, do art. 64 e seus parágrafos, com a ideia de travamento de pauta ou, ainda, ser suprida a omissão pelo próprio STF. Por fim, o ilustre constitucionalista declara que “o que não dá para aceitar é a inconsequente e desarrazoada *inertia deliberanti*, manifestamente **negligente** e **desidiosa**, conforme reconheceu o Ministro Gilmar Mendes”. (LENZA, 2014, p. 421, grifo do autor).

José Afonso da Silva leciona que o caráter mandamental da decisão está mais evidente em relação ao órgão administrativo. No entanto, ele também está presente quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo. (SILVA, 2014).

José Afonso da Silva propõe, como solução para suprir a omissão inconstitucional, que a decisão judicial estabeleça regra normativa sobre a matéria, até que o Poder Competente elabore a lei regulamentadora. Assim, o princípio político da autonomia do legislador não

estaria sendo violado e, por outro lado, a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais estaria sendo concretizada. (SILVA, 2014).

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi se posicionam no sentido de que, caso o prazo estabelecido pela Suprema Corte seja descumprido, a autoridade não só se omite em relação à imposição de atuação constitucional, como também descumpre ordem mandamental do Supremo Tribunal Federal, viola os seus deveres funcionais e poderá, portanto, ser responsabilizada. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Flávia Piovesan também trata do assunto omissões inconstitucionais em seu livro “Proteção Judicial contra omissões legislativas”. A Autora consignou em seu estudo que, a sistemática proposta pelo legislador constituinte não assegura a efetividade das normas constitucionais, considerando que não existe garantia de que o Poder Legislativo editará a norma regulamentadora. Outrossim, caso seja omissor, não há como impor qualquer sanção ao seu comportamento inconstitucional. (PIOVESAN, 1995).

Michel Temer observa que “Tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais, internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial”. (TEMER, 2014, p. 53).

Clémerson Merlin Cléve menciona que o Constituinte poderia ter aproveitado as potencialidades já vislumbradas para as omissões inconstitucionais. Deixa consignado, ainda, que mesmo a omissão legislativa declarada inconstitucional pode caracterizar a responsabilização da pessoa jurídica de direito público quanto aos eventuais danos ocorridos. (CLÉVE, 2000).

Assim, verifica-se que a doutrina acredita que a mera ciência ao Poder Competente, não traz as consequências pretendidas para o instituto.

#### **4.2. EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

Tanto a doutrina como a jurisprudência divergem acerca dos efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção. Analisemos cada posição:

1ª Posição concretista geral: O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da omissão e, por meio de uma normatividade geral, implementa o exercício do direito obstado em razão da inércia legislativa, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente, sendo que essa decisão produzirá efeitos *erga omnes*. (MORAES, 2014).

2ª Posição concretista individual direta: O Supremo Tribunal Federal promove a aplicabilidade da norma constitucional somente para o autor do Mandado de Injunção. Ou seja, somente este poderá exercer o direito, liberdade ou prerrogativa constante no dispositivo constitucional. A decisão, portanto, terá efeito *inter partes*. Salienta-se, ainda, que, ao proferir a decisão, o Supremo diretamente implementa o exercício da norma constitucional. (MORAES, 2014).

3ª Posição concretista individual intermediária: O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da omissão e fixa o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elabore a norma faltante. Terminado o prazo, sem que as Casas legislativas cumpram a decisão, o STF viabiliza o exercício do direito ao autor da demanda. (MORAES, 2014).

4ª Posição não concretista: O Supremo Tribunal Federal reconhece formalmente a inércia do Poder Competente, devendo ser dada a ciência para que este elabore a norma regulamentadora e promova a concretização da norma constitucional. Cumpre salientar que, de acordo com esse posicionamento, não há que se falar em medidas judiciais que assegurem o direito pleiteado pelo autor do remédio constitucional. (MORAES, 2014).

#### 4.2.1 POSICIONAMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal adotou, por muito tempo, a posição não concretista. Assim, a concessão do Mandado de Injunção apenas reconhecia a omissão do Poder Público bem como dava ciência ao Poder competente para que regulamentasse a norma constitucional. (MORAES, 2014).

Esse entendimento da Suprema Corte sofreu grande crítica da doutrina, visto que o Mandado de Injunção estaria sendo equiparado à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, não haveria qualquer ação constitucional para viabilizar o exercício do direito fundamental pleiteado pelo autor do Mandado de Injunção. Mas haveriam dois remédios para reconhecer a inércia ilegítima e dar ciência ao Poder Competente para editar a norma regulamentadora. (BARROSO, 2012).

A mencionada posição tem como precedente o MI 107-DF, cuja ementa segue adiante:

(...) Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo

5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional (...). (STF - MI: 107 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 23/11/1989, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001).

Essa solução proposta pelo Supremo Tribunal Federal se mostrava inócua, na medida em que o Congresso ignorava a decisão concessiva do Mandado de Injunção e mantinha a inércia em promover a aplicabilidade das normas constitucionais. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Ao longo dos anos, porém, continuaram a ocorrer críticas na doutrina e mesmo em votos vencidos no STF. Fortaleceu-se a corrente que defendia a ideia de o próprio Judiciário regular o direito prejudicado pela omissão do Poder Legislativo, enquanto perdurasse tal omissão. Só assim se obteria uma decisão eficiente no âmbito do mandado de injunção. (MEIRELLES, WALD, MENDES, 2010, p. 334).

Assim, a jurisprudência da Excelsa Corte avançou e passou a adotar a posição concretista individual intermediária. (LENZA, 2014).

Com efeito, foi impetrado o Mandado de injunção 232 RJ, em razão da falta de regulamentação do artigo 195, §7º, da Constituição Federal de 1988. O artigo em comento estabelece que: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. (BRASIL, 1988).

Ao decidir o Mandado de Injunção 232, a Suprema Corte estabeleceu o prazo de 06 meses para que o Congresso Nacional cumprisse a Imposição constante no artigo 195, §7º, da Constituição Federal, sendo que, transcorrido o prazo, sem que a omissão fosse suprida, o requerente passaria a gozar da imunidade requerida.

Cumpra transcrever a ementa do Mandado de Injunção n. 232-RJ:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se

cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF - MI: 232 RJ, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 02/08/1991, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965).

Em relação à mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, interessante as considerações de Flávia Piovesan:

Com o despertar desta nova orientação jurisprudencial, advinda do julgamento do MI 232-1, assume o Supremo Tribunal Federal um papel mais significativo no processo de efetivação dos direitos constitucionais, recuperando no mandado de injunção a função de instrumento eficaz na tutela de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 1995, p.135).

No entanto, somente em 2007, o Supremo Tribunal Federal passou a dar concreta efetividade ao instituto Mandado de Injunção.

Os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 foram impetrados buscando assegurar o exercício do direito de greve pelos servidores, tendo em vista a ausência de lei regulamentando o artigo 37, inciso VII, da Carta Política.

O mencionado dispositivo estabelece que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. (BRASIL, 1988).

No julgamento dos mencionados Mandados de Injunção, o pretório Excelso declarou a omissão do Congresso Nacional em cumprir o mandamento constitucional, bem como determinou a aplicação analógica da lei que regulamenta o direito de greve no setor privado (lei 7.783/89).

Importante salientar que a decisão não se restringiu aos impetrantes, podendo ser aplicada a todos os servidores. Destarte, pode-se afirmar que o Supremo passou a adotar a posição concretista geral. (LENZA, 2014).

Na referida decisão, a Suprema Corte afirmou que não seria imposto qualquer limite ao legislador quanto à regulamentação do direito de greve. Todavia, o Congresso Nacional não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pela Constituição Federal.

Cumpre transcrever um trecho da ementa da decisão proferida no MI 708-DF:

(...) 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal

Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008  
EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471).

Ressalta-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal deixou consignado que o legislador poderá, futuramente, editar norma que acredite estar mais adequada à disciplina desse direito constitucional.

#### **4.2.2 Concretização das normas definidoras de direitos fundamentais**

A mudança de entendimento da Corte Suprema teve a aprovação da doutrina constitucionalista, tendo em vista que o Mandado de Injunção passou a dar efetividade às normas constitucionais e concretizar os direitos fundamentais.

Em relação ao tema, o Pedro Lenza menciona que o STF está regulando provisoriamente o tema, até que o Poder Legislativo cumpra os mandamentos constitucionais e concretize os direitos fundamentais. Afirma, ainda, que o Pretório Excelso está obedecendo a regra estabelecida no artigo 5º, §1º, da Carta Magna, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. (LENZA, 2014).

Por sua vez, Luis Roberto Barroso afirma que finalmente a Suprema Corte atribuiu ao Mandado de Injunção a potencialidade de afastar as omissões inconstitucionais. Ao conferir ao instituto eficácia *erga omnes*, mesmo com a ausência de normas legais ou constitucionais trazendo essa possibilidade, o retirou do limbo. (BARROSO, 2012).

Interessante as considerações de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

Essa dinamização do Mandado de Injunção enfatiza o papel do Judiciário e dá um novo significado às Constituições dirigentes-reformadoras. O Judiciário torna-se garante da efetividade das normas constitucionais, substituindo-se ao legislador. A doutrina considerou essa evolução como “grande conquista para a cidadania brasileira”. O certo é que o STF confirmou sua atuação crucial no controle de constitucionalidade das omissões, provocando o comentado crescimento dos Mandados de Injunção nos últimos anos. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 387-388).

Por fim, afirmam que essa mudança de orientação demonstrou a superioridade processual do Mandado de Injunção em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes ressaltam que o entendimento que passou a prevalecer no Supremo Tribunal federal

possibilita a atuação concreta da Corte na efetivação das normas constitucionais, sem significar violação ao princípio da Separação dos Poderes. Outrossim, como se trata de uma regulamentação provisória do Judiciário, não está configurada uma atividade verdadeiramente legiferante por parte deste. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Destarte, analisando as recentes decisões da Suprema Corte, percebe-se que o Poder Judiciário está evoluindo para uma atuação concreta no controle das omissões inconstitucionais. Outrossim, o remédio instituído pelo legislador constituinte está atingindo o objetivo de assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas da Constituição.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a presente pesquisa, conclui-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal federal está evoluindo para uma atuação concreta do Poder Judiciário, diante da inércia ilegítima e negligente das Casas legislativas.

Verificou-se que as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ainda são ineficazes, considerando que a simples ciência ao Poder Competente não o obriga a legislar.

Já em relação ao Mandado de Injunção, a Excelsa Corte está conferindo eficácia ao instituto. A atual jurisprudência do STF tem caminhado para o suprimento das omissões inconstitucionais bem como a concretização dos direitos fundamentais.

O próprio artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Mandado de Injunção, estabelece que o remédio deve ser concedido para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Outrossim, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, verifica-se que o Mandado de Injunção é o instrumento adequado para promover a concretização dos direitos e liberdades constitucionais obstados em razão da omissão legislativa inconstitucional.

Ressalta-se, por fim, que o princípio da separação dos poderes esculpido no artigo 2º da Constituição Federal não deve ser considerado como um impedimento à efetivação do Mandado de Injunção.

Isso porque, a competência de legislar continua sendo do Poder Legislativo, o Poder Judiciário está apenas regulando provisoriamente a matéria questionada em Mandado de Injunção, até que sobrevenha a lei integrativa.

Outrossim, o artigo 2º da Carta Magna deve ser interpretado à luz da teoria constitucional de “freios e contrapesos”. Portanto, a inércia ilegítima do Poder Legislativo deve ser controlada pelo Poder Judiciário, para que seja assegurado o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

\_\_\_\_\_. **O DIREITO CONSTITUCIONAL E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 355 p.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008. **Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p.1, 18 dez. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. **Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p.1, 28 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Mato Grosso. 09 maio 2007. Diário de Justiça, 06 set. 2007, pp. 00037.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107**. Rel. Ministro Moreira Alves. Distrito Federal. 23 nov. 1989. Diário de Justiça, 21 set. 1990, pp. 09782.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232**. Rel. Ministro Moreira Alves. Rio de Janeiro. 02 ago. 1991. Diário de Justiça, 27 mar. 1992, pp. 03800.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal. 25 out. 2007. Diário de Justiça Eletrônico nº 206, 31 out. 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **CURSO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo:Atlas, 2011. 437 p.

JÚNIOR, André Puccinelli. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.601 p.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1452 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÕES CONSTITUCIONAIS**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1015 p.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 30. ed. São Paulo:Atlas, 2014. 946 p.

PIOVESAN, Flávia C. **PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA OMISSÕES LEGISLATIVAS: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 191 p.

SILVA, José Afonso da. **APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

\_\_\_\_\_. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

TEMER, Michel. **ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 239 p.

## **A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE NAÇÃO**

Juliana Neves Ayello

Graduanda do Segundo semestre do Curso de Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo/  
U.E. Lorena - UNISAL, 2014. E-mail: [jujuayello@hotmail.com](mailto:jujuayello@hotmail.com)

Gilmar Vieira de Araújo

Professor do Curso de Direito do UNISAL, Lorena, SP. Pós-graduado em Direito Empresarial e  
Mestrando em Direitos Sociais pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).  
Advogado. E-mail: [gilvieri@gmail.com](mailto:gilvieri@gmail.com)<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo analisar a relação entre Estado e Direito a partir da Teoria Tridimensional desenvolvida por Miguel Reale para que se possa compreender a influência de fato, norma e valor para a construção do Direito, tornando-o eficaz e correspondente com a realidade de determinada sociedade. Em meio a isso, a ênfase se dará ao conceito de Nação e seu reflexo na construção de valores. A Nação figura como elemento chave para dar coesão à estrutura jurídica, pois está relacionada à democracia, cidadania e soberania.

**Palavras-chave:** Tridimensionalismo do Direito. Nação. Estado.

### **INTRODUÇÃO**

A temática do trabalho enquadra-se no âmbito do Direito, envolvendo sua relação com a figura do Estado. Para isso, far-se-á a análise das principais correntes responsáveis pela abordagem do assunto: teoria monista, dualista, do paralelismo e da tridimensionalidade do Direito. A última demonstra a existência de um vínculo entre a dimensão sociológica (fato), a

dimensão axiológica (que valoriza o ser jurídico), e a dimensão jurídica (norma) presentes no Direito.

O foco, porém, reside no valor e na sua construção a partir da ideia de nação, que surge como elemento primordial na constituição de um Estado perfeito. A escolha do tema se justifica pela necessidade de compreensão, por parte daqueles que atuam na área jurídica, principalmente, da dimensão da sociedade, bem como sua formação e a necessidade da existência de um Estado que objetive o bem comum. Mais que isso, busca-se a compreensão do aspecto prático do Direito, como elemento social, cotidianamente vivenciado. O instrumento utilizado no desenvolvimento foi, basicamente, livros de autores consagrados na área jurídica e política que auxiliaram a uma conclusão lógica, válida e verdadeira.

## **1. HOMEM COMO SER SOCIAL**

O período Mesolítico caracteriza-se pela transição de uma sociedade nômade para uma sociedade sedentária, pois o homem passou a realizar o cultivo de algumas espécies de plantas e a domesticar alguns animais. O clima torna-se adequado, abandonam-se as cavernas, descobre-se o fogo. O homem deu início ao processo de sedentarização possibilitado, também e principalmente, pela agricultura e pecuária. O cultivo e a criação permitiram a fixação do homem. As populações começaram a se unir em grupos formando sociedades comunitárias. (PINSKY, 1994, p. 30)

O homem, desde o início dos tempos, une-se a outros devido a necessidades. Assim, forma família, clã, tribo e cidades:

É na sociedade, não fora dela, que o homem encontra o complemento ideal ao desenvolvimento de suas faculdades, de todas as potências que carrega em si. Por não conseguir a auto-realização, concentra os seus esforços na construção da sociedade, seu habitat natural e que representa o grande empenho do homem para adaptar o mundo exterior as suas necessidades de vida (NADER, 2014, p. 26)

Hoje, sabe-se que a civilização humana se desenvolveu em diversos âmbitos e o Estado, pelo aspecto político, aparece como uma organização destinada a manter a ordem social assegurando as condições de sobrevivência e existenciais por meio de normas e princípios. (MALUF, 2011, p.1). Dessa forma:

É uma sociedade natural, no sentido de que decorre naturalmente do fato de os homens viverem *necessariamente* em sociedade e aspirarem *naturalmente* realizar o bem geral que lhes é próprio, isto é, o bem público. Por isso e para isso a sociedade se organiza em Estado. (AZAMBUJA, 1997, p.3)

Aristóteles destaca o caráter social do homem: a natureza o fez um “ser político”, que não pode viver fora da Sociedade. (BONAVIDES, 2000, p. 64) O agrupamento é, portanto, necessário e inerente à qualidade humana.

## 2. COMPONENTES DO ESTADO

A partir da organização social, cabe à sociedade política, ou Estado, fornecer a todas as outras sociedades as condições necessárias para atingirem sua finalidade própria. (DE CICCIO; GONZAGA, 2012, p. 175)

“A condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos – população, território e governo– revestidos de características essenciais: população homogênea, território certo e inalienável e governo independente.” (MALUF, 2011, p. 23) Tais elementos definem-se da seguinte maneira:

População: é o centro de vida do Estado e de suas instituições. A organização política tem por finalidade controlar a sociedade e, ao mesmo tempo, protegê-la [...]. Território: A sede do organismo estatal é constituída por seu território - base geográfica que se estende em uma linha horizontal de superfície terrestre ou de água e uma vertical, que corresponde tanto à parte interior da terra e do mar quanto à do espaço aéreo [...]. Soberania: É o necessário poder de autodeterminação do Estado. Expressa o poder de livre administração interna de seus negócios. É a maior força do Estado, pela qual dispõe sobre a organização política, social e jurídica, aplicável em seu território. No plano externo, a soberania significa a independência do Estado em relação aos demais. (NADER, 2014, p. 153)

A população envolve um conceito aritmético, quantitativo, demográfico, pois designa a massa total dos indivíduos que vivem dentro das fronteiras e sob o império das leis de determinado país. Com relação ao conceito de povo, equivale-se no sentido amplo, genérico. Porém, no sentido estrito, qualificado, “povo” condiz com o conceito de nação [...]. O território abrange o suprassolo, o subsolo e o mar territorial. (MALUF, 2011, p. 17) O código penal brasileiro regulamenta o espaço aéreo:

Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo

brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. (CAPEZ, 2014, p.96)

O governo, por sua vez, é a própria soberania posta em ação. (MALUF, 2011, p. 17/26/27)

Estado é, portanto, a “corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando” (JELLINICK apud BONAVIDES, 2000, p. 80). Tal poder coercitivo, por sua vez, refere-se ao Direito que, através de normas jurídicas, orienta um dever-ser e impõe sanções.

### **3. O CONCEITO DE NAÇÃO**

Em meio à estrutura do Estado e sua relação com a sociedade, deve-se compreender a nação como uma realidade sociológica, essencialmente de ordem subjetiva, cujos fatores formadores são naturais, psicológicos e históricos. É uma entidade de direito natural e histórico anterior ao Estado. (MALUF, 2011, p. 20) Ou seja, designa um conjunto de pessoas ligadas por vínculos permanentes:

Exemplo de anterioridade e exterioridade da existência nacional em relação ao Estado foi o da nação judaica depois que Tito destruiu Jerusalém ao ano 70 da era cristã. Os judeus sobreviveram como nação, apesar de politicamente destruídos como Estado. E o mais curioso, sobreviveram também contra a vontade dos Estados que os perseguiram. (BONAVIDES, 2011, p. 105)

Acrescenta o autor francês Hauriou que o conceito refere-se a “um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais.” (HAURIOU apud BONAVIDES, 2000, p. 96)

Nota-se que a existência de uma nação não depende exclusivamente do Estado, entretanto, um Estado que não corresponda a uma Nação é um Estado imperfeito. E mais: um Estado que não defenda e promova justamente o caráter nacional é um Estado ilegítimo. (DEL VECCHIO apud MALUF, 2011, p. 19). Estado e Nação, então, são duas realidades distintas e inconfundíveis.

#### **4. O DIREITO**

Na língua moderna, encontram-se dois conjuntos de termos que exprimem a ideia de direito. O primeiro conjunto tem sua origem no vocábulo do baixo latim *directum* – direito ou reto. Já o segundo, está ligado à noção de direito, como justiça, judiciário, etc. (MONTORO, 2000, p. 30) O termo, portanto, é análogo e exprime, entre outras, cinco realidades fundamentais, tais como:

A de ciência, correspondente ao conjunto de regras próprias utilizadas pela Ciência do Direito; a de norma jurídica, como a Constituição e as demais leis e decretos, portarias, etc.; a de poder ou prerrogativa, quando se diz que alguém tem a faculdade, o poder de exercer um direito; a de fato social, quando se verifica a existência de regras vivas existentes no meio social; e a de Justiça, que surge quando se percebe que certa situação é direito porque é justa (NUNES, 2011, p. 73)

Pela acepção de norma, pode ser dividido em Direito positivo e natural: “O Direito positivo é constituído pelo conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada. O Direito natural é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao positivo, é pré-estabelecido”. (MONTORO, 2000, p. 34)

“É a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.” (KELSEN, 2000, p.27).

Assegurado pelo Estado, o Direito rege a vida em sociedade em busca do bem comum.

#### **5. A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E O DIREITO**

No campo doutrinário, existem três correntes com opiniões divergentes sobre a relação entre Direito e Estado, são elas: Teoria Monista, Teoria Dualística e Teoria do Paralelismo.

##### **6.1 – Teoria Monista ou Estatismo Jurídico**

Para adeptos da teoria monista, só existe o direito estatal. O Estado é a fonte única do Direito, pois o dá vida através da força coativa da qual dispõe. (MALUF, 2011, p.1)  
“Regra jurídica sem coação é uma contradição em si.” (IHERING apud MALUF, 2011, p.1)

“Para Kelsen, não há a possibilidade de direito fora do Estado. Todo direito é estatal, e se alguma possibilidade existe de criação paralela de normas jurídicas, essa possibilidade deve-se a uma espécie de delegação, consentimento ou tolerância do próprio Estado.” (WALD, 2003, pág. 20)

Portanto, como só existe o Direito proveniente do Estado, ambos se confundem em uma única realidade.

## **6.2 - Teoria Dualística ou Pluralística**

Já a segunda teoria, partindo de Gierke e Gurvitch, acredita que o que provém do Estado é uma categoria especial do Direito: o positivo. Sendo assim, não é sua fonte única, pois existem o natural, as normas do direito costumeiro e as regras fixadas na consciência coletiva. O Direito é uma criação social que traduz as mudanças ocorridas na vida de um povo. (MALUF, 2011, p. 2)

A Escola História apresenta relação com tal ideia, pois afirmava que “o verdadeiro Direito residia nos usos e costumes e na tradição do povo.” (NUNES, 2011, p.80) Sendo assim, cabia ao legislador traduzir o espírito e os ideais da sociedade.

## **6.3 – Teoria do Paralelismo ou Graduação da Positividade**

Em meio ao confronto entre a teoria monista e a dualista, a teoria do paralelismo adota uma concepção racional defendida por Giorgio Del Vecchio, mestre de Filosofia do Direito. “Reconhece a existência do direito não estatal, sustentando que vários centros de determinação jurídica surgem e desenvolvem-se fora do Estado, obedecendo a uma graduação de positividade.” (MALUF, 2011, p. 3)

O Estado, então, aparece como centro de irradiação da positividade. Para Del Vecchio, o ordenamento jurídico, diante de todos os possíveis, representa aquele que se afirma como o verdadeiramente positivo devido estar conforme à vontade social predominante. (VECCHIO apud MALUF, 2011, p.3)

Portanto, o Estado e o Direito, apesar de serem duas realidades distintas, são interdependentes.

## **6. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

Com o intuito de solucionar os conflitos doutrinários radicais, a Teoria Tridimensional do Direito se desenvolve segundo a linha de raciocínio do culturalismo:

O culturalismo, segundo as palavras do excelso mestre, integra-se no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus da evolução social. (REALE apud MALUF, 2011, p. 5)

“O Direito, ainda que em seu bojo existam dados naturais, como afirmado, pertence ao mundo da cultura, mundo das realizações humanas.” (VENOSA, 2009, p. 66). “A realidade estatal, como o Direito, é uma síntese, ou uma integração do ser e do dever ser; é fato e é norma, pois é o fato integrado à norma exigida pelo valor a se realizar” (MALUF, 2011, p. 5) Explica-se:

Ao fato social atribui-se valor, o qual se traduz numa norma. Nesse triângulo ou, mais propriamente, nessa dimensão tridimensional, sob qualquer das faces que se analise, sempre haverá essa implicação recíproca [...]. Nunca esses três elementos se apresentarão desligados do contexto histórico [...]. Nossos próprios valores individuais alteram-se no curso da vida; mais efetivamente ainda, alteram-se para a sociedade no curso da história. (VENOSA, 2009, p. 66)

O aspecto fático envolve os acontecimentos em sociedade que merecem atenção. Não é qualquer acontecimento, mas somente aqueles entendidos como importantes. O aspecto valorativo refere-se ao valor intrínseco nesses acontecimentos, ou seja, está relacionado ao valor da liberdade, da justiça, da vida e da honra. O aspecto normativo diz respeito a tutela que esses fatos e valores merecem ter.

O Estado, portanto, pode ser estudado através de três aspectos: sociológico, quando estuda a organização social como fato social; filosófico, quando o estuda como fenômeno político-cultural; e jurídico, quando encara o Estado como órgão central de positivação do Direito. (MALUF, 2011, p. 6)

“A ciência do direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização ordenada da convivência humana.” (DINIZ, 2009, p. 164) As normas ou regras de direito, além de sua expressão como juízos lógicos, representam momento de uma realidade histórico-cultural, como componentes essenciais da experiência humana e social do justo:

É complexa a metodologia jurídica, como complexa é a realidade histórico-cultural do direito, que integra normativamente formas de comportamento, o *ser* social em sentido de *dever ser* ou de *valores*, correspondendo a um modo particular da existência humana, considerada esta não apenas em suas relações causais, mas sobretudo segundo os valores que lhe emprestam significado e dos quais resultam exigências normativas. (REALE, 2002, p.151)

A dinâmica do direito resulta de uma polaridade estimativa, por ser a concretização de elementos axiológicos: há o direito e o torto, o lícito e o ilícito. A dialeticidade que anima a vida jurídica, em todos os seus campos, reflete a bipolaridade dos valores que a informam. O direito tutela determinados valores, que reputa positivos e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, diz-se que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à vida em sociedade. (REALE, 2002,p. 189)

A Teoria Tridimensional do Direito aparece como a mais atualizada e correta diante da temática e é de grande importância na formação da cultura jurídica.

## 7. A IDEIA DE NAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE VALORES

A Segunda Guerra Mundial fez com que o Direito buscasse um novo rumo: elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o pensamento jurídico incorporou valores para torná-los universais:

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX, a razão jurídica é uma razão ética, fundada na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca efetiva da liberdade, na realização da justiça e na construção de uma consciência que preserve integralmente esses princípios. Aliás, a própria tomada de consciência desses princípios é, por si só, também um princípio. (REALE, 2002 , p 222)

Ao Estado, cabe tutelar aquilo que a sociedade, como um todo, valora.

O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no *processo dialógico da história* que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas. (REALE, 2002, p. 206)

Sendo assim, a existência de uma nação torna-se essencial para que o ordenamento jurídico, assegurado pelo Estado, tutele acontecimentos revestidos de valores compartilhados pela maioria. “Os valores são algo que o homem realiza em sua própria experiência e que assumem, através do tempo, expressões diversas.” (REALE apud BITTAR;ALMEIDA , 2005, p. 464)

O direito tem uma função muito mais importante do que proteger bens, que é a de fixar os valores supremos de uma nação, estabelecendo os princípios básicos, a partir dos quais, dentro de um critério justo e lógico, serão editadas as regras gerais. Sem isso, a sociedade fica ao talante da utilidade momentânea que o ditador vem e determina a norma. Rompe-se, de forma definitiva, a relação de confiança entre povo e Estado. (CAPEZ, 2014, p. 138)

Os princípios, por sua vez, são supranormas e estão fincados na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científica filosófica. Não é possível falar em sistema jurídico legítimo se não estiver fundado na garantia da dignidade humana.

“A homogeneidade do elemento populacional reflete em um fortalecimento maior dos Estados assim chamados nacionais, em confronto com os ditos plurinacionais, destituídos de coesão interna e frequentemente corroídos pelas lutas de raças e tendências.” (GROPALLI apud MALUF, 2011, p. 19). Isso significa que, um homem, quando inserido numa nação, compartilha ideias, sentimentos e aspirações com seus semelhantes, portanto, os valores desses indivíduos convergem e, além de serem de extrema importância para a formação do Estado, facilitam sua atuação:

As gerações modernas, em suas ideias sobre formação dos governos, são levadas a crer ora que eles são resultantes exclusivamente da força e da violência, ora que são uma criação da razão. É um duplo erro: a origem das instituições sociais não deve ser procurada tão alto nem tão baixo. A força bruta não poderia estabelecê-las; as regras da razão são imponentes para criá-las. Entre a violência e as vãs utopias, na região média em que o homem se move e vive, encontram-se os interesses. São eles que fazem as instituições e que decidem sobre a maneira pela qual uma comunidade se organiza politicamente. (COULANGES apud MALUF, 2011, p. 73)

Atualmente, muito se fala sobre a existência de “Nações sem Estado”, isso mostra que:

A nação, como realidade sociológica, pode subsistir sem território próprio, sem se constituir em Estado, como ocorreu com a nação judaica durante cerca de dois mil anos, desde a expulsão de Jerusalém até a recente partilha da Palestina. Porém, Estado sem território não é Estado. (MALUF, 2011, p. 25)

Existem também casos em que há diversas nações em um território. Dessa forma, os conflitos entre crenças e a ausência de uma única nação tornam difíceis a coexistência de ambos na região. Portanto, um Estado que não apresente uma população homogênea encontra dificuldades para governar.

“Quanto mais um Estado consegue vincular-se a seus súditos, mais consegue tornar-se independente dos outros Estados.” (BOBBIO, 2001, p. 101)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do trabalho, o que se pode concluir é que o ideal nacional atua efetivando, no imaginário social da comunidade, o laço de pertencimento que é o elemento chave para a integração do indivíduo à sociedade. O nacionalismo atua como fator de homogeneização cultural e estabilidade política, construindo valores que passarão a figurar o ordenamento jurídico e que afetarão o Estado, uma vez que ambos estão relacionados. O bem comum é o bem da comunidade das pessoas, no equilíbrio de valores de convivência em um processo histórico que tem como base a pessoa, valor-fonte de todos os valores.

É certo que o conhecimento e os estudos estão em constante desenvolvimento e, em determinado momento, poderá surgir nova teoria que explique de maneira mais adequada a relação entre Direito e Estado. Por ora, a teoria tridimensional é a mais completa e, sendo assim, a estrutura do direito, visto como elemento normativo, disciplina os comportamentos individuais e coletivos e, por isso, pressupõe uma situação de fato, referida a determinados valores.

O Estado perfeito depende da existência de uma população homogênea, caracterizada nacionalmente e que, portanto, compartilha valor, elemento moral do Direito, pois é, por ele, refletido. Assim, o Direito, por dizer respeito à determinada sociedade, deve estar de acordo com a mesma. Contrário a isso, existem diversos exemplos de Estados que apresentam divergências étnicas, sociais e históricas e, por isso, vivem em constante conflito.

A compreensão do tema garante uma visão nítida acerca do Direito, do Estado e da importância do coletivo.

## **REFERÊNCIAS:**

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B.; DE ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 9 Ed. São Paulo: Paz e Terra S.A, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 Ed. 9 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e Geral**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Alvaro Luis Travassos de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4 Ed. São Paulo: RT, 2012.

DINIZ, MARIA HELENA. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KARNAL, Leandro et al. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. 1 Ed. São Paulo: Contexto, 2007.

KELSEN, Hans; Tradução de Luis Carlos Borges. **Teoria Geral do Direito e Do Estado**. 3 Ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25 Ed. São Paulo: RT, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 Ed. São Paulo: Forense, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. 15 Ed. São Paulo: Atual, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 Ed. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio Sato. **Introdução ao Estudo de Direito**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

## O CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA

Thais Fernandes

Advogada. Pós-Graduada em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. Graduada em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. E-mail: thaisfernandes1234@gmail.com

Tatiane Munhoz

Graduada em direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E Lorena. E-mail: sun\_munhoz@hotmail.com

### RESUMO

Instituir precedência entre valores e direitos fundamentais é atualmente um dos maiores desafios da hermenêutica jurídica constitucional. O *neoconstitucionalismo* elevou os princípios jurídicos ao patamar das leis, retirando-os do calabouço de suas funções integrativas e subsidiárias. É até possível afirmar que a doutrina constitucional vive hoje sob a euforia do chamado “Estado Principiológico”. Considerando a crescente demanda judicial na solução de conflitos entre direitos fundamentais, o presente trabalho visa explorar os postulados de ponderação e proporcionalidade, à luz dos recentes ensinamentos do professor Humberto Ávila. Especificamente, a pesquisa pretende apontar as distinções entre texto normativo e norma jurídica, bem como a dissociação entre princípios e regras. Como desfecho, objetiva-se subsumir tais institutos ao recente caso das biografias não autorizadas das pessoas públicas. O estudo visa, acima de tudo, contribuir para o entendimento dos novos fenômenos constitucionais, de modo a concorrer para a correta interpretação e aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regras – Princípios – Hermenêutica – Biografias

### ABSTRACT

To establish precedence between values and fundamental rights is currently one of the biggest challenges of constitutional law. The *neopositivism* raised to the level of principles, removing them from the dungeon of its subsidiaries and integrative functions. It's natural to affirm that the constitutional doctrine lives today under the euphoria of "State of the Principles". Considering the growing demand in the judicial settlement of conflicts between fundamental rights, this paper aims to explore the postulates of weighting and proportionality in the recent teachings of constitutional hermeneutics. Specifically, the research intended to describe the distinctions between norm and text, and the decoupling between principles and rules. As an outcome, the objective is still to apply such institutes to the recent case of the unauthorized biographies of public people. The study aims, above all, contribute to the understanding of the new constitutional phenomena in order to compete for the correct interpretation and application of fundamental rights in the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Rules - Principles - Hermeneutics - Biographies

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*A justiça inflexível é frequentemente a maior das injustiças...*

*Terêncio*

Instituir precedência entre valores e direitos fundamentais é atualmente um dos maiores desafios da hermenêutica jurídica constitucional. O *neoconstitucionalismo* elevou os princípios jurídicos ao patamar das leis, retirando-os do calabouço de suas funções integrativas e subsidiárias. Para o professor Humberto Ávila, em sua obra ‘Teoria dos Princípios’, é possível afirmar que a doutrina constitucional vive hoje sob a euforia do chamado “Estado Principiológico”.

Isso porque, após a segunda guerra mundial, os estados lançaram mão do positivismo estrito para um sistema jurídico mais maleável, em que fatos sociais não contemplados pela legislação escrita pudessem ser contemplados por normas “abertas”, com alto poder de expansão e adequação junto às novas realidades. Os princípios, que até então desempenhavam funções meramente integrativas e subsidiárias, ganharam destaque, fazendo frente inclusive ao protagonismo das regras.

Com essa nova abordagem normativa, tentou-se evitar/punir o cumprimento estrito das leis positivas manifestamente cruéis de um estado, em face da obviedade da preservação de bens como a vida e a liberdade, valores reavivados pela crescente dos direitos humanos no plano internacional e pelas teorias do direito natural.

O massacre da segunda guerra, blindado pelo legalismo formal do sistema jurídico alemão, deu força às teorias *jusnaturalistas*, de modo que sistemas jurídicos baseados em valores e princípios passaram a dar plena liberdade às constituições, com exceção das regras do direito natural, para as quais o poder constituinte originário estaria submetido.

No âmbito de aplicação do direito doméstico, tal fenômeno inevitavelmente elevou o grau de dificuldade na prolação de sentenças judiciais, afinal, se já não era tarefa fácil priorizar uma regra sobre a outra nas interpretações sistemáticas, tampouco seria sobrepor princípios uns aos outros nos hipóteses de colisão.

A presente pesquisa se inicia com a seguinte indagação: como privilegiar valores em detrimento de outros, como vida, liberdade, liberdade religiosa e de expressão, intimidade e privacidade? Qual deverá ser a opção mais alinhada aos ideais de justiça, já que os bens constitucionais gozam do mesmo *status* hierárquico constitucional?

Conflitos de direitos constitucionais como quebra de sigilo bancário x privacidade de dados; instituição de rodízio de automóveis x liberdade de locomoção; direito social de moradia x impenhorabilidade do bem de família; liberdade religiosa x direito à vida são apenas alguns exemplos de embates axiológicos, em que a prevalência de um valor sobre o outro não é uma resposta simplória, haja vista a suas identidades hierárquicas.

‘A Polêmica das Biografias não Autorizadas’ apresenta mais um exemplo, em que se discute o direito à intimidade e à privacidade de uma parte em contraposição ao direito de liberdade de expressão e direito à informação das outras.

Visando esmiuçar as implicações da hermenêutica constitucional desse conflito, esse trabalho objetiva esclarecer as *diferenças entre texto e norma jurídica*; as *diferenças entre princípios e regras*; os *conceitos e aplicações dos postulados normativos da ponderação e proporcionalidade*; e por fim, *o modo de subsunção de tais postulados à polêmica das biografias não autorizada*. Passa-se às exposições.

## 2. DIFERENÇAS ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

Preliminarmente tem-se que “texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado.”<sup>4</sup>

Um breve exemplo é suficiente para deixar clara essa distinção. O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Isso é [...] *texto* ou *enunciado*. Esse texto exprime uma *norma* que *proíbe* a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. [...] A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, "a lei penal retroagirá somente em benefício do réu" [...] a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, [...] chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal linguístico, quase sempre um texto.<sup>5</sup> (destaque do autor)

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003, p. 616.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit, 2003, p. 616-617.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição aos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

Pelas exposições iniciais acima, pode-se imaginar a existência de correspondência exata entre textos e normas, já que estas são derivações interpretativas daquelas. Ledo engano. “Em alguns casos há normas, mas não há dispositivos [...]. Em outros casos há dispositivos, mas não há norma...”<sup>7</sup>

Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos [...] Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.<sup>8</sup>

Resta esclarecido, portanto, que texto tem sua própria essência e que não se confunde com norma jurídica. Dessa conclusão, fica apenas o questionamento acerca dos limites do poder criativo normativo. Afinal, se texto não reflete de pronto a norma, sendo imprescindível, portanto, a interpretação humana, o homem – agente intermediário entre texto e norma – gozaria de poderes ilimitados na construção normativa a partir do texto? Em outras palavras, existiriam limites à interpretação humana? É o que se pretende, a seguir, esclarecer.

### **3. LIMITES NA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO**

Para Humberto Ávila, “a atividade do intérprete não consiste em meramente *descrever* o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em *construir* esses significados.”<sup>9</sup> (grifo nosso)

Entre o texto e a norma está o homem. Porém, a extração de uma norma a partir de um texto não sugere poderes ilimitados de criação normativa. Embora ao homem caiba a interpretação textual, a própria palavra em sua unidade essencial o impõe limites estruturais, afinal “há traços de significado mínimos incorporados à [...] linguagem [...] termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam significados intersubjetivados, que não precisam [...] ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.”<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 22.

<sup>8</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 22.

<sup>9</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 24.

<sup>10</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 24-25.

“Compreender "provisória" como *permanente*, [...], "todos os recursos" como *alguns recursos*, "ampla defesa" como *restrita defesa*, [...], não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos.”<sup>11</sup>

Essa desconexão interpretativa tem ocorrido em todas as instâncias do judiciário. Lênio Luiz Streck em sua obra ‘Hermenêutica Jurídica em Crise’ exemplifica o fenômeno com um julgado do Rio Grande do Sul em que a autora, uma menor portadora do vírus HIV, reivindica na justiça seu direito à saúde, precisamente, ao acesso a remédios específicos; baseia-se no atual texto do artigo 196 da constituição federal que diz ser a saúde um *dever* do estado.

Após vitória da autora em primeira instância e conseqüente recurso do ente federado, “o relator da matéria [...] deferiu o pedido do Estado, sustentando, [...] o fornecimento do remédio. Um dos argumentos usados pelo relator [...] dava conta que onde o art. 196 da Constituição Federal diz que a saúde é um *dever* do Estado, não se pode ler *obrigação*.”<sup>12</sup>

Sem adentrar nas implicações acerca da discussão sobre a efetividade das normas constitucionais, apegando-se somente ao embate de sentidos, para o magistrado a palavra “*dever*” do texto normativo não pode ser diretamente interpretada como “*obrigação*”. E aqui se tem um simples exemplo da problemática da hermenêutica jurídica, uma vez que faz parte do senso comum a correlação de ambas as expressões.

Além dos limites óbvios da própria palavra, lembra Lenio Luiz Streck – de maneira um tanto irônica – que a atividade de interpretação judicial não pode ser manifestamente pessoalizada, afastando-se da vontade social. Há um limite de sentido delimitado pela vontade legislativa geral.

[...] é necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, [...] os processos de (inter)mediação, [...] "*nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma [...] subjetividade específica dominante*. [...] aqueles que podem falar/dizer-a-lei-e-o-Direito, recebem o cetro [...] Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, "extorsões de sentido" e "abusos significativos". E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de *confinamento discursivo*, [...] responderá pelo (hediondo) crime de "*porte ilegal da fala*".<sup>13</sup>

Superado essa primeira diferenciação, tem-se o resumo de que texto normativo significa tão somente a ordenação das palavras, sobre as quais a atividade humana terá de

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 25.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 200.

<sup>13</sup> STRECK, Op cit, 2006, 2002.

extrair um sentido, um significado, uma *norma*. Atividade esta que está limitada pelo núcleo mínimo de significação do termo e pela vontade geral.

Inicia-se agora o estudo das espécies de norma jurídica.

#### **4. ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS**

Discorrer sobre normas jurídicas, notadamente, seu conceito e suas espécies tem levada a doutrina especializada a inúmeras divergências acerca da matéria. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina.”<sup>14</sup>

Por essa razão, este trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria, haja vista estar ela ainda imersa no dinamismo de suas construções teórico-acadêmicas. O estudo visa tão somente a apontar as principais características das espécies normativas, com o intuito de delimitar, de forma um pouco mais precisa, a categoria dos princípios, o que auxiliará na compreensão das soluções de conflitos entre eles.

Convém esclarecer, portanto, que norma, sendo produto da interpretação de um texto, é gênero que se subdivide em *regras*, *princípios* e *postulados normativos*. Considerando que a maioria da doutrina esmiúça princípios e regras em uma análise comparativa de ambas as espécies, neste estudo, os dois institutos também serão estudados conjuntamente.

Após essa etapa, adentrar-se-á no estudo direto das ferramentas de solução de conflitos principiológicos, precisamente, os postulados normativos da *ponderação*, e da *proporcionalidade*.

#### **5. CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS**

A comunidade acadêmica mundial, de um modo geral, ainda não superou as mudanças jurídicas ocorridas após a segunda guerra mundial. Uma avalanche de princípios foi deflagrada mundo afora. Traduzir essa nova realidade é uma missão ainda mais árdua para países como o Brasil, adepto das normas mais descritivas, característica do *civil law*.

---

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op cit, 2003, p. 607.

Preliminarmente, pode-se inferir que o *positivismo* está para as *regras* tal como o *neopositivismo* – caracterizado por cláusulas gerais e termos indefinidos – está para os *princípios*.

Após a metade do século XX, as regras, caracterizadas pela precisão de suas hipóteses de incidência e pelo delineamento de suas consequências, passam a ter a concorrência dos princípios, que, diversamente, mostram-se demasiadamente indefinidos tanto quanto à hipótese mais ainda quanto às consequências.

Entre princípios e regras, três classificações principais são apontadas pela doutrina para diferenciar ambas as espécies normativas: a) *quanto ao caráter hipotético-condicional*; b) *quanto ao modo de aplicação*; e c) *quanto ao modo de solução dos conflitos normativos*.

Passa-se a exposição de cada um desses critérios.

## 6. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O CARÁTER HIPOTÉTICO-CONDICIONAL

O primeiro questionamento que se faz no intuito de diferenciar regras e princípios refere-se ao modo como os textos normativos de ambas as espécies se apresentam, ou seja, haveria diferença na maneira de expor regras e princípio?

A doutrina aponta o caráter prescritivo de *hipótese* e *consequência* das regras – denominado *caráter hipotético-condicional* – como fator de diferenciação. Esse critério “se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado [...] para [...] encontrar a regra para o caso concreto.”<sup>15</sup>

A título de exemplo de *regras*, textos normativos como “matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos”, art. 121, código penal, são bastante claros tanto quando à *hipótese* (matar) quanto à sua *consequência* (reclusão).

Já os *princípios* não apresentam essa precisão, muito pelo contrário, caracterizam-se justamente pela falta dela, dando ao magistrado um campo ainda mais amplo para a atividade interpretativa. Um exemplo é a previsão do direito privado atinente aos princípios de probidade e boa-fé, qual seja: “[...] os contratantes são obrigados a guardar [...] os princípios de probidade e boa-fé”, art.422, código civil. A hipótese “guardar os princípios de probidade e boa-fé” não vem acompanhada de nenhuma consequência. Além disso, o núcleo da conduta

---

<sup>15</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 30.

“guardar” é passível de inúmeras interpretações, diferentemente do núcleo “matar” que é conclusivo em si mesmo.

O critério de distinção segundo o *caráter hipotético-condicional*, apesar de arduamente difundido, não está imune a críticas. Na argumentação de Ávila, um texto ao comportar incidência e consequência – *se* isso, *então* aquilo – indica apenas um estilo linguístico. Por essa razão, não deveria ser usado para diferenciar espécies normativas, uma vez que, dependendo do modo como o legislador expõe o texto, poderia ele ser definido como regra ou princípio, por uma simples questão de escolha de estilo textual.

[...] a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser *reformuladas* de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: “*Se* o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática” (princípio democrático); “*Se* for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, *então* o ato estatal será considerado inválido” (princípio da tipicidade) [...] Esses exemplos demonstram que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas.<sup>16</sup>

Percebe-se, portanto, que a diferenciação de regras e princípios não pode se limitar à existência ou não da hipótese e da consequência, porquanto essas serem apenas produtos de estilos linguísticos.

Entretanto, para a maioria dos pesquisadores da hermenêutica constitucional, o “critério diferenciador referente ao *caráter hipotético-condicional* é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz.”<sup>17</sup> (grifo nosso)

Tem-se, portanto, duas espécies de normas aplicáveis na persecução da justiça social. Mas sendo tão diferentes em elementos e características, suscitam diferenças na maneira de aplicá-las.

## **7. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O MODO FINAL DE APLICAÇÃO**

---

<sup>16</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 32.

<sup>17</sup> Idem.

Sendo princípios e regras manifestamente diferentes na construção textual, sobretudo na prescrição de consequências, seriam eles subsumidos aos casos concretos da mesma forma?

O critério segundo o *modo final de aplicação* “se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.”<sup>18</sup>

Na aplicação de regras, Ávila<sup>19</sup>, expondo as teorias de Dworkin, explica que para este “as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* [...] se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, [...] a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita.”<sup>20</sup>

Para Alexy, “quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos.”<sup>21</sup>

Já na aplicação de princípios não se usa essa lógica. Segundo a teoria de Dworkin, “os princípios, [...], não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.”<sup>22</sup>

Pela leitura das explicações acima, pode-se inferir que ao ser preenchida a hipótese de uma regra, ao magistrado cabe apenas a aplicação da consequência, de pronto. Mas não é bem assim. A conjugação de fundamentos valorativos, externos ao texto, não é privativa dos princípios. Ocorre também com as regras, a despeito das consequências predeterminadas.

[...] o art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. *Se* for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma [...] seria uma regra, [...] instituidora de uma obrigação absoluta [...]. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.<sup>23</sup> (grifos do autor)

<sup>18</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 31.

<sup>19</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 28.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 6a tir. London, Duckworth, 1991, p. 45.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. "Rechtssystem und praktische Vernunft". Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, 25/21.

<sup>22</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 28.

<sup>23</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 37.

Pelo exemplo demonstrado, fica a dedução de que distinguir princípios e regras pelo método de aplicação ‘tudo ou nada’ das regras não é uma fórmula exaustiva, já que “também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios.”<sup>24</sup>

Outro critério diferenciador intentado pela doutrina refere-se ao modo como são solucionados os casos de colisão normativa entre princípios e regras.

## **8. DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO O MODO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NORMATIVOS**

O item que se inicia, visando ao seu entendimento, lança uma pergunta importante para a hermenêutica constitucional. O confronto normativo entre duas ou mais regras se resolve do mesmo modo que o confronto entre dois ou mais princípios? Em outra versão, resolve-se o conflito entre dois princípios tal qual se faz com duas regras que se excluem mutuamente?

A doutrina, no intuito de distinguir regras e princípios, os analisa sobre dois planos: *abstrato* e *concreto*. As regras contraditórias entre si são resolvidas, normalmente, no plano abstrato, sendo imprescindível a declaração de invalidade de uma delas. O conflito normativo entre regras, bem como sua solução, já podem ser percebidos antes mesmo de seu confronto em casos concretos. Critérios de hierarquia, recepção, especialidade e temporalidade das leis são aptos, em tese, a resolver tais conflitos.

O critério diferenciador referente ao *conflito normativo* se fundamenta na ideia de que o confronto entre duas regras é solucionável por meio da declaração de invalidade de uma delas, ou pela criação de uma exceção.

A título de exemplo, a Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, institui a obrigatoriedade de registro em carteira de trabalho para as empregadas domésticas. A regra atual é colidente com a previsão anterior de facultatividade do empregador. Diante dessa antinomia, percebe-se claramente que as ferramentas existentes são aptas a apontar a invalidade de uma e a prevalência da outra, já no plano abstrato das leis.

---

<sup>24</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 39.

Porém, o conflito entre princípios “consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles”,<sup>25</sup> atividade que só ocorre diante de um caso concreto, e conforme as circunstâncias do conflito.

“Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.”<sup>26</sup>

Segundo Robert Alexy, em se tratando de colisão entre os princípios jurídicos, a “solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.”<sup>27</sup>

Os princípios convivem harmoniosamente no plano abstrato, podendo eventualmente se repelir em casos concretos. Os direitos à intimidade e à liberdade de expressão são plenamente vigentes e válidos no plano abstrato, mas invariavelmente entram em choque no plano concreto.

Percebe-se, portanto, que, normalmente, as regras se chocam no plano abstrato, ao passo que princípios, somente no plano concreto. Humberto Ávila, no entanto, argumenta que não é sempre assim.

[...] uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? **Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios.**<sup>28</sup> (grifo nosso)

Ávila também se opõe à afirmação de que ponderar e atribuir valores são ações privativas destinadas a solucionar embates somente entre os princípios, uma vez que para o colisão entre regras existem ferramentas aptas a resolver previamente a antinomia no plano abstrato, como os critérios temporais, de hierarquia, de especialidade, etc. Nas palavras do autor, o exemplo supracitado “também indica que a decisão envolve uma atividade de

---

<sup>25</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 31.

<sup>26</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 43.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 44.

*sopesamento* entre razões”, não sendo portanto, atividade ligada exclusivamente a análises de princípios.

Percebe-se, desse modo, que os três critérios diferenciadores de princípios e regras – caráter hipotético-condicional, modo de aplicação e modo de solução dos conflitos normativos – apesar de importantes nas construções teóricas da hermenêutica constitucional, são defectíveis.

Percebe-se ainda que conceituar princípios e regras ainda não é uma ação exaustiva e satisfatória, já que são demasiadamente complexas suas diferenças e implicações.

Mas para Humberto Ávila, as regras:

[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>29</sup>

E os princípios:

[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>30</sup>

Princípios não são Regras. Eles são diferentes. Informação de fácil constatação, mas de difícil explanação.

Regras estabelecem tipicidades predeterminadas para sua aplicação, e por isso a participação interpretativa judicial é diminuída, mas não anulada. Princípios, não. Eles dependem em maior grau da interpretação judicial, que se apega não às tipicidades prévias do texto, mas às circunstâncias do caso concreto e aos ideais que se busca atingir para a sociedade.

Regras são válidas/inválidas, vigentes/não vigentes de acordo com o dinamismo do direito. Princípios, não. São sempre válidos. Eles retratam o progresso social; os fundamentos primários na busca de um estado justo e solidário.

Porém, nem sempre eles conviverão harmoniosamente no novo estado social dos direitos humanos, que insiste em rivalizá-los. Quando são confrontados, por exemplo, o

---

<sup>29</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 70.

<sup>30</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 70.

direito de liberdade de expressão de um povo e o direito à intimidade da pessoa, tem-se uma briga de titãs, cuja solução jurídica ainda é objeto de reflexão dos pesquisadores.

A Polêmica das Biografias Não Autorizadas, protagonizadas, de um lado, pelos artistas do Procure Saber <sup>31</sup>, e de outro lado, pela ANEL – Associação Nacional dos Editores de Livro – reflete reiterados casos concretos confrontados pelo conflito de valores entre liberdade de expressão x intimidade.

Tal confronto evidencia, naturalmente, não um embate entre regras, mas entre princípios. Para tanto, o estudo dos postulados normativos mostra-se um caminho inevitável para a compreensão e possível solução da problemática.

## **9. POSTULADOS NORMATIVOS – AS SOLUÇÕES DE CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS**

Postulados são espécies de normas jurídicas destinadas a orientar a aplicação de outras normas como regras e princípios. Por essa função, os postulados são comumente chamados de *normas de segundo grau*, já que não são subsumidos aos casos concretos, apenas orientam a interpretação do direito.

Sendo apenas normas que orientam uma ação, os postulados não são violados, como são as regras ou os princípios. “A violação deles consiste na não interpretação de acordo com sua estruturação.” <sup>32</sup>

Com efeito, no caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. <sup>33</sup> Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente.

Os postulados normativos da ponderação e proporcionalidade servem de suporte para a tomada de decisão judicial. São espécies de normas balizadoras. Vejamos como se encaixam na problemática das biografias não autorizadas.

---

<sup>31</sup> Associação de músicos e artistas que se opõem às publicações de obras biográficas por eles não autorizadas.

<sup>32</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 88.

<sup>33</sup> ADIn 855-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1.10.1993.

## 10. PONDERABILIDADE E PROPORCIONALIDADE APLICADOS AO CASO DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

No polêmico caso das biografias não autorizadas, o valor liberdade de expressão entra em rota de colisão com a intimidade e privacidade individual. Nesse contexto, a ‘*Ponderação de Valores*’ surge como ferramenta auxiliar para a interpretação jurídica.

Segundo Humberto Ávila, a ponderação de bens consiste:

[...] num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam [...] é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios, é um instrumento pouco útil para aplicação do Direito.” [...] Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de [...] proporcionalidade.<sup>34</sup> (grifo nosso)

Por esse excerto textual, fica claro que o sopesamento de valores colidentes no caso concreto depende de critérios definidos. Daí a importância de se compreender a *proporcionalidade* como outra ferramenta da hermenêutica jurídica.

O postulado normativo da proporcionalidade é aplicado nas análises de um *meio* e um *fim*. Para tanto o agente deve se pautar em três critérios: a) *adequação* do meio ao fim; b) *necessidade* do meio para promover o fim; e c) *proporcionalidade (em sentido estrito)* entre as vantagens advindas do fim com as desvantagens decorrentes da escolha do meio.

A proporcionalidade se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis [...], não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>35</sup> (grifo nosso)

Contextualizando a polêmica das biografias com os conceitos da ponderação e da proporcionalidade acima expostos, tem-se a colisão dos bens liberdade de expressão e intimidade, o que suscita a *ponderação*. Tal sopesamento deve se pautar por critérios definidos, entrando em cena as diretrizes da *proporcionalidade*, ou seja, o *meio* promove o *fim*?

No caso das biografias não autorizadas, considerando que, concretamente, a escolha por um valor implica necessariamente a restrição do outro, perfazendo-se, portanto, uma

<sup>34</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 94.

<sup>35</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 112-113.

escala de preferência, o *meio* a ser adotado é o afastamento do valor preterido para os *fins* de se ter o maior aproveitamento do valor escolhido. Ou seja, a mitigação do direito à intimidade (*meio*) promove a máxima extensão do direito de liberdade de expressão (*fim*).

É preciso investigar ainda a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade* (*em sentido estrito*) do meio para promover o fim.

No que se refere à adequação, o aplicador da medida deve inquirir se esta promove o fim. Quanto a isso, a medida é *adequada*, já que, não instituindo uma censura prévia das biografias, o aplicador, ao relegar os casos de violação da intimidade à resolução judicial particular, aufere com sucesso os fins de se ter a máxima extensão da liberdade de expressão, conferindo a todos os cidadãos esse direito.

Já em relação à necessidade, é preciso investigar se não há, no ordenamento vigente, um meio menos restritivos dos direitos fundamentais. A medida é *necessária*, pois não há a possibilidade de nivelamento hierárquico, no plano concreto, dos valores ‘liberdade de expressão’ e ‘intimidade’, sem a precedência de um sobre o outro.

Por fim, sobre a proporcionalidade em sentido estrito, é necessário suscitar se as vantagens promovidas com o fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio. Tal medida *em sentido estrito é proporcional*, pois as desvantagens de se tolher a intimidade individual correspondem às vantagens de se ter uma sociedade estruturada em valores essenciais para a democracia, como a liberdade de expressão.

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso **devem ser analisadas as possibilidades** de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e **de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição** (exame de proporcionalidade em sentido estrito). (grifo nosso)<sup>36</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito é o nome científico do ‘mal menor’ já conhecido pelo senso comum. O estado social de direito tão apegado ao bem comum sugere insistentemente que o bem coletivo deve ser priorizado em relação ao bem individual.

Por isso não é de se causar espanto que a liberdade de expressão deva ser privilegiada em qualquer circunstância. Ela é a base de toda sociedade que pretende se aprimorar pela dialética de ideias que se contrariam. Ela é a pedra fundamental do Estado de Direito. Seu enfraquecimento significa retrocesso.

---

<sup>36</sup> ÁVILA, Op cit, 2006, p. 113-114.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Polêmica das Biografias não Autorizadas de pessoas públicas apresenta um embate entre direitos fundamentais em que se discute o direito à intimidade e à privacidade de uma parte, em contraposição ao direito de liberdade de expressão e direito à informação das outras.

Na utopia distante de se ter uma sociedade assentada sobre uma justiça ideal, a escolha pela liberdade de expressão em detrimento do direito à intimidade mostra-se como um “mal menor”.

Tais diretrizes são apontadas pelo estudo da hermenêutica constitucional. Sobre ela, tem-se a conclusão de que texto normativo significa tão somente a ordenação das palavras, sobre as quais a atividade humana terá de extrair um sentido, um significado, uma *norma*. Atividade esta que está limitada pelo núcleo mínimo de significação do termo e pela vontade geral.

No que toca às espécies normativas, conclui-se que princípios não são Regras. Informação de fácil constatação, mas de difícil explanação. Regras estabelecem tipicidades predeterminadas para sua aplicação, e por isso a participação interpretativa judicial é diminuída, mas não anulada. Já os princípios dependem em maior grau da interpretação judicial, que se apegam não às tipicidades prévias do texto, mas às circunstâncias do caso concreto e aos ideais que se busca atingir para a sociedade.

Regras são válidas/inválidas, vigentes/não vigentes de acordo com o dinamismo do direito. E no caso de confronto entre elas, a solução vem por meio da declaração de invalidade de uma delas, ou pela criação de uma exceção

Princípios, não. São sempre válidos. Eles retratam o progresso social; os fundamentos primários na busca de um estado justo e solidário. No entanto, nem sempre eles conviverão harmoniosamente no novo estado social dos direitos humanos, que insiste em rivalizá-los. Quando são confrontados, por exemplo, o direito de liberdade de expressão de um povo e o direito à intimidade da pessoa, tem-se uma briga de titãs, cuja solução jurídica ainda é objeto de reflexão dos pesquisadores.

Nesse confronto a hermenêutica jurídica suscita a ponderação de valores, indicando que a escolha entre intimidade ou liberdade de expressão deve ser proporcional: adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

No caso das biografias, considerando que, no plano concreto, a escolha por um valor implica necessariamente a restrição do outro, perfazendo-se, portanto, uma escala de preferência, o *meio* a ser adotado é o afastamento do valor preterido para os *fins* de se ter o

maior aproveitamento do valor escolhido. Ou seja, a mitigação do direito à intimidade (*meio*) promove a máxima extensão do direito de liberdade de expressão (*fim*).

Tal medida é *adequada*, já que a medida de mitigação do direito à intimidade é capaz de promover o fim relacionado ao gozo social da liberdade de expressão. É também *necessária*, pois no plano concreto não há a possibilidade de nivelamento hierárquico de ambos os valores, sem a preterir um em relação ao outro. E, *em sentido estrito*, é *proporcional*, pois as desvantagens de se tolher a intimidade individual correspondem às vantagens de se ter uma sociedade estruturada em valores essenciais para a democracia, como a liberdade de expressão.

Por todo o exposto, não é de se causar espanto que a liberdade de expressão deva ser privilegiada em qualquer circunstância. Ela é a base de toda sociedade que pretende se aprimorar pela dialética de ideias que se contrariam. Ela é a pedra fundamental do Estado de Direito. Seu enfraquecimento significa retrocesso.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *"Rechtssystem und praktische Vernunft"*. Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição aos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tir. London, Duckworth, 1991.

PORTAL DO STF. Acompanhamento Processual ADI, ADC, ADO, ADPF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003. Disponível em <[http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)> acesso em 03 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.