

Volume 2

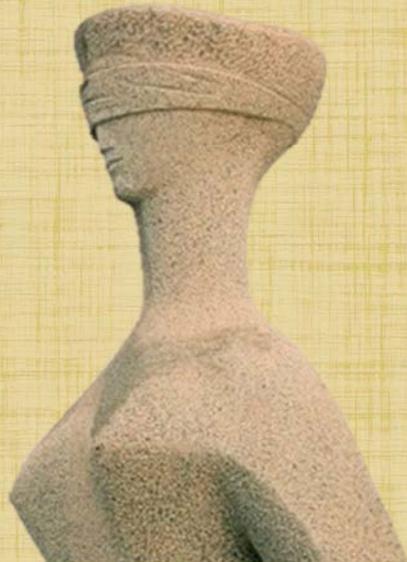
**U** Universidade de Itaúna  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

DIREITOS FUNDAMENTAIS,  
JURISDIÇÃO E PROCESSO  
COLETIVO

---

30 anos da  
Constituição Federal

---



*Organizadores*  
Cíntia Garabini Lages  
Edilene Lôbo  
José Emilio Medauar Ommati  
Fabrício Veiga Costa

Anais VI Seminário Internacional

*Organizadores*

Profa. Dra. Cíntia Garabini Lages  
Prof. Dr. Edilene Lôbo  
Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati  
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa

**VI Seminário Internacional**

**Direitos fundamentais, jurisdição e  
processo coletivo – 30 anos da  
Constituição Federal**

07 a 09 de novembro de 2018

**Volume 2**



Conhecimento  
Editora

**Belo Horizonte  
2018**

**Revisão:** Responsabilidade dos Autores

**Diagramação:** Universidade de Itaúna

Conhecimento Livraria e Distribuidora  
Rua Maria de Carvalho, 16  
31160-420 – Ipiranga – Belo Horizonte/MG  
Tel.: (31) 3273-2340  
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br  
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com  
www.conhecimentolivraria.com.br

**Conselho Editorial:**

Fernando Gonzaga Jayme  
Ives Gandra da Silva Martins  
José Emílio Medauar Ommati  
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais  
Maria de Fátima Freire de Sá  
Raphael Silva Rodrigues  
Régis Fernandes de Oliveira  
Ricardo Henrique Carvalho Salgado  
Sérgio Henriques Zandona Freitas

---

341.27 Seminário Internacional de Direitos funda-  
S471 mentais, jurisdição e processo coletivo,  
2018 6, 2018, Belo Horizonte / [organizado por]  
v.2 Cíntia Garabini Lages, Edilene Lôbo, José  
Emílio Medauar Ommati [e] Fabrício Veiga  
Costa. – Belo Horizonte: Conhecimento Edito-  
ra, 2018.  
607p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação  
*Stricto Sensu* em Direito da Universidade  
de Itaúna, MG)

Vários autores.

ISBN:

978-65-990101-6-3

1. Direito- Anais de congresso. 2. Direi-  
tos fundamentais. 3. Direito constitucional.  
4. Direito civil. 5. Código de Processo Ci-  
vil. 6. Direitos humanos. I. Lages, Cíntia  
Garabini (Org.). II. Lôbo, Edilene (Org.).  
III. Ommati, José Emílio Medauar (Org.). IV.  
Costa, Fabrício Veiga. V. Título.

CDDir - 341.27

CDD(23.ed.)-342.2

## APRESENTAÇÃO

Entre os dias 07 a 09 de novembro de 2018 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **VI Seminário de Direito Internacional “Direitos Fundamentais, Jurisdição e Processo Coletivo – 30 anos da Constituição Federal” – Volume 2.**

O evento, organizado pelas Professoras Dra. Cíntia Garabini Lages, Dra. Edilene Lobo, Dr. José Emílio Medauar Ommati e Dr. Fabrício Veiga Costa, contou com a presença de alunos e professores do Programa, além de alunos e professores da graduação em Direito da Universidade de Itaúna, e, principalmente, com a participação de professores convidados de todas as reuniões do Brasil e do exterior, que ministraram palestras durante três dias.

É importante ressaltar a importância desses seminários para a divulgação da pesquisa científica institucional e de seu intercâmbio com outras instituições.

Que a iniciativa, que já está consolidada em nível institucional, continue gerando bons frutos acadêmicos para toda a sociedade envolvente!

*Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz*  
*Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil*  
*Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais*

## SUMÁRIO

**AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: POR UMA REVISITAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

*Rafaela Brandão de Sá*

*Tatianny Kariny Veloso Gomes*

**09**

**AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS EM DIREITOS HUMANOS: PROCESSO DE DESCOLONIZAÇÃO DOS TERRITÓRIOS AUTÔNOMOS**

*James Weissmann*

**43**

**(DES) CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO, *HABEAS CORPUS* Nº 141.949/STF: FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO?**

*Aylle de Almeida Mendes*

*Marcus Vinícius Pinto Santos*

**72**

**ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO**

*Marina Garcia Valadares*

*Bruno Martins Teixeira*

**106**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153: ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL**

*Tatianny Kariny Veloso Gomes*

*Rafaela Brandão de Sá*

**135**

**ANÁLISE DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

*Antonio Donizetti de Resende* **169**

**ANÁLISE ACERCA DOS APECTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – LEI N. 12.016/2009**

*Carla Aliny Peres Dias*  
*Henrique Dias Correa da Costa* **200**

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO**

*Rogério de Oliveira Borges*  
*César Ferreira Mariano da Paz* **237**

**A PECULIARIDADE DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO E SUA EFETIVIDADE COMO MECANISMO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

*Tatiane Silva Ferreira*  
*Maria Laura Vargas Cabral* **260**

**A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO CONFLITO DOS DIAMANTES DE SANGUE**

*Elaine Aparecida Barbosa Gomes*  
*Maria Laura Vargas Cabral* **290**

**A LAICIDADE DO ESTADO E O USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS**

*Fernanda Campos Marciano*  
*Rafaela Brandão de Sá* **317**

**INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO GARANTIA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO**

*James Weissmann*

**349**

**A INTERFACE DAS PROVAS COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

*Antonio Donizetti de Resende*

**378**

**A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL DO ANO DE 2018: AS ALTERAÇÕES ATINENTES AO PROCEDIMENTO DE *MARKETING* ELEITORAL VIRTUAL E A DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS**

*Rafaela Cândida Tavares Costa*

**409**

**A IMUNIDADE PARLAMENTAR E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BOJO DOS INQUÉRITOS DE NÚMEROS 3.590 E 4.694**

*Alisson Alves Pinto*

*André dos Santos Gonzaga*

**438**

**A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À AFETIVIDADE FACE O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVAS PERANTE O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS**

*Tatiane Gonçalves Mendes Faria*

*Tatianny Kariny Veloso Gomes*

**465**

**A EXECUÇÃO DA PENA DA PESSOA TRANSGÊNERA NO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

*Wanderson Dias Fernandes*

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz*

**500**

**A CONTRIBUIÇÃO DA OAB PARA A IGUALDADE ENTRE GÊNEROS**

*Tatiane Gonçalves Mendes Faria*

*Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares* **531**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO, ANÁLISE APÓS 30 ANOS**

*Lucas Nasser Marques Souza*

**555**

**A COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL E A COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES**

*Leandro Pereira Góis*

*André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita* **580**

**AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA  
APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA EM AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA: POR UMA REVISITAÇÃO SOB A  
PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICO**

**ABSENCE OF NOTIFICATION FOR PRESENTATION  
OF PRIOR DEFENSE IN PUBLIC CIVIL ACTION OF  
ADMINISTRATIVE IMPROBITY: FOR A  
REVISITATION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE  
DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PROCESS**

*Rafaela Brandão de Sá  
Tatianny Kariny Veloso Gomes*

**RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar a fase de notificação para apresentação de defesa prévia na ação civil pública de improbidade administrativa, refletindo sobre o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça de que a ausência da notificação prévia constitui mera nulidade relativa. Propõe a revisitação do procedimento da defesa prévia sob a ótica do processo democrático instituído pela Constituição Federal de 1988, destacando a importância de se oportunizar a apresentação de defesa prévia para assegurar o direito de participação na construção das decisões judiciais. A metodologia utilizada foi a teórico-bibliográfica e documental, com análise de doutrinas, legislação e julgados.

**PALAVRAS-CHAVE:** improbidade administrativa; defesa prévia; ausência de notificação; nulidade; processo constitucional democrático.

**ABSTRACT**

The purpose of this study is to analyze the notification phase for the presentation of prior defense in the public civil

action of administrative improbity, reflecting on the pacified understanding in the Superior Court of Justice that the absence of prior notification constitutes mere relative nullity. It proposes to revise the prior defense procedure from the point of view of the democratic process instituted by the Federal Constitution of 1988, highlighting the importance of presenting a prior defense to ensure the right to participate in the construction of judicial decisions. The methodology used was theoretical-bibliographical and documentary with analysis of doctrines, legislation and judgments.

**KEYWORDS:** administrative improbability; previous defense; absence of notification; invalidity; constitutional process.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a fase de notificação para apresentação de defesa prévia na ação civil pública de improbidade administrativa e refletir sobre o entendimento pacificado de que a ausência da notificação prévia constitui mera nulidade relativa, propondo a revisitação do procedimento da defesa prévia sob a ótica do processo democrático instituído pela Constituição Federal de 1988.

O objeto da pesquisa é de grande relevância teórica e prática, visto que a teoria orienta a prática, uma mudança de paradigma de processo reflete também uma mudança da prática, assim, é importante uma revisitação e revalorização da defesa prévia sob a perspectiva de uma leitura democrática.

No primeiro capítulo abordar-se-á o procedimento previsto na lei de improbidade administrativa, com enfoque para a notificação do demandado para apresentação da defesa prévia, apresentando a finalidade da inserção de referido procedimento nas ações de improbidade administrativa.

Posteriormente, no segundo capítulo, far-se-á uma análise doutrinária acerca da ausência de notificação e suas consequências, trazendo posicionamentos referentes à supressão ou não da procedimento que institui a defesa prévia.

Já, no capítulo seguinte, serão apontados, através da colação de julgados, os entendimentos das turmas do STJ, que inicialmente divergiam de posicionamento e, posteriormente, convergiram o entendimentos no sentido de que a ausência de defesa prévia em ação de improbidade administrativa gera nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo.

A partir das proposições explanadas é que se critica a visão do processo como instrumento da jurisdição, marcada pelo solitarismo e protagonismo do juiz na tomada de decisões, propondo uma revisitação da defesa prévia através de uma leitura democrática, ou seja, através do processo constitucional democrático, modelo instituído pela Constituição Federal de 1988 e que se coaduna com a visão de processo como direito

fundamental dos cidadãos pautado pela participação de todas as partes na construção dos provimentos judiciais.

## **1. PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O ato de improbidade administrativa implica um agir com desonestidade, uma violação da moralidade no exercício da atividade pública, que pode estar relacionada a condutas em que o agente auferir vantagem indevida, ocorrendo o enriquecimento ilícito ou condutas que causam prejuízo ao erário ou, ainda, atos que desrespeitem os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública.

A Constituição Federal prevê no artigo 37, § 4º a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário as sanções a serem aplicadas aos agentes públicos que praticarem ato de improbidade administrativa.

A Lei 8429/92 disciplina a matéria, trazendo os atos que configuram a ocorrência de improbidade administrativa e estabelecendo parâmetros para a aplicação das normas de natureza sancionadora aos agentes que praticaram ato de improbidade.

A ação de improbidade administrativa tem por objeto imediato a declaração da ocorrência de ato de

improbidade administrativa e, comprovada a sua existência, visa à condenação dos sujeitos passivos às sanções de ordem política, administrativa e civil previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, o que constitui seu objeto mediato. (PAZZAGLINI, 2010)

O procedimento a ser observado nas ações de improbidade e suas características encontram-se dispostos no artigo 17 e parágrafos<sup>1</sup>, que estabelecem os requisitos mínimos da petição inicial com o escopo de se evitar o ajuizamento precipitado de uma demanda baseada em imputações falsas ou despropositadas, bem como introduz um contraditório preliminar, propiciando ao acusado apresentar argumentos e documentos que possam repelir a ação.

Cumpre mencionar que o juízo de admissibilidade instituído no § 7º do artigo 17 foi inserido pela

---

<sup>1</sup> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (BRASIL, 1992)

Medida Provisória nº 2.225-45/2001 (4 de setembro de 2001)<sup>2</sup> e sua inspiração é encontrada no procedimento criminal, de rito especial, relativo aos crimes imputados a funcionários públicos que estejam no exercício de suas funções (artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal), que estabelece a notificação do acusado para apresentar resposta preliminar.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2001, p. 148) “o verdadeiro intento do Executivo Federal em modificar a lei de improbidade administrativa era a criação de mecanismo suficientemente eficaz para incutir receio (para não usar a palavra medo) na propositura de ações de improbidade administrativa, principalmente pelo Ministério Público.”

O juízo prévio de admissibilidade da petição inicial tem por escopo o manejo de forma responsável da ação de improbidade administrativa através da verificação prévia da existência de justa causa a fim de evitar o prosseguimento de ações infundadas e que poderiam trazer prejuízos para a posição política, social e profissional de pessoas vítimas de perseguições ou acusações injustas.

---

<sup>2</sup> O disposto no artigo 17, § 7º encontra-se em vigor, embora a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 tenha vedado a edição de medidas provisórias sobre matéria processual civil, pois está resguardado pelo teor do artigo 2º da referida Emenda Constitucional, que dispõe: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.” (PAZZAGLINI, 2010)

Corroborando, relevante destacar as palavras de Rizzardo (2014, p. 662):

Dadas as repercussões da propositura de uma ação civil pública na vida dos acusados, com graves consequências morais, sociais e até familiares, sem dúvida é de se perscrutar seriamente sobre a presença ou não dos elementos que a justificam, Não foi sem razão que o legislador abriu a oportunidade de uma defesa prévia, com o que se abre um espaço para melhor aferir não apenas pressupostos e requisitos que a ensejam, mas também para a sua viabilidade jurídica e probabilidade de resultado positivo.

Constatado que a finalidade da inserção da fase preliminar de admissibilidade da ação de improbidade administrativa é evitar o prolongamento de uma demanda judicial suscetível de controvérsias descabidas, passa-se, neste capítulo, a analisar o procedimento da referida ação no que tange à petição inicial e à defesa prévia, expondo sucintamente suas características.

## **1.1 PETIÇÃO INICIAL**

Consoante disposto no artigo 17, § 6º da Lei 8429/92 a petição inicial deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas nesse momento processual.

Pazzaglini (2010, p.190) aponta que a petição inicial “deve ser mais densa e consistente do que as das ações que não são submetidas à fase preambular, sob o crivo do contraditório, de sua admissibilidade.”

Neste sentido, a petição inicial deverá apresentar descrição minuciosa do ato de improbidade imputado ao agente público, trazendo os fundamentos fáticos e jurídicos, instruir com os elementos probatórios já disponíveis sobre os fatos alegados e na impossibilidade de apresentá-los na inicial, oferecer as razões dessa impossibilidade, bem como o pedido das sanções pretendidas.

Assim, observa-se que não basta somente protestar por provas sem apresentar elementos probatórios que demonstrem a existência da verossimilhança das alegações aptas a embasar a propositura da ação de improbidade administrativa, há que se terem dados objetivos e concretos. Tendo em vista a gravidade das sanções que poderão ser infligidas ao réu, não pode, pois, ser baseada em alegações infundadas.

## **1.2. DEFESA PRÉVIA**

O conteúdo do dispositivo legal do artigo 17, § 7º da Lei 8429/92 menciona que o juiz ordenará a notificação do requerido para oferecer “manifestação por escrito”, que

doutrinariamente é denominado de defesa prévia ou defesa preliminar.

Cumprido ressaltar que embora o caput do artigo 17 disponha que a ação de improbidade seguirá o rito ordinário, a fase preliminar de admissibilidade da ação de improbidade, que tem cunho contraditório, é uma peculiaridade do procedimento desta ação.

Em sede de defesa prévia, apresentada dentro do prazo de 15 dias da notificação, poderá o requerido apresentar todas as matérias de defesa que possam ensejar a extinção do processo com ou sem resolução do mérito, bem como acostar aos autos os documentos que entender necessários para tanto.

Após a apresentação da defesa prévia completa-se o contraditório prévio e caberá ao juiz verificar a existência de justa causa para a propositura da ação, bem como sua viabilidade, para, em decisão fundamentada, receber a petição inicial ou rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Observa-se que se trata de uma fase importante, posto que nela o requerido pode trazer seus argumentos e documentos para exercer seu direito de defesa e de influir na decisão que poderá receber ou rejeitar a petição inicial, não sendo respeitado o procedimento previsto na Lei 8429/92 o

requerido tem sua participação excluída na formação da mencionada decisão.

## **2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA**

A existência de uma fase preliminar para apresentação de defesa prévia na ação de improbidade administrativa é motivo de discussão no âmbito doutrinário, principalmente no tocante à supressão desta fase e suas consequências, havendo entendimentos divergentes sobre a temática.

No que tange à observância do procedimento disposto no artigo 17, § 7º da Lei 8429/92 Pazzaglini (2010, p. 189) afirma que “violar esse regime processual singular é violar a garantia da ampla defesa (art. 5º, LIV, CF)”, configurando nulidade absoluta do processo, que pode ser arguida em qualquer momento do processo.

Em entendimento contrário, Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2013, p. 1956-1957) afirmam que a notificação prévia será exigível nas hipóteses em que o autor esteja impossibilitado da apresentação inicial de qualquer prova, pois, nesses casos, a imputação da prática de ato de improbidade sem uma prévia investigação poderia ser injusta.

Nesta esteira, os autores acima mencionados defendem que a ação de improbidade que seja precedida de inquérito civil não haveria incidência da fase preliminar de notificação do requerido para apresentar defesa prévia, tendo em vista que a investigação realizada no inquérito civil evitaria o ajuizamento de ações temerárias, que seria a finalidade da instituição da defesa prévia no procedimento da ação de improbidade.

Assim, a inobservância da notificação prévia gera nulidade relativa que demanda demonstração de prejuízo pelo requerido, argumentando que a razão de sua instituição na ação de improbidade é a de evitar o nascimento de relação processual destituída de justa causa e, neste raciocínio, entendem que a defesa prévia é mais um mecanismo de resguardo da jurisdição do que um momento para o exercício do contraditório pelo requerido (GARCIA; PACHECO, 2013, p. 1957-1958).

Compartilhando do entendimento de que não se desrespeita o devido processo legal e que não haverá maior prejuízo ao demandado, Rizzardo (2014, p. 665) argumenta que a introdução do prazo para a defesa preliminar “na verdade não se coaduna com a finalidade da Lei nº 8429/92, em tempo quando se invocam, cada vez mais, medidas destinadas a combater a corrupção e a impunidade, buscando o resgate da seriedade com o trato da coisa pública[...]”

Daniel Neves e Rafael Oliveira (2014, p. 362-363) explicam que o procedimento da notificação prévia causa um retardamento, advindo prejuízos, visto que a demora pode influenciar negativamente na colheita de provas que pode se perder em razão do tempo; afirmam que a duplicidade de defesas é absolutamente desnecessária e que a fase de defesa prévia pode se revelar prejudicial ao acusado ao argumento de que se houver decisão favorável ao recebimento e prosseguimento da ação, ficaria a impressão de que o réu é culpado e, assim, o recebimento da petição inicial após a apresentação de defesa prévia não ajudaria à preservação da imagem do réu.

Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Boletim dos Procuradores da República nº 76, setembro 2007) em seu artigo intitulado “Algumas reflexões sobre a fase de defesa preliminar no processo de improbidade administrativa” questiona se essa fase de juízo de admissibilidade seria uma garantia para a defesa do acusado, com obrigatoriedade do contraditório, ou uma garantia para a jurisdição, sendo o contraditório, de acordo com as circunstâncias, dispensado.

Dessa forma, Queiroz (2007, p. 4-5) defende que a defesa prévia é garantia para a jurisdição, qual seja, de evitar o nascimento de uma relação processual destituída de justa causa, do que um mecanismo de defesa do agente público.

Alega que na fase inicial vigora o princípio do *in dubio pro societate*, aplicável aos processos de direito sancionador e que na petição inicial o autor só está obrigado a apresentar um lastro probatório mínimo, rejeitar a ação nessa fase, quando o direito à prova plena só é produzido em fase posterior, é negar o direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) e o próprio princípio do contraditório sob a ótica do autor, que tem o direito de participação no processo, de produzir provas de suas alegações e de influir no julgamento final.

Em síntese, constatam-se duas linhas de pensamento, uma em que a defesa prévia é vista como garantia conferida aos demandados nas ações de improbidade, de modo que a supressão da fase configura nulidade insanável e esse contraditório preliminar comporia o devido processo legal inerente às ações de improbidade; suprimi-la tornaria o procedimento incompleto e violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outra, em que a defesa prévia é vista como garantia para a jurisdição e sua supressão geraria nulidade meramente relativa, dependendo de comprovação de prejuízos ao réu, o contraditório teria sido observado pelo oferecimento da contestação e se a ação teve prosseguimento e resultou em sentença condenatória, a finalidade de verificação da

viabilidade da inicial estaria superada e não haveria prejuízo aos réus.

### **3. JULGADOS DO STJ E ANÁLISE DO ENTENDIMENTO PACIFICADO**

É de grande relevância para o estudo proposto visualizar como tem sido o entendimento das turmas do Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade de se realizar a notificação prévia em ações de improbidade administrativa a fim de observar o procedimento em lei e, mais do que isso, efetivar o direito fundamental ao contraditório. A partir dos julgados poder-se-á discutir se a postura adotada tem sido compatível com o atual modelo de processo democrático.

Inicialmente, a Primeira Turma do STJ entendia pela nulidade absoluta do processo caso não houvesse notificação prévia para oportunizar a apresentação de defesa prévia. Neste sentido, colaciona-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. DEFESA PRELIMINAR. ARTIGO 17, § 7º, DA LEI Nº8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A inobservância do contraditório preambular em sede de ação de improbidade administrativa, mediante a notificação prévia do requerido para o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de

quinze dias (§ 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92), importa em grave

desrespeito aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do due process of law. Precedente do STJ: AgRg na MC 8089/SC, DJ de 30.06.2004.

[...]

4. Nesse segmento, a interpretação do § 7º, do art. 17, da Lei 8.429/92 não pode se distanciar dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do due process of law, oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, o oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias, notadamente porque a inserção do contraditório preambular, inserto no mencionado dispositivo legal, além de proporcionar ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, possibilita ao magistrado na fase posterior, cognominada "juízo prévio de admissibilidade da ação", proceder ao recebimento da petição inicial ou a rejeição da ação civil pública de improbidade (§§ 9º e 10, do art. 17, da Lei 8.429/92).

[...]

6. Recurso especial provido.

(REsp 883795/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 11/12/2007, DJe 26/03/2008)

Por outro lado, a Segunda Turma do STJ sempre entendeu que a ausência de notificação para a defesa prévia é causa de nulidade relativa que depende da comprovação de prejuízo pelo réu. Neste raciocínio:

PROCESSUAL CIVIL E  
IMPROBIDADE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.  
ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992.

INEXISTÊNCIA. AMPLA DEFESA ASSEGURADA NO RITO ORDINÁRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público propôs Ação Civil Pública imputando aos réus ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 9º, XI, da Lei 8.429/1992, em razão de apropriação indevida de valores repassados pelo Município de Araçatuba para entidade associativa, a título de subvenção.

2. O Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido, condenando os recorridos ao ressarcimento do Erário e aplicando-lhes as sanções legais. O Tribunal de origem, contudo, deu provimento à Apelação por entender que a ausência de notificação prévia constitui nulidade absoluta e, na sequência, declarou a prescrição.

3. A ausência da notificação prévia tratada no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia pas de nullité sans grief. Precedentes do STJ.

4. Na hipótese, os réus foram validamente citados e tiveram assegurado o direito à ampla defesa, tendo o Juízo de 1º Grau concluído pela procedência do pedido deduzido pelo Parquet. Proferida a sentença condenatória após regular tramitação pelo rito ordinário, fica superado o juízo liminar de mero recebimento da petição inicial, razão pela qual não há falar em nulidade.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1174721/SP 2009/0250030-0,

Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j.

27/04/2010, DJe 29/06/2010)

Posteriormente, a Primeira Turma reviu seu posicionamento, adotando o mesmo entendimento aplicado pela Segunda Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA PENA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A não observância da notificação prévia, em cumprimento ao artigo 17, parágrafo 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, não gera nulidade dos atos processuais seguintes quando não demonstrado o efetivo prejuízo (REsp nº 1.184.973/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, in DJe 21/10/2010 e REsp nº 1.174.721/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, in DJe 29/6/2010).

2. Reconhecida no acórdão impugnado a prática de ato de improbidade administrativa, bem como fixada a sanção em observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fático-probatório, vedado na instância especial.

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado nº 7).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1127400/MG 2009/0043646-6, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, j. 08/02/2011, DJe 18/02/2011)

Ainda sobre a pacificação de entendimento no STJ, importante destacar:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA (ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/92). DESCUMPRIMENTO DA FASE PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE OPORTUNA E EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS. ORIENTAÇÃO PACIFICADA DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL PROVIDOS.

1. O tema central do presente recurso está limitado à análise da eventual nulidade nos casos em que não for observado o art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, relacionado à notificação do acusado para apresentação de defesa preliminar em sede de ação de improbidade administrativa.

2. A referida regra foi claramente inspirada no procedimento de defesa prévia previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, que regula o processo e o julgamento "dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos". Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento que o eventual descumprimento da referida fase constitui nulidade relativa: HC 110.361/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 31.7.12; HC 97.033/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje de 12.5.09.

**3. Efetivamente, as Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior divergiam sobre o tema, pois a Primeira Turma afirmava que o desrespeito ao comando do dispositivo legal significaria a inobservância do contraditório preliminar em ação de improbidade administrativa, o que importaria em grave desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal. Por outro lado, a Segunda Turma entendia que a inexistência da notificação prévia somente**

**configuraria nulidade caso houve comprovação de prejuízo em razão do descumprimento do rito específico. (grifo nosso)**

4. É manifesto que o objetivo da fase preliminar da ação de improbidade administrativa é evitar o processamento de ação temerárias, sem plausibilidade de fundamentos para o ajuizamento da demanda, em razão das graves consequências advindas do mero ajuizamento da ação. Entretanto, apesar de constituir fase obrigatória do procedimento especial da ação de improbidade administrativa, não há falar em nulidade absoluta em razão da não observância da fase preliminar, mas em nulidade relativa que depende da oportuna e efetiva comprovação de prejuízos.

[...]

7. No caso dos autos, o Tribunal de origem expressamente consignou que a nulidade apontada pelo descumprimento do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, é relativa e que não houve indicação ou comprovação de prejuízos em razão do descumprimento da norma referida. 8. Embargos de divergência providos

(EREsp 1008632 RS 2008/0232606-6, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/02/2015, DJe 09/03/2015)

A convergência de entendimento das turmas do STJ a respeito da ausência de notificação para oportunizar a defesa prévia culminou na elaboração da Jurisprudência em teses nº 38, de 5 de agosto de 2015, constituída de 14 teses sobre a improbidade administrativa, sendo relevante destacar:

4) A ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta

nulidade processual se houver comprovado prejuízo (pas de nullité sans grief).

5) A presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do in dubio pro societate. (STJ, 2015)

Essa consolidação da jurisprudência do STJ no sentido de que a ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar somente incorrerá em nulidade relativa do processo, havendo a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo ao réu, demonstra a valorização da celeridade processual em detrimento dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e revela uma judicialização por parte do STJ que invade a competência do legislador ao promover uma revogação de fato da notificação prévia, podendo ocasionar um preocupante estímulo à ausência de notificação prévia nas instâncias judiciais inferiores.

Discorda-se do entendimento adotado pelo STJ visto que não se coaduna com o modelo processual instituído com a Constituição Federal de 1988, qual seja, o processo democrático em que a participação das partes na construção do provimento jurisdicional não pode ser obstaculizada nem afastada sob a argumentação de que há necessidade de comprovação de efetivo prejuízo pelo réu pela não oportunidade de apresentar a defesa prévia, haja vista, na

prática, ser difícil a demonstração do prejuízo. Viola, pois, seu direito fundamental a ampla defesa e contraditório.

Visualizados os posicionamentos doutrinários e o entendimento pacificado do STJ sobre a defesa prévia em ação de improbidade administrativa no sentido de que sua ausência configura mera nulidade relativa que necessita comprovação do prejuízo, tem-se como oportuno analisar os aspectos do processo democrático para se revisitar a defesa prévia a fim de que seja vislumbrada sob essa concepção de processo.

#### **4. REVISITAÇÃO DA DEFESA PRÉVIA SOB A ÓTICA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

Diante da atual concepção democrática de processo, instituída pela Constituição Federal de 1988, deve-se encarar a defesa prévia em ação de improbidade administrativa em consonância com os direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Nesta esteira, pelos argumentos doutrinários e o posicionamento do STJ acerca da ausência de defesa prévia nas ações de improbidade administrativa expostos nos capítulos anteriores, visualiza-se que a defesa prévia tem recebido uma leitura autoritária centrada em uma visão instrumentalista do processo, revelando uma incompreensão da mesma.

A teoria da relação jurídica processual com a ideia de instrumentalidade do processo em que este é visto como um instrumento para a realização da jurisdição é marcada pela figura do juiz solitário e com amplos poderes decisórios para prestar a jurisdição, revelando um protagonismo do magistrado, não se reconhecendo a importância da participação das partes. Explanando sobre os equívocos dessa teoria, Ommati (2017, p. 162-163):

E a expressão “prestar jurisdição” já revela seu caráter autoritário. O cidadão é visto como mero cliente e o Estado deve “prestar jurisdição” e não apresentar fundamentadamente, após todo um debate processual informado e conformado pelos direitos constitucionais, as razões pelas quais juridicamente o autor ou o réu tem razão. Nesse sentido, não haveria qualquer problema em diminuir o espaço-tempo processual de debate e discussão entre as partes, já que em um mundo em que tudo deve ser realizado rapidamente, também a jurisdição deve ser dada pelo Estado da forma mais rápida possível.

A manutenção dessa concepção do processo como relação jurídica, de subordinação das partes ao juiz que possui poderes acentuados e a interpretação do sistema processual advinda da mesma deve ser repensada, pois esta concepção quebra o equilíbrio processual.

Destarte, propõe-se uma ruptura com o padrão autoritário de decisão, do solitarismo judicante, apresentando uma leitura democrática da defesa prévia respaldada no modelo

de processo democrático, como garantia constitucional, assim, apontando-o na interpretação da defesa prévia para, conseqüentemente, propor a alteração da prática atual dos tribunais, visto que o modelo teórico orienta a prática.

Deixar de se oportunizar a defesa prévia na ação de improbidade administrativa ao argumento de se assegurar a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação é criar óbices à efetivação dos direitos à ampla defesa e contraditório. Acerca da duração razoável do processo na concepção neoinstitucionalista de processo, importante destacar a lição de Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 49-50):

Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como **meio** de os juízes fazerem **justiça rápida**, podendo imprimir uma inesperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma “razoabilidade” de senso comum e satisfazerem os fundamentos de uma **sociedade civil** pressuposta. Está-se vendo que o “processo” nessa obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer. Ora, o Processo, como instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do *status* democrático não paideico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma linguístico-discursivo por princípios autocríticos (*teoria neoinstitucionalista*), é interpretante que atua ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre a um *dever dia-alógico* (crítico) procedimental construtivo, reconstrutivo, desconstrutivo, afirmativo ou extintivo dos conteúdos de

legalidade que possam ameaça-lo ou lesá-lo (contrapor-se ao Processo).[...] Não há, nas democracias jurídico-político-processualizadas, celeridade sem **ampla** defesa (esgotamento da *cognitio*) e isonomia (simétrica paridade de tempo procedimental e em direitos fundamentais já pré-cógnita e processualmente garantidos na base instituinte da constitucionalidade).

Há que se lembrar, ainda, dos “tempos mortos do processo”, expressão que significa “aqueles momentos procedimentais nos quais as partes já não podem mais atuar, ou seja, são aqueles momentos nos quais é dever do Estado “movimentar” o procedimento” (OMMATI, 2017, p. 193).

A celeridade processual não pode ser alcançada com a violação aos princípios constitucionais que configuram o processo, neste caso, inobservando o procedimento que assegura um contraditório prévio ao réu. São diversas as causas da morosidade processual, dentre elas justamente os chamados “tempos mortos do processo”, estrutura defasada do próprio Estado, complexidade de algumas demandas que necessitam de uma discussão processual ampla.

Corroborando esse entendimento, as sábias palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho (2004, p. 117):

A restrição de quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em tempo razoável, é estimular o arbítrio, fomentar a insegurança

jurídica e escarnecer da garantia fundamental do povo ao devido processo legal, em suma, deslavada agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.

Levando-se em consideração que a ação civil de improbidade administrativa pode gerar sanções de natureza político-patrimonial muito severas para o réu, vislumbra-se a relevância da existência de um contraditório prévio efetivo, com a possibilidade de o demandado influir e participar da construção do provimento final.

A teoria neoinstitucionalista do processo trabalha os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia como princípios institutivos do processo, apontando a necessidade da dialogicidade entre as partes que possuem o direito-garantia de se manifestarem e ausente o contraditório o processo perderia sua base democrático-jurídico-principiológica. (LEAL, 2009, p. 97).

Neste sentido, oportunizar a defesa prévia é permitir a dialogicidade, característica importante do modelo de processo democrático, perfil traçado pela CF/88 que demonstrou grande preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. No atual contexto do processo civil brasileiro não se pode vislumbrar um provimento final que não foi construído com a plena discussão dos pontos controvertidos em contraditório.

A teoria Fazzalariana já anunciava a importância do contraditório ao defender o processo como procedimento em

contraditório, com a ideia da simétrica paridade e participação dos interessados na formação do provimento que os afetarão (FAZZALARI, 2006, p. 94).

Acerca da compreensão do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p.127) ensina que:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Assim, o princípio do contraditório não deve mais ser considerado apenas sob a dimensão formal, que consiste no direito de ter ciência dos atos processuais e falar, deve ser observado também sua dimensão substancial, que consiste no direito de poder influenciar e participar na construção da decisão final. O contraditório substancial é exigência do processo democrático e, neste raciocínio, o demandado deve ter assegurado o direito à consideração de seus argumentos.

Desta forma, a supressão da notificação prévia para que o demandado em ação de improbidade possa apresentar suas justificações e documentos viola o direito de ter seus

argumentos devidamente considerados no juízo prévio de admissibilidade da inicial, desconsidera o procedimento estabelecido na Lei 8429/92 e retira a participação e influência do demandado na construção da decisão, que pode resultar na rejeição da ação, e assim, afrontando o princípio do contraditório não apenas sob o aspecto formal, mas também sob a ótica substancial.

Para o devido processo legal na ação de improbidade administrativa é imprescindível que seja oportunizada a apresentação da defesa prévia e que esta seja efetivamente considerada pelo magistrado, que os argumentos e documentos sejam analisados com a manifestação sobre todos os fundamentos deduzidos pela parte, para que em decisão fundamentada, o magistrado decida pelo recebimento ou rejeição do pedido. Uma decisão que efetivamente aprecie os argumentos, com a manifestação fundamentada do não acolhimento, pode inclusive, possibilitar ao demandado o direcionamento de sua defesa em sede de contestação, para que esta não seja mera repetição da defesa preliminar.

A ausência de notificação prévia e a necessidade de comprovação do prejuízo para a declaração de nulidade, entendimento pacificado na jurisprudência do STJ, revelam uma visão de instrumentalidade do processo e demonstram uma postura incompatível com as garantias do contraditório, ampla

defesa, devido processo legal que caracterizam o modelo de processo instituído pela CF/88 .

Em uma visão constitucional do processo como direito fundamental, Dierle Nunes (2008, p.27) defende uma perspectiva comparticipativa e policêntrica, sem que haja o protagonismo de qualquer sujeito processual (afastando o dogma do protagonismo judicial), ao contrário, que haja a participação de todos os sujeitos processuais com discussão de argumentos normativos para a formação da decisão mais adequada em um espaço público processual embasado nos princípios constitucionais, destacando o contraditório como garantia de influência e de não surpresa.

Ainda, consoante Dierle Nunes (2008, p. 14-27), o processo não deve ser entendido como um entrave e sim como uma garantia, inaugurando uma “concepção garantística do processo” e, nessa proposta, busca a implementação de um processualismo constitucional democrático, em que as decisões não são construídas solitariamente pelos juízes, apontando que as interpretações do sistema processual devem realizadas sob essa ótica.

A defesa prévia deve ser oportunizada e revisitada no contexto contemporâneo de processo comparticipativo, cooperativo, em que as partes exercem um contraditório pleno,

efetivo, prévio à construção das decisões judiciais, para que estas sejam democraticamente construídas.

Mais uma vez, merece destaque as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 188):

Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo. A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença. Os resultados dela não são desprezíveis. Por ela os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade, poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.

É importante que os tribunais brasileiros deixem de ver o processo como instrumento da jurisdição e passem a ver o processo como direito fundamental dos cidadãos, garantindo sua efetiva influência em qualquer tomada de decisão, o que, aliás, está de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Acerca da visão contemporânea de processo que deve orientar a prática jurídica, destacam-se as palavras de Ommati (2017, p. 175) ao dizer que “em democracia a interpretação e a

aplicação do Direito são sempre atividades compartilhadas por todos aqueles que serão afetados pela decisão estatal.”

Visualizadas as perspectivas sobre o processo democrático, constata-se que a defesa prévia é de suma importância para a garantia da ampla defesa e contraditório assegurados ao réu, não se podendo falar em nulidade relativa ou prescindibilidade da mesma, reduzindo o diálogo processual que propicia o debate processual a pretexto de celeridade processual como se o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa pudesse ser negociado em detrimento da defesa do réu.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei 8429/92, em seu artigo 17, §7º, estabelece que nas ações de improbidade administrativa, à semelhança do disposto para os crimes funcionais, haverá notificação para o demandado apresentar defesa prévia, expondo seus argumentos e documentos para que, completado esse contraditório prévio o juiz decida pelo recebimento ou rejeição da petição inicial. A principal finalidade é evitar que prossigam acusações injustas ou sem justa causa.

Explanados alguns entendimentos doutrinários acerca da necessidade ou não de se oportunizar a notificação para apresentação defesa prévia, observaram-se argumentos de que a defesa prévia prolongaria o processo, podendo, inclusive,

prejudicar a colheita de provas, bem como, que não se trata de garantia para o demandado, mas sim uma garantia para a jurisdição.

Pela análise de julgados do STJ verificou-se como a questão tem sido tratada por este tribunal que culminou no entendimento pacificado de que a ausência de defesa prévia em ação de improbidade administrativa gera nulidade relativa, dependendo da comprovação de prejuízo.

Expostas a análise doutrinária e de julgados do STJ, argumentou-se que não se pode suprimir os momentos lógico-temporais da cognição e conseqüentemente restringir a participação do demandado na construção da decisão a ser tomada como uma solução prática para alcançar a celeridade processual.

Por tudo que foi exposto, a questão da defesa prévia em improbidade administrativa não pode ser encarada como um procedimento que prolonga o processo, causando entraves à celeridade processual, como mera fase dispensável que, se não oportunizada, somente poderá gerar nulidade relativa, a depender da comprovação da existência de efetivo prejuízo; este já estaria configurado ao ser negado ao demandado um papel ativo de poder ofertar seus argumentos e documentos e de que estes sejam considerados quando da decisão que recebe ou rejeita a petição inicial, fazendo-se uma

leitura respaldada na perspectiva de processo constitucional democrático.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 18 abr 2018

BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 de junho de 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. O Procedimento Especial da Ação de Improbidade (Medida Provisória 2.088). **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 1.ed. Campinas, Bookseller, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjetural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *In Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Edição Especial, 2008, p.13-30. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf> Acesso em 18 abr 2018

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal**. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Algumas reflexões sobre a fase de defesa preliminar no Processo de Improbidade Administrativa. **Boletim dos Procuradores da República** nº 76. Set 2007., p. 4-5. Disponível em: <http://www.fundacaopedrojorge.org.br/wordpress/?p=198> Acesso em 12 mar 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 883795/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 11/12/2007, DJe 26/03/2008 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8686674/recurso-especial-resp-883795-sp-2006-0195922-2/inteiro-teor-13726808> Acesso em 12 mar 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1174721/SP 2009/0250030-0, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 27/04/2010, DJe 29/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139624/recurso-especial-resp-1174721-sp-2009-0250030-0/inteiro-teor-19139625> Acesso em 12 mar 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 1127400/MG 2009/0043646-6, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, j. 08/02/2011, DJe 18/02/2011 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18295297/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1127400-mg-2009-0043646-6-stj/relatorio-e-voto-18295299> Acesso em 12 mar 2018

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Divergência em Recurso Especial 1008632 RS 2008/0232606-6, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/02/2015, DJe 09/03/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178438120/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1008632-rs-2008-0232606-6> Acesso em 12 mar 2018.

# **AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS EM DIREITOS HUMANOS: PROCESSO DE DESCOLONIZAÇÃO DOS TERRITÓRIOS AUTÔNOMOS**

## **SELF-DETERMINATION OF PEOPLES IN HUMAN RIGHTS: PROCESS OF DECOLONIZATION OF AUTONOMOUS TERRITORIES**

*James Weissmann*

### **RESUMO**

Estuda-se os direitos humanos dos povos na seara dos territórios autônomos ou sem governo próprio a partir do processo de colonização a par do texto da Convenção de Berlim de 1885. Discorrendo sobre aspectos político-jurídico-históricos, questiona-se a violação dos direitos humanos dos povos colonizados em dois momentos, adotando-se como marco referencial teórico a Carta da ONU de 1945. A pesquisa está baseada em estudos bibliográficos, legislativos e doutrinários, com revisão dos tratados, pactos, convenções e resoluções internacionais. As conclusões ofertadas apontam que as providências internacionais dos Estados-Membros no entorno dos direitos humanos estão aquém do mandamento internacional convencionado e não se dignam em dar aplicabilidade ao novo modelo proposto com a efetiva autodeterminação dos povos.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Autodeterminação. Descolonização.

## **ABSTRACT**

The human rights of the peoples are studied in the harvest of autonomous territories or without proper government from the process of colonization alongside the text of the Berlin Convention of 1885. By talking about political-legal-historical aspects, the violation of human rights of peoples colonized is questioned in two moments, adopting as a theoretical benchmark the UN political charter of 1945. The research is based on bibliographical, legislative and doctrinal studies, with revision of the treaties, pacts, conventions and international resolutions. The conclusions offered indicate that the international provisions of the Member States in the surroundings of human rights fall short of the international commandment agreed and do not deign to give applicability to the proposed new model with the effective Peoples ' Self-determination.

**Key words:** Human Rights. Self-determination. Decolonization.

## **INTRODUÇÃO**

Constitui objeto de investigação desta pesquisa científica estudo sobre a colonização dos territórios não autônomos ou sem governo próprio, a partir dos termos formalizados por potências mundiais reunidas na Conferência de Berlim em 1885, passando pelo novo paradigma estipulado na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1945, que impõe o procedimento de descolonização segundo a orientação dos Art. 73 e 74, aperfeiçoados pelos Pactos de

Nova York de 1966 e as Resoluções da Assembleia Geral 1.514, 1.541 e 2.625.

Serão abordadas questões relativas aos direitos humanos em período anterior e posterior a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1945, adotando-se como marco referencial teórico seus Art. 73 e 74 que tratam da descolonização e autodeterminação dos povos. A escolha do tema se justifica face o desrespeito aos direitos humanos e fundamentais dos povos colonizados pelos Estados-administradores nos continentes africano e asiático, em total afronta a dignidade da pessoa humana.

Questiona-se, nesse palco até então conflituoso, a violação de direitos humanos e fundamentais dos povos e territórios colonizados nos continentes africano e asiático em dois momentos históricos, um anterior e outro posterior a vigência da Carta da ONU de 1945, que prevê em seus Art. 73 e 74, a autodeterminação dos povos pelo procedimento da descolonização e reconhecimento como Estado autônomo, soberano e independente.

Pretende-se com este trabalho contribuir com a exposição de ideias baseadas nos direitos humanos e garantias fundamentais dos povos e territórios, externados na Carta da ONU de 1945 e ampliação desta proposta de debate no espaço

da democracia internacional como resposta ao desafio do problema questionado.

Na primeira parte, far-se-á uma abordagem sobre as bases da colonização levada a efeito por potências mundiais após a Convenção de Berlim de 1885 (ou Convenção do Congo) e suas consequências sobre os direitos humanos e o surgimento modesto do princípio da autodeterminação dos povos. Na segunda parte, depois de perpassar pelo problema da colonização, trata-se de marcar alguns avanços rumo ao processo de descolonização pós Carta da ONU de 1945, Resoluções, os Pactos de Nova York firmados em 1966 e tratados internacionais acerca dos deveres dos Estados-administradores dos territórios colonizados. Por fim, serão abordados aspectos negativos relativos as poucas providências e omissões dos Estados-membros para assegurar efetividade a ordem da descolonização, reconhecimento de novos Estados, em importantes territórios dos continentes africano e asiático, palco de intermináveis conflitos humanitários e do maior processo de colonização mundial.

A par do referencial paradigmático do processo de descolonização a partir da Carta da ONU de 1945, as conclusões desta pesquisa denunciam que as providências internacionais dos Estados-Membros menosprezam a força normativa dos tratados internacionais convencionados,

especialmente a proposta de efetiva autodeterminação dos povos e reconhecimento de novos Estados independentes.

Empregar-se-á neste trabalho o raciocínio dedutivo, partindo-se do estudo da violação dos direitos humanos e fundamentais, dos povos e territórios, de forma ampla para o estudo específico do tema problema vinculado as providências que deveriam ser adotadas pelos Estados-membros da ONU perante os povos e territórios colonizados a fim de assegurar-lhes a autodeterminação prevista nos Art. 73 e 74.

## **1 COLONIZAÇÃO NA CONVENÇÃO DE BERLIM DE 1885**

Os primeiros contatos entre os países europeus e os reinos africanos, desde a idade média, tiveram caráter comercial. A dominação territorial e política ocorreu posteriormente, após conflitos decorrentes de litígios entre diversos países europeus, fato que culminou com a Conferência de Berlim.

Aos 26 de fevereiro de 1885, em Berlim, foi redigida uma ata geral entre a França, a Alemanha, a Áustria-Hungria, a Bélgica, a Dinamarca, a Espanha, os Estados Unidos, a Grã-Bretanha, a Itália, os Países Baixos, Portugal, a Rússia, a Suécia, a Noruega e a Turquia, para regulamentar a liberdade do comércio nas bacias do Congo e do Níger, e novas

ocupações de territórios sobre a costa ocidental da África. Este documento ficou conhecido como Convenção de Berlim ou Convenção do Congo, segundo a qual, esses Países se autodeclararam munidos de plenos poderes julgados de boa e devida forma, para, sucessivamente, discutir e adotar, dentre outras: (1) uma declaração referente à liberdade do comércio na Bacia do Congo, (2) uma declaração concernente ao tráfico dos escravos e às operações que, por terra ou por mar, forneçam escravos para tráfico. (3) uma declaração introduzindo nos relatórios internacionais, regras uniformes referentes às futuras ocupações no continente africano.

Países colonizadores signatários da Convenção cometeram uma barbárie contra a humanidade por meio de invasões no continente africano, apoderamento de territórios, exploração de recursos naturais, genocídio, escravidão e tráfico de pessoas, sob o manto deste tratado, que trazia em seu texto nos Art. 34 e 35 a autorização para “aquisição de territórios”, sendo-lhes assegurado o “direito adquirido” por meio de uma simples ata de notificação às demais “Potências” signatárias da referida Convenção.

Os atos cometidos pelos países europeus no período de colonização causa espanto na medida em que confrontam com os textos clássicos de John Locke (1689), fontes dos direitos humanos, como a "Carta sobre a tolerância" de 1689: “Quem

for descuidado com sua própria salvação dificilmente persuadirá o público de que está extremamente preocupado com a de outrem”, o "Tratado sobre o governo civil" de 1690: “Liberdade é característica da natureza do homem e consiste na livre autoridade e livre disposição sobre sua vida e seus bens”, a Declaração do Estado da Virgínia, proclamada aos 12 de junho de 1776: “Art. 1º. Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade”, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, outorgada aos 4 de julho de 1776: “Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade” e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada aos 26 de agosto de 1789: “Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, de caráter universalista por tratar de direitos do homem, com o lema da Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Ao completar três décadas da vigência da Convenção de Berlim eclode a primeira grande guerra mundial e novos tratados foram estabelecidos após este evento.

## 2 PACTO DAS NAÇÕES UNIDAS: ASCENÇÃO E QUEDA

Após a primeira grande guerra mundial, 1914-1918, por proposta do presidente dos Estados Unidos Woodrow Wilson, surge o sistema da Liga das Nações, ou Pacto da Sociedade das Nações, com sede em Genebra<sup>3</sup>. Nessa época, ocorreu a fragmentação de territórios, a exemplo do Império Austro-Húngaro e Russo. À Áustria foi reconhecida sua independência. Surge de forma tímida o princípio da autodeterminação (*self-determination*). Reconheceu-se com o pacto a promoção do desenvolvimento e bem-estar de colônias e povos de territórios ainda não aptos a serem independentes, exceto os territórios aliados.

No setor social, a Liga das Nações logrou resultados inicialmente satisfatórios, houve melhoria das condições de trabalho, apoio a países menos favorecidos economicamente, apoio aos refugiados, foi criada com sede em Haia a Corte Internacional de Justiça.

---

<sup>3</sup> Foram signatários como fundadores: Estados Unidos da América, Bélgica, Bolívia, Brasil, Império Britânico, Canadá, Austrália, África do Sul, Nova Zelândia, Índia, China, Cuba, Equador, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Hedjaz, Honduras, Itália, Japão, Libéria, Nicarágua, Panamá, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Estado Sérvio – Croata – Esloveno, Sião, Tcheco-Eslováquia, Uruguai.

A primeira grande guerra mundial foi oficialmente encerrada com a assinatura do estatuto da Liga das Nações e do tratado de Versalhes em Paris, 28 de junho de 1919, considerado pela Alemanha como *diktat*, um tratado de *imposição* face a perda de parte de seu território para países fronteiriços, perda das colônias sobre os oceanos, perda das colônias sobre o continente africano e indenizações pecuniárias pelos prejuízos decorrentes da guerra. Referido tratado foi ratificado pela Liga das Nações aos 10 de janeiro de 1920. Aos territórios derrotados e sem soberania de outro Estado, aplicou-se o sistema de mandatos, criado pela Liga das Nações, que previa em seu Art. 22 a existência de comunidades submetidas a um regime especial, consistente na tutela de outro Estado, que as administrava na condição de mandatário e agia em nome da Liga. Leciona Mazzuoli (2009a) que o sistema de mandato previsto no Art. 22 havia sido instituído para impedir que as potências vencidas na Primeira Guerra (principalmente Alemanha e Turquia) continuassem a exercer domínio sobre os territórios que até então possuíam, submetendo-os a um regime especial de administração sob a responsabilidade de um Estado mandatário.

Uma das propostas da Liga das Nações consistia na redefinição da política colonialista, levando em consideração o interesse dos povos colonizados, todavia, a ascensão de regimes

totalitários no continente europeu pesou contra o sistema da Liga das Nações, explicando parte de seu fracasso como organismo de pacificação ou prevenção de novos conflitos. A primeira conferência da Liga das Nações, fundada pelos países vencedores da primeira guerra mundial, ocorreu em 1920, porém, logo em 1923, tropas da França e Bélgica invadiram a região alemã da Renânia, com a finalidade de obter compensação financeira decorrente da guerra e derrota da Alemanha, relata Fischer (2003). Esse episódio revelou de plano uma ineficiência da jovem organização que assumiu o compromisso de manter a paz mundial.

A Alemanha, com a ascensão de Adolf Hitler, a partir de 1935, praticou atos que agravaram a fragilidade do sistema da Liga das Nações, descumpriu sanções impostas pelo tratado de Versalhes e fomentou a indústria de armas. A Itália, governada pelo fascista Benito Mussolini invadiu o território da Etiópia e sofreu sanções da Liga das Nações, porém, a autoridade do organismo foi ignorada por conta de auxílio econômico alemão à Itália. Em 1936, eclodiu a guerra civil espanhola. Italianos e alemães nazistas apoiaram o golpe de estado em julho de 1936, ato integrado pelo ditador general Francisco Franco Bahamonde. O sistema da Liga das Nações mostrou-se impotente para atuar contra os governos totalitários,

prevenir conflitos e cumprir com o mister precípua de preservar a paz mundial.

O sistema da Liga das Nações não foi capaz de evitar a segunda grande guerra mundial, quando então, outro pacto estabelecendo novos mecanismos de cooperação foi firmado para “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”.<sup>4</sup>

### **3 AUTODETERMINAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA LIGA DAS NAÇÕES**

O princípio de se instituir a paz e a segurança entre os povos restou firmado no Art. 8º. do Pacto Liga das Nações, onde os Membros da Sociedade reconheceram que a manutenção da paz exigia redução dos armamentos nacionais ao mínimo compatível com a segurança nacional e com a execução das obrigações internacionais impostas por uma ação comum; assegurou-se no Art. 22, de forma modesta, o princípio da autodeterminação: “Certas comunidades que outrora pertenciam ao Império Otomano, atingiram tal grau de desenvolvimento que sua existência como nações independentes pode ser reconhecida provisoriamente”. Foram estipuladas providências pequenas face às necessidades da população territorial dominada. Nos Art. 23 e 25, os signatários se comprometeram a manter condições de trabalho equitativas e

---

<sup>4</sup> Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945.

humanas entre homens e mulheres, tratamento equitativo das populações indígenas, fiscalização geral dos acordos relativos ao tráfico de mulheres e crianças, adoção de medidas para prevenir e combater moléstias, melhoramento da saúde e alívio do sofrimento no mundo.

Inegável que o direito de autodeterminação e o direito à não-discriminação de minorias previsto no pacto Liga das Nações contribuiu de forma modesta para o desenvolvimento dos direitos humanos, mas serviu de base para aperfeiçoamento das regras posteriores que permitiram aos territórios colonizados alcançarem a independência das metrópoles europeias colonizadoras após a segunda guerra mundial.

Paralelo a estes acontecimentos os direitos econômicos sociais e culturais (DESC), chamados de direitos de segunda geração, faziam parte do contexto histórico e jurídico à época da colonização e período da primeira grande guerra mundial. Inserido na Constituição Francesa de 1791, estes direitos eram tratados como deveres do Estado em relação a crianças abandonadas, pobres, enfermos e inválidos: “Será criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e provar trabalho aos pobres válidos que não o teriam

achado”, e instrução pública gratuita: “Será criada uma instrução pública comum a todos os cidadãos”.

Os direitos econômicos, sociais e culturais se instalaram com maior clareza a partir do novo paradigma das Constituições sociais, como a Constituição do México de 1917, a Declaração de Direitos da Rússia de 1918, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição brasileira de 1934. Internacionalmente, os direitos aqui abordados, considerados não-vinculantes equiparados a normas de “Soft-law”<sup>5</sup>, foram tratados de forma satisfatória apenas quando da promulgação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmados no ano de 1966 em Nova York.

#### **4 AUTODETERMINAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA CARTA DA ONU**

O desenvolvimento dos direitos humanos está intimamente ligado ao processo de descolonização com base no direito à autodeterminação dos povos, princípio registrado no Art. 1º., item 2 da Carta da ONU de 1945: “Os propósitos das

---

<sup>5</sup> DJ Harris explica que *Soft law* consiste em documentos escritos que contém regras de conduta que não são criadas para serem legalmente vinculantes, de modo que não estão sujeitas ao direito dos tratados e não geram a *opinion juris* necessária para que sejam práticas estatais que contribuem para um costume. In: HARRIS, Cases and Materials on International Law, p. 62, in: OLIVEIRA, Márcio Luís de. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p.187

Nações Unidas são: 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”.

Cançado Trindade (2004) comenta de forma positiva o fenômeno irreversível da descolonização quando afirma:

Em perspectiva histórica, têm militado, em prol da asserção dos direitos humanos, fatores como, e.g., o fenômeno da descolonização e o reconhecimento dos direitos dos povos e da nova dimensão do direito de autodeterminação, o caráter público e aberto dos debates no seio das Nações Unidas, as crescentes presença e influência das organizações não-governamentais e outras entidades da sociedade civil nos foros internacionais multilaterais, a democratização (ou redemocratização) de muitos Estados, os avanços nas comunicações e na educação formal e não-formal em direitos humanos, e, sobretudo, a crescente conscientização - em escala mundial - da onipresença dos direitos humanos.

Com o fim da Liga das Nações e diante das crescentes pressões internacionais em torno do reconhecimento do direito à liberdade dos povos, Lasmar (2006), aponta que nasceu a preocupação em se resguardar a garantia fundamental de autodeterminação à qual esses povos tinham direito.

Após a segunda grande guerra mundial, direitos fundamentais dos territórios foram reconhecidos pelas potências vencedoras quando inseriram na Carta o capítulo XI,

com dois Artigos apenas, 73 e 74, sob o título de “Declaração relativa a territórios sem governo próprio”. O princípio da autodeterminação, o direito de não exploração, o estímulo ao desenvolvimento, à pesquisa, à cooperação mútua, às ações de ordem social, econômica e científica foram assegurados no Art. 73 da Carta das Nações Unidas. Norma exemplar, mas não isenta de críticas, pois, segundo Mazzuoli (2017, p. 226) “nem a Carta em geral ou o art. 73 em particular conceberam um princípio revolucionário de liquidação imediata e radical do colonialismo no mundo”.

Em complemento às responsabilidades inseridas no Art. 73, o Art. 74 traz o princípio geral de boa vizinhança, devendo os Estados administradores adotar nos territórios colonizados a mesma política adotada em seus territórios metropolitanos em prol dos interesses e bem-estar do resto do mundo com relação a questões sociais, econômicas e comerciais. O tema destes dois artigos foi objeto de críticas por Mazzuoli (2017, p. 240, 242) quando em duas passagens argumentou:

Contudo, no art. 74, diferentemente do que ocorre com o art. 73, se percebe uma preocupação mais voltada para com o “bem estar do resto do mundo”, que propriamente para os territórios não autônomos. (...) Um problema prático, contudo, relativo à aplicação do princípio geral de boa vizinhança nas relações dos territórios não autônomos com os demais países, diz respeito à falta de previsão, pelo art. 74 da Carta, de mecanismos de controle da aplicação do dito princípio por

algum órgão das Nações Unidas. Em verdade, os Estados estrangeiros “não dispõem de qualquer instrumento eficaz capaz de assegurar a aplicação do art. 74”, o que dificulta o seu *enforcement* real, principalmente nas questões de índole econômica e comercial.

O tema em estudo também é retratado no Art. 76 da Carta das Nações Unidas quando prevê o favorecimento da paz e segurança, fomento do progresso político, econômico, social, educacional dos povos dos territórios tutelados, respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais sem distinção de qualquer natureza. Porém, o texto é exemplar, mas sem previsão de meios de execução. Não se pode negar que apesar das deficiências e críticas apontadas, posteriormente houve um avanço legislativo, objeto de aperfeiçoamentos por meio de novos instrumentos firmados pelos Estados-membros, a exemplo dos Pactos de Nova York de 1966.

Para compreender o processo de descolonização pelo qual várias colônias adquiriram ou recuperam a sua independência, seja por acordo entre a potência colonial e um partido político (ou coligação) ou movimento de libertação, que ganhou corpo com a Carta das Nações Unidas de 1945, mister uma leitura do texto dos Art. 75 a 85, por meio dos quais criou-se o sistema de tutela, em substituição ao antigo sistema de mandato criado pela Liga das Nações. Explica Mazzuoli (2009a) que se trata do instituto do “*trusteeship system*” ou

“sistema internacional de tutela”, que serviria para administrar e fiscalizar os territórios doravante tutelados que poderiam ser colocados sob tal sistema em consequência de futuros acordos individuais.

A Carta das Nações Unidas de 1945, em harmonia com seus propósitos, dentre outros, fixou no Art. 76 os objetivos básicos do sistema de tutela: **a)** assegurar, com o devido respeito à cultura dos povos interessados, o seu progresso político, econômico, social e educacional, o seu tratamento equitativo e a sua proteção contra todo abuso; **b)** desenvolver sua capacidade de governo próprio; **c)** consolidar a paz e a segurança internacionais; **d)** promover medidas construtivas de desenvolvimento; **e)** transmitir regularmente ao Secretário-Geral, para fins de informação, sujeitas às reservas impostas por considerações de segurança e de ordem constitucional, informações estatísticas ou de outro caráter técnico, relativas às condições econômicas, sociais e educacionais dos territórios pelos quais são respectivamente responsáveis e que não estejam compreendidos entre aqueles a que se referem os Capítulos XII e XIII da Carta.

O regime de tutela, nos termos do Art. 77 da Carta, foi aplicado por meio de acordos aos territórios sob mandato (a), aos territórios que possam ser separados de Estados inimigos em consequência da segunda guerra mundial (b) e aos

territórios colocados sob esse regime por Estados responsáveis pela sua administração (c). A partir de então, segundo a previsão do Art. 73, coube à ONU a tutela e a administração provisória dos territórios sem governo próprio até que esses povos adquirissem a condição de autogovernar. O sistema de tutela, diz o Art. 78, não seria aplicado aos territórios que tivessem adquirido assento na ONU: “O sistema de tutela não será aplicado a territórios que se tenham tornado Membros das Nações Unidas, cujas relações mútuas deverão basear-se no respeito ao princípio da igualdade soberana”. Dentre os objetivos do sistema de tutela, além de favorecer a paz e a segurança internacionais, o Art. 76 estabeleceu alcançar a sua extinção com a independência do território tutelado:

b) fomentar o progresso político, econômico, social e educacional dos habitantes dos territórios tutelados e o seu desenvolvimento progressivo para alcançar governo próprio ou independência, como mais convenha às circunstâncias particulares de cada território e de seus habitantes e aos desejos livremente expressos dos povos interessados e como for previsto nos termos de cada acordo de tutela;

Todavia, sem a fórmula para liquidação imediata do colonialismo, a Organização das Nações Unidas teve que seguir por mais de uma década nestas bases frágeis para implementar a descolonização, fragilidades amenizadas com os pactos de Nova York e resoluções do mesmo ano de 1960. Somando-se à

inconsistência dos termos da Carta, Lasmar (2006, p. 3-6) descreve que:

Em virtude do acirramento da guerra fria, o centro de gravidade das Nações Unidas esteve, em seus dez primeiros anos de funcionamento, no Conselho de Segurança, e foi marcado pela paralisia, devido ao uso do veto, e pelos debates em torno do alcance das competências e funções do Conselho de Segurança. (...) O caso da Indonésia tornou-se o primeiro caso relacionado a assuntos de descolonização tratado junto ao Conselho (...). Na segunda década (1955-1965), podemos destacar os crescentes esforços, principalmente no Âmbito da Assembleia Geral, em torno da descolonização como consequência do dismantelamento dos antigos impérios coloniais, cujo efeito mais imediato foi o grande aumento no número de participantes das Nações Unidas. Quanto à atuação do Conselho de Segurança, podemos destacar o conflito da ocupação do Canal de Suez em 1959, a questão das tropas soviéticas na Hungria em 1956, a descolonização da Tunísia em 1952 e da Argélia em 1955, a crise do Congo em 1960 (que foi a primeira grande intervenção da ONU na África, com o envio de uma força de manutenção da paz de 20.000 homens ao Congo), a criação da missão de observação para o Líbano e Jordânia (Unogil) em 1958, o enclave português de Goa, na Índia, em 1960, a independência do Iêmen em 1962, a tentativa de expulsão de Cuba da OEA diante da crise dos mísseis em 1962, a independência do Chipre em 1964 e o novo conflito em Caxemira em 1965.

Inúmeros conflitos ocorreram nesse período de guerra fria, marcado por vários processos de descolonização, a questão do *apartheid* na África do Sul, a independência da Namíbia em

1965 e as crises no Oriente Médio que permanecem indefinidas até os dias atuais. Em meio a esses entraves litigiosos, realizou-se em Teerã, 1968, a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, passagem histórica citada por Cançado Trindade (2006) ao comentar que:

Em nada surpreende que esta densa evolução tenha requerido, duas décadas após a adoção em Paris da Declaração Universal de 1948, uma reavaliação global da matéria, para também identificar os novos rumos a trilhar. Foi este o objeto da I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968), da qual resultou fortalecida a universalidade dos direitos humanos, mediante sobretudo a asserção enfática da indivisibilidade destes. Os países emergidos da descolonização em muito contribuíram para esta nova visão global, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, do racismo e discriminação racial.

A história foi marcada também pela Conferência de Bandung de 1955, onde os países europeus, colonizadores, arrasados por duas grandes guerras mundiais na primeira metade do século XX, estavam insolventes para manter o domínio econômico e militar de suas colônias. Somando-se a isso, tomaram corpo vários movimentos independentistas que foram organizados por meio da Convenção de Bandung, fato que compeliu os países colonizadores a acordar os termos de independência de várias colônias. Em meio a embates e questionamentos quanto a validade do sistema colonial e

quanto ao sistema de tutela, os participantes da Convenção estavam decididos a reconhecer a independência dos países submetidos a domínio colonial. Questionava-se a redação da Carta da ONU concisa e evitada de dúvidas quanto a definição de povo e princípios. Para os países socialistas a Carta da ONU apenas indicava princípios, sem estabelecer obrigações aos Estados-administradores. Os países anticolonialistas, por sua vez, insistiam na necessidade de pôr fim ao colonialismo.

Outra responsabilidade atribuída à paralisia da ONU no que diz respeito ao processo de descolonização estava intimamente relacionada com o poder de veto previsto no Art. 4. A admissão de um novo membro das Nações Unidas estava condicionada ao juízo da Organização, efetuada por decisão da Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. Em razão desse poder de veto, apenas nove Estados foram admitidos a tomar assento nas Nações Unidas no período compreendido entre 1946 e 1954.

Avanços ocorreram até a celebração dos Pactos de Nova York de 1960 e a promulgação das Resoluções 1514 e 2625. Exemplifica Lasmar (2006) ao citar como sinal desse progresso que, em 1950 na composição das Nações Unidas estavam presentes 50 Estados, em 1960 somavam 119, sendo que 50 eram antigas colônias.

A base do Sistema Global de Direitos Humanos da ONU é formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais - PIDSEC, chamada pela doutrina de *Bill of Rights* (Declaração de Direitos).

A matéria acerca dos direitos humanos foi tratada com maior seriedade e compromisso a partir da Carta da ONU de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, matéria aperfeiçoada posteriormente com os dois Pactos de Nova York de 1966 (PIDCP e PIDSEC). Sobre o tema, Cançado Trindade ensina que:

Uma vez lançada a semente da internacionalização, -e com ela o ideal da universalização, - em pouco tempo se frutificaria em numerosos tratados e instrumentos de proteção, alguns de caráter geral, outros voltados a situações concretas, ou a condições humanas específicas, ou a determinados grupos em necessidade especial de proteção. Os tratados e instrumentos de proteção se desenvolveram, em suma, como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos. Com a multiplicidade dos instrumentos internacionais de proteção (tratados gerais, convenções "setoriais", procedimentos baseados em resoluções, em níveis global e regional), reconheceu-se a complementaridade de tais instrumentos mediante um processo de interpretação reforçado posteriormente pela construção jurisprudencial convergente dos órgãos internacionais de supervisão.

Após a Convenção de Bandung de 1955, a ruptura com o paternalismo colonial teve início em 1956, com as pressões diplomáticas da ONU sobre Portugal para que reconhecesse o direito à autodeterminação e à independência das suas colônias. Por ocasião da XV sessão da Assembleia Geral em 1960, a ONU Unidas proclamou várias Resoluções que estavam estreitamente relacionadas com a recusa portuguesa em aceitar as decisões sobre o fornecimento de informações quanto às condições de vida nos seus territórios não autônomos conforme a previsão inscrita na citada alínea “e” do Art. 73.

Portugal tomou assento na ONU em dezembro de 1955, em fevereiro de 1956 o secretário-geral enviou uma carta ao Governo português inquirindo-o se administrava territórios não autônomos. O Governo português respondeu indicando que não tinha territórios que pudessem ser qualificados como tal e que não tinha a obrigação de transmitir as informações solicitadas na forma do Art. 73. Esta resposta pôs em evidência uma das fragilidades da ONU, objeto de críticas citadas, que foi confrontada com diversas interpretações quanto ao conceito de territórios não autônomos. Em 14.12.1960, por ocasião da XV Assembleia geral, foi proclamada a Resolução 1.514, sob o título de “Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais”, conhecida como a “Carta da Descolonização”, que dispensou nos seus 7 itens tratamento

indistinto para “territórios não autônomos” e “territórios sob tutela” exigindo a independência imediata desses países e povos coloniais.

Os princípios VII e IX da Resolução 1.541 (1960) que estabeleciam a forma em que o direito à autodeterminação deveria se concretizar. Havia previsão de um procedimento democrático para escolha livre e voluntária dos povos do território envolvido. Considerando o grande número de territórios que alcançaram a independência depois da década de 1960, as resoluções mencionadas se constituíram como um agente catalisador para o fim do sistema colonial.

Somando aos anseios do abandono do colonialismo e reafirmando o princípio da autodeterminação, foi proclamada a Resolução 2.625 (XXV), sob o título de “Declaração sobre Princípios de Amizade e Cooperação”, adotada pela Assembleia Geral da ONU de 24 de outubro de 1970, que estabelece a conexão entre a autodeterminação dos povos e seu desenvolvimento. As decisões adotadas nas Resoluções 1.514, 1.541 e 2.625 introduziram alterações significativas na forma como a ONU encarava o colonialismo. Além destas resoluções, no mesmo ano de 1966, foram firmados dois Pactos na cidade de Nova York, isso porque, discussões e divergências acerca da força impositiva, da capacidade normativa, da capacidade vinculativa e da natureza da Declaração Universal dos Direitos

Humanos conduziram os países membros da ONU a firmar dois pactos internacionais, sob a forma de tratado, conhecidos como Pactos de Nova York. O primeiro, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, trata de direitos liberais e tem aplicação imediata, o segundo, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, cuida de direitos sociais e de aplicação progressiva conforme as peculiaridades de cada país.

Alvim Andrade (2007), explica que o objetivo deste PIDSEC é o alcance *progressivo* de suas metas, pois, as obrigações decorrentes dos direitos sociais, econômicos e culturais são de resultado, mediante ação ou omissão, cuja forma é deixada à discricionariedade de cada Estado-membro. Nesse contexto, observa-se que estes direitos fundamentais deixaram de ser responsabilidade exclusiva do Estado, mas de toda a comunidade internacional face sua universalidade, característica que ignora fronteiras e interesses locais.

A crítica ao tema diz respeito às normas que permanecem negligenciadas no plano formal sem a devida aplicação prática, tornando-se insuficientes para garantir a tão almejada efetividade dos propósitos humanitários consagrados por meio das convenções internacionais as quais os Estados-membros são signatários.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de universalização dos direitos humanos consolidou-se após a criação da ONU em 1945, porém, era preciso dotar a pessoa humana de capacidade jurídica internacional, porque não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de direito internacional.

O ano de 1960, dezenas de estados foram admitidos como membros da ONU, dentre eles 17 africanos, foi um marco na atuação da Organização das Nações Unidas no que diz respeito a descolonização e início do processo de reconhecimento de novos direitos, como o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento. Nesse ano, 100 milhões de pessoas sofriam violações dos seus direitos fundamentais vivendo em estado de opressão e exploração coloniais.

As Declarações da ONU, expressas em suas Resoluções, constituíram uma verdadeira esperança para os povos coloniais. Contudo, esta pesquisa demonstra que permanecem sem efetividade adequada as medidas promulgadas desde a Carta da ONU de 1945, pois, as lesões aos direitos humanos e fundamentais dos povos e países não se encerraram com a simples declaração de independência ou descolonização, a exemplo de países africanos onde permanece

a exploração da terra e do povo pelos colonos. Passados mais de 40 anos pós independência, as tensões raciais persistem e podem ser vistas nos discursos, nas filas em ambientes públicos e na disputa laboral por cargos de direção.

Após inúmeros avanços legislativos e retrocessos práticos denunciados pela própria história, atualmente integram a ONU 192 países, os Estados são, na sua maioria, independentes, mas há 16 territórios em estado não autônomo, sem governo e dependente, persistindo dúvidas quanto aos reais interesses envolvidos nessa aparente estagnação colonial.

A comunidade internacional reclama por soluções universais para problemas de dimensão global, cabendo a todos, indistintamente, concentrar as ações para alcançar efetividade aos propósitos proclamados convencionalmente nas violações mais graves dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse cenário mundial, o direito internacional apresenta-se como a forma mais eficaz de regulamentação de comportamento e por mais trágica e litigiosa que seja a situação política, onde há casos de normas internacionais negligenciadas e flagrantemente violadas, são irreversíveis os propósitos da descolonização contidos na Carta da ONU de 1945 e convenções posteriores a fim de que prevaleça a autodeterminação, os direitos sociais e econômicos, o desenvolvimento, os direitos civis e políticos aos povos e

territórios não autônomos ou sem governo próprio sobre as incertezas e contradições por melhores condições de vida.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Túlio César Mourthé de Alvim. Os direitos econômicos, sociais e culturais sob a ótica das fontes do direito internacional. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas dos direitos internacional dos direitos humanos no início do século XXI. 22 ago. 2006, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.oas.org/.../407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.d>  
Acesso em: 19 out. 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional. in: Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas. Ed. Loyola. São Paulo. 2002.

FISCHER, Conan. The Ruhr Crisis. Oxfor. New York, 2003.

GERICKE, Gerda. 1920: Primeira assembleia da Liga das Nações. Disponível em: <[www.dw.com/pt-br/1920-primeira-assembleia-da-liga-das-nações/a-326171](http://www.dw.com/pt-br/1920-primeira-assembleia-da-liga-das-nações/a-326171)> Acesso em 19 out. 2018.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. Casarões, Guilherme Stolle Paixão. A Organização das Nações Unidas. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2006.

MACONGO, Francisco. Marcas da colonização portuguesa em Angola. Disponível em:

<<https://geografiadaafrica.wordpress.com/.../marcas-da-colonizacao-portuguesa-em-angola>> Acesso em 19 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Estudos avançados de direito internacional. Arraes Editores. Belo Horizonte. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos fundamentais dos territórios não autônomos ou sem governo próprio à luz da Carta das Nações Unidas de 1945. Revista dos Tribunais, vol. 963. Jan. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional Público. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

SOUSA, Rainer Gonçalves, O colapso da Liga das Nações - Mundo Educação. Disponível em: <[mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/o-colapso-liga-das-nacoes.htm](http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/o-colapso-liga-das-nacoes.htm)> Acesso em: 19 out. 2018.

UNITED NATIONS. Non-Self-Governing Territories. Disponível em: <<http://www.un.org/en/decolonization/nonselvgovterritories.shtml>> Acesso em 19 out. 2018.

# **(DES) CRIMINALIZAÇÃO DO DESACATO, *HABEAS CORPUS* Nº 141.949/STF: FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO?**

*Aylle de Almeida Mendes  
Marcus Vinícius Pinto Santos*

## **Resumo**

O objetivo do trabalho é investigar se foi observado o princípio do contraditório e o da fundamentação das decisões, no *habeas corpus* nº 141.949, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse *habeas corpus* foi questionado, em controle difuso de constitucionalidade, a compatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão e pensamento, prevista tanto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto no art. 5º, incisos IV, V, IX, da Constituição Federal de 1988. Para isso foi realizada a reconstrução dos argumentos apresentados pelas partes e verificado se no exercício de sua competência jurisdicional, o STF assegurou aos jurisdicionados os direitos fundamentais de participação processual, em especial o contraditório. Ao final, concluiu-se que houve debate dos principais argumentos levantados pelo recorrente, podendo-se considerar que houve uma decisão construída a partir dos debates travados no processo.

Palavras-chave: *Habeas corpus* nº 141.949; princípio da fundamentação das decisões; princípio do contraditório.

## **Resumen**

El objetivo del trabajo es investigar si se ha observado el principio del contradictorio y el de la fundamentación de las decisiones, en el *habeas corpus* nº 141.949, juzgado por el Supremo Tribunal Federal (STF). En ese *habeas corpus* fue cuestionado, en control difuso de constitucionalidad, la

compatibilidad del crimen de desacato con la libertad de expresión y pensamiento, prevista tanto en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como en el art. 5º, VI, V, IX, de la Constitución Federal de 1988. Para ello se realizó la reconstrucción de los argumentos presentados por las partes y se verificó si en el ejercicio de su competencia jurisdiccional, el STF aseguró a las partes los derechos fundamentales de participación procesal, en especial el contradictorio. Al final, se llegó a la conclusión de que hubo un debate de los principales argumentos formulados por el recurrente, pudiéndose considerar que se había tomado una decisión a partir de los debates realizados en el proceso.

Palabras clave: *Habeas corpus* n° 141.949; principio de motivación de las decisiones; principio del contradictorio.

## **Introdução**

O presente artigo tem como tema investigar se foi observado o princípio da fundamentação e do contraditório no *habeas corpus* n° 141.949, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em março de 2018, em que se questiona principalmente a incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão prevista no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica), que o Brasil é signatário por intermédio do Decreto n° 678/1992, e com a liberdade de expressão e pensamento prevista no art. 5º, incisos IV, V e IX, e art. 220 da Constituição Federal de 1988.

O crime de desacato é tipificado no artigo 299 do Código Penal Militar (CPM), que prescreve que: “Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime”. O Código Penal define o mesmo delito no art. 331, com a seguinte redação: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

O trabalho tem como problema investigar se o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência jurisdicional, no julgamento do *habeas corpus* nº 141.949, assegurou aos jurisdicionados os direitos fundamentais de participação processual, em especial o contraditório. A observância dos direitos processuais será realizada verificando se o STF cumpriu o disposto no CPC, principalmente no estabelecido nos artigos 10 e 489, §1º.

Tem-se como objetivo reconstruir os argumentos levantados pelo recorrente e discutidos nos votos dos ministros do STF, na decisão do *habeas corpus* nº 141.949, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Para isso fez-se relevante abordar sobre o princípio do contraditório no processo, como fator de distinção entre o procedimento e processo, conforme os ensinamentos de Elio Fazzalari. E também do direito ao contraditório como

consequência do Estado Democrático de Direito, e do provimento jurisdicional como resultado da construção dos argumentos levados ao processo pelas partes.

Trata-se de uma pesquisa descritiva e tem-se como procedimento a revisão bibliográfica e a análise documental. O raciocínio utilizado é o indutivo, porque parte dos dados particulares e localizados, decisão do STF, e se dirige a constatações gerais.

## **1. O Contraditório e fundamentação da decisão judicial**

O art. 5º, inciso LV, da CF/88, prescreve que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nesse trabalho, tratar-se-á do princípio do contraditório, para depois investigar se houve a sua observância no *habeas corpus* nº 141.949.

Para Fazzalari (2006, p. 121) não há que se falar em processo onde é ausente o contraditório, ou inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize. Sendo o contraditório a essência do processo.

É necessário alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o *contraditório*.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinados a submeter-se a ela, em *contraditório* entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanção. (FAZZALARI, 2006, p. 119-120)

Não há que se falar em processo, no Estado Democrático de Direito, sem que tenha garantido efetivamente o direito ao contraditório. O provimento se perfaz com a participação das partes. A decisão é construída com os argumentos levados pelas partes ao processo.

(...) ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são responsáveis pela estruturação de um modelo constitucionalmente adequado a um processo que seja indispensável a tomadas de decisões legítimas, este mesmo processo é que terá por função a própria garantia e respeito dos direitos fundamentais, numa relação de dependência recíproca.

(...)

Do ponto de vista do processo jurisdicional, a consistência do provimento judiciário deriva da fixação correta das normas adequadas ao caso concreto, Isto só se torna possível diante do respeito ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia, à imparcialidade, ao acesso ao Judiciário, à fundamentação das decisões e a tantos outros direitos fundamentais que, juntos, formam um modelo constitucional de processo. (CRUZ; GOMES; 2009, p. 84-85)

Ainda acrescentam que:

(...) o magistrado deixa de ser considerado uma figura acima das partes e distante do feito, sendo aquele que é chamado apenas para decidir o conflito, sem se misturar com a parte. Diante desse novo modelo, os provimentos judiciais agora são fruto de uma construção conjunta entre partes e magistrados, pois, somente assim, pode-se dizer que os direitos e as garantias fundamentais estão sendo respeitados. (CRUZ; GOMES. 2009, p. 86)

Através da análise da decisão verifica se os argumentos levados pelas partes e suscitados de ofício pelo juiz foram submetidos a debate processual, e se foi efetivamente realizado o contraditório.

O novo CPC dispõe, em seu artigo 10 que: “o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Incluindo também as matérias em que o juiz poderia decidir de ofício, como, por exemplo, a prescrição. Ou seja, mesmo quanto as matérias de ordem pública, o juiz terá que assegurar que as partes se manifestem a respeito, antes de decidir.

Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 21) elucida que “o modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo

comparticipativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual”.

O contraditório contribui para uma decisão amadurecida do processo. Marinoni (2017, p. 173) ressalta que “o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada”.

O art. 10, do CPC, visa evitar a surpresa no processo. A decisão tem que ser fruto do debate intensamente promovido entre as partes. O contraditório também é dirigido ao juiz que deverá assegurar a efetiva participação das partes. A decisão do processo resultará dos debates travados no processo. O juiz não pode utilizar como embasamento da decisão um fundamento que não foi dado oportunidade de as partes se manifestarem sobre ele.

O artigo 489, §1º do NCPC, em seus incisos, não explica o que é uma decisão fundamentada. Ao contrário, ele enumera o que não se considera uma decisão judicial fundamentada, seja interlocutória, sentença ou acórdão. Uma decisão, por exemplo, que apenas indique o dispositivo legal ou faça uma paráfrase de ato normativo não é uma decisão

fundamentada (inciso I). Há a necessidade de que se aponte a ligação entre a aplicação daquele dispositivo legal e o fato levado pelas partes. Os conceitos jurídicos indeterminados não podem ser empregados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II), como por exemplo a invocação do princípio da “dignidade da pessoa humana”. A decisão judicial não pode ter um padrão que se poderia servir para qualquer outro tipo de decisão indistintamente (inciso III), como “preenchidos os requisitos legais, defiro” ou “não preenchidos os requisitos legais, indefiro”. A decisão terá que ser individualizada para o caso concreto, veda-se a aplicação de decisões prontas indistintamente.

A decisão também não será fundamentada se “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, IV). Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 248) entende que, se acolhido um dos fundamentos apresentados e chegado a uma conclusão favorável a parte, não haverá necessidade de examinar os demais fundamentos suscitados pela mesma parte. Mas, se de outro lado, para a parte ser legitimamente vencida o órgão jurisdicional deverá justificar os motivos pelos quais todos os argumentos levantados por ela foram rejeitados. Ou seja, “só se pode julgar *contra* a parte, insista-se, se *todos* os argumentos por ela suscitados e que sejam, em tese, capazes de

lhe garantir um resultado favorável, tiverem sido expressamente rejeitados”. (CÂMARA, 2017, p. 248)

Também não constitui uma decisão judicial fundamentada a simples invocação de enunciado de súmula ou precedente (art. 489, §4º, inciso V, CPC). Nesse caso terá que justificar o motivo da aplicação daquela súmula ao caso, explicando porque a súmula cabe àquela situação em concreto. Se a decisão “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento” também será considerada não fundamentada (art. 489, §4º, inciso VI, CPC). A superação do entendimento só ocorre dentro do próprio tribunal que proferiu o precedente. Somente o órgão que produziu o precedente pode superá-lo através de um novo argumento.

Precedente judicial, conforme definição de Alexandre Freitas Câmara “é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (2017, p. 367). Precedente é diferente de jurisprudência e de súmula. Jurisprudência é o conjunto de decisões de um tribunal em um mesmo sentido. E súmula é quando “o tribunal, reconhecendo já ter formado um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica tem o dever de

formalizar esse entendimento por meio de um enunciado” (NEVES, 2017, p. 1.390).

Os precedentes judiciais podem ser vinculantes e não vinculantes. Os vinculantes destinam-se a garantir que casos iguais recebam respostas jurídicas iguais (isonomia) e são os constantes do art. 927, do CPC, como “as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade” (inciso I); “os enunciados de súmula vinculante e das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional” (incisos II e IV); e “as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inciso V).

Os não vinculantes são também chamados de persuasivos ou argumentativos, que são utilizados a fim de se convencer. Deve-se esclarecer que este trabalho não tem por objeto verificar os precedentes judiciais relacionados ao crime de desacato.

## **2. Da decisão nº 141.949/DF, em sede de *habeas corpus*. Estudo de caso.**

Em sede de controle difuso, no Habeas Corpus (HC) nº 141.949/DF, que tem como paciente (recorrente) o civil Admys Francisco de Sousa Gomes, como impetrante (advogado do recorrente) Rafael de Deus Garcia e coator o Superior Tribunal

Militar (STM), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), sob a presidência do Ministro Edson Fachin, enfrentou a questão sobre a (des) criminalização do desacato.

A turma julgadora, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, que foi seguido pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. O Ministro Edson Fachin – que foi vencido – votou na descriminalização do desacato.

Narra a peça inaugural do *habeas corpus* (p.4) que:

Na data dos fatos, o civil Admys Francisco, objetivando tratar de assuntos burocráticos frente a Administração Militar, se dirigiu à 4ª seção do Batalhão da Guarda Presidencial, em Brasília-DF, a procura dos Sgts. Lêdson e Wendel. Notando que os referidos militares não se encontravam na seção, o acusado se dirigiu aos Soldados Wanderson e Johnnatta, posicionados próximos à porta, perguntando se eles sabiam o destino dos Sargentos.

Diante da indagação, o Sgt Átila, ora ofendido, sentado ao fundo da sala, antecipou-se e respondeu: “Bom, eles não estão aqui”. Em seguida, o acusado dirigiu-se novamente aos demais presentes indagando se eles conheciam o destino dos sargentos. Novamente, o Sgt Átila

respondeu, dizendo que desconhecia o destino dos sargentos.

Na segunda resposta, o denunciado voltou-se ao Sgt Átila e disse-lhe “não estou falando com você, palhaço”, retornando imediatamente aos outros militares aguardando eventual resposta acerca da localização dos procurados. Na sequência, o ora ofendido levantou-se da cadeira e dirigiu-se ao denunciado para tirar-lhe satisfações, dando início a vias de fato, de modo que o acusado foi atingido com um soco na boca, enquanto o ofendido nada sofreu. (STF, 2108, on-line)

Em seguida, narra ainda que o acusado foi preso em flagrante pela autoridade militar e que concluído o inquérito policial militar (IPM), a promotora requereu o seu arquivamento por entender que a conduta era atípica. O juiz substituto da 2ª Auditoria da 11ª Câmara da Justiça Militar (CJM) discordou do pedido de arquivamento e encaminhou os autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, que se manifestou pelo arquivamento parcial e designou nova promotoria para oferecer denúncia apenas em razão da alegada ofensa verbal (“palhaço”) perpetrada pelo indiciado, arquivando o feito para as vias de fato trocadas entre o civil e o militar. Ao fim da instrução, o Ministério Público Militar entendeu pela

atipicidade da conduta, requerendo a absolvição do acusado. Entretanto, em sessão de julgamento, o acusado foi condenado a pena de 6 meses de detenção, com benefício de recorrer em liberdade. Após a condenação, o Ministério Público Militar e o acusado apelaram ao Superior Tribunal Militar (STM) requerendo a absolvição do acusado por atipicidade da conduta. Em sessão de julgamento, o STM manteve a condenação do acusado. Dessa decisão foram opostos Embargos de declaração, que resultou na manutenção do acórdão. Em seguida, o acusado interpôs o presente habeas corpus, objeto da análise. (STF, 2018, on-line)

As principais questões suscitadas pelo recorrente, no *habeas corpus*, foram: a) que a decisão, da qual se recorre, contraria o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que prescreve sobre o direito à liberdade de expressão e ao art. 5º, incisos IV, VIII, IX, e o art. 220 da CF, que também dispõe sobre a liberdade de expressão; b) que a decisão do STM vai de encontro ao Recurso Especial nº 1640084 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teve como questão central a descriminalização do desacato e entendeu que este violava o art. 13 da CADH; c) que o crime de desacato estaria contra os princípios gerais do direito penal, em especial o princípio da taxatividade, reconhecendo no desacato um forte elemento do Estado de Polícia e também um tipo penal elástico

que se abre à discricionariedade do julgador, conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli.

## **2. 1 Os argumentos do recorrente do *habeas corpus***

Quanto a incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão, o recorrente argumenta que a decisão do Superior Tribunal Militar vai de encontro ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.640.084, em decisão unânime proferida pela Quinta Turma, em dezembro de 2016. Nessa decisão o STJ, como já exposto, entendeu que a conduta tipificada como crime de desacato é incompatível com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O recorrente transcreve parte do voto do Ministro Ribeiro Dantas, no REsp 1.640.084 do STJ, e acrescenta que o voto desse Ministro apresenta como “enorme força argumentativa” para o *writ*:

A comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolvam Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam

o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de “asqueroso” o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

(...)

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212).

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: “11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis

que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

Além desse caso da Argentina que foi resolvido de maneira pacífica entre as partes, o julgado do STJ menciona também o caso chileno, em que houve necessidade de manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Chile, a Comissão submeteu o caso à Corte, com a finalidade de que declarasse que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados no artigo 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e artigo 21 (direito a propriedade privada) em prejuízo de Humberto Antônio Palamara Iribarne. O processo se refere a proibição, em março de 1993, da publicação de um livro de Iribarne intitulado “Ética e Serviços de Inteligência”. O livro abordava aspectos relacionados com a inteligência militar e a necessidade de adequá-la a certos parâmetros éticos. Iribarne era civil da Armada do Chile, na cidade de Punta Arenas.

Após a Armada chilena ter negado o pedido de publicação do livro de Iribarne, este manifestou que estava disposto a publicá-lo mesmo sem a autorização da Armada

chilena. Posteriormente, foi ordenada a busca e apreensão dos exemplares que existiam em seu poder e todo documento relacionado a publicação.

Esse caso resultou na condenação do governo chileno, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que entendeu que o Chile havia violado direito a liberdade de pensamento e de expressão consagrado no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação as obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos e liberdades.

Nesse trecho do voto do STJ transcrito pelo recorrente, o Ministro Ribeiro Dantas, cita as recomendações da Comissão Americana de Direitos Humanos no sentido de que os países membros extirpassem do ordenamento jurídico as leis referentes ao desacato.

Quanto a diferença de tratamento entre o funcionário público e o particular, o recorrente argumenta que a tipificação do desacato distingue o funcionário público do particular e busca enaltecer o Estado perante os cidadãos por meios de seus representantes, num viés autoritário, vez que tratados mais como súditos a obedecer e prestar reverência do que como cidadãos. E que tal criminalização pode fazer com que pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão.

Em trecho também transcrito do voto do Ministro Ribeiro Dantas, argumenta que “o afastamento da tipificação

criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil, ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva utilizada perante o funcionário público”.

O impetrante do *habeas corpus* ainda aponta, seguindo os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, que o crime de desacato é um tipo penal em branco, cabendo ao juiz integrar o pressuposto legal com valorações de natureza discricionária. E que, inicialmente, caberia ao funcionário público levar adiante a ofensa a um processo judicial a depender do seu critério pessoal. Com isso levaria ao decisionismo do magistrado e a seletividade, sendo lembrado e utilizado a depender da conveniência dos envolvidos. E com isso, o crime de desacato contraria o princípio da taxatividade, ocorrendo um esvaziamento do princípio formalista da legalidade.

## **2.2. Voto do relator – Ministro Gilmar Mendes (voto vencedor e contrário a descriminalização)**

Tendo em vista a alegação de que o crime de desacato viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o relator cita o item 2, letra a, desse artigo e prescreve que “o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão,

embora não sujeitos a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas”. (STF, 2018, on-line)

Argumenta também que a liberdade de expressão, prevista no art. 13 da CADH e também no art. 5º da CF/88, não é direito absoluto e tem que se harmonizar com os demais direitos envolvidos, como honra, intimidade e dignidade. E que o intérprete deve buscar conciliar entre normas constitucionais. Acrescenta também que a liberdade consubstancia um dos mais valiosos instrumentos de preservação do regime democrático, mas que o excesso tem que ser punido, como o discurso de ódio, no HC 82.424 do STF.

Argumenta também que:

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado Democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia.

(...)

... a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos. (STF, 2018, on-line)

Acrescenta também que “não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal”. E que essa proteção está no âmbito do Estado Democrático de Direito. E que por outro lado, não se pode é deixar de punir os desvios e excessos dos funcionários públicos, tornando-os imunes. Nesse ponto, o ministro faz uma crítica a lei de repressão ao abuso 4.898 de 1965, por ser muito precária e que o Brasil precisa de uma lei que puna exemplarmente desvios de agentes do Estado.

O relator do HC refuta também o argumento de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recomendou aos países signatários da CADH a expurgação das leis de desacato do ordenamento jurídico com a alegação de que a Corte Interamericana, que é órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, tem decidido contrariamente a Comissão de Direitos Humanos no sentido de que o Direito Penal pode punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão. (STF, 2018, p.7, on-line)

Cita também o *habeas corpus* nº 379.269 que “ênfaticamente destacou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal”. Assim, refuta a

decisão proferida pela Quinta Turma no REsp nº 1640084 do STJ que descriminalizou o desacato e cita a decisão da Terceira Seção do STJ, que pacificou a questão no STJ de que o crime de desacato não viola a Convenção Americana de Direitos Humanos e nem a Constituição Federal de 1988 e que foi julgada após a interposição do recurso pelo recorrente.

Quanto ao tratamento diferenciado entre o funcionário público e particular, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a tutela penal (crime de desacato) está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. E que a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa do funcionário (civil ou militar), sendo o sujeito passivo o Estado e o funcionário público uma vítima secundária da infração.

O relator Gilmar Mendes após o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, que discordou de seu posicionamento, se manifesta novamente para reafirmar seus argumentos e ressaltar que o princípio da autoridade deve ser resguardado e que isso não significa repúdio a liberdade de expressão.

### **2.3 Voto do Ministro Edson Fachin (voto vencido)**

O Ministro Edson Fachin discorre sobre os posicionamentos expressos pelos órgãos do sistema americano a respeito do crime de desacato e ao fazer isso corrobora o entendimento de que a tipificação penal do desacato viola a liberdade de expressão e trata de maneira distinta o funcionário público em relação ao particular.

Cita, primeiramente, o informe sobre la Compatibilidad entre las Leys de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9, 1995) em que a Comissão Interamericana assentou que “a penalização de qualquer tipo de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica”. E que “a proteção especial que as leis de desacata dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público” (STF, 2018, p. 18, on-line).

Menciona o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Iribarne v. Chile (sentença de 2005) exposto acima, de que: “a legislação sobre desacata aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o

funcionamento das instituições estatais”. (STF, 2018, p. 18, on-line)

Ainda acrescenta que os argumentos da Comissão são:

a) por expressa previsão do Pacto de São José da Costa Rica, a responsabilização ulterior dos atos que abusam da liberdade de expressão deve perseguir fins legítimos e estar expressas em leis clara e prévias; b) o critério da necessidade devem ser interpretado tendo-se em conta o marco de uma sociedade democrática, a qual depende de um amplo debate de ideias e opiniões; c) as leis de desacato subvertem o princípio republicano ao outorgar aos funcionários públicos uma proteção maior do que a que gozam as demais pessoas; d) as leis de desacato podem ter um efeito dissuasivo em quem deseje participar do debate público. (STF, p. 20, on-line)

Defende que os posicionamentos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, como mencionou o Min. Gilmar Mendes em seu voto, mas que é verdadeira medida de interpretação evolutiva, conforme o art. 31, §3º, da Convenção de Viena.

Quanto a diferença de tratamento conferido ao funcionário público, argumenta que “o princípio republicano foi expressamente definido como impondo o rechaço a

qualquer tipo de privilégio que um funcionário público possa ostentar em relação às demais pessoas”. E que a justificativa de que o bem jurídico tutelado é o interesse ao normal funcionamento da Administração Pública protegendo o prestígio dos funcionários públicos perante a comunidade, não encontra respaldo na ordem democrática brasileira. (STJ, 2018, on-line)

O Ministro Edson Fachin, depois da nova manifestação do Ministro Gilmar Mendes e depois do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, manifesta-se outra vez no processo para esclarecer que a divergência que aponta em relação ao voto do relator quanto ao tratamento distinto que se profere ao servidor público com o crime de desacato é incongruente, vez que, por exemplo: se alguém vai a um hospital privado e chama um médico de palhaço, o médico precisa representar pela ofensa que entender ter sofrido, como sendo injúria (delito punido com pena máxima de até seis meses); mas se alguém num hospital público comete a mesma grosseria, a pena mínima é de seis meses e máxima de dois anos, e não havendo necessidade de representação, porque o bem jurídico tutelado é a Administração Pública.

### **3. Debates realizados no *habeas corpus* nº 141.949 do STF, o contraditório e a fundamentação da decisão judicial**

No julgamento do *habeas corpus* nº 141.949 foram debatidos os argumentos levantados pelo autor, como a incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão e do pensamento, garantidos tanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13) quanto pela Constituição Federal (art. 5º, IV, VIII, IX), os quais não teriam recepcionado referido crime.

A esse argumento foi alegado pelo ministro relator do *habeas corpus* nº 141.949 que “o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeitos a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas”. Ainda argumenta que a Constituição Federal ao tutelar a honra, a intimidade e dignidade, recepcionou o crime de desacato. (STF, 2018, on-line)

O relator do acórdão (voto vencedor) afirma, quanto ao argumento de que a Comissão Americana de Direitos Humanos havia recomendado aos países signatários da Convenção que extirpassem as leis referentes ao desacato do ordenamento jurídico, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui caráter jurisdicional, já decidiu por diversas vezes contrariamente à Comissão. E que não existe

nenhuma decisão da Corte Interamericana com relação ao Brasil, quanto ao crime de desacato. E que o crime de desacato não é incompatível com a Convenção, vez que esta prevê que para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas possa haver responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas em lei (art. 13, item 2, a, da CADH).

Quanto ao argumento apontado pelo recorrente de que a tipificação penal do desacato contraria o princípio da isonomia, por tratar de maneira distinta o cidadão e o funcionário público, indo contra o Estado Democrático de Direito; o relator do *habeas corpus* responde que: o crime de desacato privilegia mais a função pública do que o funcionário e que o bem tutelado pela norma penal é a administração pública visando assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo o prestígio da função pública.

O recorrente também alegou que o crime de desacato é um tipo penal em branco e que isso daria margem para que o magistrado agisse com discricionariedade, podendo o fato ter vários contornos a contar do juiz e da valoração efetuada por ele, violando, portanto, o princípio da taxatividade.

Assim, os argumentos levantados pelo recorrente – de que o crime de desacato seria incompatível com a liberdade de expressão prevista no artigo 13 da Convenção e no artigo 5º da Constituição Federal de 1988; e de que o tratamento

diferenciado conferido ao servidor, em detrimento ao particular, com a tipificação do desacato, violando o Estado Democrático de Direito – foram debatidos pelos ministros em seus votos. Entretanto, o argumento de que o crime de desacato seria uma norma penal em branco, violando o princípio da taxatividade no direito penal, não foi objeto de discussão pelos ministros que votaram favorável ao crime de desacato. Nesse ponto, há que se questionar se, por ter a parte recorrente sido vencida, todos os argumentos trazidos por ela que poderiam influir na decisão judicial deveriam ter sido enfrentados pelos ministros em seus votos, conforme o art. 489, §1º, do CPC?

Com base ainda nesse artigo, caberia também a indagação de que se a Corte Constitucional não teria que dar oportunidade ao recorrente de se manifestar a respeito da decisão da Terceira Seção do STJ, que pacificou a questão naquela Corte, entendendo que o desacato não viola o direito fundamental à liberdade de expressão e de pensamento, já que a decisão anterior no REsp nº 1.640.084, do STJ, que havia exposto entendimento contrário, foi utilizada como argumento persuasivo?

As decisões proferidas pelo STJ foram utilizadas como meio persuasivo para a descriminalização ou não do desacato, a depender da decisão utilizada, se o REsp nº 1.640.084 ou o HC nº 379.269, respectivamente. Ao defender a compatibilidade do

crime de desacato com a CADH, o ministro Gilmar Mendes prescreve em seu voto que:

(...) consigne-se que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do habeas corpus 379.269, enfatizou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no artigo 331 do Código Penal. No voto do Ministro Rogério Shietii Cruz registrou-se que a Corte Interamericana tem repudiado abusos no exercício da liberdade de expressão, citando-se os seguintes cases à guisa de exemplo: caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de 31 de agosto de 2004, § 104; caso Kime vs. Argentina, sentença de 2 de maio de 2008, §§71 e 76; e caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004. (STF, 2018, on-line)

Poder-se-ia inferir que os argumentos transcritos do julgado do STJ acima – que foi posterior a interposição do habeas corpus pelo recorrente – não apresentou nenhuma novidade se considerar que os argumentos debatidos foram os mesmos. Por outro lado, se a doutrina entende que deverá ser dada oportunidade para as partes se manifestarem a respeito da matéria de ordem pública que poderá ser suscita pelo

magistrado de ofício, não caberia esse raciocínio para o caso em tela?

## **Conclusão**

O *habeas corpus* nº 141.949 levou ao STF o questionamento da compatibilidade ou não do crime de desacato com a liberdade de expressão e pensamento, prescrita no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 5º da Constituição Federal. Essa questão já havia sido enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.640.084, pela Quinta Turma (que entendeu pela incompatibilidade do crime de desacato) e pela Terceira Seção do STJ, no HC nº 379.269 (que entendeu pela permanência do desacato por não ser incompatível com a liberdade de expressão e de pensamento).

Os temas centrais da discussão do *habeas corpus* nº 141.949 foram: se o crime de desacato viola ou não o art. 13 da CADH e o art. 5º, IV, V e IX da CF/88, que prescrevem sobre a liberdade de expressão e de pensamento; e se o crime de desacato coloca em posição privilegiada o servidor público em relação ao particular, indo de encontro ao Estado Democrático de Direito; e, ainda, se o crime de desacato é um tipo aberto a ser preenchido pelo magistrado, violando o princípio penal da

taxatividade e dando margem para que o juiz decida discricionariamente.

Foi analisado se o órgão de cúpula do poder judiciário, no exercício de sua função jurisdicional assegurou aos jurisdicionados os direitos fundamentais de participação processual, em especial do contraditório, e se a decisão judicial foi efetivamente fundamentada. Verificou-se que foram debatidos os argumentos levantados pelo autor de que o crime de desacato violaria o direito à liberdade de expressão e de pensamento e se ele iria contra o Estado Democrático de Direito por tratar de maneira distinta o funcionário público do cidadão em geral. Entretanto, quanto ao argumento de que a figura do desacato seria uma norma penal em branco – necessitando de complementação pelo magistrado e, por isso, não respeitando o princípio penal da taxatividade – não foi objeto de discussão nos votos dos ministros.

Dessa forma, não obstante as indagações feitas em relação a necessidade ou não de o órgão julgador ter dado nova oportunidade a parte para se manifestar no processo a respeito da recente decisão proferida pela Terceira Seção do STJ pacificando a questão nessa Corte, houve debate dos principais argumentos levantados pelo recorrente, podendo-se considerar que houve uma decisão construída a partir dos debates travados no processo.

## Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC141.949 HC/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, de 20 de abril de 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5156681>> Acesso em: 07 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.640.084 RE/SP. Relator Min. Ribeiro Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01º de fevereiro de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67577113&num\\_registro=201600321060&data=20170201&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67577113&num_registro=201600321060&data=20170201&tipo=91&formato=PDF)> Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 379.269 HC/MS. Relator Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 de junho de 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27379269%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27379269%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27379269%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27379269%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 15 maio 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v.71, n. 02, jun.2009. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/530.pdf>> Acesso em: 18 out. 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Bookseler, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. IV. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 3. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

# **ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO**

## ***PARENTAL ALIENATION AND SHARED CUSTODY AS A SOLUTION***

*Marina Garcia Valadares  
Bruno Martins Teixeira*

### **Resumo**

O presente artigo trata-se de um dos distúrbios acometidos à criança no exercício da ruptura de um relacionamento com o outro genitor. Esse assunto tem sido muito questionado e abordado devido ao crescimento da Alienação Parental nos tribunais brasileiros. Esse trabalho busca mostrar a problemática decorrida de uma ruptura de relacionamento entre os genitores, onde os filhos passam a ser um meio de vingança, com o objetivo de atingir o ex-parceiro. Mostra-se que o genitor alienante denigre a imagem do outro genitor para o filho, com a finalidade de romper com o vínculo afetivo entre eles. Colocou-se em pauta que os genitores possuem o dever e o direito de conviver de forma estabilizada com os filhos, como também devem educar, proteger e cuidar deles. Discute-se também, a respeito do Poder Familiar e a importância dos direitos e deveres dos genitores. Os princípios constitucionais da família são tratados no presente trabalho, evidenciando aqueles mais relevantes. Discorre-se também a respeito da guarda e posteriormente, sobre a questão da guarda compartilhada como prevenção da consumação da alienação parental.

Palavras-chave: Alienação Parental. Direitos e deveres dos genitores. Princípios Constitucionais. Guarda compartilhada.

### **Abstract**

The present article deals with one of the disturbances that affect the child in the exercise of the rupture of a relationship with the other parent. This subject has been much questioned and approached due to the growth of Parental Alienation in the Brazilian courts. This work seeks to show the problem of a relationship breakdown between the parents, where children become a means of revenge, with the goal of reaching the former partner. It is shown that the alienating parent denigrates the image of the other parent to the child, with the purpose of breaking the affective bond between them. It has been pointed out that parents have the duty and the right to live in a stable way with their children, as well as to educate, protect and care for them. It is also discussed, regarding Family Power and the importance of the rights and duties of the parents. The constitutional principles of the family are treated in this paper, highlighting those most relevant. There is also a discussion of custody and later on the question of shared custody as prevention of the consummation of parental alienation.

Keywords: Parental Alienation. Rights and duties of parents. Constitutional principles. Shared custody.

## 1 INTRODUÇÃO

A dissolução de relacionamento afetivo costuma ser bastante conturbada entre os casais, tendo consequências árduas também para os filhos. Com a ruptura afetiva, a guarda dos filhos, muitas vezes, passa a ser objeto de disputa entre os genitores, tendo o Judiciário que averiguar o melhor interesse da criança.

O objetodo presenteartigo diz respeito a guarda compartilhada como meiode solução a umapossível alienação parental, uma vez que o convívio entre os genitores desde a dissolução do relacionamento dificultariaa Alienação Parental.

A Alienação Parental causa inúmeros tipos de distúrbios nas crianças, com início através de uma sequência de atos pejorativos repetitivos realizados pelo genitor alienante com o intuito de denegrir a imagem do outro genitor para o filho.

Primeiramente, se abordará a origem, evolução do poder familiar, passando pelos momentos históricos que influenciaram na conceituação.

Após, serão desenvolvidas as características da Alienação Parental,o seu conceito, as consequências causadase seuspossíveis tratamentos.

Também, o instituto da guarda e suas modalidades (guarda unilateral, guarda alternada e guarda compartilhada) será analisado, expondo suas vantagens e desvantagens.

Para confecção do presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo a fim de demonstrar que a guarda compartilhada pode ser a solução para combater a alienação parental, pois o contato com ambos genitores dificultará a tentativa de denegrir a imagem do ex-cônjuge ou companheiro. Usa-se como fundamentação a Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, a Lei nº 12.318/2010 e a Lei nº 13.058/2014, entendimentos doutrinários e jurisprudências.

## **2 ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DO PODER FAMILIAR**

O poder familiar é um instituto de direitos e deveres dos pais, ou seja, é um conjunto de atribuições em relação aos filhos menores e não emancipados. É caracterizado por deveres e poderes de ambos os genitores.

Antigamente, o poder familiar, também conhecido como pátrio poder, tinha como norte principal o pai de família, prevalecendo a imagem masculina.

De acordo com Jean Carbonniere(1999) nos termos do art. 371 do Código Francês: o menor, de qualquer idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe. Obrigação que também está presente em nosso Código (art. 1.634, VII; do Código Civil de 1916 e art. 384, VII, do Código atual), ao se referir à possibilidade de os pais exigirem obediência e respeito dos filhos.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 230), comparando a noção do pátrio poder de Roma com o instituto moderno (poder familiar), vê-se uma profunda e radical modificação, que afeta a própria estrutura. Em Roma, o pátrio poder, como era chamado, tinha uma conotação extremamente religiosa, a família eraa condutora da religião doméstica, onde se apresentava seu aparente excesso de rigor.

Na idade média, o entendimento romano de pátrio poder,era tido como poder e compreensão branda da autoridade paterna trazida pelos estrangeiros.

Na modernidade, o conceito de poder familiar está relacionado com os princípios de mútua compreensão, proteção dos menores e deveres inerentes aos genitores.

Arnaldo Rizzardocitado por Sílvio de Sávio Venosa (2005, p.335) observa que, prevalece direitos e deveres numa proporção justa e equânime no grupo familiar, onde os filhos não são vistos como esperanças de auxílio futuro dos pais.

Poder familiar não é exercício de autoridades, mas de encargos impostos pela paternidade e maternidade. Entendendo o poder familiar como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais e aos filhos menores e não emancipados, com relação a seus bens.

Os pais devem exercer o poder familiar com base em entendimentos e compreensão. É importante esclarecer que os pais não perdem o poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O poder familiar decorre da paternidade e da filiação, não do casamento. Os filhos menores são sujeitos ao poder familiar, não existindo a distinção entre legítimos, ilegítimos ou adotivos.

O poder familiar é indisponível, ou seja, a paternidade natural ou legal não pode ser transferida para terceiros por iniciativas dos titulares. No caso de adoção, por exemplo, os pais não transferem o poder familiar, mas renunciam a este poder.

É dever dos pais direcionar e educar seus filhos, para que vivam harmoniosamente. Os pais têm a obrigação de tornar seus filhos aptos e úteis à sociedade, servindo como espelho onde seus filhos irão se basear para agir na sociedade, refletindo em sua criação. É também dever dos pais proporcionar aos filhos sua companhia e guarda, uma vez que trata-se de um indispensável complemento para a criação e

educação. Caso os pais faltem com estes deveres, serão submetidos a reprimendas na ordem civil e criminal, pelos crimes de abandono material, moral e intelectual.

O poder familiar é fundamentado no melhor interesse da criança, podendo o Estado, em alguns casos, interferir na relação. Com base, no artigo 1.635 do Código Civil, a exclusão do poder familiar se configura em tais hipóteses: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, maioridade, adoção ou por decisão judicial.

Com a morte de um dos pais, o poder familiar continua com o sobrevivente. Se o pai ou a mãe contrair novos relacionamentos conjugais ou união estável, eles não perdem o poder familiar. Já a emancipação do filho, com a maioridade, dá-lhe total capacidade de direito, extinguindo o poder familiar. Em se tratando da adoção, o poder familiar da família natural será extinto, passando o poder familiar para a família adotiva, dessa forma, ocorre uma transferência de poderes familiares.

Caso ainda ocorra uma conduta grave em relação aos filhos causada pelos genitores, a autoridade judicial poderá suspender o poder familiar. Vale ressaltar que a perda do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais.

### **3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA**

O presente capítulo expõe alguns princípios constitucionais da família, que surgiram no intuito de nortear o Direito de Família.

Primeiramente, destaca-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado o princípio máximo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), expresso em seu artigo 1º, inciso III.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 94), tal princípio constitucional refere-se a garantia plena de desenvolvimento dos seus membros, para que sejam realizados todos os objetivos daquele núcleo familiar, respeitando os limites e individualidades de cada pessoa.

Esse princípio tem como grande característica a valorização do indivíduo, de forma que não ultrapasse os limites metaindividuais, sempre salvaguardando os direitos e garantias de cada um. A dignidade se inicia com o nascimento do ser humano, e não deve ser desligada nem com seu falecimento.

É fundamental preponderar, como sinônimo de dignidade, a igualdade entre os indivíduos. Desta forma, todos

devem ter suas particularidades respeitadas e consideradas, na medida dos seus limites.

Na Constituição da República de 1988, foram reconhecidos vários aspectos familiares, como pela união estável, casamentos sócioafetivo, dentro outros tipos de relacionamentos. Não se admitindo nenhum tipo de diferenciação jurídica entre os membros familiares.

Por vias do princípio da igualdade, ocorre que independentemente de como a relação de filiação surge, seja ela proveniente de casamento, união estável ou adoção, há igualdade entre os filhos, inexistindo privilégios em virtude de vínculo consanguíneo. Além disso, as terminologias “filho ilegítimo”, “bastardo”, “incestuosos” não são mais admitidas para diferenciá-los.

Vale ressaltar que o direito de filiação deve-se embasar na igualdade afetiva entre os filhos (sendo os pais casados, companheiros, divorciados, ou qualquer que seja a relação), estandona responsabilidade dos pais a segurança dos filhos e a estabilidade da relação afetiva.

Destaca-se também o Princípio do Melhor Interesse da Criança previsto no artigo 227, *caput* da Constituição Federal, sendo importante ressaltar que o interesse da criança e do adolescente sempre deve ser levado em questão, de forma que é necessário observar aquilo que é mais adequado e aconselhável

para a vida do menor, levando em consideração as suas peculiaridades e o seu desenvolvimento.

Jáo Princípio da Afetividade, em que pese não esteja no ordenamento jurídico como os outrosprincípios elencados, é de suma importância e reflete em outros princípios, como por exemplo o da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o Princípio da Afetividade, é levado em conta que o afeto não é sinônimo de amor, é simplesmente o contato entre as pessoas, seja ele negativo ou positivo. Com ele, ocorre a desmistificaçãoda hierarquia familiar, tendo os membros das famílias ligações mais afetuosas, não se caracterizando apenas pelo vínculo sanguíneo.

Por fim, o Princípio da Função Social da Família baseia-se na proteção do núcleo familiar contra a interferência de terceiros que possam prejudicar a convivência. Assim, a família se caracteriza pela integração social entre os componentes, com o intuito de convivência sadia e digna entre eles.

#### **4 DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Como demonstrado em tópicos anteriores, as crianças e os adolescentes são detentores de direitos fundamentais, que devem ser observados pelo Estado e seus familiares, os quais

têm o dever de proteger e cuidar de seu desenvolvimento. No entanto, mesmo com tais previsões, a criança ainda sofre bastante abusos.

O poder familiar se caracteriza pela mesma responsabilidade de direitos e deveres de ambos os genitores em relação aos filhos. Havendo a ruptura do relacionamento entre os genitores, a relação entre pais e os filhos deve permanecer inalterada.

O primeiro a identificar e intitular a Alienação Parental, como um procedimento para fazer com que a criança odeie um dos seus genitores foi Richard Gardner (2002).

A alienação parental foi regulamentada pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, e se caracteriza por ser um distúrbio apresentado em crianças que estão passando por uma fase de transição, ocorrendo na maioria das vezes em razão de ruptura conjugal. Em alguns casos, tal situação pode gerar um sentimento de vingança em relação ao outro genitor, que usa a criança como arma para atingir o outro ou como uma forma de tentar reatar o relacionamento, essas atitudes podem ser classificadas como alienação parental.

É uma forma que um dos genitores utiliza para manipular a criança, com o intuito de destruir o laço afetivo existente entre ela e o outro genitor, que geralmente é aquele que não possui a guarda. O genitor alienante vai menosprezar,

evidenciar os defeitos e diminuir as qualidades do ex-parceiro de forma que a imagem dele ficará denegrada para o alienado.

Tais ações tendem a afastar a criança do outro genitor, fazendo com que ela não sinta mais à vontade com a presença do genitor. O genitor alienante, na maioria das vezes, se define por ser ciumento, ter raiva, rancor, e proteção excessiva com o filho.

Frisa-se que a alienação parental não é fácil de se identificar, uma vez que o alienante faz chantagem psicológica com a criança, como também reafirma por várias vezes toda desmoralização, depreciação, insultos sobre o outro genitor. Em face de todas essas afirmações prestadas, a criança acaba confiando em tudo que o alienante disser.

O alienante costuma relatar para a criança todas as experiências desagradáveis que passou juntamente com o outro genitor, de forma que o menor absorve todo o ocorrido, porém evidenciando os erros apenas de uma parte. Ficando a criança tendenciosa para um lado e se sentindo no dever de preservar e cuidar da suposta parte mais fraca.

Na maioria das vezes as crianças não conseguem ter discernimento sobre a situação à qual foram expostas, sentindo-se dessa forma compelidas a se solidarizarem com a vitimização que o alienante simula.

Outra estratégia que o alienante utiliza, é falar que o outro genitor não ama mais a criança, que somente gostava dela até o momento que os pais estavam juntos como casal, com o objetivo de mantê-la por perto, e de fazer com que o alienado não queira mais morar com a outra pessoa.

Em sua obra *Alienação Parental. Uma interface do direito da psicologia*, a autora Caroline de Cassia Francisco Buosi (2012, p.92), preleciona que uma das grandes mentiras colocadas para a criança é sobre abusos sexuais falsos:

Quando há suspeitas de uma falsa acusação de abuso infantil, o psicólogo que está realizando o tratamento deve ficar atento ao analisar cada passo que a criança relatou sobre as situações de possível abuso e comparar com o que foi dito por ela e pelo possível alienador. Isso se torna um dos pontos principais para derrubar falsas acusações, tendo em vista as controvérsias e o alinhamento do discurso entre um e outro. Na maioria dos casos em que ocorre o abuso sexual real, a incriminação é algo que se torna constante, enquanto nas falsas acusações essas mudam de acordo com as circunstâncias. Por isso é imprescindível ser analisado o contexto da vida da criança e dos genitores na época da revelação.

Como outra forma de manipular, o genitor alienante faz a criança acreditar que foi abusada pelo outro genitor, com falsas memórias sexuais. Nessa situação específica, com a ajuda de um profissional, deve-se atentar aos relatos apresentados a

fim de verificar a veracidade do ocorrido, geralmente, quando há o abuso sexual a criança lembra facilmente do fato, relatando brincadeiras sexuais avançadas para idade, podendo apresentar sintomas de depressão.

Ressalta-se que, além de todas as formas de alienação relatadas, existe também a ameaça de abandono moral e material que o genitor alienante faz ao filho, caso este queira ver e ter contato com o outro. Assim, o alienante faz nascer uma dependência do filho, colocando-o como um ser superior e inquestionável.

O alienante se envolve numa esfera tão egoísta, que não consegue perceber que sua atitude não é prejudicial apenas para o outro genitor, como também, para criança, que será a maior prejudicada. Essas atitudes irresponsáveis afetam de forma incalculável o desenvolvimento, crescimento do filho, pois é uma fase em que se espelham nos seus genitores.

Vale ressaltar que o genitor alienante não respeita regras, pois tende a desacatar decisões judiciais. Na maioria das vezes, tem grande resistência em passar por especialistas, uma vez que suas manipulações podem ser descobertas.

Em situações que o filho é induzido a odiar, menosprezar o outro genitor, haverá a destruição do vínculo afetivo, e com o passar do tempo não permitirá a sua

reestruturação, fazendo com que fique como se o genitor houvesse falecido.

O autor Jorge Trindade (2011, p. 209) delibera em sua obra:

A Síndrome da Alienação Parental, portanto não se confunde com um ato excepcional praticado por um dos pais, que pode trazer desconforto eventual ao outro no contexto de atendimento do filho. Essa Síndrome configura-se como um conjunto sistemático de procedimentos que alienam o outro cônjuge, num manifesto prejuízo aos filhos. O interesse dos filhos não é respeitado e, para o alienador, pouco importa desatendê-lo, desde que seja útil para danificar o cônjuge que deseja alienar

A alienação parental pode se caracterizar de uma outra forma, o alienante ao relacionar com outra pessoa, pode tentar transferir a denominação de genitor para ela ao apresentá-la como o novo pai ou nova mãe da criança. Também, poderá se caracterizar pelo distúrbio: violar a intimidade do filho em relação ao outro genitor, seja tentando burlar, esconder mensagens, telefonemas ou qualquer outro tipo de comunicação realizada entre eles.

Quando há suspeita de alienação parental, é necessário que se tenha auxílio de especialistas para que tratem a questão. Os psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais são os profissionais mais indicados e que saberão avaliar e acompanhar

a evolução do problema. Os profissionais do direito, também tem a obrigação de se atentarem a esses fatos, uma vez que devem tentar amenizar a dor de uma separação, seja pro casal, seja para os filhos.

Esses especialistas devem sempre colocar em evidência que ambos genitores são indispensáveis para a formação, desenvolvimento e crescimento da criança. O convívio entre os pais é um estímulo ao convívio social, ou seja, uma criança que tem boa convivência em casa, geralmente, terá uma boa relação com outro grupo de pessoas. Desta forma, ao colocar obstáculos na convivência da criança com o outro genitor, surge um abuso na criança, colocando em questão seu poder de socializar com outros indivíduos.

O tratamento tem como principal objetivo desprogramar as manipulações feitas pelo alienante, no intuito de que os filhos possam formar livre opinião a respeito do genitor alienado, de forma que possibilite uma aproximação da verdade dos fatos.

Entende-se que o genitor alienado também deverá ter acompanhamento psicológico, com a finalidade de conscientizá-lo sobre as possíveis crises que o filho poderá passar, a fim de tentar reverter a situação, pois uma vez inerte a situação, ele poderá ser tão prejudicial para a criança quanto o alienante.

Há cada vez mais números que comprovam a existência da Alienação Parental e os danos causados aos filhos. Desta forma, deverão ser identificado todos os personagens envolvidos durante a discussão da guarda, cabendo sobretudo aos familiares a tarefa de minimizar as consequências trazidas.

Vale ressaltar que as consequências desse afrontamento em face da criança é muito duro, pois os impactos são a longo prazo, podendo causar depressão, insegurança, alienação de seus futuros filhos, como também uso de substâncias tóxicas, alcoolismo e dificuldades de relacionamento.

Sobre as consequências da alienação parental, em seu artigo *Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?*, Maria Berenice Dias (2008) dispõe:

Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.

Além de todos os danos psicológicos ocorridos com os envolvidos na alienação parental, o outro genitor(uma das vítimas), além de poder pedir que haja alteração na guarda dos filhos, também poderá fazer jus à indenização por danos morais decorrente da responsabilidade civil em face do alienante, vez que este tentou romper a ligação do alienante com o filho.

## **5 LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL Nº 12.318/2010**

A Síndrome da alienação parental tem sido frequente nos processos de família, principalmente naqueles relacionados a ruptura de relacionamento familiar. Diante disso, houve a necessidade de ter uma lei específica para tratar desse assunto, a Lei nº 12.318/2010, cuja finalidade é a regulamentação e a sanção dos genitores que tentam destruir a afetividade da criança com o outro genitor.

De acordo com a Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010), no artigo 2º em seu parágrafo único, traz rol exemplificativo a respeito das condutas que caracterizam a alienação parental, como desqualificar, dificultar o contato com outro genitor, apresentar falsa denúncia. Frisa-se que não se trata de uma lista taxativa, uma vez que a alienação parental pode ocorrer por várias condutas, as quais poderão ser

avaliadas por profissional na área, tais como: psicólogos, psiquiatras, assistente social. A maioria das atitudes previstas acima são realizadas pela mãe, que é com quem geralmente fica a guarda da criança, mas nada impede que o menor seja influenciado também pelo pai, por terceiros, parentes.

Em relação ao inciso VII do referido artigo 2º parágrafo único, a mudança de domicílio para local distante, por si só, não se enquadra na alienação parental, uma vez que é preciso que se comprove a mudança no intuito de atrapalhar a relação entre o filho e o genitor alienado. Geralmente a comprovação se dá por meio de laudos técnicos, constando perícias de especialistas.

O artigo 3º da Lei evidencia as consequências da alienação parental para a criança, expondo a violação dos direitos fundamentais. Como também entra em consonância com o artigo 19º do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que dispõe que a criança tem direito a convivência familiar, e ao ocorrer a síndrome da alienação parental, há a desvinculação afetiva com um dos genitores.

Vale ressaltar que o convívio familiar sempre deve ser mantido, e que a proibição do contato só poderá ocorrer somente se o genitor trazer perigo à integridade da criança.

Ao colocar empecilhos da criança conviver com o genitor alienado, o recurso por meio judicial é preponderante,

tendo em vista que o alienador terá que permitir o direito a visita. Nesta seara, entende-se que os filhos possuem o direito da convivência familiar, não podendo ser privados do relacionamento paterno e materno.

De acordo com Marta de Toledo Machado (2003, p. 50), a convivência familiar é fator preponderante para a personalidade da criança, pois esta apenas cresce de maneira saudável com a construção de um vínculo afetivo estável, equilibrado.

A alienação parental poderá, de acordo com o artigo 4º da referida lei, ser reconhecida em ação autônoma ou incidental. Frisa-se que a tramitação deverá ser prioritária, vez que a morosidade processual pode beneficiar o alienante, tendo em vista as repetidas insinuações pejorativas em face do outro genitor.

No artigo 6º da Lei da Alienação Parental (BRASIL, 2010), o legislador preocupou em inibir o comportamento do alienante, por meio das aplicações das sanções e até multa. Vale ressaltar que as medidas descritas no artigo citado não excluem a responsabilidade civil, de forma que a alienação parental pode gerar indenização por danos morais para a criança e genitor alienado.

Neste sentido, a advertência do alienante somente será efetiva se a Alienação Parental não tiver sido consumada. Caso

já tenha sido, caberá ao juiz assegurar alguma outra medida que seja eficaz.

Por conseguinte, sempre deve ser destacado o Princípio do Melhor Interesse da Criança, cabendo ao juiz ponderar sobre o que se mostra mais eficiente, seja tratamentos psicológicos ou até mesmo a mudança do tipo da guarda.

A jurisprudência já evidencia sobre a mudança de guarda, de acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2015):

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA  
COMPARTILHADA. REGRA. AMPLIAÇÃO  
DO CONVÍVIO. A convivência do pai com a  
filha é direito desta mostrando-se adequado que  
ambos os pais compartilhem as decisões  
relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, §  
2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre  
os genitores quanto à guarda da filha,  
encontrando-se ambos aptos a exercer o poder  
familiar, será aplicada a guarda compartilhada.  
Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o  
convívio familiar. Apelo provido.

A guarda compartilhada deve ser a regra, pois permite a criança o vínculo afetivo com os dois genitores. Assim sendo, a inversão da guarda é uma medida extremista, e para ser tomada deve ter provas concretas de que há a alienação parental.

## 6 DA GUARDA

Num processo de cessação de relacionamento entre os genitores, a separação é muito traumática tanto para eles quanto para a criança. Alguns menores sofrem consideravelmente com a separação, e na maioria dos casos há a disputa pela guarda.

Neste caso deverá levar-se em conta o princípio do melhor interesse da criança. Ocorre que na maioria das vezes esta se encontra dividida, sem nenhum norte sobre com quem ficar, ou não possui condição de escolher.

Em rupturas assim, muitos pais tentam denegrir a imagem do outro genitor, caracterizando a alienação parental.

A guarda se caracteriza por ser consequência do divórcio, separação, ou seja, pela ruptura de um casal. Em alguns casos não se escuta a opinião dos filhos. Com este desrespeito, a criança passa a ficar angustiada e apreensiva sobre seu futuro.

Temos a guarda como a conexão direta do poder familiar, se caracterizando pelo principal instrumento desse poder. A guarda traz vários direitos e deveres para aquele que a possui.

No Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 1.583, em dissolução da sociedade conjugal, prevalece o que é acordado entre os cônjuges sobre a guarda. Em casos em que

não existe acordo, a guarda é concedida a quem possui as melhores condições para exercê-la.

Em certos casos, o parágrafo único do artigo 1.584 do Código Civil, dispõe que a guarda poderá ser atribuída a terceiro, em casos em que os genitores estão impossibilitados. Geralmente, quando concedida é respeitado o grau de parentesco e avaliada a afetividade com a criança.

Via de regra a guarda é executada juntamente com ambos os genitores, em que deve a criança ter o contato com o pai e a mãe. Até como forma de tentar amenizar os efeitos da ruptura do relacionamento para todos os envolvidos

Ainda deve-se levar em questão, que se o responsável pela criança não der tratamento digno, poderá ter a guarda suspensa.

Outra forma de guarda é a chamada guarda alternada. Nesta modalidade cada um dos pais é detentor da guarda por um lapso temporal, que poderá ser por um período de um ano ou semanalmente, irá depender do que for melhor para a criança. No entanto, ressalta-se que esta guarda não é recomendada, vez que pode trazer confusões para a criança, pois muitas vezes recebem tratamentos distintos na casa de cada genitor.

A guarda poderá ser outorgada para um dos pais, de forma unilateral, ou seja, um dos genitores possui a guarda da

criança, enquanto o outro poderá ter contato por meio de regulamentação de visitas. Também, poderá ser concedida quando um dos genitores estiver impossibilitado de exercê-la. O grande problema proveniente da guarda unilateral é privar a criança de ter convivência contínua com o outro genitor.

Deve sempre levar em consideração que mesmo a guarda sendo unilateral, permanece a obrigação de cuidado, proteção e educação por ambos os genitores.

A guarda compartilhada tem fundamento na presença de cuidados que ambos os genitores têm em relação aos filhos.

Esta última modalidade é aquela em que os genitores dividem as responsabilidades em relação ao filho, que deverá ter convivência linear com os dois.

A guarda compartilhada deve-se valer em, no mínimo, um pouco de contato, de convívio entre os genitores, pois ambos terão o poder de decisão no que tange a vida dos filhos.

## **7 DA GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARENTAL**

De acordo com a Lei nº 13.058 de 2014, a guarda compartilhada passou a ser estabelecida independentemente de o relacionamento dos genitores ser agradável. Um dos motivos da regra da guarda compartilhada, além de levar em

consideração o melhor interesse da criança, é justamente a tentativa de evitar a alienação parental.

É nessas circunstâncias que devem ser considerados os aspectos mentais dos filhos em relação aos pais, pois aqueles podem ser objetos de disputa e serem manipulados para que tenham sentimento de rejeição com o outro genitor.

Neste sentido, criou-se a necessidade da guarda compartilhada com o intuito do filho ter boa convivência com ambos os genitores, amenizando o sofrimento, e como forma de evidenciar o melhor interesse para a criança.

Com a imposição da guarda compartilhada, a criança terá que conviver com ambos os genitores. Desta forma, a guarda pressupõe que as crianças devem ter crescimento mais equilibrado, com menos trauma, saudável, levando em questão o bom relacionamento entre os pais e os filhos.

A guarda compartilhada faz com que a criança tenha mais certeza dos seus sentimentos por ambos genitores, tendo menos chance de sofrer influências negativas de um dos genitores, como já visto em alguns casos de guarda unilateral.

Diante disso, ao ter a convivência entre os pais e os filhos desde o início da ruptura conjugal, tem menor chance de ocorrer a Alienação Parental, uma vez que ambos os genitores estão presentes, amenizando os efeitos, traumas da ruptura, como também terão o poder de decisão sobre a criança.

## 8 CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, buscou-se evidenciar as consequências da Alienação Parental perante aos filhos e ao núcleo familiar, colocando em questão o melhor interesse da criança.

A Alienação Parental é uma forma de abuso psicológico sofrido pela criança, praticada pelo genitor alienante com o intuito de destruir o vínculo afetivo com o outro genitor. É de suma importância diagnosticar com antecedência a Alienação Parental, uma vez que será mais fácil a tentativa de reverter a situação.

As crianças poderão enfrentar várias sequelas, em sede de exemplos: depressão, dificuldade em relacionamentos futuros, insegurança, alcoolismo quando adultas, dentre outros.

Desta forma, todos envolvidos deverão ter acompanhamento com especialistas no assunto. Devendo ser realizado, também, com o genitor alienado um trabalho para que consiga suportar a situação quando for menosprezado pela criança, bem como para que ocorra a possível reversão da síndrome.

Ainda, com base na Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010 foram solidificados alguns métodos específicos para coibir os atos praticados pelo alienante, os quais consistem

em punições, tais como a advertência, suspensão da autoridade parental e mudança do tipo de guarda.

Desta forma, a guarda compartilhada impediria a alienação parental, protegendo a criança das práticas abusivas do alienante, que objetivam destruir o vínculo afetivo do menor e do genitor alienado. Portanto, essa modalidade de guarda é a que melhor assiste aos interesses da criança, uma vez que mantém contato entre ambos os genitores, contribuindo para o crescimento do menor.

## **Referências**

BARREIRO, Ana Carla. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao/compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018

BRASIL. Lei Nº. 10.406, 11 de Janeiro de 2002, Instituí o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental. Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. v 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil 2: La família**. 20. ed. Paris: Presses Universitaires, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental: o que é isso?** Em: Associação de Pais e Mães Separados (coord.) Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 11-13, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. V, Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

EVARISTO, Almir Bezerra. **A Síndrome da Alienação Parental e a Lei nº 12.318/2010**. [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/a-sindrome-da-alienacao-parental-e-a-lei-no-12318-2010/>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 6. Ver. Atual. Ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

FONTELES, Celina Tamara Alves. **A guarda Compartilhada: um instrumento para inibir a síndrome da alienação parental**. [S.l.], 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27631/a-guarda-compartilhada-um-instrumento-para-inibir-a-sindrome-da-alienacao-parental/1>>. Acesso em: 01 jul. 2018

MACHADO, Marta de Toledo. **A proteção constitucional de criança e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MONTEIRO, Waschiton de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 30. Ed- São Paulo: Atlas, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Volume1. Rio de Janeiro: Aide, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4.ed.volume único – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2014.

TJRG- Tribunal Superior do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/257257790/apelacao-civel-ac-70066453358-rs>>. Acesso em: 20/10/2018.

TOSTA, Marlina Cunha. **Síndrome de Alienação Parental: a criança, a família e a lei**. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/marlina\\_tosta.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/marlina_tosta.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2018.

TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família**. 5 ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2005.

# ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153: ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL

*Tatianny Kariny Veloso Gomes*  
*Rafaela Brandão de Sá*

**Resumo:** O objetivo da pesquisa é investigar a atuação do *amicus curiae* na promoção do diálogo social por meio de suas manifestações nas ações de controle de constitucionalidade a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, elegeu-se a análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental por se tratar de uma ação de controle *sui generis* que em razão de suas peculiaridades amplia tanto o objeto de controle quanto o parâmetro de constitucionalidade, além de proporcionar às decisões a serem proferidas em seu bojo efeitos *erga omnes* e vinculante independentemente da espécie de controle, seja ele concentrado ou difuso. Especificando, ainda mais a pesquisa, o estudo terá como objeto a ADPF 153, conhecida como a ADPF da anistia, considerando as manifestações dos *amici* que foram admitidos e a influência dos pronunciamentos nos votos dos ministros, com o intuito de demonstrar, de forma empírica e pontual, a medida da influência das manifestações dos *amici* nas decisões proferidas. Embora a decisão final tenha sido contrária a manifestação dos *amici curiae* admitidos, conclui-se ter havido um eco, em alguns votos de forma mais evidente em uns e em outros nem tanto, dos argumentos arguidos pelos *amici curiae*, o que evidencia a crescente consideração pelos ministros das argumentações por eles trazidas. Analisa-se o teor de cada uma das quatro manifestações dos *amici* admitidos, bem como a sua influência na retórica dos votos dos ministros.

**Palavras – Chave:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; *Amicus Curiae*; Diálogo Social; Legitimidade.

**Claim of non-compliance with a Fundamental Precept 153: Amicus Curiae in the Formation Process of Judicial Conviction**

**Abstract:** This research aims to investigate the *amicus curiae*'s role in promoting social dialogue through its manifestations in the actions of constitutionality control to be judged by the Federal Supreme Court. For that, the analysis of the allegation of non-compliance with a fundamental precept was chosen because it is a *sui generis* control action that, due to its peculiarities, widens the control object and the constitutionality parameter, besides provides to the decisions to be pronounced in its bulge *erga omnes* and binding effects independently of the species of control, whether concentrated or diffuse. Further specifying the research, the study will focus on ADPF 153, known as the ADPF of amnesty, considering the manifestations of the amici admitted and the influence of the pronouncements on the votes of the ministers, in order to demonstrate, in an empirical and punctual way, how much the manifestations of the *amici* influenced the decisions pronounced. Although the final decision was contrary to the manifestation of the *amici curiae* admitted, it is concluded that there was an echo, more clearly in some votes and not so much in other votes, of the argued arguments by the *amici curiae*, which evidences the growing consideration by the ministers of the arguments brought by them. It analyzes the content of each of the four manifestations of the admitted *amici*, as well as their influence in the rhetoric of the ministers votes.

**Keywords:** Claim of non-compliance with a Fundamental Precept; *Amicus Curiae*; Social Dialogue; Legitimacy.

## 1- Introdução

O objetivo do presente estudo consiste em investigar a repercussão produzida pelas manifestações dos *amici curae* nos votos dos ministros da Suprema Corte. Especificamente, pretende-se abordar a ADPF 153<sup>6</sup> na qual foram admitidos quatro *amici* que com a apresentação de suas teses levaram informações em âmbito de direito internacional; atentando para as diversas interpretações que podem ser conferidas à Lei 6.683/79<sup>7</sup> que é a normativa, objeto de controle de constitucionalidade; pontuando aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema em manifestações densas e bem fundamentadas juridicamente, expondo toda a *expertise* no assunto, no afã de subsidiar ao Supremo, informações jurídicas, técnicas e inéditas acerca do tema analisado.

De forma pontual, com o intuito de contextualizar os institutos em estudo, desenvolver-se-á breves apontamentos acerca de aspectos teóricos tanto da arguição de descumprimento de preceito fundamental quanto do *amicus*

---

<sup>6</sup> Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretendendo a declaração de não-recebimento pela Constituição Federal de 1988 do disposto do §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 que concede anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos, estendendo -se aos crimes conexos.

<sup>7</sup> Lei 6.683/79 de 28 de agosto de 1979 que concede anistia e dá outras providências.

*curiae*, situando-os no ordenamento pátrio, destacando a ADPF como uma ação constitucional que completa o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ampliando objeto, parâmetro constitucional e efeitos da decisão proferida, fato que justifica a escolha deste instituto para protagonizar a pesquisa proposta. Na sequência seguimos à análise do *amicus curiae*, localizando-o histórica e juridicamente no ordenamento, apontando o destaque que esta figura jurídica deve possuir, quando analisada sob o prisma do necessário debate meritório que deve ser deflagrado na Suprema Corte.

Buscar-se-á analisar a abertura ofertada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para promover um debate de mérito entre a Corte e os *amici* que intervieram no feito, por meio de sindicância de seus votos na busca por referências aos pronunciamentos e argumentação desenvolvida pelo *amicus curiae*. Não se pretende analisar somente aqueles votos que atenderam ao requerimento dos *amici*, como, também, os que de algum modo, direta ou indiretamente fizeram menção aos argumentos desenvolvidos.

Será analisada a motivação da admissão dos *amici*, considerando a representatividade de cada um deles e se os fundamentos das decisões proferidas nos votos estão coerentes com a razão apontada para a aceitação de um e outro *amicus curiae*. Se, de fato, se levou em consideração as teses

desenvolvidas pelos *amici*, bem como as informações trazidas aos autos.

Para tanto, recorrer-se-á à pesquisa teórico-bibliográfica e documental, analisando autores que discutem o tema, consultando artigos científicos, dissertações e teses, bem como legislações, jurisprudências e julgados que permitirão a construção teórica do presente trabalho.

Reputa-se relevante o estudo, na medida em que a análise girará em torno da existência ou não de um diálogo social por meio das manifestações dos *amici* na ADPF em estudo. Em âmbito jurídico, muito se discute acerca da pluralização do debate nas decisões de controle de constitucionalidade, questiona-se a legitimação das decisões do Supremo por meio do diálogo social viabilizado pelas audiências públicas e participação efetiva dos *amici curiae*.

A análise permitirá evidenciar a existência ou não desse diálogo social, permitirá, ainda que de forma específica, demonstrar conexões ou inexistência de alinhamento entre as manifestações dos *amici* e os votos dos ministros, trazendo à baila a medida de observância pelo Supremo Tribunal Federal dos paradigmas do Estado Democrático de Direito proclamado na vigente Ordem Constitucional, já que por meio das manifestações dos *amici* e das considerações de suas manifestações nos votos dos ministros é que se caminha no

sentido de alcançar decisões democráticas e legitimadas pelo debate social.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental foi possível desenvolver análises teóricas, comparativas e críticas da influencia das manifestações dos *amici* no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo possível alcançar uma conclusão acerca da existência da pluralização do debate e legitimação da decisão em estudo. Passamos, então, às considerações acerca do tema.

## **2– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instituto jurídico que amplia o objeto do controle de constitucionalidade**

Trata-se de ação constitucional que estabelece uma forma *sui generis* de controle de constitucionalidade, introduzida no direito brasileiro pelo Poder Constituinte de 1988 e regulamentada pela Lei 9882/99, sem qualquer precedente nas constituições anteriores, o dispositivo em tela inova na história constitucional brasileira e, de acordo com abalizada doutrina (STRECK, 2014,p.901), possui suas raízes na Lei Fundamental Alemã que em seu artigo 93, alínea 1, n.4 estabelece o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) a

ser ajuizado diretamente no Tribunal Constitucional por qualquer cidadão que tenha um direito constitucional lesado.

Diz-se ser uma ação constitucional *sui generis* em razão da peculiaridade estampada no disposto do artigo 10, §3º da Lei regulamentadora da ADPF (BRASIL. 1999) ao estabelecer que: “*as decisões, em sede de arguição de descumprimento, têm eficácia contra todos e efeito vinculante.*”

Depreende-se da legislação em comento que a arguição pode ser ajuizada diretamente no Supremo Tribunal em sede de controle concentrado, o que já é característico das ações de controle, como, também em âmbito de controle difuso, na hipótese de existência de uma relevante controvérsia judicial acerca de descumprimento de preceito fundamental por Ato do Poder Público, quer dizer é a atribuição de efeito vinculante e eficácia contra todos em sede de controle difuso, daí o caráter *sui generis* do instituto, já que nas demais ações de controle de constitucionalidade, a decisão, via controle difuso, produz efeitos apenas *inter partes*, só sendo possível o efeito *erga omnes* após manifestação do Senado Federal nos termos do inciso X do artigo 52<sup>8</sup> da Constituição Federal de 1988, pelo menos em regra, não podendo, no entanto, deixar de citar recente entendimento do Supremo Tribunal Federal que

---

<sup>8</sup> Art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

deflagra o fenômeno da abstrativização do controle difuso ao admitir que a Corte Suprema, a par das circunstâncias do caso concreto, possa, independentemente do crivo do Senado Federal, conferir efeitos *erga omnes* às decisões em âmbito de controle difuso. É o que verifica no informativo 886 do STF de 1º de dezembro de 2017.

Ademais, ainda sobre as especificidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental, há que citar que, por meio dessa ação, é possível levar ao crivo do judiciário a apreciação da constitucionalidade de determinados atos que jamais chegariam à Suprema Corte via as demais ações de controle. É o que se verifica no caso em questão, já que a APF nº: 153 tem como objeto uma lei pré – constitucional do ano de 1979 – Lei nº: 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia, considerada lei-medida que veicula uma decisão política assumida naquele momento.

Trata-se de normativa que foi recepcionada pela Ordem Constitucional de 1988, sendo, pois, infrutíferas considerações acerca de sua recepção ou não. É o que se extrai da ementa publicada em 2010 acerca da arguição em comento, vejamos:

“A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988; a nova Constituição a [re] instaurou em ato originário. A Emenda Constitucional nº 26/85 inaugura

uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988 [...]” (Brasil. Supremo Tribunal Federal,2010)

Embora tenha sido a normativa integrada pelo Texto Constitucional de 1988, o ordenamento veiculado pela lei da anistia não seria objeto de controle não fosse a peculiar previsão da Lei 9882/92 que no inciso I do parágrafo único do artigo 1<sup>o</sup> estabelece o controle de leis anteriores à constituição.

Há que se ressaltar que, além da possibilidade de arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental diretamente no Supremo Tribunal, bem como do controle de normas pré-constitucionais, a Lei 9882/99 traz em seu bojo outra regra que merece ser analisada que é a da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É ao que se dedica no item seguinte.

---

<sup>9</sup> Art. 1<sup>o</sup> A arguição prevista no § 1<sup>o</sup> do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

## **2.1 – Subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

O caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF encontra-se estampado no §1º do artigo 4º da Lei 9882/90 (BRASIL, 1999)<sup>10</sup>, estabelece a lei que havendo qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade não se admitirá a arguição. Trata-se de pressuposto de admissibilidade. Caberá à Corte Suprema, antes de adentrar no mérito da ação constitucional, verificar se, de fato, é o mecanismo adequado para sanar a lesão ou ameaça de lesão arguida.

Os operadores do direito se ocupam no afã de estabelecer os limites da “subsidiariedade”. Muito se questionou sobre considerar ou não as formas ordinárias de judicialização para fins de constatar a existência ou não de outros meios. Todavia, partindo de análises de julgados do Supremo Tribunal Federal – STF, verifica-se não ser esta a tendência, invocando-se a subsidiariedade na hipótese de

---

<sup>10</sup> Art. 4º. A Petição inicial será indeferida, liminarmente, pelo relator quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

existência de ação constitucional que, efetivamente, seja capaz de sanar a lesão à preceito fundamental. É que se extrai do julgado da ADPF nº: 17<sup>11</sup> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal,2001) :

“É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade [...] Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental [...] Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional [...] Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar a lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público”

Quando da avaliação da admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelo critério da subsidiariedade, deve-se considerar o estabelecido

---

<sup>11</sup> O Governo do Estado Amapá ajuizou a ADPF 17 com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e investidura de seis Desembargadores do Tribunal de Justiça Local e em seu bojo foi discutida a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental estabelecendo-se o entendimento no sentido de que a ADPF não será admitida sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado.

na lei (BRASIL.Lei 9882/90, art.10,§3º) ao dispor que a decisão possui efeito vinculante e *erga omnes*, mesmo em âmbito de arguição incidental, essa análise há de ser crucial para a admissibilidade ou não da arguição, já que a eficácia alcançada não se obtêm por meio das demais ações de controle.

Ao contrário do que se possa imaginar o caráter residual da ação de descumprimento de preceito fundamental, ao invés de reduzir o seu âmbito de aplicação, amplia-o, na medida em que possibilita a apreciação pela Suprema Corte de atos do Poder Público que, em sede das demais ações de controle de constitucionalidade, jamais chegariam ao crivo do Supremo Tribunal Federal, viabilizando o controle concentrado do direito municipal e do direito pré – constitucional, atos não-normativos, atos administrativos e atos jurisdicionais. De fato, veio completar o sistema do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Não se pode deixar de destacar que a admissibilidade da Arguição em estudo – ADPF nº 153 restou demonstrada, de maneira tranquila, já que no ordenamento pátrio inexistente outra ação de controle que possa veicular normas anteriores à constituição, como no caso em estudo.

Seguindo a proposta do trabalho, passemos a indispensável análise do *amicus curiae*.

### 3. *Amicus Curiae*: aspectos conceituais e introdutórios

Instituto originário do direito romano, foi adotado no sistema jurídico inglês no período medieval, época em que o *amicus curiae* poderia apresentar-se espontaneamente e ainda levar à corte fatos e provas que contribuíssem para a vitória de uns dos litigantes (BUENO, 2012, p. 89 e 91). No direito inglês, a atuação do *amicus curiae* ampliou-se em razão da colaboração ao fornecer subsídios à corte para a resolução de questões judiciais estranhas ao conhecimento dos magistrados, ou seja, as pontuações do amigo da corte eram decisivas para o provimento final da corte, já que detinha conhecimento de matérias, muitas vezes, estranhas para os julgadores.

Aponta a doutrina, mais especificamente, Carolina Tupinambá (2011, p. 117), que no direito pátrio, o *amicus curiae* apresenta os seus primeiros contornos na Lei 6.385/76<sup>12</sup> que em seu artigo 31 determinava a intimação da Comissão de Valores Mobiliários para proferir parecer em questões judiciais que envolvesse matérias afetas ao mercado financeiro, já que, em razão da especificidade do assunto, o judiciário não possuía conhecimento bastante para julgar.

---

<sup>12</sup> Lei 6.385/76 de 07 de dezembro de 1976 dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a comissão de valores mobiliários.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do instituto em estudo, seria uma espécie de intervenção de terceiro? Há interesse? Na visão do constitucionalista José Emilio Medauar Ommati, há interesse do *amicus curiae*, no desfecho do processo:

“Mas, ao contrário do que normalmente se defende na doutrina brasileira [...] o *amicus curiae* não é um terceiro desinteressado que se habilita a participar do procedimento apenas para ajudar o órgão julgador. Tanto é assim que ele se habilita a participar do procedimento ora do lado do letimado ativo, ora do passivo, quando se trata de controle concentrado; e, no caso de procedimentos comuns, ora do lado do autor, ora do réu. O *amicus curiae* apresenta interesse no desfecho do procedimento.”

Verifica-se nas intervenções constantes da ADPF nº: 153 que há pedido de procedência ou improcedência da arguição a depender do grupo representado pelo *amicus curiae* o que deixa evidente a parcialidade com que se apresenta no processo.

Há que se mencionar, principalmente no âmbito do presente estudo, que a existência do *amicus curiae* no sistema constitucional brasileiro, e é o que se verificará da análise dos pareceres constantes da ADPF nº: 153, promove a pluralização do debate no controle de constitucionalidade, proporcionando um diálogo social legitimador das decisões proferidas pela Suprema Corte. Sendo, pois, mecanismo de participação social

nas ações de controle, permitindo a participação no controle de interessados afetados pela decisão.

A possibilidade de oitiva de interessados como o *amicus curiae* em âmbito de ADPF não encontra previsão na lei 9.882/99, encontrando respaldo legal por meio da aplicação analógica da Lei 9.868/99, regulamentadora da ADI e ADC, que em seu artigo 7º, *caput* c/c §2º estabelece que o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. A normativa é bastante sucinta ao tratar das intervenções em estudo, dando a entender que a manifestação do *amicus curiae* teria um caráter meramente informativo, todavia não é o que proclama a doutrina e jurisprudência acerca do tema. Sobre a natureza das intervenções, vejamos a opinião de Gilmar Ferreira Mendes (2014, p.276) :

O instituto em questão (*amicus curiae*), de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilidade de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira.

A análise dos votos proferidos quando do julgamento da ADPF nº:153 permite a visualização de considerações acerca das intervenções dos *amici curiae* que vão muito além de apontamentos de caráter meramente informativo.

Detectando-se a adoção de posicionamentos influenciados por manifestações externadas nos pareceres dos *amici curae* admitidos a dialogar com o STF. O tópico a seguir dedica-se a análise dessas manifestações e do quanto elas influenciaram na decisão colegiada.

#### **4 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº: 153 e a promoção do diálogo social por meio das intervenções dos *amici curae***

Trata-se de arguição proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretendendo a declaração de não-recebimento pela Constituição Federal de 1988 do disposto do §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 que concede anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos, estendendo -se aos crimes conexos. A seguir o texto legal impugnado:

Artigo 1º: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometerem, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundação vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais. Punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

O arguente alega a existência de controvérsia constitucional acerca da aplicação ou não do dispositivo da lei para anistiar os agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro, atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar [...] e que a controvérsia está consubstanciada na divergência de entendimentos, notadamente do Ministério da Justiça e do Ministério da Defesa, no que toca à aplicação da lei da anistia [...] aduz, ainda, que o recebimento do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 implicaria em desrespeito ao dever do poder público de não ocultar a verdade ; aos princípios democráticos e republicano, ao princípio da dignidade da pessoa humana.(ADPF 153, f. 06,07 do relatório).

O que se pretende com a arguição é uma interpretação conforme a constituição para declarar que a anistia concedida pela Lei 6.683/79 não se estenda aos crimes comuns praticados. Analisando os autos, verifica-se que foram elaborados cinco pedidos de *amici curae* sendo deferido quatro, quais sejam, a Associação Juízes para Democracia; o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, a Associação Brasileira de Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM.

Antes de adentrarmos nas manifestações dos *amici* , importa esclarecer o cerne da questão discutida que é analisar se a aplicação do §1º artigo 1º da Lei 6.683/ 79 aos crimes comuns praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar afronta ou não preceito fundamental.

Alega-se haver afronta ao artigo 5º, *caput*<sup>13</sup> do Texto Constitucional já que a aplicação da lei impugnada não tipifica a conduta que se pretende anistiar deixando a cargo da interpretação dos magistrados, o que implica em afirmar que nem todos são iguais perante a lei; lesão ao artigo 5º, XXXIII<sup>14</sup>, uma vez que oculta a verdade ao povo que, ante a ausência de um devido processo legal, desconhece a identidade daqueles que praticaram crimes de Estado; argui-se, ainda, a não observância dos princípios democráticos e republicano, tendo em vista o processo legislativo que levou à aprovação da lei, tendo em vista que o Congresso Nacional, a época, foi eleito sob a égide dos comandantes militares, sendo a lei impugnada

---

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>14</sup> Inciso XXXIII do artigo 5º: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

sancionada por militar, fato que desrespeita a vontade popular, tornando-a ilegítima e evidenciando a auto-anistia criminal, conduta proibida pelo ordenamento jurídico e rechaçada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, argui-se que a aplicação da lei atenta contra a dignidade da pessoa humana ao beneficiar por meio da anistia agentes que praticaram a tortura, sendo, pois, segundo a Lei Fundamental de 1988, prática insuscetível de anistia. Ressaltando-se, na petição, que a dignidade da pessoa humana alicerça todo o ordenamento universal de direitos humanos e o ordenamento constitucional brasileiro de 1988. É o que se depreende da análise da petição inicial da ADPF 153.

A seguir abre-se um tópico no qual se faz uma breve menção a pontos específicos das manifestações dos *amici*.

#### **4.1 – *Amici Curiae* admitidos na ADPF 153**

Em extensa e fundamentada manifestação os *amici* admitidos no bojo da arguição requereram a procedência da ADPF.

A Associação Juízes para a Democracia argumenta, com base em precedentes do próprio STF, na doutrina e na legislação vigente, a inexistência de conexividade entre os delitos praticados pelos agentes repressores do regime militar e

os crimes políticos, postulando pelo afastamento da incidência do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79; o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, no mesmo sentido, fundamenta a sua manifestação na não existência de conexão entre os crimes, ressaltando os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar tratados internacionais de direitos humanos que rechaçam a prática de crimes que atentem contra a dignidade da pessoa humana e a concretização da auto-anistia. (ADPF 153, f. 07, 08 do relatório).

A Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM apresenta as suas razões para a procedência do pedido, alicerçando seus argumentos na alegação de nulidade dos crimes cometidos pelos agentes do Estado no regime militar, sendo, pois, impossível anistia-los, acrescenta que, ainda que esses crimes sejam considerados, os seus agentes não podem ser anistiados, uma vez que a legislação internacional – Convenção de Genebra de 1949 - ratificada pelo Brasil, proíbe a anistia de crimes cometidos no período de regime militar.

A Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP, considera o disposto no §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 forma de auto-anistia criminal, motivo pelo qual não pode ser acolhida pela ordem constitucional de 1988, consistindo em afronta à jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos e à Convenção Contra a Tortura promulgada em

fevereiro de 1991, ressaltando os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar os tratados internacionais.

Os tópicos seguintes serão dedicados à apreciação dos votos dos ministros que, de algum modo, se reportaram às manifestações dos *amici* quando da tomada da decisão. A ADPF foi julgada improcedente e as quatro intervenções admitidas argumentaram para a procedência da arguição. Oportuno ressaltar que o que motivou as admissões foi a relevância da questão objeto da presente ADPF e a necessidade de pluralizar o debate.

#### **4.2 – Voto do Ministro Relator Eros Grau**

A primeira menção à manifestação dos *amici* no voto do ministro relator refere-se às razões da Associação Juízes para a Democracia (AJpD) trazendo à baila a importância dos específicos delineamentos acerca do que será considerado crime político e conexos para os fins de aplicação da Lei 6.683/79 (ADPF 153, f. 16 do voto do relator Eros Grau) , prossegue apontando que houve pedido de procedência da arguição com fundamento no artigo 6º, §1º da Lei 9882/99

(BRASIL,1999)<sup>15</sup> e no artigo 131, §3º<sup>16</sup> do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No que toca ao alegado pela AJPd sobre o necessário delineamento do conceito de crimes políticos e crimes conexos com estes para que seja determinada a extensão da Lei 6.683/79, o Ministro sustenta o §1º do artigo 1º da Lei 6.683/79 já define o que vem a ser “crimes conexos aos crimes políticos” que são aqueles crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política, considerado o instituto já definido e delineado em lei para os efeitos que pretende alcançar. Ressalta, ainda:

“Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicato no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para

---

<sup>15</sup> Art.6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>16</sup> Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. § 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento. (Incluído pela Emenda Regimental n. 15, de 30 de março de 2004).

democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Refere o que “se procurou”, segunda a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão” (ADPF 153, f. 26, voto do Ministro Eros Grau)

Concluindo, neste ponto, pela desnecessidade de um debate doutrinário para a delimitação da extensão da conexão dos crimes, dado o momento histórico e a definição legal no bojo da Lei 6.683/79.

#### **4.3 – Voto da Ministra Cármen Lúcia**

A análise da Ministra inicia considerando argumentos levantados na tribuna realizada na sessão inicial do julgamento, destaca o pronunciamento da advogada do *amicus curiae* Cejil, Dra. Helena de Souza Rocha, no que pertine ao direito à verdade oportunamente pontuado pelo Cejil. Em seu voto a Ministra valida os argumentos levantados, dando razão ao *amicus curiae*, ponderando, na sequência que ao direito à verdade não cabem questionamentos, já que entende não existir relação com a matéria discutida.

Afirma que a análise a ser feita é acerca da extensão da expressão “crimes conexos” constante do §1º do artigo 1º da Lei 6683/79. Ressaltando:

Assim, o direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar repostas, divulgar e adotar as providencias sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão, e, se estivessem, pelo menos eu, com certeza, daria resposta exatamente no sentido enaltecido pela advogada. Apenas, deve ser enfatizado que não é essa questão, nem aos menos com objeto de exame ou argumentação para a resposta judicial a ser dada na presente arguição, simplesmente não é este o tema posto, nem parece haver dúvidas tão graves quanto as que se suscitam na presente arguição. (ADPF 153, f. 79, voto Min. Cármen Lúcia)

A Ministra finaliza o seu voto julgando improcedente a arguição e acompanhando o voto do Ministro Relator.

#### **4.4 – Voto do Ministro Celso de Mello**

Não se vislumbra, de forma direta, a menção a nenhum dos *amici*, contudo o Ministro utiliza argumentos que, em muito, se aproximam dos utilizados pelos *amici*. As colocações acerca do compromisso assumido pelo Brasil ao ratificar determinados tratado de direitos humanos demonstra uma identidade com os argumentos utilizados, mais notadamente, pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional que, com maior ênfase, cita a necessidade de correspondência e diálogo entre o direito interno e o internacional. Destaca o ministro:

“reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos [...] proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia” (ADPF 153, f. 91, voto Min. Celso de Mello)

A CEJIL em sua manifestação defende a obediência às normas de direito internacional, apontando para a impossibilidade de conexão entre crimes, já que se assim o fosse configurar-se-ia a rechaçada auto-anistia.

O Ministro julgou improcedente a arguição por entender, entre outros motivos, que a Lei 6.683/79 não proclama uma auto - concedida anistia, ressaltando que a referida lei foi editada em momento anterior à adoção pela Assembleia Geral da ONU de tratados de direito internacional mencionados pela tese defendida pela procedência da arguição, como, por exemplo, a Convenções das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que foi em 1984.

#### **4.5 – Voto do Ministro Lewandowski**

O ministro Lewandowski, de forma indireta, menciona argumentos levantados pelos *amici*. Assim como no voto do ministro Celso de Mello não se tem uma menção clara às

manifestações de qualquer dos *amici curiae*, mas a abordagem no que pertine à necessária obediência ao direito internacional demonstra um vínculo com o que foi arguido pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional, já que o ministro faz referencias a julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos citados na intervenção do CEJIL. A seguir transcrição de trecho do voto:

“Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos nele protegidos, assinalando especialmente que [...] na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1 . A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos. (ADPF 153, f.128/129)

O ministro Lewandowski julga procedente em parte a arguição e determina ao §1º do art. 1º da Lei 6.783/79 interpretação conforme para proibir a aplicação automática do

benefício da anistia constante do dispositivo referido. Acrescenta que deve o juiz ou tribunal, analisando a relevância do caso e atrocidade dos meios, deverá analisar o ocorrido, deflagrando a persecução penal contra os agentes com o intuito de verificar o cometimento de crimes comuns, excluindo delitos políticos ou ilícitos considerados conexos, em conformidade com a jurisprudência da Suprema Corte.

#### **4.6- Voto do Ministro Ayres Britto**

A visão do ministro Ayres Britto evidencia uma indireta conexão com a manifestação da Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM, não há em seu voto uma expressa menção às arguições deste *amicus curiae*, todavia a referência à distinção entre “militares torturados” e “militares honrados” demonstra a consonância entre os argumentos, já que a ADNAM, de forma incisiva, argumenta em seu parecer que não compactuaram com o regime de exceção, citando a manifestação proferida no Senado Federal pelo, então, senador Paulo Brossard ao se posicionar contra anistia irrestrita dos torturadores. Em alinhamento com a manifestação do *amicus curiae*, o ministro destaca em seu voto:

“Então,esses militares torturadores que desonraram as Forças Armadas, o Estado, a Pátria e o próprio Deus (permito-me dizer) não podem ser tratados em

igualdades de condições com os militares honrados que acreditavam numa estruturação estatal e numa forma de governo boa para o Brasil. Equivocadamente a meu sentir, e no sentir de muitas outras pessoas, mas agindo de boa-fé.”

Entende o ministro que o § 1º artigo 1º da Lei 6.683/79 não possui caráter amplo, irrestrito e geral, afirma ser o texto da referida Lei, polissêmico e plurisignificativo, merecendo, pois, interpretação conforme a constituição para excluir do texto normativo extensão da anistia aos crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, para especificar os previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Lei Fundamental. Julgando procedente a ação.

#### **4.7 – Voto do Ministro Gilmar Mendes**

O Ministro Gilmar Mendes menciona o mesmo discurso do senador Paulo Brossard só que lhe conferindo uma interpretação diversa da pontuada pela Associação Democrática e Nacionalista de Militares em sua manifestação como *amicus curiae*. Deixando evidente um eco dos argumentos levantados pela ADNEM.

Entende o ministro que o discurso do, então, senador Paulo Brossard, proferido aos 17 de março de 1981, ao

manifestar sobre a Lei 6.683/79 proclama uma anistia abrangente, destacando o trecho:

“Estejam tranquilos os torturadores, o caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não paga. Antes apagasse”

Oportuno salientar que o mesmo discurso fundamenta teses diversas, a primeira defendida pelo *amicus curiae* Associação Democrática e Nacionalista de Militares para se posicionar contra a anistia irrestrita e a segunda desenvolvida no voto do ministro Gilmar Mendes para defender que o posicionamento do então Senador coaduna com a admissão da anistia geral e irrestrita. O Voto do ministro julga improcedente a arguição no mesmo sentido do voto do relator.

## **5 – Conclusão**

A Suprema Corte caminha no sentido de ampliar o âmbito de atuação dos que ingressam na condição de *amicus curiae*, no caso em concreto, verifica-se que a omissão legislativa no que pertine a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na ADPF não impede a sua ampla utilização no bojo nas arguições.

Na ADPF 153, dos cinco pedidos de admissão, quatro foram deferidos, o que demonstra a abertura da Corte para democratização de debates, sendo receptiva às argumentações desenvolvidas e informações agregadas por meio das manifestações.

Importa salientar que a interlocução propiciada por meio das admissões dos *amici curae* é característico de um constitucionalismo comprometido com a efetivação do Estado Democrático de Direito, consistindo a Lei 9886/99 em um marco normativo infraconstitucional tendente a concretizar a abertura do processo por meio da previsão, entre outras figuras, do *amicus curiae*, propiciando o exercício da democracia, também, no âmbito do poder judiciário.

O caso em análise permite concluir que os *amici curiae*, admitidos a intervir no feito, agregaram conhecimento especializado, informações sobre direito internacional, dados históricos, estatísticos, apontamentos doutrinários e jurisprudenciais que, em muito, contribuíram para construção do voto dos ministros. Estavam alinhados com a argumentação da arguente no sentido de declarar a procedência da ADPF para uma interpretação conforme a constituição, lapidando esta tese com os conhecimentos agregados e aprimorando os votos dos ministros.

A decisão foi pela improcedência da ADPF 153, mantendo a aplicação do §1º artigo 1º da Lei 6.683/79, por sete votos a dois, observando-se, fato intrigante, já que não houve citação direta das manifestações dos *amici* nos votos dos ministros Ayres Britto e Lewandowski, que entenderam pela procedência, ainda que parcial da ADPF. Contudo, foi possível detectar eco das argumentações desenvolvidas pelos *amici* na construção dos votos pela procedência da ação.

Dos votos pela improcedência, dois deles, ministro-relator Eros Grau e ministra Carmen Lúcia citam de forma direta, expressa e pontual o ponto de vista dos *amici*, evidenciando a contribuição para a formação do convencimento, de forma mais enfática, no voto da ministra Carmen Lúcia verifica-se uma precisa referência à CEJIL, validando os argumentos desenvolvidos e, ao final, discordando, o mesmo se depreende dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Referidas constatações permitem concluir que as informações e conhecimentos agregados ao feito pelos *amici* são manejados pela Suprema Corte como canais de comunicação com a sociedade e formação do convencimento com vistas ao enriquecimento argumentativo, ainda que de forma acanhada, se verifica essa tendência o que confere legitimação às decisões da Suprema Corte.

Não se vê outro caminho para a democratização do debate acerca das questões levadas ao Supremo que não este, uma vez que a legitimidade para o ajuizamento das ações de controle é muito limitado, haja vista o rol do artigo 103 da Constituição Federal, de modo que a admissão do *amicus curae* permite uma abertura dialógica no âmbito da jurisdição constitucional, democratizando o debate por meio da manifestação das diversas classes representativas, enriquecendo os argumentos, fornecendo subsídios para o aprimoramento das decisões.

Contudo, o sistema jurídico pátrio carece de legislação procedimental no tocante a atuação dos *amici curae* e da postura a ser adotada pelos julgadores ante as argumentações desenvolvidas, que sejam escritas ou em tribuna, devem ser consideradas nas decisões de modo a legitimar os provimentos e valorizar todo o conhecimento científico, muitas das vezes, fora do âmbito de atuação dos juristas e que são necessários para o aprimoramento das decisões. É preciso fixar, em âmbito de jurisdição constitucional, a natureza jurídica na atuação do *amicus curiae* para que se possa uniformizar a apreciação de suas manifestações pela Suprema Corte que deve manter-se alinhada à motivação da decisão de admitir a intervenção do *amicus curiae* ressaltando que, no caso em questão, a decisão de admissão dos quatro *amici*, habilitados no feito, foram

motivadas pelo reconhecimento da necessidade prestar informações relevantes para o deslinde da controvérsia e democratizar o debate.

## 6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Um Outro País Transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 11 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm). Acesso: 11 de jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Rel. Min. Eros Grau. DJe nº 145. 06 de ago. de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

Acesso: 12 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 9868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso: 12 de jun. de 2018.

BRASIL. **Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso: 12 de jun. de 2018.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso: 12 de jun. de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Processo Constitucional Brasileiro: A Abertura Estrutural dos Parâmetros e a Determinação Processual do Objeto do Instituto**. Belo Horizonte: Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, **Dissertação de Mestrado**, 2005.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. 9ª. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NELSON, Nery Jr.; ABOUD Georges. **Direito Constitucional Brasileiro** – São Paulo ; Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OMMATI, José Emilio Medauar, **Teoria da Constituição** – 7ª Ed. : Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica** – 4ª Ed.: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

# **ANÁLISE DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PROCESSO CONSTITUCIOANAL**

## **ANALYSIS OF THE LEGITIMACY FOR THE PUBLIC CIVIL ACTION IN THE FACE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUCIOANAL PROCESS**

*Antonio Donizetti de Resende*

### **RESUMO**

O legislador, ao definir o legitimado ativo para as ações coletivas - exceto a ação popular - optou pelo modelo representativo de processo, mas, adotou nessas ações, o mesmo conceito de mérito processual aplicado ao processo individual. Assim, o legitimado da ação civil pública postulará direito alheio em nome próprio. Mas, aquele que receberá os efeitos da sentença, não participará da ACP. Assim, se ocorrer à inobservância do processo constitucional, a formação do mérito processual ficará comprometida. Destarte, visando os devidos esclarecimentos, analisou-se o referido modelo de legitimação para ação civil pública adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, verificando a sua compatibilidade com os princípios do Processo Constitucional. Na sequência, utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo-se de uma situação macroanalítica para outra microanalítica, foi possível perceber que no referido modelo representativo, determinados princípios do processo constitucional são inobservados, comprometendo a formação participativa do mérito processual.

**Palavras-chave:** Legitimado; Ação Civil Pública; Processo; Sentença; Ações Coletivas.

## ABSTRACT

The legislator, when defining the legitimate asset for collective actions-except popular action – chose the representative model of process, but adopted in these actions, the same concept of merit procedure applied to individual process. Thus, the legitimized public civil action will postulate the right of others in their own name. However, the one who will receive the effects of the sentence will participate in the ACP. So, if the non-observance of the constitutional process, the formation of merit procedure will be compromised. Thus, targeting the proper clarification, it was examined if such legitimation for public civil action model adopted by the Brazilian legal system, verifying your compatibility with the principles of the constitutional process. As a result, using the theoretical method-deductive, bibliographic leaving a situation macro-analytical to other micro-analytical, it was possible to notice that the said representative model, certain principles of the constitutional process are not observed, compromising the participatory training of merit procedure.

**Keywords:** Legitimized; Public Civil Action; Process; Sentence; Collective Actions.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante a vigência do Estado Liberal vigoraram os direitos fundamentais, denominados pela doutrina como de primeira dimensão, que prestigiavam os direitos civis e políticos, priorizando a proteção à vida, à liberdade e à propriedade. Na transição do Estado Liberal para o Social, surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão,

tutelando os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como: trabalho, saúde e educação. Somente, nos meados do século XX, foram reconhecidos os direitos fundamentais de terceira dimensão -direitos difusos - tutelando o meio ambiente, o direito dos consumidores e outros direitos transindividuais. Pois, apesar da AP “ação popular” já existir desde a Constituição do Império de 1824 (art. 157), esta ação somente foi regulamentada em âmbito infraconstitucional em 29 de junho de 1965, com a edição da Lei nº 4.717.

Já, a Lei nº 7.347 - ACP “Ação Civil Pública” foi editada em 24 de julho de 1985, mas, somente com a promulgação da CF/88 “Constituição Federal de 1988”, os direitos e interessestransindividuais, inclusive os direitos difusos, foram amplamente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dentre outros, os artigos: 5º, 114, 127, 129, 196 e 225 da CF/88, tutelam os direitos transindividuais.

Na esfera infraconstitucional, as normas que constituem o atual microsistema de processo coletivo brasileiro são: Lei nº 4.717/65 – AP; Lei nº 7.347/85 – ACP “Ação Civil Pública”; Lei nº 8.078/90 – CDC “Código de Defesa do Consumidor”. Mas, o direito transindividual, também é regido por outras normas, *v. g.*, o Decreto-Lei nº 5.452/43 – CLT “Consolidação das Leis do Trabalho”; Lei nº 10.671/03 – EDT “Estatuto de Defesa do Torcedor”; Lei nº

7.853/89 - LAPD “Lei de Apoio às Pessoas Deficientes” e; Lei nº 13.105/15 – CPC “Código de Processo Civil”.

Como é cediço, o legislador adotou para as ações coletivas o mesmo conceito aplicado para embasar o mérito processual no processo individual. Porém, definiu o legitimado ativo para as referidas ações - exceto a ação popular - no modelo representativo de processo. Ou seja, o legitimado ativo da ACP postulará direito alheio em nome próprio. No entanto, aquele que receberá os efeitos da sentença ou do acórdão não poderá participar da - ACP - ação transindividual. Nesse modelo representativo, a formação do mérito processual poderá restar prejudicada. Assim, a mencionada legitimação adotada para as ações coletivas, inclusive para a ACP, encontra-se ou não, em conformidade com o processo constitucional?

Dessarte, utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo-se de uma situação macroanalítica para outra microanalítica, esta pesquisa buscou responder o tema problematizado. Dessa maneira, primeiramente, foi necessário analisar o modelo de legitimação adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a ACP, verificando se o mesmo atende aos princípios do Processo Constitucional (objetivo geral).

Além disso, como objetivo específico, foi realizada uma pesquisa sobre o posicionamento crítico e sugestões de alguns estudiosos do tema. Assim, a luz dos direitos

fundamentais e do processo constitucional, após o introito, estudou-se a legitimidade para a ACP. Destarte, nas considerações finais, utilizando a metodologia mencionada, foi possível responder as indagações supra.

## **2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

As ações transindividuais são essenciais para a proteção dos direitos da coletividade, principalmente, os inerentes ao meio ambiente, consumidores e patrimônio público. Porém, alguns autores questionam sobre a impossibilidade da participação daqueles que receberão os efeitos do “provimento” no processo coletivo brasileiro. Com esse enfoque, Vicente de Paula Maciel Júnior profere uma construtiva crítica ao modelo representativo de tutela dos direitos transindividuais de natureza difusa adotado pelo Brasil, sustentando que:

Nas ações coletivas para a tutela de direitos difusos é fundamental que haja o reconhecimento da legitimação para agir aos interessados difusos, porque eles na verdade são os destinatários do provimento que vão delinear sobre o bem que diz respeito a todos. Como poderíamos ficar excluídos da legitimação? (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 158).

Conforme aludido, o destinatário do provimento judicial não poderá participar da formação – discursiva e em contraditório - do mérito processual. Tais fatos, não condizem com os princípios do processo constitucional. No entanto, Gabriela Maciel Lamounier (2013, p. 139) dissertando sobre o dano moral coletivo no direito ambiental, defende que a ação civil pública é o mecanismo processual mais adequado para viabilizar a reparação do dano sofrido pelo meio ambiente. Com a edição da Lei 8.078/90, a ACP teve o seu objeto de tutela ampliado, passando a defender os direitos individuais homogêneos, bem como, a possibilidade de cumulação de pedidos - danos morais e patrimoniais – inerentes aos bens por ela protegidos.

Como exposto, existem autores que questionam, mas, há outros que aprovam o modelo representativo adotado para tutela dos direitos transindividuais no Brasil.

## **2.1 Ação civil pública: objeto e especificação do direito tutelado**

Como já evidenciado, a ACP tem como objeto a tutela dos direitos e interesses transindividuais, que estão definidos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 e parágrafo único do art. 81 do CDC. Assim, estabelecem que a defesa coletiva seja exercida quando

se tratar de: I – direitos ou interesses difusos: aqueles direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares sejam um número de pessoas indeterminadas ou indetermináveis ligadas por circunstâncias de fato; II - direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*: aqueles direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, determinadas ou determináveis, vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e; III – direitos ou interesses individuais homogêneos: aqueles direitos ou interesses transindividuais decorrentes de origem comum.

Assim, constitui como objeto da ACP, a defesa dos direitos do meio ambiente, consumidores, bens e direitos artísticos estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos e qualquer outro interesse difuso ou coletivo (incluído pelo art. 110 do CDC); para proteger à ordem pública, econômica e urbanística, bem como para assegurar a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos, além da tutela do patrimônio público e social.

Hoje pode-se dizer que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível, graças à (re)inserção da cláusula “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85) pelo art. 110 do CDC. [...]. Em suma, inexistente taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses

transindividuais através da ação civil pública, dada a remoção, como antes dito, do veto ao precitado inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85. (MANCUSO, 2016, p. 48-49).

Contudo, como estabelece o p. único do art. 1º da LACP “Lei da ação civil pública”, não será possível utilizar essa ação para veicular pretensão que envolva tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS “Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” ou mesmo, outros fundos de natureza institucional, que os beneficiários não possam ser individualmente determinados.

## **2.2 Ação civil pública: legitimidade**

Os artigos: 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85 estabelecem quais são os legitimados que poderão propor a ação transindividual - principal e cautelar - de forma concorrente (exceto ação popular), que são: legitimados universais—MP “Ministério Público” e a Defensoria Pública; e legitimados não universais (necessitam da pertinência temática) - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e, inclua entre as suas finalidades institucionais: a proteção ao

patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, éticos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que as ações transindividuais foram concebidas na forma da substituição processual.

A técnica escolhida foi da *legitimação* por substituição processual *autônoma* exclusiva, concorrente e disjuntiva. Há *legitimação* extraordinária autônoma quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. [...]. Há *legitimação extraordinária* exclusiva, se apenas o legitimado extraordinário puder ser a parte principal do processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se já não fizer parte da demanda, intervir no processo (litisconsorte ulterior). Nas ações coletivas, essa intervenção só é possível quando estiverem sendo discutidos direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC), ressalvando-se a situação de comunidade indígena, já mencionada, que possui *legitimação* coletiva ordinária. Se é exclusiva ou autônoma, quanto ao rol de legitimados, é, no entanto, *concorrente* entre os legitimados extraordinários. Há *legitimação ou colegitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica. Vários são os legitimados extraordinários para a tutela de direitos coletivos; qualquer um deles pode impetrar a ação coletiva. A *legitimação* apresenta-se, ainda, *disjuntiva*, porque, apesar de concorrente, cada entidade legitimada a

*exerce independentemente da vontade dos demais colegitimados.* (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 197).

Entretanto, conforme evidencia o extrato infra, Luiz Manoel Gomes Junior e Miriam Fecchio Chueiri, compreendem que não há fundamento para a substituição processual nas ações transindividuais. Segundo esses autores, trata-se de representação processual.

Na doutrina há a posição de que a defesa dos interesses individuais homogêneos, por exemplo, seria realizada através da substituição processual, mas que não seria aquela disciplina no Código de Processo Civil. Aqui já deve ser invocada a primeira objeção: como adotar o mesmo nome para institutos diferentes, sem causar confusões? [...]. Temos então dois argumentos para afastar a tese de que há substituição processual nas ações coletivas: Primeiro: porque há diferença entre substituição processual e legitimação extraordinária. Aliás, nas ações coletivas nem se afigura correto afirmar a existência de legitimação extraordinária na medida em que o legitimado coletivo defende também direito seu que é, justamente, o de obter a proteção de um determinado direito coletivo. [...]. Segundo: porque na hipótese de substituição processual, o substituto é afetado, positiva ou negativamente, em seu direito material pelos efeitos da decisão. Nas ações coletivas uma sentença de improcedência, independentemente do motivo, haja ou não insuficiência de provas, não impedirá a tutela individual do direito, afastando assim elemento da substituição processual. [...]. Deste modo, pensamos que no caso das ações coletivas não há fundamento

fático para justificar a afirmativa que haveria substituição processual na atuação dos entes legitimados, já que os elementos e características da substituição processual *são incompatíveis* com o atual regramento legal que disciplina as ações coletivas. (GOMES JUNIOR; CHUEIRI, 2014, p. 1.275-1.277).

Já, a legitimação para as ações transindividuais, conforme demonstra o excerto infra, é denominada por parte da doutrina como autônoma.

Pois, em realidade, os “autores da cena das ações coletivas” são as partes processuais, tais como, *v. g.*, os que estão disciplinados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC [...]. Por elemento definitório constante, relativo a tais legitimados, há de se remarcar que nunca são beneficiários diretos de eficácia favorável; sendo assim, é sem sentido dizê-lo legitimados extraordinários mesmo porque não haveria o legitimado ordinário. Em realidade, são titulares de legitimação autônoma, que decorre da lei. (ALVIM, 2014, p.132).

Contudo, outros autores, como por exemplo, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanet Jr., a legitimação para as ações transindividuais deve se denominar como “extraordinária”.

A dicotomia legitimação ordinária – legitimação extraordinária é apta a explicar qualquer espécie de legitimação, até mesmo por um imperativo lógico: ou seja, vai a juízo defender situação jurídica de que se afirme titular ou se vai a juízo defender situação

jurídica cuja titularidade é imputada a terceiro – entre os opostos contraditórios não há meio termo, *tertium nondatur*. [...]. Não obstante, houve quem reputasse imprescindível a criação de uma terceira espécie de legitimação *ad causam*, apta a explicar o que ocorre no âmbito da tutela coletiva. Propôs-se, então, a designação legitimação autônoma para a condução do processo – tratar-se-ia de tradução de uma categoria desenvolvida pela doutrina alemã: *selbständige Prozeßführungsbefugnis*. A proposta justificava-se da seguinte maneira: o legitimado não vai a juízo na defesa do próprio interesse, portanto não é legitimado ordinário, nem vai a juízo na defesa de interesse alheio, pois não é possível identificar o titular do direito discutido. [...]. A proposta é preta de equívocas. [...]. A proposta não se justifica, portanto. Cria-se uma categoria desnecessária e equivocada. (DIDIER JR.; ZANET JR., 2017, p. 191-193).

Ao dissertar sobre o tema da legitimação, Luiz Manoel Gomes Junior, observa que:

As classificações são, portanto, úteis ou inúteis, mas não certas ou erradas[...]. Por óbvio, são institutos novos, diferentes e que merecem “abordagem diferenciada”. O equívoco da doutrina, com a *máxima data venia*, é tentar encaixar as Ações Coletivas aos conceitos tradicionalmente usados no direito processual. Não se almejou criar algo novo para ser utilizado em uma nova categoria de ações, mas sim adaptar essas ao que já existia. Afirma-se em determinadas hipóteses (defesa dos interesses individuais homogêneos) que seria substituição processual, mas não a prevista no Código de Processo Civil. Ora como intitular com o mesmo nome institutos diferentes, sem

criar confusão? Ao nosso ver nas ações coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos “*lato sensu*” (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada. Haverá, assim, no caso dos entes legitimados para atuar no polo ativo das ações coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva. Esta é a denominação que propomos, afastando a classificação fundada no tipo de interesse protegido. (GOMES JUNIOR, 2005, p. 33-35).

Como evidenciado, a classificação supra, caracteriza o *legitimatío ad causam* das ações coletivas de forma satisfatória e não cria uma subclasse de legitimados conforme questiona alguns autores que não admitem a denominação da legitimidade autônoma.

Desta forma, os mencionados legitimados para a ACP poderão propor aos investigados o CAC “compromisso de ajustamento de conduta” - caso acatado - redundará no TAC “termo de ajustamento de conduta”. Como este termo possui eficácia de título executivo extrajudicial, se cumprido e, não questionado por outro colegitimado, evitará a propositura da ACP. Mas, somente o MP poderá instaurar o ICP “inquérito civil público”, previsão do art. 129, inciso III da CF/88.

### **2.3 A legitimidade *ad causam* para a ACP e os direitos e garantias fundamentais.**

Conforme o art. 1º da Lei nº 7.347/1985, a ACP tem como objeto: assegurar a moralidade administrativa; o patrimônio histórico, turístico, artístico e paisagístico; direitos do consumidor; educacionais; meio ambiente; direitos trabalhistas, minerários e qualquer outro direito difuso ou coletivo. Como visto o rol do referido artigo, por força do art. 129, inciso III da CF/88 c/c art. 110 do CDC, é exemplificativo. Denotando assim, a amplitude e a importância da ACP para a coletividade brasileira, porém, os particulares não poderão ser partes da mencionada ação coletiva.

Vale salientar que o processo individual é regulado pelo CPC/15 “Código de Processo Civil de 2015”. No 1º art. do CPC/15 encontra-se positivado que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Já, a ACP, devido à inexistência de um processo coletivo específico no ordenamento jurídico pátrio, tem o seu mérito estruturado nos mesmos princípios do processo individual. Ou seja, o direito de agir no processo funda-se no sujeito.

Como se sabe, o arcabouço jurídico brasileiro resguarda aos jurisdicionados a faculdade de agir em prol de

seus direitos tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, previsão do art. 5º, *caput*, incisos XXXIV, alínea “a” e XXXV da CF/88. Desta forma, para assegurar o cumprimento e a validade do processo constitucional é imperioso respeitar o princípio do devido processo legal. Este princípio engloba a ampla defesa e o contraditório, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos LIV e LV da mesma CF/88. Mas, caso o postulante não atenda às condicionantes do art. 17 do CPC/15 - para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade -, o juiz poderá extinguir o processo sem julgar o mérito, colocando fim ao litígio através de uma sentença terminativa.

Essas regras emanam do processo individual. Neste modelo de processo, o *legitimatio ad causam* se vincula ao sujeito, trata-se da legitimidade ordinária. Pois, conforme estabelece o art. 18, *caput* e parágrafo único do CPC/15, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico; havendo substituição processual, o substituto poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Mas, não é bem isso que acontecem as ações transindividuais, somente será possível a intervenção de interessados como litisconsórcio naquelas de natureza individual homogênea (art. 94 do CDC). Esse artigo prevê que proposta a ação será publicado edital no órgão oficial, para que

os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social dos órgãos de defesa do consumidor.

O particular não pode ingressar na ACP como assistente simples, pois sua esfera jurídica privada, individual, não será atingida pela sentença. Somente nas ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, par. Único, III; arts. 91 a 100) é que pode haver ingresso do particular, na qualidade de litisconsorte (CDC, art. 94), porque o direito discutido em juízo é dele também. (NERY; NERY *apud* MANCUSO, 2016, p. 290).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 291) também afirma que como se trata da tutela de direitos individuais homogêneos, o sistema da ação coletiva assegura o acesso do cidadão nos termos do art. 94 do CDC, pois, o direito também lhe pertence. Observa, inclusive, que a parte processual dessa lei (art. 81 a 104 do CDC) aplica-se no cabível à ACP, nos termos do art. 21 da Lei 7.347/85, acrescido pelo art. 117 da Lei 8.078/90 (CDC).

Hugo Nigro Mazzilli relata no extrato infra que as rígidas limitações da legislação ao ingresso do particular - como litisconsorte ou assistente - no processo coletivo, não ocorre quando o interessado for outorgado para as ações transindividuais.

Admite-se em ação civil pública ou coletiva tanto o litisconsórcio *inicial* como *ulterior*. Em consequência da legitimação concorrente e disjuntiva para as ações civis públicas ou coletivas, é possível o litisconsórcio ativo *inicial*: um colegitimado pode ingressar em juízo só ou em litisconsórcio com outro ou outros colegitimados. Se, porém, um colegitimado ingressa em ação *já proposta* por outro deles, cabe distinguir: a) se ele adita a inicial para alterar ou ampliar o objeto do processo, haverá *litisconsórcio ulterior*; b) se a causa de pedir ou o pedido continuam o mesmo, não há litisconsórcio e sim *assistência litisconsorcial*. (MAZZILLI, 2016, p. 413).

Já, Luiz Manoel Gomes Junior (2005, p. 148-149) entende que os colegitimados possuem expressa autorização legal para ingressar no processo coletivo já em andamento, mas adverte que esse ingresso no processo não deve ser analisado de forma mecânica. Assim, salvo autorização do autor originário, há que primeiramente analisar a utilidade-necessidade da respectiva atuação processual. No entanto, para Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 350) o litisconsórcio é possível tanto no polo passivo quanto ativo (com restrições). Neste é facultativo, já, naquele poderá ser facultativo ou necessário, unitário ou simples.

Após essas colocações sobre o processo coletivo, vale observar que segundo o *caput* e incisos do art. 485 do CPC/15, o juiz deverá extinguir o processo sem a resolução do mérito,

quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do mesmo. Entre eles, os pressupostos processuais previstos no art. 17 do CPC/15.

Contudo, conforme determina o art. 4º do CPC/15, as partes terão direito a solução integral do mérito - incluída a atividade satisfativa - em um prazo razoável. Portanto, quando o respectivo sujeito não reunir os pré-requisitos do referido art. 485 do CPC/15 e, conseqüentemente, das condições da ação (art. 17 do CPC/15 – legitimidade ou interesse processual), salvo excepcionalidades, o juiz deverá extinguir o processo sem a análise do mérito. Mas, segundo o art. 488 do CPC/15, em casos excepcionais, de não preenchimento de todos os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, somente será possível ao juiz decidir e julgar o mérito se a respectiva decisão (definitiva) favorecer a parte que se aproveita da sentença terminativa do art. 485 do mesmo diploma legal. Trata-se de uma exceção, visando o atendimento do citado art. 4º do CPC/15.

Como visto apesar de o processo transindividual ser embasado nos mesmos parâmetros do processo singular, onde a decisão judicial – em detrimento dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal – o juiz somente poderá decidir conforme exposto supra. Porém, o *legitimatiao ad causam* para as referidas ações coletivas, incluindo

a ACP, foi definido pela lei no modelo representativo de processo e conforme já frisado, aquele que sofrerá os efeitos do “dispositivo” não poderá exercer o contraditório, pois não está legitimado para as referidas ações.

O legislador brasileiro optou por confiar que o espírito cívico das associações e o dever funcional dos servidores públicos seriam suficientes para garantir a fidelidade do representante aos interesses dos representados, tanto no aspecto da definição desses interesses, quanto na atuação orientada para a sua concretização. (VITORELLI, 2016, p. 223).

Como aludido, alguns autores questionam o modelo representativo adotado para a legitimação ativa nas ações transindividuais. Porém, aqueles que não concordam com esses questionamentos sustentam que os efeitos da sentença – como será esclarecido na sequência – só incidirão sobre o representado para beneficiar. No entanto, mesmo não sendo diretamente prejudicado pela sentença, não adquirir um direito fundado no interesse coletivo, por ineficiência ou desinteresse do representante, constitui uma perda. Haja vista que as ações transindividuais possuem um alcance coletivo e ainda são menos onerosas que as individuais.

### **2.3 A legitimidade *ad causam* e os efeitos da sentença na ACP**

Como já referido, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade para a ACP foi positivada de forma diferenciada às imposições do art. 18 do CPC/15. Tal fato, em tese, é justificado pelos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. Dessarte, Luiz Manoel Gomes Junior e Miriam Fecchio Chueiri (2014, p. 1.272), esclarecem que o sistema de legitimidade diferenciado, afasta a regra processual prevista no art. 6º do CPC/73, revogado pelo art. 18 do CPC/15, onde, somente o titular do direito ou do interesse, pode defendê-lo em juízo. Todavia, o regime especial da coisa julgada, permite que os respectivos efeitos do julgamento sejam ampliados para além das partes (art. 472 do CPC/73, revogado pelo art. 506 do CPC/15); este artigo determina que a sentença faça coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Por conseguinte, Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 129) ressalta que a legitimação para as ações coletivas possui um “caráter extraordinário”, pois, só através da lei será possível destinar os efeitos do provimento a sujeitos que não participa do processo. Com isso, trata de uma exceção ao princípio do contraditório, que exige a possibilidade de participação daqueles que sofreram os efeitos da sentença, nos procedimentos que levaram a formação do mérito processual.

Assim, através dos argumentos e do convencimento, influenciar no provimento.

Como visto, segundo os artigos 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 do CDC, exceto na ação popular, que poderá ser proposta por qualquer cidadão, previsão do art. 5º, inciso LXXIII da CF/88, nas demais ações transindividuais, inclusive a ACP, o contraditório e a ampla defesa – que compõem o devido processo legal - não serão disponibilizados àqueles que sofrerão os efeitos da sentença, pois, o *legitimatio ad causam* foi instituído pela lei de maneira anômala à teoria do processo constitucional.

Os fundamentos para o *legitimatio ad causam* ocorrer por representação processual nas ações coletivas se ancoram nos efeitos da sentença, estabelecidos pelo *caput e* incisos do art. 103 do CDC. Este artigo determina que nas ações transindividuais a sentença fará coisa julgada: I - nas ações transindividuais de natureza difusa: *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente a por insuficiência de provas; nesta hipótese, qualquer outro legitimado, valendo-se de novas provas, poderá propor nova ação; II - nas ações transindividuais de natureza coletiva *stricto sensu: ultra partes*, mas, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo na improcedência do pedido por insuficiência de provas nos termos do supracitado inciso I. Nestas hipóteses, a coisa

julgada, não prejudicará os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, pois não induzem litispendência para as ações individuais;III - nas ações de natureza individual homogênea:*erga omnes*, mas, apenas no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Nos casos de improcedência do pedido, nas ações de natureza transindividual difusa e coletiva *stricto sensu* os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os interesses individuais dos destinatários do direito. Mas, no caso de improcedência do pedido nas ações transindividuais de natureza individual homogênea, os interessados em reparar os danos sofridos que não fizeram parte do litisconsórcio poderão propor ação individual.

Os efeitos da coisa julgada, referente aos art. 13 e 16 da lei n° 7.347/85 não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostas individualmente ou na forma prevista no CDC. Mas, se procedente, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão promover a liquidação e a execução da sentença nos termos dos art. 96 e 99 do Código Consumerista.

Para tanto, conforme o art. 104, *in fine*, do CDC, no caso dos efeitos da coisa julgada *ultra partes* ou *erga omnes* em virtude das ações transindividuais de natureza coletiva *stricto*

*sensu* ou individuais homogêneas, respectivamente, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação transindividual respectiva.

Já, nos Estados Unidos da América (Regra 23/2007) quando o número de integrantes da categoria for excessivo e inviabilizar o litisconsórcio, o legitimado para a *class action* será, em regra, qualquer um dos membros da respectiva categoria, desde que as questões de fato e de direito sejam comuns à classe e ao representante. As desigualdades entre o ordenamento jurídico brasileiro e estadunidense, no que se refere às ações coletivas, são notórias. Porém, *olegitimatio ad causam* é o que mais distancia os dois modelos de processos coletivos.

#### **2.4 Ação civil pública: legitimidade para liquidação e execução da sentença**

O juiz, de ofício ou a requerimento do interessado autor (artigos: 11 da LACP e 84, § 4º do CDC) determinará o cumprimento da obrigação, caso não ocorra, ensejará a possibilidade da multa (astreintes).

Já, o art. 15 da LACP estabelece que decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória da ACP, sem que o autor da ação promova a execução, qualquer outro legitimado poderá e, o MP deverá promover a respectiva execução. Apesar do art. 15 da LACP tratar apenas da execução, a doutrina tem entendido que o mesmo é aplicável também à liquidação, independentemente de ser associação ou outro legitimado o autor da ação coletiva condenatória. Desta maneira, qualquer dos legitimados terá legitimidade para a propositura da ação de liquidação coletiva. Desta forma, na omissão do autor da ação condenatória, o MP - por imposição legal - deverá propor a ação de liquidação e de execução coletiva. Para os demais legitimados é apenas uma faculdade. (SILVA, 2017),

No entanto, o art. 509 do CPC/15 prevê que a liquidação de sentença ocorrapor arbitramento ou por meio do procedimento comum, podendo ser proposta tanto pelo credor, quanto pelo devedor. A liquidação sempre se dará de forma definitiva, fixa o *quantum deabeatur*, mas, a execução poderá ocorrer de forma provisória – por quantia certa (art. 523 a 527 do CPC/15) e obrigação de fazer ou não fazer (art. 77, IV e §§ e art. 497 do CPC/15).

Nos litígios transindividuais de natureza individual homogênea (art. 95 do CDC) a sentença favorável ao autor,

sempre será genérica. Assim, após o trânsito em julgado da decisão (art. 97 do CDC) a execução individual caberá à vítima (indivíduo), seus sucessores ou qualquer dos legitimados da ação coletiva, que também poderão promover a respectiva liquidação de sentença. Já, o art. 98 do CDC estabelece que a execução poderá ser coletiva. Neste caso, deverá ser promovida somente pelos legitimados para as ações coletivas.

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter genérico, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado. Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da sentença condenatória. Nesta fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica. (BARROSO, 2014, p. 221).

Contudo, devem-se observar as determinações do art. 99 do CDC, que estabelece sobre a preferência da indenização

da condenação na ACP e sobre os demais créditos concorrentes. O parágrafo único do supracitado artigo impõe que somente após a decisão em segundo grau a citada indenização poderá ser objeto de conversão ao fundo instituído pela LACP. Já, o art. 100 do CDC delimita que decorrido o prazo de um ano sem que ocorra a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados para ACP poderão promover a liquidação e a execução da indenização. Este valor reverterá para o supracitado fundo fluido. Segundo Thais Helena Pinna da Silva (2017), o mesmo é similar ao *fluid recovery* das *class actions*.

Adverte-se que o juízo competente para receber e julgar a ACP também o será para a liquidação e a execução, que ocorrerão nos mesmos autos. Lembrando que a Justiça do Trabalho é competência para conhecer e julgar a ACP laboral em todas as fases processuais.

## **2.4 Questionamentos sobre o modelo de legitimidade - representativo- das ações transindividuais brasileiras**

O modelo de delegitimação para as ações transindividuais, incluindo a ACP, é objeto de críticas doutrinárias, como por exemplo, as efetuadas a seguir por Fabrício Veiga Costa.

As ações coletivas brasileiras e o modelo de processo coletivo adotado pelo Brasil atualmente reproduzem o conceito dogmático, hermenêutico, restritivo e autocrático de mérito processual, haja vista que não são todos os sujeitos legitimamente interessados (todos os interessados difusos e coletivos) que estão autorizados a participar da definição, da análise e do amplo debate das questões de mérito. Toda discussão referente às questões de mérito das ações coletivas no Brasil, encontram-se concentradas nas mãos do magistrado e dos demais sujeitos considerados legitimados previamente pelo legislador a propor as respectivas ações coletivas. Isso evidencia a opção do direito brasileiro pela adoção do sistema representativo como referencial a gerir o entendimento do processo e das ações coletivas. (COSTA, 2012, p. 267).

Valendo-se da impossibilidade da definição de todos os sujeitos difusos e do pressuposto que muitos poderão ter interesses divergentes, o legitimado para a ACP dificilmente alcançará a almejada unanimidade na defesa dos direitos e interesses difusos, Vicente de Paula Maciel Júnior (2006, p. 188) defende a tese das ações temáticas. Nesta tese, a definição do legitimado não transcorre pelo sujeito, mas pela vinculação com tema ensejador das demandas dos interesses difusos. Para possibilitar a formação dos temas, é de extrema importância que o juízo, previamente, promova uma ampla publicidade – audiência pública - para viabilizar a participação de qualquer interessado, visto que, somente assim, o mérito processual será

formado democraticamente, proporcionando a construção de um dispositivo derivado das reais pretensões da coletividade.

As controvérsias sobre os direitos coletivos decorrem da inexistência de um Código de Processo Coletivo, pois, apesar da nova *summa divisio* constitucionalizada, direito individual e direito coletivo, o ordenamento jurídico pátrio ainda não dispõe do referido Código.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como exposto no decorrer deste estudo, o ordenamento jurídico pátrio necessita de alguns aprimoramentos para proporcionar uma adequada tutela dos direitos transindividuais. No entanto, algumas críticas ao atual modelo de processo coletivo são excessivas e devem ser relativizadas. Assim, apesar da ponderação supra e respeitando os entendimentos divergentes, o modelo de representação, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para o *legimatio ad causam* das ações coletivas – dentre elas a ACP - não assegura a atuação direta – salvo raríssimas exceções - do jurisdicionado (individual) nas ações coletivas.

Assim sendo, o autor da ACP, dificilmente, alcançará ou conhecerá todos os reais interesses difundidos na coletividade. Com isso, o mérito processual não será, adequado aos anseios da coletividade, pois não foi, procedimentalmente,

postulado de forma contraditória – pelo receptor dos efeitos da sentença - no desenrolar do processo.

Nas ações transindividuais, o direito tutelado é coletivo, mas os interesses sempre serão individuais, postulados de forma coletivizada. Assim, a ACP, nos moldes atuais, apesar de ser um importantíssimo instrumento de defesa dos direitos transindividuais - em virtude da inadequada formação do mérito processual - dificilmente obterá um provimento que efetivamente contemple todos os interesses da coletividade. Com isso, o dispositivo final do juízo também restará afetado. Assim, não olvidando da importância da LACP e do CDC para a tutela dos direitos transindividuais, não há como ignorar os questionamentos sobre o modelo representativo adotado para o *legitimatio ad causam* da ACP e exceto AP - demais ações transindividuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Não observar os princípios do processo constitucional consiste no descumprimento das regras e princípios fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988. Assim, caberá aos juristas e estudiosos do tema reavaliar e aprimorar o modelo de processo coletivo atual ou pela via legislativa criarem um Código de Processo Coletivo para o Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A ação civil pública: veio para ficar. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participativa nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPoivm, 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas Ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Org.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como a ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Análise da possibilidade de existência de dano moral coletivo no direito ambiental. In: CHAVES, Charley Teixeira; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Org.). *Democracia e subjetividade: abordagens interdisciplinares*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como a ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

SILVA, Thais Helena Pinna da. *Liquidação de sentença nas ações coletivas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4600](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4600)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

**ANÁLISE ACERCA DOS APECTOS PROCESSUAIS DO  
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – LEI N.  
12.016/2009**

**ANALYSIS OF THE PROCEDURAL APPLICATIONS  
OF THE COLLECTIVE SECURITY MANDATE - LAW  
12.016 / 2009**

*Carla Aliny Peres Dias  
Henrique Dias Correa da Costa*

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo, inicialmente, analisar a origem e o conceito do mandado de segurança, com enfoque maior para os aspectos processuais que dispõe a Lei 12.016/2009. Discutir-se-á os requisitos para impetrar o mandado de segurança, em especial o coletivo, seus legitimados, a competência e os casos de litispendência. Analisar-se-á os aspectos processuais para impetrar o remédio constitucional, momento em que será feita uma sucinta análise do procedimento que trouxe a lei de 2009. O estudo será feito no intuito de verificar se a presente Lei trouxe inovação ou não restou apenas retrocesso para o mandado de segurança coletivo, remédio fundamental a efetivação dos direitos coletivos.

**Palavras-chave:** Mandado; Segurança; Procedimento, Inovação, Retrocesso,

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to analyze the origin and concept of the writ of mandamus, with a greater focus on the procedural aspects provided by Law 12.016 / 2009. It will discuss the requirements to file the writ of mandamus, especially the collective, its legitimates, jurisdiction and cases of lis pendens. With a greater focus, it will analyze the procedural aspects to apply the constitutional remedy, at which time a brief analysis of the procedure that would bring the law of 2009 will be made. The analysis will be made in order to verify if this Law brings innovation or there was only a retrocession to the collective warrant, a fundamental remedy for the realization of the rights of each citizen.

**Keywords:** Mandate; Safety; Procedure, Innovation, Retrocess.

## **01 – INTRODUÇÃO**

No presente trabalho, analisar-se-á, a origem e o conceito do mandado de segurança, sua previsão na Constituição Federal, e o que dispõe a Lei 13.300/2016. Discutir-se-á sua origem e previsão nas Constituições anteriores e os requisitos necessários para impetrar o remédio em questão, no intuito de acompanhar sua evolução e compará-lo com o disposto na lei atual.

Em sequência, analisar-se-á seus legitimados, a possibilidade de litispendência, competência e coisa julgada, dando maior enfoque para o mandado de segurança coletivo e o seu procedimento disposto na lei supracitada.

Posteriormente, no intuito de discutir a problemática em questão referente à atual Lei 13.300/2016, na qual gira todo o estudo, analisar-se-á se a mesma trata-se de inovação ou retrocesso, tendo por base o posicionamento doutrinário.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo partindo, de uma concepção macro analítica, para uma concepção micro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Por fim, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas, históricas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Para melhor análise do tema proposto, dividiu-se o artigo em 06 itens, incluído esta introdução. No item seguinte, apresenta-se uma breve conceituação, origem e modalidades do mandado de segurança. No item 03 serão analisados os legitimados, cabimento e coisa julgada do mandado de segurança coletivo. No item 04 será discutida a litispendência entre o mandado de segurança coletivo e mandado de segurança individual e suas implicações. No item 05, será discutido aos

aspectos processuais do mandado de segurança coletivo, objeto do presente estudo. Posteriormente, se ponderado se a lei trouxe uma inovação legislativa ou restou apenas um retrocesso legal. Por fim, serão tecidas as considerações finais, seguidas das referências.

## **02 – CONCEITO E ORIGEM DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Antes de discutir os aspectos processuais do mandado de segurança coletivos, faz-se necessário uma análise histórica e conceituação do instituto.

### **2.1 Conceito**

Mandado de segurança é uma ação de rito sumaríssimo, com status de remédio constitucional, pela qual a pessoa que sofrer ilegalidade ou abuso de poder ou receio de sofrê-la, oriundo de autoridade pública ou nos casos em que se é delegado a terceiros, não amparado por habeas corpus ou habeas data, para proteger o direito líquido, certo e incontestável do impetrante, pode-se utilizar esse remédio.

Trata-se de remédio constitucional que está regulamentado por norma infraconstitucional. Primeiramente,

foi disciplinado pela Lei nº 1.533/1951. A Lei nº 4.348/1964 também estabeleceu normas processuais relativas ao mandado de segurança. Foi publicada em 2009 a Lei nº 12.016, que passou a ser o diploma legal regulamentador do instrumento. Essa lei revogou a anterior (Lei nº 1.533/1951), além de outras disciplinas normativas que diziam respeito ao mandado de segurança.

A Lei 12.016/2009, trouxe em seu artigo primeiro a previsão do mandado de segurança, conforme descrito:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Assim, direito líquido e certo consiste aquele que não exige dilação probatória para ser comprovado, podendo ser demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída. Assim, trata-se de direito perfeitamente determinado, podendo ser exercido prontamente, uma vez que é incontestável.

Maria da Sylvia Zanella De Pietro assim conceitua:

mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus nem Habeas Data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder ( DI PIETRO,. 1999, p. 612)”.

Assim, Mandado é um termo originado do latim *mandatum* ou *mandatus* que significa uma ordem ou determinação; e Segurança, tem o sentido de estado em que se encontra o seu perigo, sem dano ou incerteza, proporcionando uma carência de transtorno ou remoção de suas causas.

Portanto, mandado de segurança é uma ação utilizada adequadamente para corrigir as ilegalidades ou os abusos cometidos pelos órgãos estatais ou àqueles em função do Poder Público.

Segundo Wallace Paiva Martins (MARTINS,2001,p.102) “O mandado de segurança é um dos mais notáveis e potentes meios de tutela dos direitos individuais e coletivos”. Destaca-se o

instituto em exame, ao lado de outros instrumentos de acesso e recurso ao controle jurisdicional instituídos no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito (ação popular, habeas corpus, habeas data, ação civil pública, dentre outros), possui uma estrutura simplificada e especial, sendo um mecanismo expedito e eficiente de salvaguarda de direitos individuais e coletivos, ameaçados ou lesados por ato de autoridade pública.

Consagra-se, portanto, o mandado de segurança como garantia constitucional. Nesse sentido, Cassio Scarpinella cita, Arnold Wald Bueno, justifica:

[...] com o decorrer do tempo reconheceu-se que as garantias individuais não podiam ser asseguradas por simples proclamações platônicas, devendo, ao contrário, ser amparadas por adequados remédios jurídicos. Verificou-se, outrossim, que as técnicas tradicionais do direito privado não tinham a necessária eficiência para restabelecer o equilíbrio nos conflitos entre o Estado e o indivíduo. (apud BUENO, 2002, p. 64).

Assim, mandado de segurança é uma garantia de sede constitucional, que serve como instrumento da cidadania, garantidor de garantias individuais ou coletivas que sejam suprimidas por ilegalidades dos órgãos públicos ou de particulares em tal exercício.

## **2.2 Origem**

O mandado de segurança, no Brasil, originou na Constituição de 1934, que embora não tenha apresentado muita relevância, uma vez que apenas refletiu os antagonismos, as aspirações e os conflitos da sociedade da época, entretanto foi o ponto inicial do remédio constitucional. Constituição de 1934 instituiu o mandado de segurança, no título inerente às garantias de direitos, mais exatamente no § 33, do artigo 113, com a seguinte redação: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas-corpus, devendo ser ouvida a pessoa do direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes. (Constituição Federal, 1934)”.

Em sua primeira versão, o mandado de segurança era utilizado, apenas, em face de atos praticados por autoridade pública, ficando sem a devida proteção os atos oriundos de particulares.

Posteriormente, quase dois anos após a Constituição de 1934, ocorreu a regulamentação do instituto do mandado de segurança por meio da Lei Ordinária nº 191 de 16 de janeiro de 1936, que serviu de modelo à atual Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951.

A Constituição de 1937, não incluiu o mandado de segurança como garantia constitucional, omitindo-se de seu texto à possibilidade de defesa, por intermédio do writ, dos direitos por ele amparáveis. Essa Carta, não teve aplicação regular, muitos de seus dispositivos foram declarados letra de lei “morta”.

A Constituição de 1946 deu tratamento generalizado ao instituto, definindo-o por exclusão do habeas corpus, assim propiciado tão-somente nos casos em que a ilegalidade ou o abuso de poder não fossem atacados por esse último, o mandado de segurança passou a ter configuração residual. Assegurou-se, assim, no parágrafo 24 do artigo 141, que "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança seja qual for à autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 não modificou a substância do enunciado da constituição anterior, pelo contrário, no artigo 150, parágrafo 21, reproduziu o conceito do mandado de segurança, mas acrescentou-lhe o

termo "individual", dispondo: "conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo, não amparado por habeas corpus, seja qual for à autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder". No entanto, na seara jurídico-constitucional o termo direito individual não significa uma só pessoa, mas sim como locução sinônima de direitos fundamentais, direitos de todas as pessoas (SIDOU, 1983, p. 210).

A Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 1, de 17 de outubro de 1969, em seu artigo 153, parágrafo 21, conservou o conceito do mandado de segurança da Constituição de 1967, restaurando-se o enunciado de 1946. Como se pode observar, portanto, os conceitos das duas últimas Constituições coincidem com o conceito do diploma de 1946. Inverteu-se apenas a ordem da frase, cabendo fazer a ressalva de que a Constituição 1967 inseriu o vocábulo individual, não existente nos outros diplomas constitucionais.

O mandado de segurança previsto na Constituição de 1988 consagra as modalidades; individual e coletivo, como instrumento utilizado para proteger direito líquido e certo não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Em 7 de agosto de 2009 foi promulgada a nova lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016, revogando a Lei 1533/51. A nova lei não trouxe muitas alterações como se esperava. Uma das mais importantes inovações da nova lei foi a regulamentação do mandado de segurança coletivo, porém, limitou-se a regulamentar o assunto em dois artigos (art. 21 e art. 22), não trazendo nenhuma grande novidade em relação ao disposto na CR/88, ao passo que enumerou os mesmos legitimados da Constituição da República e especificou os direitos tuteláveis através do mandado de segurança coletivo: direitos coletivos e individuais homogêneos.

Desse modo, o mandado de segurança coletivo é de grande importância no cenário de tutela coletiva dos direitos, notadamente para proteger direitos fundamentais violados ou ameaçados de lesão por ato de autoridade pública. Além disso, seu rito simplificado e célere é um instrumento capaz para propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais.

### **03 - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: COISA JULGADA E LEGITIMIDADE.**

A Lei 12.016/2009, trouxe em seu corpo a regulamentação mandado de segurança coletivo. “Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada

limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. No Direito Civil Brasileiro, a característica fundamental da coisa julgada é que somente vincula (beneficiando ou prejudicando) aqueles que tenham atuado como parte (ou terceiros) na demanda em que é prolatada a decisão.

Assim, Improcedente o pedido, desde que por falta de provas, adota-se o sistema previsto na Lei de Ação Civil Publica e o art. 103 do CDC, sendo permitida a repositura da demanda, embasado em novas provas, por qualquer legitimado inclusive o titular da demanda anteriormente analisada.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na

hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Nos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, são três as possibilidades de disciplina da coisa julgada; Primeiro, em caso de procedência do writ coletivo, todos os substituídos podem usufruir da coisa julgada, bastando que tenham direito líquido e certo violado.

Segundo, se no mérito for negada a segurança na demanda coletiva, nenhum outro legitimado poderá impetrar novo mandado de segurança coletivo, pelo mesmo

fundamento. De qualquer forma, os substituídos poderão ajuizar demanda individual buscando tutelar seu direito, desde que dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias.

Terceiro, se o mandado de segurança coletivo for indeferido por ausência de prova do direito líquido e certo. Nesta ocasião poderá qualquer legitimado, inclusive o originário, propor novo writ, desde que fundado em nova prova. Já os direitos individuais homogêneos receberam disposição especial no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo procedente o pedido, dar-se-á a segurança erga omnes, tornando o dispositivo estável. De outro norte, se o mandado de segurança coletivo improcedente, ou seja, tenha negada a segurança, podem os interessados propor demanda individual, buscando resultado diverso, desde que não tenham intervindo na ação principal como litisconsorte.

Assim, improcedente o mandado de segurança, da mesma forma, nenhum outro legitimado poderá propor mandado de segurança coletivo, salvo se a improcedência ocorrer por insuficiência de provas do direito líquido e certo. A coisa julgada produzida impedirá que qualquer outro legitimado ajuíze idêntica demanda coletiva, salvo por falta de provas.

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, citado por Luiz Manoel Gomes em sua obra, “terceiros não integrantes da coletividade autora, - aqui entendida como grupo- não serão beneficiados pela decisão, mesmo que possam ter pretensão correspondente”.

Para o autor Luiz Manoel Gomes Junior “os terceiros não se beneficiam simplesmente por não integrarem o grupo titular do direito de cuja proteção é almejada”. Para o autor a coisa julgada formada no mandado de segurança coletivo beneficia toda a categoria, inclusive os não sindicalizados. Tendo reflexo de natureza difusa ou coletiva, a restrição prevista no caput do art. 22 não se justifica, e mesmo sendo o caso de defesa de direitos individuais homogêneos, todos os integrantes do grupo serão beneficiados, com efeitos erga omnes.

Ainda, segundo Luiz Manoel Gomes Junior: Caput artigo 22 equivocou-se “em se tratando de mandado de segurança coletivo, não há substituição processual, mas sim legitimação processual coletiva”.

Nesse sentido Teresa Arruda Alvim Wambier é citada na obra de Luiz Manoel Gomes Junior “nas ações coletivas, não se pode afirmar que se encontre presente o instituto da

substituição processual, porque os entes legitimados defendem “direitos seus”, criados para tal finalidade.

Assim, fica claro o erro trazido pelo artigo 22 da Lei 12.016/2009, não ocorrendo o caso de substituição processual nas sim o caso de legitimação processual.

### **3.1 – Legitimidade**

O art. 21 da lei 12.019/2009 regulamenta a previsão constitucional do art. 5º, LXX, e traz os agentes legitimados para impetrar o remédio constitucional.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que

seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Assim são legitimados, expressamente pela lei, conforme Gilmar Mendes:“

Admite-se expressamente o uso de mandado de segurança por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos direitos da totalidade ou parte de seus membros ou associados (BRANCO; MENDES, 2012, p. 624).

Desse modo, o mandado de segurança também é destinado à tutela dos direitos coletivo, e deverá ser impetrado na defesa de interesse de uma categoria, classe ou grupo, independentemente da autorização dos associados. Conforme dispõe a Súmula 629 do Supremo Tribunal Federal, prevê que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”.

Os incisos I e II do parágrafo único do artigo 21, apenas mencionaram e definiram direitos “coletivos” e “individuais homogêneos” como sendo objeto do mandado de segurança. Desse modo, para a configuração da legitimidade ativa ad causam das entidades de classe, basta que o interesse seja de uma parcela da categoria. Esta orientação está expressa na Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

No que tange ao objeto do mandado de segurança coletivo, pode-se afirmar que tal instrumento processual, na qualidade de ação coletiva, não visa apenas à tutela de direitos individuais (simples ou homogêneos), mas também de direitos coletivos. Nas ações coletivas, a coisa julgada limita-se aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, é o que determina o art. 22 da lei 12.019/2009.

#### **04 -LITISPENDÊNCIA ENTRE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL**

Segundo o CPC havendo dois processos idênticos, a única saída é a extinção de um deles sem o julgamento de

mérito (processo individual), mas como procedesse em relação ao mandado de segurança coletivo e individual, seria possível litispendência.

Nesse sentido dispõe o §1º do artigo 22 da Lei

§1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

No caso de impetração de dois mandados de segurança coletivo, a saída é a reunião pela conexão, não podendo haver a simples aplicação da teoria da litispendência como se fosse processos individuais.

O MSC não induz a existência de litispendência como o MSI, especialmente por haver diversidade de partes no polo ativo, ainda que com o mesmo pedido e causa de pedir e parte passiva.

Contudo a lei cria uma restrição, já que a coisa julgada, originária de mandado de segurança coletivo, somente ira beneficiar o individuo que desistir do seu mandado de

segurança individual no prazo de 30 dias da ciência da impetração do MSC.

Para Cássio Scarpinella Bueno, citado na obra de Luiz Manoel Gomes a restrição do § 1º do art. 22 da Lei do Mandado de Segurança deve ser interpretada de forma mais ampla.- “não seria assim necessária a desistência da ação individual, mas possível simplesmente o pedido de suspensão, aguardando o julgamento da demanda coletiva”, já que a providencia prevista no texto legal a cargo do impetrante é irreversível, devendo haver uma integração com o sistema único coletivo, que não teve qualquer de suas normas, no ponto revogada.

Já Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas, defende ser o caso simplesmente de desconsiderar a norma, aplicando a regra do artigo 104 do CDC. Defendem a radical posição de que, se esse entendimento não for acolhido, não deve ser impetrado mandado de segurança coletivo, mas apenas, se o caso, ação civil pública.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não

beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Para Luiz Manoel Gomes, “Ainda que o pedido seja julgado improcedente no âmbito do mandado de segurança coletivo, não há qualquer vedação a que a mesma pretensão seja deduzida de forma individual”.

Não havendo comunicação e ocorrendo duas coisas julgada (coletiva favorável, e individual desfavorável), deve prevalecer a coletiva, justamente para privilegiar a tutela geral do grupo, categoria ou classe, evitando decisões com conteúdos contraditórios, que trazem elevados descréditos para o Poder Judiciário.

A autoridade coatora e a pessoa jurídica a qual esta vinculada possuem o ônus de informar a existência de MSC, não podendo haver benefício em seu favor na hipótese de omissão.

Segundo entendimento do Professor Luiz Manoel Gomes Junior: “A sentença que denegar a ordem não impedirá o ajuizamento de ações individuais, salvo se o titular do direito, tiver atuado no processo como litisconsorte (§2º, art, 103 do

CDC)”. Expressão listisconsorte deve ser entendida como assistente, já que o titular do direito individual não pode atuar como litisconsorte em demanda coletiva, já que não possui a necessária legitimidade.

## **05 – PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

O próximo ponto do presente estudo é de fundamental importância, uma vez que se trata do procedimento do mandado de segurança os aspectos mais relevantes trazidos pela lei 12.016/2009.

### **5.1 –Da Petição**

O primeiro item a ser analisado é a petição e seus requisitos trazidos pela Lei 12.016/2009, no artigo 4º.

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. § 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade. § 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias

úteis seguintes. § 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.”

A própria lei traz em seu corpo, nos termos do artigo sexto a aplicação dos requisitos da inicial descritos pelo Código de Processo Civil. “Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Após sucinta análise dos requisitos da peça do mandado de segurança, analisar-se-á, o procedimento no caso de indeferimento da exordial.

## **5.2 – Do Indeferimento**

A Lei 12.016/2009 trouxe em seu artigo 10º a hipótese de indeferimento da inicial, que poderá ocorrer pelo juiz de primeiro grau, momento em que caberá o recurso de

apelação e em caso de indeferimento do mandado de segurança pelos tribunais, caberá agravo.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração. § 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre”.

Após análise do procedimento a ser seguido em caso de indeferimento do mandado de segurança, passa-se a analisar a competência para julgamento do remédio constitucional.

### **5.3 – Da Competência**

O STF, sua competência originária é disposta no art.102, I, d; recursal ordinária se denegatória a decisão (art.102, II da CF), e extraordinária, conforme art.102, III da CF. Para o STJ de acordo com o preceituado pela lei 105, I, “b” e, ainda por competência recursal ordinária (art.105, II, “b”) para os mandados de segurança julgados pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos estados, do distrito

federal e territórios, quando denegatória a decisão, aberta a possibilidade do recurso especial do art. 105, III da CF.

Pelo art.108, “c” da CF cabe aos tribunais regionais federais julgar os mandados de segurança em face de atos do próprio tribunal e de juiz federal. Aos juízes federais cabe julgar, residualmente, em face de autoridades federais, os mandados de segurança (art.109, VIII). Na justiça eleitoral (art.121 §3º) são irrecuráveis suas decisões.

A competência no mandado de segurança coletivo, segundo Hely Lopes Meirelles é, “(...) não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes. (...)”

No caso do Mandado de Segurança Coletivo a competência é do juízo com atribuição para apreciar os atos da lavra da autoridade apontada como coatora. Em outras palavras, a competência para julgar mandado de segurança coletivo define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional.

#### **5.4 – Liminar no Mandado de Segurança**

Conforme o § 2º há possibilidade de liminar no mandado de segurança coletivo, porém faz-se necessário, a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.”§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Segundo STJ padece de nulidade a liminar deferida sem a prévia oitiva do poder público.

Segundo Luiz Manoel Gomes Junior “se a urgência for tal que não se mostra possível à intimação, com a indispensável motivação, a restrição pode ser afastada”. Admitir o contrário, com uma natureza absoluta para a limitação, restaria violado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni “a prévia oitiva somente se justifica se houver probabilidade de ser deferida a liminar. Se o julgador verificar não ser o caso de deferimento, deve indeferir de plano, com o posterior ‘processamento do mandado de segurança coletivo’”.

Da decisão que negar ou conceder a liminar caberá agravo de instrumento § 1º Da decisão do juiz de primeiro grau

que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

### **5.5 - Prazo Decadencial para a Impetração do Mandado de Segurança**

O prazo para impetrar o mandado de segurança é de 120 dias contados da ciência do ato pelo interessado. “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

A Lei 12.016/2009 não trouxe qualquer inovação referente a Lei 1.533/1951, artigo 18. Restou cópia do artigo.

Constitucionalidade do dispositivo que fixa prazo para impetração do mandado de segurança coletivo (CF não fixa prazo), tendo em vista que a Constituição Federal estabelece que “as normas definidora dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” O STF afirmou ser constitucional o prazo de 120 dias para o exercício do mandado de segurança.

Nesse sentido dispõe a Súmula 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Assim, a decisão da

Suprema Corte põe fim na discussão de ser o prazo prescricional ou decadencial.

Assim o conceito de decadência é a perda de um direito pelo seu não exercício em um determinado prazo fixado, no caso, diz respeito ao direito de a parte valer-se da ação mandamental, ou seja, se transcorrido o prazo de 120 dias perderá a parte o direito de impetrar o mandado de segurança, ficando, todavia, resguardado o direito material da parte, que poderá utilizar as vias ordinárias para perseguir o seu direito.

Sendo decadência o prazo, e o seu curso não se interrompe e não se suspende, conforme CPC. A única exceção para o prazo decadencial é o prazo que corre contra Absolutamente Incapaz, neste caso não corre decadência.

O prazo de 120 é diferente de 04 meses – O prazo se inicia com a ciência do ato lesivo ou o julgamento do recurso administrativo. O Prazo inicia-se no dia seguinte ao da ciência pelo interessado, do ato impugnado. A princípio, o prazo é fatal não sendo prorrogado, independentemente de caírem em sábado e domingos, não ocorreria a prorrogação. Porém as orientações dos tribunais são divergentes, sendo que os prazos decadenciais devem observar as regras do art. 184 do CPC acerca da contagem dos prazos. Outro fator importante que não

interrupção do prazo decadencial é o pedido de reconsideração na via administrativa, conforme a Sumula 430 do STF “Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.”

## **5.6 - Aplicação do litisconsórcio no Mandado de Segurança**

O litisconsórcio no mandado de segurança pode ocorrer tanto no polo ativo quanto no polo passivo, não se confundindo como mandado de segurança coletivo em que a natureza do direito material é diversa. “Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

O questionamento relevante acerca do Litisconsórcio é da possibilidade de haver litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público. O STJ tem se manifestado pela existência de litisconsórcio necessário nesse caso, pois entende que, o mandado de segurança deve ser impetrado contra quem tem poderes para desfazer o ato coator, e se não há dúvida de que a autoridade pertence aos quadros da pessoa jurídica impetrada, não haveria necessidade de se formar o litisconsórcio.

O outro argumento, também apresentado, é de que a intervenção da autoridade coatora cessaria com o ato de prestar informações. Em todo o caso, o STJ tem entendido pela desnecessidade de litisconsórcio.

Assim, segundo o posicionamento do STJ e do professor Luiz Manoel Gomes Junior; “No caso de candidatos que foram aprovados e devidamente nomeados em concurso público são litisconsortes necessários na ação em que se busca a anulação do certame, pelo que há necessidade de sua citação para integrar a lide”.

## **5.7 - Recursos**

No caso de mandado de segurança ajuizado em primeira instância, há a regra do parágrafo único do art. 12 da lei nº 1.533/51, aplicável na modalidade coletiva: “o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, permitida a execução provisória”.

No caso de mandado de segurança originário, entende Barbosa Moreira que o silêncio da lei, no recurso ordinário constitucional deve ser recebido no duplo efeito - devolutivo e suspensivo.

O caput do artigo 14 da Lei 12.016/2009 dispõe: Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

Segundo, Luiz Manoel Gomes Junior no mandado de segurança cabe os seguintes recursos; Apelação, agravo de instrumento, agravo interno contra decisão prolatada em segundo grau, embargos de declaração, recurso ordinário constitucional, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência. “Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada”.

Outro questão relevante, é a impossibilidade dos embargos infringentes, conforme consta no artigo 25 da 12.016/2009. “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”.

A positivação da impossibilidade de embargos infringentes como meio de impugnação da decisão que decide por maioria o mandado de segurança reproduz o entendimento

da Súmula 597 do STF: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos a apelação”. Também a Súmula 169 do STJ: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”.

### **5.8 - Impossibilidade de Honorários Advocatícios**

A impossibilidade de fixação de honorários advocatícios, advém da Súmula 512 do STF “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança” e na Súmula 105 do STJ: “ Na ação de mandando de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios”.

Para Luiz Manoel Gomes Junior: “Seja concedendo ou denegando a ordem, o impetrante e a autoridade coatora se viram obrigados a ir a juízo, razão pela qual não se justifica o afastamento da regra da sucumbência.” Favorável a aplicação do CPC.

Porem para Barbosa Moreira e Nelson Nery Junior, Sendo denegada a segurança, sustentam que o impetrante ficaria isento do pagamento de honorários para que não se iniba

a utilização do Writ, mas também defende nesses casos a condenação como sanção desde que comprovada a má-fé.

Na Ação Popular, na Ação Civil Publica e no Código de Defesa do Consumidor só se aplica a condenação em honorários se comprovada a má-fé do autor.

### **5.9 - litigância de má-fé e Custas Judiciais**

A doutrina já defendia a aplicação das sanções de litigância de má-fé em sede de mandado de segurança, que foi totalmente definido com a positivação dessa possibilidade. Não houve inovação.

No que tange às custas judiciais, entende Cássio Scarpinella Bueno: “ É de se lamentar que o artigo 25 da Lei 12.016/2009, não tenha expressamente isentado o mandado de segurança das custas judiciais, a exemplo do que, desde a Constituição Federal, é reservado ao Habeas Corpus e para o Habeas Data.”

Para esse autor e para a maioria da doutrina, o legislador agiu com incoerência uma vez que deixou de isentar, sem justificativa plausível, a incidência de custas judiciais no mandado de segurança, como havia feito com os demais remédios constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tem por fim, o intuito de analisar o mandado de segurança individual e coletivo, remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o abuso de poder ou a ilegalidade forem praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público, com previsão na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXIX e regulamentado pela Lei n. 12.016/2009.

Antes de adentrar nos aspectos processuais do mandado de segurança, fez-se necessário a análise do conceito e da origem do mandado de segurança nas constituições anteriores, para compreensão da dimensão do remédio constitucional atual, e posteriormente verificar os aspectos processuais trazidos pela lei de 2009.

Assim, destacaram-se algumas peculiaridades e requisitos do mandado de segurança, em especial o coletivo, tais como o rito especial previsto na Lei n. 12.016/2009, os legitimados, competência, coisa julgada, litispendência e em especial seu procedimento, requisitos da inicial, casos de indeferimento, recursos, liminar, litigância de má-fé, honorários advocatícios e custas judiciais.

Após a sucinta análise do procedimento do mandado de segurança em especial o coletivo, verificou-se que a Lei nº 12.016/2009 não trouxe muitas inovações em relação à lei anterior. A expectativa, ao entorno da lei, em especial pela doutrina, na época foi imensa, mas a realidade foi bastante divergente, uma vez que ocorreram muitas críticas, ante a ausência de inovação, e por muitos se tratou de um retrocesso legal.

Assim, os dispositivos legais consagram alguns entendimentos jurisprudenciais acerca do instituto, mas são tímidos, e alguns aspectos não foram alterados ou tutelados, como exemplo à ausência de legitimação expressa do Ministério Público para impetrar o mandado de segurança coletivo, à previsão expressa da tutela dos direitos difusos, afixação de custas judiciais, conforme dispõe os demais remédios constitucionais, acarretando um “retrocesso” legal.

## **REFERÊNCIAS**

- BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012
- BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1934. Acesso 05 de jun. de 2018.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1937. Acesso em 05 de jun. de 2018 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)

BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1946. Acesso em 05 de jun. de 2018. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1967. Acesso em 05 de jun. de 2018. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)

BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1969. Acesso em 05 de jun. de 2018 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)

BRASIL, Constituição Federal da Republica de 1969. Acesso em 05 de jun. 2018 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL, Lei Mandado de Segurança Lei 12.016/2009. Acesso em 05 de jun. de 2018.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)

BRASIL, Artigo - Evolução histórica do mandado de segurança . Acesso em 05 de jun. de 2018. [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4241](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241)

BRASIL, Artigo - mandado de segurança . Acesso em 05 de jun. de 2018.

<http://periodicos.ufes.br/agora/article/viewFile/1885/1397>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Luciano. Mandado de segurança coletivo: visão sobre a Lei 12.016/2009. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Acesso em 05 de março de 2018 - <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/19-volume-1-numero-2-trimestre-01-01-2010-a-31-03-2010/89-mandado-de-seguranca-coletivo-visao-sobre-a-lei-12-016-2009>

JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes, Curso de Direito Processual Civil Coletivo, ed.Forense, 2005, pag.293.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes, Comentários à Lei de Mandado de Segurança, LEI 12.016, de 7 de agosto de 2009 – ed. revista dos tribunais, 2º edição, 2011, pag.302

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. O mandado de segurança e o Direito Administrativo.In: Revista do Advogado, n.64, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, outubro/2001.

PINTO, Teresa Arruda Alvim . Mandado de segurança contra ato judicial. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.

SIDOU, J.M. Othon. Hábeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

# **A PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO: UM ESTUDO COMPARADO**

## **THE LEGAL PROTECTION OF THE ELDERLY IN THE THIRTY YEARS OF THE CONSTITUTION: A COMPARATIVE STUDY**

*Rogério de Oliveira Borges  
César Ferreira Mariano da Paz*

**RESUMO:** O artigo referente à proteção jurídica do idoso nos trinta anos da Constituição tem como objetivo geral investigar a proteção jurídica do idoso nos trinta anos da Constituição Brasileira. Os objetivos específicos buscam conceituar o envelhecimento; e analisar a proteção jurídica do idoso perante a Constituição Federal, realizando a comparação com a proteção dada ao idoso nos países inseridos na União Europeia. A metodologia utilizada para a realização do estudo caracterizou-se pela pesquisa de revisão bibliográfica, tendo como fonte de informações artigos, teses, dissertações e bibliografias de autores que dissertam sobre o tema abordado. O Estatuto do Idoso tornou-se referência para os países, que passaram a promover a construção de legislações em defesa de seus cidadãos que se encontram na terceira idade. O Brasil, respondendo a questão de pesquisa, evoluiu muito no campo jurídico no que tange a defesa e segurança do idoso, garantindo-lhes por meio de leis, a assistência médica, a segurança, a integridade, a dignidade humana, estabelecendo punições legais ao desrespeito aos direitos dos idosos e amparando-lhes em suas necessidades, como saúde, atendimento, qualidade de vida. Assim, concluiu-se que, a evolução das leis brasileiras em relação ao reconhecimento e valorização do idoso a partir da Constituição Federal de 1988, apresenta-se ativa, promovendo melhor qualidade de vida, respeito e dignidade a todos os cidadãos, como é preconizado pela caracterização de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estatuto do Idoso. Constituição Federal. Direito. Dignidade Humana.

**ABSTRACT:** *The article concerning the legal protection of the elderly in the thirty years of the Constitution has as general objective to investigate the legal protection of the elderly in the thirty years of the Brazilian Constitution. Specific objectives seek to conceptualize aging; and to analyze the legal protection of the elderly before the Federal Constitution, making a comparison with the protection given to the elderly in the countries of the European Union. The methodology used to carry out the study was characterized by the bibliographical review research, having as a source of information articles, theses, dissertations and bibliographies of authors who lecture on the topic addressed. The Statute of the Elderly became a reference for countries, which started to promote the construction of legislation in defense of its citizens who are in the third age. Brazil, responding to the question of research, has evolved a lot in the legal field regarding the defense and security of the elderly, guaranteeing them, through laws, medical assistance, security, integrity, human dignity, establishing legal punishments disrespect for the rights of the elderly and supporting them in their needs, such as health, care, quality of life. Thus, it was concluded that the evolution of Brazilian laws regarding the recognition and valuation of the elderly from the Federal Constitution of 1988, is active, promoting a better quality of life, respect and dignity to all citizens, as advocated by the characterization of a Democratic State of Law.*

*Keywords: Statute of the Elderly. Federal Constitution. Right. Human dignity.*

## INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população é um fator que vem sendo debatido em todos os setores da sociedade, evidenciando a preocupação para com a segurança e garantia de qualidade de vida das pessoas em razão de sua proteção e valorização frente a sociedade que se apresenta em desenvolvimento.

O crescimento da população mundial e da expectativa de vida vem desencadeando a reflexão sobre a necessidade de

garantia de vida digna e segura à população, permitindo com que os idosos possam ter a sua segurança garantida com direitos assegurados.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010) relata que a população de idosos no Brasil poderá triplicar até o ano de 2040, correspondendo a trinta por cento da população brasileira.

A preocupação na atualidade em relação ao envelhecimento vislumbra os direitos dos idosos e o respeito da sociedade como um todo em relação a eles, uma vez que, envelhecer para a sociedade, durante a sua história foi considerado um período de improdutividade dos indivíduos, o que os colocavam à margem da sociedade, levando ao surgimento de evidências de abandono pelas famílias e redução de sua qualidade de vida, não apresentando uma qualidade de vida satisfatória mesmo após anos de contribuição para o processo de transformação da sociedade.

Um Estado Democrático de Direito necessita garantir a todos os seus cidadãos o direito a dignidade humana, bem como a segurança, a qualidade de vida e as condições necessárias para a sua sobrevivência em todas as fases de sua existência.

Assim, em relação a análise a proteção jurídica do idoso, surge a seguinte indagação: Quais os avanços em relação

as legislações e políticas públicas de defesa ao idoso podem ser constatados nos trinta anos da promulgação da Constituição Federal brasileira?

O objetivo do estudo visa investigar a proteção jurídica do idoso nos trinta anos da Constituição Brasileira. Os objetivos específicos buscam conceituar o envelhecimento; e analisar a proteção jurídica do idoso perante a Constituição Federal, realizando a comparação com a proteção dada ao idoso nos países inseridos na União Europeia.

Justifica a escolha do tema em razão do aprofundamento do conhecimento frente a proteção jurídica ao idoso, salientando que, a população mundial encaminha para o aumento populacional cada vez maior, o que leva a percepção de que, a porcentagem de idosos no Brasil e no mundo tende a ampliar significativamente nos próximos anos, e, por isso, a justiça precisa propiciar por meio de suas leis e legislações condições de defesa e proteção a todos os idosos garantido-lhes os princípios, direitos e deveres relacionados à dignidade humana, ao respeito, as condições satisfatórias de envelhecimento pelo reconhecimento dos idosos como cidadãos contribuintes para o processo de transformação da sociedade.

O estudo apresenta-se embasado em estudos literários realizados por diferentes autores que dissertam sobre o tema abordado e contribuem para a análise pretendida como meio de

permitir a abertura do diálogo entre os setores da sociedade enfatizando o reconhecimento e a valorização do idoso na sociedade.

## **MATERIAL E MÉTODO**

A metodologia utilizada para a realização do estudo caracterizou-se pela pesquisa de revisão bibliográfica, tendo como fonte de informações artigos, teses, dissertações e bibliografias de autores que dissertam sobre o tema abordado.

De acordo com Gibbs (2010, p.03), a pesquisa qualitativa trata-se de um processo de construção de versões da realidade, apresentando os discursos ou falas dos sujeitos de forma a promover o entendimento sobre os temas pesquisados.

Quanto à abordagem, o estudo foi realizado de maneira exploratória qualitativa, que é definida como sendo:

Investigações de pesquisa empírica cujo objetivo é a formulação de questões ou de um problema, com tripla finalidade desenvolver hipóteses, aumentar a familiaridade do pesquisador com um ambiente, fato ou fenômeno, para a realização de uma pesquisa futura mais precisa ou modificar e clarificar conceitos (LAKATOS e MARCONI, 2009, p.188).

Sobre o procedimento de coleta de informações, este configurou como sendo um estudo de levantamento bibliográfico ressaltando a importância da pesquisa literária para a compreensão dos conceitos referente ao tema abordado.

Os livros e artigos constituem as fontes bibliográficas por excelência. Em função de sua forma de utilização, podem ser classificados como de leitura ou de referência, onde possui o objetivo de possibilitar a rápida obtenção das informações requeridas, ou então, a localização das obras que as contêm (GIL, 2010, p. 59).

## **O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO**

O envelhecimento é uma condição que acomete todo e qualquer indivíduo, acarretando, ao longo dos anos, diminuição global do desempenho e ocasionando perdas expressivas em suas atividades diárias (CARVALHO, 2012).

O idoso necessita ser acompanhado no que tange a sua fase de vida conhecida como a melhor idade, de acordo com a opinião dos idosos que possuem a motivação de continuarem sendo ativos, fato esse que é garantido pelo Estatuto do Idoso sobre a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, o qual expressa:

Art. 1º - É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos

assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

Art 2º - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana sem prejuízo da proteção integral que trata essa lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios todas as oportunidades e facilidades, para a preservação de sua saúde física, mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (PARECER Nº 1301/2003).

O Estatuto do Idoso foi criado para que se pudessem ofertar aos indivíduos da terceira idade condições dignas de vivência em sociedade, salientando que os seus direitos devem ser respeitados em conformidade com as leis referentes à preservação de sua integridade física e psíquica.

No entanto, os idosos ainda são discriminados, as dificuldades de convivência em sociedade se apresentam cada vez mais visíveis, principalmente em setores como a saúde, onde o desrespeito é visível. É comum observar o caos da saúde e a falta de cumprimento do Estatuto do Idoso, quando vários indivíduos necessitam frequentar as longas filas para o atendimento sem ter a certeza de que serão atendidos.

O desrespeito ao Estatuto do Idoso vem sendo comentado em diferentes segmentos da sociedade. Porém, as

medidas efetivadas visando o seu cumprimento tem sido ineficientes, muitos ainda discriminam os idosos, partindo, infelizmente de membros da própria família, e da sociedade em si.

No Brasil, ao analisar as condições econômicas desfavoráveis da grande massa da população, o envelhecimento apresenta-se para muitos, como uma forma de castigo, relacionada às condições precárias de sustento, ocasionadas muitas vezes, pela aposentadoria irrisória, pelo declínio da saúde, e, também, pelo abandono da própria família que, em alguns casos, não sabe ou não compreende as necessidades e limitações dos indivíduos pertencentes à melhor idade (BRASIL, 2006).

O fato do idoso não ser mais considerado como um indivíduo ativo em meio à sociedade produtiva, não condiz com o fato de que o mesmo não possua desejos, nem possa contribuir para o crescimento daqueles se apresentam em sua volta.

O processo de envelhecimento é um fato que todos os indivíduos tendem a vivenciar. O que para muitos é observado como o fim da produção ativa de um indivíduo, para outros, retrata a experiência acumulada em anos de transformação. A sabedoria acumulada pelos idosos conjuga com uma grande parte de nossa história, que não pode ser,

simplesmente, distanciada das novas gerações por pré-conceitos formulados devido ao envelhecimento (CARVALHO, 2012).

Nota-se que o envelhecimento se constitui através de uma série de fatores que conjugados, resultam no visível envelhecer, os quais são detectados através da redução da vida ativa, como também através da cronologia (CARVALHO, 2012).

Dessa forma, o processo de envelhecimento, não se restringe apenas ao fato do aparecimento de rugas, avanço da idade cronológica. Inclui ainda fatores psicológicos e ambientais, os quais atuam sobre o processo, como, por exemplo, a presença na sociedade contemporânea de uma cultura que privilegia o isolamento dos idosos em suas casas, nas próprias famílias ou em asilos e sua consequente desvalorização (BRASIL, 2006).

As mudanças populacionais produzem desafios de toda ordem, nas áreas psicológica, social, educacional e cultural, gerando as mais variadas questões a serem enfrentadas no dia-a-dia. Observa-se que ao longo do século XX, as dificuldades econômicas, a ambição de ascender socialmente, a liberação da mulher, a urbanização e as migrações motivaram o enfraquecimento dos vínculos

familiares e a redução do número de seus membros. Ocorreu um afastamento emocional, intelectual e físico entre as gerações, com uma evidente ação centrípeta do ambiente sobre o núcleo familiar (MOTLIS, 2001).

A sociedade contemporânea assiste as mudanças radicais dos laços de parentescos e ao surgimento de novas formas de família. Nota-se que as famílias do século XXI, não possuem mais a estrutura familiar conservadora, onde os idosos ainda continuam sendo valorizados, os vínculos familiares são traçados e mantidos em torno dos idosos e de suas experiências (CARVALHO, 2012).

No entanto, ainda há outro aspecto a ser comentado em relação aos idosos: configura-se em sua condição econômica, segundo os autores Oliveira e Carvalho (2013, p.03) “a maior parte dos idosos que estão no mercado de trabalho é composta por pessoas que dependem do rendimento da atividade para sobreviverem ou para manter seu padrão de vida”.

Em decorrência do aspecto do baixo valor da aposentadoria vem sendo cada vez mais comum à observância de idosos ocupando cargos de trabalhos em diferentes ramos do mercado, que buscam através dessas

atividades o aumento de sua renda que se apresenta insatisfatória.

Neste sentido, faz-se relevante refletir sobre a condição do idoso no âmbito da proteção jurídica, desencadeando a investigação dos trinta anos da Constituição brasileira em relação a garantia da segurança e dignidade do idoso na sociedade democrática brasileira.

## **A PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

A população brasileira está envelhecendo em um ritmo agilizado em relação a décadas passadas, apontando o aumento da expectativa de vida do brasileiro justificado pelos avanços nas áreas de medicina e da tecnologia que contribui significativa para a melhoria das condições de sobrevivência da população.

Para tanto, reportando aos estudos realizados por Ramos (2002), ressalta-se que, no passado, a preocupação com a população de idosos não era ressaltada pela sociedade, fato este, comprovado nas primeiras Constituições criadas no Brasil, correspondentes aos anos de 1824, 1937 ou 1967, bem como em relação a de 1969. Estas Constituições não abordavam com a devida eminência os direitos humanos, mas sim, a

legitimização dos governos autoritários que foram estabelecidos durante a história política brasileira.

Somente na Constituição de 1988 que, a situação do idoso passou a ser reconhecida apresentando um importante marco para o fortalecimento da democracia brasileira, em razão da efetivação ampla dos direitos fundamentais referentes à dignidade humana, principalmente em relação aos idosos (BORGES e ALBERTON, 2018).

No Brasil, a preocupação pública com as necessidades acarretadas pelo processo de envelhecimento foi forçada em grande parte pela organização social dos idosos no país, realçando-se o protagonismo do movimento social dos trabalhadores aposentados na luta pela garantia de direitos conquistados pela dedicação a uma longa jornada laboral. Esse movimento contribuiu para posicionar na cena pública os idosos como um novo sujeito político que reivindicava direitos a uma velhice com dignidade (SILVA e YAZBEK, 2014, p. 107).

Nos anos de 1990, algumas medidas de políticas públicas por parte do Estado vislumbrou a proteção social como direito de cidadania com a inclusão dos idosos, principalmente daqueles em que as famílias não apresentavam condições de mantê-los, surgindo assim, o que possibilitou a garantia da saúde a todos os cidadãos como direito fundamental do homem e dever do Estado.

Em 1993 foi sancionada a Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que garantiam as pessoas portadoras de deficiência e ao idoso sendo este considerado com sessenta e cinco anos ou mais, um salário mínimo mensal por meio da comprovação de sua necessidade (BRASIL, 2011).

Já em 1994, por meio da Lei n. 8.842/94 foi criado o Conselho Nacional do Idoso, enfatizando uma Política Nacional do Idoso sendo considerada uma das mais avançadas do mundo em razão de sua especificidade ao garantir os direitos dos idosos embasada na Constituição de 1988 e pelos princípios das Nações Unidas referentes à independência, participação, assistência e autorealização, sendo que, esta lei foi regulamentada pelo Decreto n. 1.948 de 03 de julho de 1996.

Posteriormente, como marco da comemoração do Ano Internacional da Pessoa Idosa datado de 1999, o Comitê das Nações Unidas preparou um documento que orientou cada país a definir uma política voltada para os idosos, baseada em propriedades, objetivos e planos nacionais, bem como com a construção de programas voltadas para ações que ampliassem as possibilidades dos idosos em viver com dignidade reduzindo os efeitos do envelhecimento na sociedade (BRASIL, 2011).

No Brasil, em acato a determinação do Comitê das Nações Unidas, foi criado por meio da Portaria GM n. 1.395,

de 10 de dezembro de 1999, a Política Nacional de Saúde do Idoso, que, de acordo com os autores Borges e Alberton (2018) possui as seguintes diretrizes: “promoção do envelhecimento saudável e a assistência às necessidades de saúde do idoso; reabilitação da capacidade funcional comprometida; a capacitação de recursos humanos especializados; o apoio ao desenvolvimento de cuidados informais; e, o apoio a estudos e pesquisas”.

No mesmo sentido, conforme Pádua e Costa (2006, p. 704), sobreveio ainda o Decreto 4.227, de 13 de maio de 2002, que criou o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003), e o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH (Garantia do Direito à Igualdade dos Idosos).

Na política de atendimento, os idosos foram incluídos como prioridade em políticas públicas como no Pacto da Saúde de 2005, e, na Portaria n. 2.528 de 2006, sendo definida a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa que remete à determinação constitucional do atendimento em domicílio com o amparo da Atenção Básica/Saúde da Família (FALEIROS, 2017).

Além disso, reportando ao Estatuto do Idoso, em seu art. 96, prevê pena de reclusão de seis meses a um ano e multa a quem:

Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade, e a quem desdenhar, humilhar, menosprezar e discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo, terá aquela pena aumentada em um terço se a vítima se encontrar sob cuidados ou responsabilidade do agente (BRASIL, 2003).

Dessa maneira, compreende-se que, a evolução jurídica de proteção ao idoso após a Constituição de 1988 apresentou-se em destaque dentro do entendimento de um Estado Democrático de Direito, salientando a garantia da dignidade humana para todos os indivíduos, de maneira a considerar todos cidadãos e mercedores das garantias de proteção, sobrevivência e dignidade que se estabelece como os princípios natos de todos os cidadãos.

Mesmo com os avanços apresentados, salienta-se que, em outros países, as políticas públicas destinadas aos idosos são efetivadas vislumbrando a dignidade do ser humano e as suas possibilidades de melhoria da qualidade de vida após os sessenta e cinco anos de idade.

Assim, em virtude da evolução brasileira em relação a criação e homologação de leis em defesa ao idoso, faz-se relevante a comparação com outros países em relação as leis

que resguardam os idosos visando a promoção de sua qualidade de vida e dignidade humana.

Reportando a legislação da União Europeia, salienta-se que, nestes países, foi criada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que considera os idosos como um grupo homogêneo resguardado sob o Art. 25 – Direito dos Idosos. Porém, este documento não prevê nenhuma punição jurídica referente à discriminação sofrida pelos idosos, o que se apresenta como uma falha grave em razão da garantia dos princípios de segurança e dignidade humana (SANJA, 2013).

Por meio da EURAG<sup>17</sup> foi estabelecida na União Europeia a Carta dos Idosos, que, de acordo com Sanja (2013) pode ser compreendida como sendo:

Uma iniciativa significativa na media em que enfatiza que pessoas de mais idade possuem responsabilidades, e não apenas direitos. Essas possibilidades incluem contribuições produtivas para a sociedade, pois os idosos também são responsáveis pela gerações que os sucederão. Contudo, não é suficientemente enfatizado que adultos idosos representam um grupo social heterogêneo no contexto da Carta dos Idosos (SANJA, 2013, p. 13).

---

<sup>17</sup> EURAG – Organização não lucrativa, sem vínculos políticos ou religiosos, presente em 34 países. Coopera com as Nações Unidas e com a organização Mundial da Saúde e atua como consultora da União Europeia.

Comparando a Carta dos Idosos da União Europeia com o Estatuto do Idoso presente no Brasil, pode ser verificado que, o idoso dentro do Estado Democrático Brasileiro, é reconhecido como um cidadão que contribuiu para o desenvolvimento da sociedade e precisa ser respeitado em sua fase de velhice, salientando o fato de que, a sua contribuição ocorreu de maneira significativa para o progresso do país, e, por isso, o respeito e a sua valorização deve ser ampara em todas as instâncias para a garantia de seus direitos e deveres como cidadãos do Estado Democrático de Direito.

No art. 25 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe que, “ a União reconhece e respeita os direitos dos idosos de viver uma vida digna e independente e de participar da vida social e cultural”. No entanto, não estabelece com clareza o que venha a ser uma vida digna e independente.

Ao contrário desta ausência de clareza relacionada a vida digna e independente, a Constituição Federal Brasileira explicita de forma clara e objetiva o significado de uma vida digna e independente, garantindo ao idoso a assistência a saúde, a remuneração por seus serviços prestados à sociedade, o amparo de serem cuidados e inseridos na sociedade de maneira ativa, primando pelo cumprimento do princípio da cidadania que rege um Estado Democrático de Direito.

Desa forma, comparando os direitos dos idosos brasileiros com os direitos destinados aos idosos pertencentes aos países da União Europeia pode ser compreendido que a legislação brasileira se apresenta mais evoluída e com maior responsabilidade para com os seus cidadãos que se encontram na condição de idosos, estabelecendo políticas e garantindo o direito dos idosos como cidadãos, e, preparando para o futuro que se desenha em relação ao aumento da expectativa de vida que promoverá o envelhecimento acentuado da população, a qual precisa estar preparado para que no futuro, os cidadãos se encontrem amparados em sua velhice de maneira a ter melhor qualidade de vida, dignidade humana e condições ativa de participação por meio de sua contribuição por experiências e conhecimentos para a continuidade do desenvolvimento do país embasado na legalidade e na concepção de uma democracia embasada no âmbito jurídico que proteção e defesa dos direitos de todos os cidadãos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através do estudo realizado, tendo como foco o desenvolvimento dos objetivos propostos considerou-se que, os idosos brasileiros após a Constituição de 1988, passaram a ser reconhecidos em relação a necessidade de promoção da

garantia e defesa de seus direitos e deveres, bem como em cumprimento de princípios referentes a dignidade humana e condições de manutenção de todos os cidadãos, sendo criadas leis que os amparam evidenciando a melhoria de sua qualidade de vida e a defesa em relação a discriminação e violência.

Os direitos garantidos aos indivíduos da terceira idade devem promover a eles melhor condição de vida, bem estar e promoção de sua vida ativa. Principalmente pelo fato de que, o Brasil se encaminha para a realidade de possuir o número de idosos mais elevados do que o número de jovens e adultos.

As legislações criadas no Brasil em defesa dos direitos dos idosos são consideradas exemplos para outros países, o que é considerado um fator positivo em relação ao reconhecimento e valorização daqueles que muito contribuíram para o progresso da nação.

O Estatuto do Idoso tornou-se referência para os países, que passaram a promover a construção de legislações em defesa de seus cidadãos que se encontram na terceira idade.

Porém, foi importante ao desenvolver o estudo, a comparação realizada junto aos países da União Europeia, possibilitando o entendimento de que, mesmo havendo a Carta ao Idoso, ainda muito há de se evoluir nestes países no que tange a garantia dos direitos e deveres da população de idoso,

para que, realmente, estes sejam amparados e garantidos pela justiça.

O Brasil, respondendo a questão de pesquisa, evoluiu muito no campo jurídico no que tange a defesa e segurança do idoso, garantindo-lhes por meio de leis, a assistência médica, a segurança, a integridade, a dignidade humana, estabelecendo punições legais ao desrespeito aos direitos dos idosos e amparando-lhes em suas necessidades, como saúde, atendimento, qualidade de vida.

Assim, concluiu-se que, a evolução das leis brasileiras em relação ao reconhecimento e valorização do idoso a partir da Constituição Federal de 1988, apresenta-se ativa, promovendo melhor qualidade de vida, respeito e dignidade a todos os cidadãos, como é preconizado pela caracterização de um Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

**BORGES, G.S. ALBERTON, L.C. A proteção do idoso na perspectiva do constitucionalismo latino-americano.** Artigo Original, 2017. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/17706/4580>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

**BRASIL. Estatuto do Idoso.** Parecer nº 1301 de 2003.

BRASIL. **Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 out. 2003. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=237486>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção à saúde da pessoa idosa e envelhecimento.** Série Pactos pela saúde, 2006, v. 12. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/volume12.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República et al. **Documentos Legais.** 2011. Disponível em: <[http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoaidosa/legislacao/copy2\\_of\\_DOCUMENTOS\\_LEGAIIS.pdf](http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoaidosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGAIIS.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

CARVALHO, D. G. **Educação em saúde com idosos: uma proposta de promoção da saúde em comunidade de um Centro de Saúde Municipal de Belo Horizonte.** Dissertação de Mestrado, Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: [http://www.mestradoemgsedl.com.br/wpcontent/uploads/2010/06/DISSERTA%C3%87%C3%82OD%C3%88BORA-\\_conferido-e-liberado-por-Matilde\\_ficha.pdf](http://www.mestradoemgsedl.com.br/wpcontent/uploads/2010/06/DISSERTA%C3%87%C3%82OD%C3%88BORA-_conferido-e-liberado-por-Matilde_ficha.pdf). Acesso em 15 de agosto de 2018.

FALEIROS, V.P. **Direitos da pessoa idosa: sociedade, política e legislação.** Artigo Científico, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudoslegislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anosdepois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-direitos-da-pessoa-idosa-sociedade-politica-e-legislacao>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

GIBBS, G. **Análise de Dados Qualitativos**. 1. Ed. Porto Alegre, Artmed, 2010.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

IBGE – Instituto de Geografia e Estatística. **Crescimento Populacional Brasileiro**, Censo 2010. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/04/29/populacao-idosa-no-brasil-cresce-e-diminui-numero-de-jovens>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, G. A.; THEÓPHILO, C. R. **Metodologia da Investigação Científica para Ciências Sociais Aplicadas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, S/A, 2009.

MOTLIS, J. **A vida e suas múltiplas caras**, 1988. In: RODRIGUES, Nara Costa Rodrigues; RAUTH, Jussara. **Os desafios do envelhecimento no Brasil**. In: NETTO, M. P. **A velhice e o envelhecimento na visão globalizada**. São Paulo: Atheneu: 2001.

OLIVEIRA, R. CARVALHO, S. G. **O trabalho na terceira idade: a continuação de uma identidade social?** Trabalho apresentado no III Congresso Ibero-americano de Psicogerontologia – Subjetividade, Cultura e Poder. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013. Disponível em: [http://www.geracoes.org.br/arquivos\\_dad](http://www.geracoes.org.br/arquivos_dad). Acesso em 30 de setembro de 2018.

PÁDUA, A. A.S.; COSTA, E. R. Políticas Públicas de Previdência e Assistência Social ao Idoso. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, n. 311, p.701-707, out. 2006.

RAMOS, P. R. B. Direito à Velhice: a Proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "Novos" Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas - Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANJA, I. O direito dos idosos na União Europeia. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Revista de Ciências Sociais**, vo. 56, n.1, 2013.

SILVA, M. R.F.; YAZBEK, M.C. Proteção Social aos Idosos: Concepções, Diretrizes e Reconhecimento de Direitos na América Latina e no Brasil. **Katál.**, Florianópolis, v. 17, n. 1, p.102-110, 2014.

# **A PECULIARIDADE DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO E SUA EFETIVIDADE COMO MECANISMO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

## **THE PECULIARITY OF THE SPECIAL TRIBUNAL FOR LEBANON AND ITS EFFECTIVENESS AS AN INTERNATIONAL MECHANISM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS**

*Tatiane Silva Ferreira  
Maria Laura Vargas Cabral*

**RESUMO:** O Líbano possui a atenção do Direito e da sociedade internacionais devido aos seus recorrentes conflitos armados, resultado de questões internas político-religiosas, de ordem histórica, e de questões externas, devido à sua posição geopolítica e ao influxo de refugiados com a guerra da Síria. O objetivo deste artigo é analisar a criação do Tribunal Especial para o Líbano, paralelamente à vigência do TPI, e a efetividade de sua atuação como mecanismo internacional de segurança coletiva, concluindo – apesar de estar cumprindo seu propósito – sua não efetividade em garantir a proteção de direitos humanos e em coibir o conflito quase permanente, cuja causa principal encontra-se, principalmente, na democracia confessional do Líbano e não na impunidade. A pesquisa, bibliográfica e documental, parte da contextualização histórica do conflito até a análise crítica da atuação do Tribunal Especial para o Líbano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Conflitos Armados; Tribunais Internacionais; Conflito no Líbano; Conflito Árabe-Israelense; Guerra Civil Síria; Tribunal Especial para o Líbano; Rafic Al Hariri; Ayyash *et al.*

**ABSTRACT:** Lebanon has the attention of international law and society due to its recurrent armed conflicts, the result of historical political-religious internal issues; and external issues due to their geopolitical position and influx of refugees from the Syrian war. The objective of this article is to analyze the creation of the Special Tribunal for Lebanon, in parallel to the ICC's validity, and the effectiveness of its operation as an international collective security mechanism, concluding that it is not fulfilling its purpose. human rights and to curb the quasi-permanent conflict, whose main cause lies mainly in Lebanon's confessional democracy and not impunity. The research, bibliographical and documentary, starts from the historical contextualization of the conflict until the critical analysis of the performance of the Special Tribunal for Lebanon.

**KEYWORDS:** Human rights; Armed Conflicts; International Courts; Conflict in Lebanon; Arab-Israeli Conflict; Syrian Civil War; Special Tribunal for Lebanon; Rafic Hariri; Ayyash et al.

## **1 Introdução**

Os conflitos armados, eclodidos após a Guerra Fria, representam um desafio para o Direito e a sociedade internacional em oferecer mecanismos internacionais de segurança coletiva para preveni-los e coibi-los, principalmente com relação às graves violações de direitos humanos que colocam em risco a paz e a segurança internacionais.

O Direito Internacional Público, mesmo visto em uma perspectiva de estados soberanos, cada vez mais tem o indivíduo como sujeito de direito, com personalidade jurídica

internacional. Havendo possibilidade não apenas de proteção, mas de responsabilização individual, diante do uso de métodos de combate inadequados, da não proteção às vítimas e civis no conflito, e da violação de direitos humanos – interesse deste artigo.

Como medidas empreendidas para a proteção dos direitos humanos nesses conflitos, além das manifestações de repúdio e intervenções humanitárias, observa-se a instalação de tribunais internacionais – sendo o TPI (Tribunal Penal Internacional) exemplo da consolidação da responsabilização penal internacional individual –, seguido do fenômeno do aparecimento dos tribunais híbridos.

No caso do conflito no Líbano – conflito de bases históricas, fruto da sua diversidade religiosa e forma de repartição do poder político, agravado pela sua posição geopolítica e, atualmente, pelo influxo de refugiados da Guerra da Síria –, o Tribunal Especial para o Líbano representa a principal medida de intervenção da sociedade internacional no conflito.

Este artigo objetiva analisar a efetividade do Tribunal Especial para o Líbano como medida internacional de segurança coletiva, para a proteção de direitos humanos. A necessidade de debate jurídico do tema, de grande relevância na atualidade para o sistema internacional de proteção, é

evidenciada pela permanência estendida do Tribunal, paralelamente ao conflito quase permanente no Líbano, que levanta a hipótese de não efetividade deste Tribunal. A problemática gira em torno de ter sido instituído este tribunal internacional pela ONU, ainda durante o conflito, e mesmo em vigência do TPI. Assim, por que este tribunal híbrido fugiu à competência do Tribunal Penal Internacional, já vigente como tribunal permanente, à época da sua criação? E diante da situação atual do conflito, o Tribunal Especial para o Líbano tem se mostrado como medida internacional efetiva na proteção dos direitos humanos?

Para responder a estas perguntas, foi feita pesquisa bibliográfica e documental, quanto ao ordenamento jurídico referente ao tema e informações do Tribunal Especial para o Líbano, importantes para avaliar a efetividade do Tribunal. Utilizou-se o procedimento metodológico dedutivo e o procedimento técnico de análise histórica e interpretativa.

O artigo se subdivide na apresentação do contexto histórico e geopolítico do permanente conflito no Líbano e na análise do Tribunal Especial para o Líbano, com suas diferenciações como tribunal híbrido e especificidades, além dos principais pontos da sua atuação até os dias atuais.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO E especificidades DO CONFLITO NO LÍBANO**

A fim de analisar a atuação da sociedade internacional em relação às violações de direitos humanos no país, torna-se importante conhecer as especificidades do conflito, que possui bases históricas, ainda com influência sobre a continuidade das tensões na região.

### **2.1 A democracia confessional do Líbano e a constante disputa pelo poder religioso**

O longo conflito no Líbano, com períodos marcantes, envolve religião e política e possui causas inicialmente internas, consequentes à repartição do poder do Estado entre suas comunidades religiosas, e externas, especialmente devido ao conflito árabe-israelense e, mais recentemente, à guerra civil na Síria e surgimento do Estado Islâmico.

Na década de sessenta, ainda relativamente próximo à independência do Líbano, Beirute era uma cidade desenvolvida, capital de um país que, sendo o mais ocidentalizado de todo o mundo árabe, voltado para o mar mediterrâneo e próximo à Europa, funcionava como centro financeiro do mundo árabe. Já na década de setenta e início da década de oitenta, o país se

encontrava destruído pela guerra civil. O que se repetiu em meados dos anos dois mil quando, mesmo tentando se reconstruir, continuou a destruição no país por conflitos armados.

Um dos dois pontos cruciais para entender o conflito no Líbano é a forma de repartição do poder no país, pactuada, inicialmente, em 1943, após sua independência política da França. O Líbano era um país de maioria cristã, seguido de muçulmanos e de outras minorias religiosas. Em uma das únicas vezes em que se observou o sentimento de nacionalismo no país, as comunidades religiosas se uniram pela independência, através de um acordo em que o poder do Estado libanês seria dividido entre elas, na proporção de suas populações<sup>18</sup>, em um regime político peculiar caracterizado como uma democracia confessional<sup>19</sup>.

A laicidade, diferente da forma confessional peculiar observada no Líbano, é a forma de o Estado permanecer neutro

---

<sup>18</sup> Neste acordo, levando em consideração o censo de 1932, o Presidente seria cristão (maronita); o Primeiro-Ministro, sunita; o Presidente do Parlamento, xiita; o Vice-Presidente do Parlamento, grego ortodoxo; e a proporção do parlamento seria de seis cristãos para cinco muçulmanos. (RODRÍGUEZ, 2016)

<sup>19</sup> Para Márcio Eduardo Pedrosa Morais (2016), a democracia faz parte, juntamente com a liberdade religiosa e a igualdade, do princípio da laicidade, onde não há identificação das instituições religiosas com o Estado, não devendo haver decisões ou argumentações estatais de base religiosa neste tipo de Estado. Para ele, separar as confissões do Estado garante a inclusividade e igual tratamento a todas as pessoas e religiões.

em questões religiosas<sup>20</sup>. Já o Estado confessional é caracterizado como aquele que possui religião oficial, que orienta suas atividades, tratando-se de uma relação de identificação entre uma instituição religiosa e o Estado. Assim, embora o Líbano não seja um Estado puramente confessional, por não impor uma única religião oficial, é considerado confessional no sentido da identificação do poder estatal com as religiões, por mais “democraticamente” que seja distribuído, dificultando sua neutralidade.

Esta democracia da maioria religiosa, que não é uma democracia radical no sentido de garantir a todos os cidadãos – inclusive das minorias religiosas – que sua religião tenha o mesmo favorecimento de todas as outras, faz com que a sociedade libanesa vote e aja na vida política de acordo com sua fé. Pode-se falar em certa intolerância religiosa, não por questionar a crença de outrem, mas pela disputa para que cada religião tenha mais poder que as outras.

Com a mudança demográfica ocorrida no país, os mulçumanos tiveram um aumento populacional e, somado à

---

<sup>20</sup> Para Milot (2009, p. 11-12), “Para que el Estado ejerza esta neutralidad sin privilegiar ninguna religión, no puede asociarse a ninguna de ellas. Así, la definición de la laicidad ha evolucionado rápidamente para incluir otro aspecto fundamental, el de la separación de los poderes entre lo político y lo religioso. [...] La laicidad es el hecho de un *estado neutral respecto de los cultos, independiente de todos los clérigos, de toda concepción teológica*. Se notará que esta definición aparece casi cien años después de la revolución francesa”.

forte ideia de nacionalismo árabe e à mudança da OLP (Organização para a Libertação da Palestina) para o Líbano na década de setenta, após sua expulsão da Jordânia, houve uma guerra civil no Líbano, em 1975, devido à disputa de poder pelas religiões internamente, quando os árabes passaram a ser maioria no país.

A forma de repartição do poder no Líbano baseada na diversidade religiosa é, assim, responsável por uma estabilidade perigosa. Paralelamente ao respeito imposto no convívio das religiões – devido ao poder concedido a cada uma, e não por respeito à liberdade e igualdade democráticas –, gera-se conflitos internos por disputa de poder, muitas vezes, apoiados externamente também por razões religiosas.

A beligerância observada no Líbano não é própria do país em si, como um todo, mas devido a interesses de grupos, o que está de acordo com os conflitos armados da atualidade. Interesses esses que, por serem baseados na fé, contribuem para o caráter interminável do conflito, em detrimento do bem comum.

Além da organização do país por grupos religiosos, que favorece o conflito interno, o influxo de refugiados árabes e o envolvimento com conflitos externos se devem à localização geográfica do Líbano, que representa o outro ponto crucial nos seus conflitos armados.

## **2.2 Visão da região geopolítica e questões externas do conflito**

Desde o processo de independência da França, a posição humana e geográfica do Líbano torna difícil o equilíbrio, tanto internamente, quanto exteriormente.

O Líbano situa-se em uma região árabe, no Oriente Médio, rodeado por várias zonas de conflito, como Síria, Israel e Iraque. É um país que evita que alguns dos conflitos do Oriente Médio se disseminem para outros países, por suas fronteiras estarem entre eles – o que, por outro lado, o envolve em alguns desses conflitos. Além disso, a região do Oriente Médio é rica em recursos minerais, como o petróleo – de interesse político – também favorecendo conflitos.

O país ainda encontra-se próximo a um território sagrado para três grandes religiões: cristãos, muçulmanos e judeus. O que transforma a região em um local de valor também espiritual. A expulsão dos palestinos e a criação do Estado de Israel nesta região – a contragosto dos árabes – foi um ponto definitivo para o conflito no Líbano. Conflito criado pelo processo de descolonização que dividiu o poder entre as religiões, somado à sua fronteira com Israel – inimigo dos árabes –, ao sul, em uma constante falta de estabilidade.

Os interesses político-religiosos de grupos guiam as ações estatais libanesas, percebendo-se a ocorrência de associações potencialmente perigosas. Como o pedido feito pelo próprio Presidente libanês para que o exército sírio ocupasse o Líbano, diante da guerra civil. Ocupação esta que, estranhamente – devido à Síria ser um país árabe – foi apoiada por Estados Unidos e Israel. Provavelmente, porque, apesar de não serem aliados da Síria, não seria interessante para os Estados Unidos e para o mundo ocidental a instabilidade do Líbano, assim como para Israel, haver guerra civil próximo a ele.

Depois do apoio à invasão síria, Israel invadiu o Líbano, de 1977 a 1982, com o objetivo de expulsar a OLP – organização armada; considerada, por muitos, terrorista; em constante conflito com Israel. Havia o objetivo comum entre Israel, Estados Unidos e Síria, contrários à OLP. Isto acontecia, porém, à custa da destruição do Líbano, embora este país, sem identidade nacional, não fosse a favor, nem contra a OLP. Assim, os interesses políticos e religiosos de grupos internos confluem-se com os externos constantemente no Líbano.

Em 1983, após a expulsão da OLP, ocorreu a retirada de Israel do Líbano. Coincidentemente, foi o ano de fundação do Hezbollah. Este é um grupo de ascendência islâmica xiita; uma organização política e paramilitar, com forte atuação social,

paralelamente às brigas entre cristãos e sunitas pelo poder, que deixavam abandonada a população. Desde sua criação e até os dias atuais, o Hezbollah luta pelo poder na região e recebe apoio de vários países árabes. Enquanto, em geral, cristãos e sunitas possuíam poder político no país, o Hezbollah também lutava por ele, conseguindo, inclusive, poder de fato em alguns locais.

O acordo de Ta'if, ocorrido em 1989, determinou o fim da guerra e um novo reajuste de poder. As comunidades religiosas se reuniram novamente e estabeleceram uma nova divisão do poder, mais igualitária entre cristãos e muçulmanos. Deduz-se como a política no Líbano é feita com o fim de satisfazer as demandas pelo poder religioso, o que compromete a imparcialidade estatal.

No entanto, mesmo com o novo acordo, as interferências externas continuavam, com fundamentação religiosa e constantes retaliações. Em 1996, Israel volta ao sul do Líbano, contra o Hezbollah e o exército do sul do Líbano (ambos atacavam Israel). Nos anos dois mil, o Hezbollah ocupa o sul do Líbano e o governo libanês se nega a desarmá-lo, para proteger o país, até então, com pouca intervenção internacional.

Até que em 2005, ocorre o evento mais marcante na repercussão internacional do conflito no Líbano: o assassinato do Primeiro-Ministro Rafic Al Hariri, através de um atentado

terrorista no dia 14 de fevereiro de 2005. A suspeita era que a inteligência síria e o Hezbollah fossem os responsáveis. Isto provocou uma revolução (Revolução dos Cedros) para exigir a saída dos exércitos sírios – presentes no Líbano durante vinte e nove anos, desde a época da invasão síria. Nesta revolução, conseqüente ao assassinato, cristãos maronitas, islâmicos sunitas, islâmicos xiitas, gregos ortodoxos e outras minorias religiosas se uniram a favor da saída síria do Líbano; no que talvez seja este o único momento de nacionalismo do país Líbano, posteriormente a descolonização, tendo as religiões se juntado pelo bem comum.

O assassinato, que chamou a atenção para uma grave violação de direitos humanos no conflito, desencadeou a criação do Tribunal Especial para o Líbano – que será tratado separadamente, no próximo item –, pedido em 2005, aprovado em 2006 e instituído o tribunal, pela ONU, em 2007.

Observa-se que em 2006, mesmo com a sociedade internacional atenta ao conflito e indicando a possível presença internacional no país através de um tribunal internacional, ocorreu um novo e grande conflito entre Israel e Hezbollah no sul do Líbano, o que mostra a preponderância dos valores dos grupos, em detrimento dos internacionais. A justificativa de Israel foi o sequestro de soldados israelenses, além da morte e ferimento de outros. Em trinta dias, a destruição foi grandiosa –

sugerindo planejamento anterior –, com civis mortos e danos severos à infraestrutura do país. O Conselho de Segurança da ONU – de composição não tão democrática – e em uma postura questionável, no entanto, se negou a intervir no início do conflito, discutindo e fechando o acordo de paz apenas após esse período.

A partir de 2009, observa-se a continuidade do Hezbollah com sua atuação social e militar, numa tendência de luta pelo poder na região que se estende até os dias atuais<sup>21</sup>.

Em 2011, o início da guerra civil na Síria tirou o foco das tensões específicas pelas disputas de poder que vinham se agravando novamente no Líbano. E trouxe grande problema humanitário para o Líbano, com o influxo de milhares de refugiados. Somado a isto, o Estado Islâmico, grupo sunita radical, também entra no Líbano e passa a tomar posição no país com a guerra da Síria, incrementando a força dos sunitas. O Hezbollah atua fortemente nesta guerra, apoiando o governo sírio; não os rebeldes.

### **2.3 Papel dos atores externos no conflito: um olhar humanitário e jurídico**

---

<sup>21</sup> Inclusive, tendo ganhado mais poder político pelas eleições de 2018. (AJROUD, 2018)

Observa-se a atuação da sociedade internacional no conflito do Líbano, com medidas empreendidas para o reestabelecimento da paz e a reconstrução do país, através das Nações Unidas, com a missão de paz Unifil – criada pela intervenção militar de Israel, após 78, e ampliada até o conflito entre Israel e Hezbollah em 2006, para confirmar a retirada de Israel e restaurar a paz, sendo que atualmente, tem perdido vigência no território sul, pacificado pelo governo e Hezbollah –; também com declarações de repúdio; cooperações de comércio; e com a criação de um tribunal híbrido pela ONU, a pedido do governo libanês.

Houve condenação da ONU por crime de genocídio, diante do massacre de Sabra e Chatilla, ocorrido em 1982. E, quanto ao assassinato de Hariri, manifestou seu repúdio, além de ter exigido que o governo libanês fizesse justiça e de ter instaurado uma Comissão Internacional Independente de Investigação como auxílio ao governo libanês.

Quanto à cooperação comercial, a União Europeia incluiu o Líbano na Associação Euromediterranea (Euromed), embora esta ação represente um papel secundário quando comparado a países árabes do Conselho de Cooperação do Golfo, que têm financiado projetos estruturais no país.

E, por último, a instalação do Tribunal Especial para o Líbano para apurar e julgar o assassinato do Ministro Rafic Al

Hariri representa o pilar jurídico internacional de intervenção no conflito e será visto separadamente, a seguir, dada sua importância.

### **3 tribunal especial para o Líbano**

Quanto ao Direito Internacional Penal e ao sistema de proteção coletiva, a principal medida adotada no conflito armado do Líbano para a proteção de direitos humanos – impositiva e apoiada em bases jurídicas, paralelamente à vigência do Tribunal Internacional Penal – foi a instauração do Tribunal Especial para o Líbano.

#### **3.1 Tribunal Penal Internacional (TPI) *versus* Tribunal Especial para o Líbano (TEL)**

O Direito Internacional, mesmo visto em uma perspectiva de estados soberanos, cada vez mais tem o indivíduo como sujeito de direito, com personalidade jurídica internacional, principalmente em se tratando de direitos humanos. Havendo a possibilidade não só de proteção, mas de responsabilização subjetiva do indivíduo, em um processo de humanização do Direito Internacional, após a Segunda Guerra Mundial.

O TPI tem relação com a ONU e, de acordo com o capítulo I do Estatuto de Roma, é um tribunal internacional permanente, com sede em Haia, responsável por julgar os mais graves crimes contra os direitos humanos<sup>22</sup>. Seu papel é relevante como um tribunal internacional imparcial, para fazer cumprir os preceitos internacionais de justiça e direitos humanos<sup>23</sup>, quando o Estado em questão não o tenha feito e independente de seu consentimento<sup>24</sup>. Embora a instituição e aceitação do TPI seja alvo de controvérsias, ele coroa as normas de *jus cogens* expressas pela Convenção de Viena de 1979<sup>25</sup>, em detrimento do antigo modelo de soberania<sup>26</sup> e

---

<sup>22</sup> Como a vida, a paz e segurança internacionais, sendo os crimes elementares de sua competência os crimes contra a humanidade, de genocídio, crimes de guerra e de agressão.

<sup>23</sup> “A edificação do Tribunal Penal Internacional é consequência da autoridade de uma justiça internacional, a qual não mais se renderia à impunidade dos maiores violadores de regras de Direitos Humanos e de Direito Humanitário. Assim, ao preencher o vácuo legal do sistema mundial seria possível prevenir e reprimir a perpetração dos crimes internacionais”. (MANTOVANI, 2012, p. 63)

<sup>24</sup> Consentimento não imprescindível, já que “(...) é plenamente possível uma expansão da jurisdição do TPI no sentido de abranger Estados que não ratificaram ou aderiram ao Tratado de Roma. Isso porque o Conselho de Segurança, de acordo com sua competência de manter a paz e a segurança internacionais, plenamente reconhecida como obrigatória e executável em todo o orbe, poderá, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar uma situação ao Tribunal, independente de o Estado da nacionalidade do acusado serem parte do Estatuto.” (MANTOVANI, 2011, p. 113)

<sup>25</sup> Em seu art. 53.

<sup>26</sup> Quanto aos indivíduos, no modelo clássico de soberania: “Estes, submetidos à privativa jurisdição interna, eram processados e julgados pelos Estados onde os atos haviam sido perpetrados, mesmo quando as

consolida a responsabilidade penal individual – inclusive, pela sua competência em razão da pessoa restringir-se às pessoas físicas –, o que representa grande avanço para o Direito Internacional.

No entanto, a tendência da justiça internacional penal unitária e centralizadora foi ampliada para a existência, concomitantemente ao TPI, de tribunais híbridos – denominados híbridos em virtude de suas características mistas (nacionais e internacionais) – ou internacionalmente assistidos, onde se enquadra o Tribunal Especial para o Líbano.

Quanto aos tribunais híbridos, a maioria deles representa um mecanismo, com o auxílio da ajuda internacional, de reestruturação da ordem estatal interna, por vezes destruída pelo conflito. Nestes casos, a solução garante a aplicação do direito internacional, enquanto capacita a justiça local, em um novo modelo de justiça internacional penal. A Corte híbrida possui competência quando a internacional permanente não for conveniente ou possível e a justiça interna estiver desconstruída ou for ineficiente. No caso do Líbano, a justiça local continuava existindo e, a princípio, seria possível a utilização do TPI. Pode-se, no entanto, considerar a possibilidade da imparcialidade estatal estar comprometida para

---

transgressões incidiam em regras internacionais. Claro, então, que a punição a esses delitos dependia do ordenamento interno estatal, bem como da vontade e conveniência política do Estado”. (MANTOVANI, 201, p. 77)

procurar a responsabilização do assassinato político, diante das tensões já expostas para o conflito histórico<sup>27</sup>.

A fundamentação jurídica para o estabelecimento do TEL foi o acordo feito entre o Líbano e a ONU; acordo que também formalizou o seu Estatuto. Este tribunal não faz parte do sistema judicial libanês e, embora não seja um órgão da ONU e não tenha a nomenclatura “Internacional”, como outros tribunais, ele possui natureza internacional pela composição do tribunal, por padrões internacionais de procedimentos, provas, padrões de justiça internacionais e o fato de depender e poder contar com Estados integrantes da ONU. Enfatizando o forte caráter internacional do tribunal e aproximação com o TPI, a nomeação do juiz da Câmara pré-julgadora, responsável por admitir a denúncia, é realizada pelo Conselho de Segurança – diferente de outros tribunais híbridos – e tem caráter permanente.

Como tribunal híbrido, o TEL foi criado em 2007 e apresenta relação com o sistema jurídico interno, em uma competência internacional dividida com os tribunais e autoridades do Líbano. Apesar da competência repartida, o

---

<sup>27</sup> Ao que parece, o fato de o próprio Líbano ter pedido a internacionalização, reflete a falta de imparcialidade que poderia ter a investigação e responsabilização nacional.

TEL tem primazia<sup>28</sup> e as autoridades nacionais são obrigadas a cooperar.

Interessante observar várias pontuações que, juntas, estabelecem a compreensão de possíveis motivos para a instituição de um tribunal híbrido no Líbano, em vez de se utilizar a jurisdição do TPI, já disponível à época da sua criação – ao contrário da época de criação de outros tribunais híbridos.

A jurisdição do TPI abrange crimes cometidos após sua entrada em vigor, em 1º de julho de 2002. Os crimes cometidos no Líbano – causa e objeto do Tribunal Especial – foram cometidos em 2004 e 2005, quando o TPI já era vigente.

A competência temporal do TEL vem sendo estendida<sup>29</sup> e houve uma expansão da sua competência material – antes, limitada ao assassinato do Ministro Hariri<sup>30</sup>. Questiona-se sobre a imparcialidade da ampliação da competência material, mesmo estando dentro da competência temporal, devido à mudança dos

---

<sup>28</sup> Como exemplo, o TEL pode julgar novamente um caso julgado por um tribunal libanês, mesmo com o princípio do *ne bis in idem*, se o julgamento não tiver seguido as normas internacionais de processo e justiça.

<sup>29</sup> Quanto à fixação de limite temporal para o tribunal do Líbano – assim como para outros tribunais híbridos –, é realizada para dar segurança e efetividade em relação à presença internacional no país.

<sup>30</sup> O mandato da Comissão de Investigação instaurada pela ONU foi prorrogado e ampliado, posteriormente, para incluir assassinatos anteriores e posteriores ao de Hariri e conexos com o dele, após ter havido o assassinato de outro Ministro, ocorrido em 2005. Em dezembro de 2005, o governo libanês solicitou à ONU apoio para a criação do tribunal especial. O que foi aprovado em 2006, embora tenha sido necessária imposição da ONU, para entrar em vigor em 2007, por desacordo no parlamento libanês.

objetivos iniciais que fundamentaram a criação do tribunal. O Conselho de Segurança da ONU, da qual os Estados Unidos fazem parte, foi favorável à ampliação, o que traz a ideia de uma justiça seletiva, ou seja, o predomínio do apoio internacional para julgar e ainda expandir a competência e permanecer no Líbano – mesmo reconhecida a importância do conflito –, em detrimento de vários outros conflitos armados contemporâneos.

O TPI fundamenta-se no princípio da complementaridade – fator que limita sua jurisdição – ou seja, só atua se ocorrer inércia do estado-parte ou o processo e julgamento for imparcial ou forjado, não cumprindo os preceitos de justiça internacional. Embora pudesse ser considerada a possibilidade futura de parcialidade, em realidade, não chegou a haver imparcialidade e nem inércia, posto que o próprio governo libanês teve a iniciativa de pedir a criação do tribunal.

O Tribunal Especial para o Líbano é um instrumento jurídico utilizado para garantir a efetividade da proteção dos direitos fundamentais dos povos e minorias (DIZ; LIMA, 2015). Diferente de outros tribunais híbridos, o TEL não é baseado nas violações de direitos humanos ao longo do contexto do seu conflito, mas possui um fim bem específico, restrito ao processo e julgamento do atentado terrorista e os

conexos com o do assassinato do Ministro Rafic Al Hariri, ocorrido em 14 de fevereiro de 2005, no período entre a guerra civil iniciada em 1975 e a guerra de 2006 – e não durante –, mais especificamente, entre 2004 e 2005.

Assim, sobre o TEL:

O Tribunal Especial para o Líbano é um tribunal de caráter internacional estabelecido para realizar julgamentos das pessoas acusadas de realizar o ataque de 14 de fevereiro de 2005 que matou 23 pessoas, incluindo o ex-primeiro-ministro libanês Rafik Hariri, e feriu muitos outros. A sede do tribunal é na Holanda; tem funcionários libaneses e internacionais, e julga pessoas sob a lei criminal libanesa. (STL, 2011a, tradução nossa)

Percebe-se, pela citação, a também consagrada responsabilidade penal individual.

O TEL é o único tribunal híbrido instalado durante um conflito, e não posteriormente. Parece, no entanto, explicável, diante da natureza temporária peculiar do próprio tribunal – e não apenas dos seus juízes –, já que os motivos que causaram sua existência já se exauriram, embora sua responsabilização ainda não.

Dois pontos principais diferem esse tribunal de outros tribunais internacionais que já foram criados ou assistidos pela ONU: quanto aos procedimentos utilizados – chamando atenção a possibilidade da revelia – e sua origem de fiscalização.

Contudo, reside na competência material o principal ponto para não ter se utilizado a jurisdição do TPI. O Estatuto do TPI, em seu art. 7º, enumera o crime de homicídio como um dos crimes contra a humanidade; no entanto, após muita discussão quando da elaboração do Estatuto para o TEL, o Conselho de Segurança da ONU não chegou a um consenso e enquadrou os crimes submetidos ao TEL como crimes comuns, sujeitos, inclusive, à lei libanesa. Assim, o direito aplicável no TEL, de acordo com o art. 2º do seu Estatuto, é o libanês, com pequenas adaptações para estar de acordo com preceitos internacionais – como a não aplicação da pena de morte.

Mesmo se os homicídios em questão tivessem sido considerados crimes contra a humanidade, e além de o Líbano não ser signatário do Estatuto de Roma, o contexto dos homicídios retira a competência do TPI, que não julga crimes de terrorismo:

Com relação ao Líbano, ainda que fosse signatário do TPI, ou mesmo aceitasse a sua jurisdição, não poderia ter sua

demanda apreciada pelo Tribunal permanente. Isso porque o crime de terrorismo não se insere nos “*crime core*” do Estatuto de Roma. (MANTOVANI, 2012, p. 214).

Sendo o TEL, com sua criação peculiar, o único tribunal internacional que julga crimes de terrorismo<sup>31</sup>.

### **3.2 Atuação do Tribunal Especial para o Líbano:**

A apresentação da denúncia do assassinato do Ministro Hariri – indicando que a inteligência síria, a quem Hariri se opunha, estava envolvida – foi feita em 2009 e a primeira atividade judicial do tribunal ocorreu em 2011.

O mandato do tribunal – inicialmente, até 2009 – vem sendo prorrogado, ainda sem concluir suas atividades, em uma competência temporal estendida reconhecida como preocupação, no último relatório do próprio tribunal, de 2018<sup>32</sup>.

Quanto à atividade do tribunal,

---

<sup>31</sup> “O TEL é o primeiro tribunal desse tipo a lidar com o terrorismo como um crime distinto, descrito pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas como uma “ameaça à paz e segurança internacionais””. (STL, 2011b, tradução nossa)

<sup>32</sup> De acordo com o posicionamento do Tribunal recentemente, em seu relatório anual: “(...) estamos sempre conscientes da necessidade de completar nossa missão rapidamente e de acordo com os mais altos padrões internacionais de justiça, a fim de fornecer resultados responsáveis e garantir que permaneçamos responsáveis perante todas as partes interessadas” (STL, 2018, p. 51, tradução nossa).

o principal julgamento do Tribunal Especial para o Líbano, Ayyash et al. (relacionado ao ataque de 14 de fevereiro de 2005), começou em 16 de janeiro de 2014. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi e Assad Hassan Sabra são acusados de conspiração para cometer um ato terrorista, juntamente com uma série de outras acusações relacionadas. O julgamento está em andamento. (STL, 2018b, tradução nossa)

O caso *Ayyash et al* diz respeito ao ataque de 14 de fevereiro de 2005 que matou o ex-primeiro-ministro libanês Rafik Hariri e 23 outras pessoas, além de ter ferido outras 226. Atualmente, os acusados enfrentam julgamento à revelia.

Quanto ao processo, a acusação original e os respectivos mandados de detenção, inclusive repassados à Interpol à época, datam de 2011. Sem encontrar os acusados, a Câmara de Julgamento decidiu julga-los à revelia – julgamento que foi aberto em 2014.

Atualmente, a acusação está apresentando suas evidências, baseada em provas forenses sobre a causa da explosão de 14 de fevereiro de 2005 e provas relacionadas com a morte e lesões das vítimas do ataque; baseada também na evidência dos atos preparatórios realizados pelo acusado e seus conspiradores em 2004-2005 para se preparar para o

assassinato do ex-primeiro-ministro Hariri; e nas evidências relativas à identidade do acusado e seus respectivos papéis no ataque. (STL, 2018b)

Quanto aos casos relacionados e já determinados pelo TEL como legalmente ligados ao atentado do Ministro Hariri (Hamadeh, Hawi e El-Murr), sobre os quais o tribunal também possui jurisdição, os três casos estão atualmente sob investigação. (STL, 2018c)

#### **4 CONCLUSÃO**

A análise histórica mostra que o Líbano, país em constante instabilidade desde sua independência da França, tem se envolvido em conflitos armados, principalmente, devido à sua estranha democracia, que identifica o Estado com religiões e provoca disputas internas pelo poder, para além de diferentes ideologias. A posição geopolítica e o envolvimento de outros países são também fatores cruciais; no entanto, é a identificação entre grupos religiosos, tanto interna quanto externamente, que acirra os conflitos. Torna-se desafiador conciliar racionalidade e respeito pelos direitos humanos quando um valor tão alto como a espiritualidade está envolvido.

Mesmo havendo problemas humanitários e sociais decorrentes do conflito no Líbano, ao analisar especificamente

o Direito Internacional Penal neste artigo, o Tribunal Especial para o Líbano apresenta-se como um tribunal híbrido muito peculiar, privilegiado pela sociedade internacional, em detrimento de outros conflitos e tribunais.

A presença internacional muito forte neste tribunal, tanto na sua criação, quanto na sua composição e funcionamento; a justiça interna ainda em condições de atuação, inclusive, sendo as leis libanesas as aplicáveis ao TEL; a existência de um Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, já vigente à época da criação do TEL e com características muito semelhantes. A única justificativa jurídica para não usar-se o TPI no caso do Líbano é a competência material tratar-se de crime de terrorismo, não incluído na competência do TPI; sendo que o TEL é o único tribunal internacional que julga este tipo de crime.

Além disso, a finalidade exclusiva de criar-se um tribunal internacional para a responsabilização por um assassinato político aumenta a peculiaridade do TEL. E a sua aprovação pelo Conselho de Segurança – composto inclusive pelos Estados Unidos, tão presentes nos conflitos do Oriente Médio e não tão favoráveis ao TPI – sugere interesse na região e aponta para uma possibilidade de busca pelo enfraquecimento do TPI.

Em um país em que a fidelidade religiosa tem, por vezes, maior peso que a própria autoridade estatal, parece mesmo necessária a atuação internacional para a estabilização diante das tensões existentes. No entanto, dentro dos limites da atuação internacional, não parece ter sido o Tribunal Especial para o Líbano tão efetivo na garantia de direitos humanos – pensado pelo viés dos mecanismos de segurança coletiva que a sociedade internacional dispõe, mais do que pela efetividade burocrática do tribunal em si.

Isto porque, embora o TEL seja um instrumento reconhecidamente sério em seu trabalho e importante na responsabilização individual em defesa das minorias no conflito, a função geral da sociedade internacional de prevenir e coibir violação de direitos humanos não tem se cumprido de forma satisfatória, embora a presença internacional venha se prorrogando no conflito. O TEL busca reprimir três atentados específicos que ocorreram no conflito, entre 2004 e 2005, sendo que ainda hoje, 11 anos depois da criação do Tribunal e 7 anos após a apresentação da denúncia, não se concluiu a responsabilização dos acusados. Além da repressão, o papel de prevenção não parece tão eficiente porque, por mais que não se fale em outro assassinato político, o conflito e direitos humanos violados continuam, inclusive com grupos extremistas como o

Hezbollah e Estado Islâmico conseguindo cada vez mais espaço no país.

O país Líbano sobrevive e se reconstrói por não se envolver nos conflitos como país em sua totalidade, mas por seus grupos, de acordo com seus interesses; o que, por outro lado, por serem baseados na fé em detrimento do bem comum, contribuem para o caráter interminável dos conflitos.

As bases históricas e tensões entre os grupos ainda influenciam o conflito no Líbano, atualmente, menos evidente, devido à guerra na Síria, porém, quase permanente. Pensar em reconstrução do país e dos pilares de respeito aos direitos humanos, segurança coletiva e paz envolve considerar uma mudança no regime político do país, em uma transição democrática que separe as confissões religiosas do Estado e faça preponderar os valores humanos do Direito Internacional, necessários para a segurança coletiva e a paz.

## REFERÊNCIAS

AJROUD, Asma. **UNPICKING THE RESULTS OF LEBANON'S ELECTIONS: ANALYSTS DISPUTE SIGNIFICANCE OF HEZBOLLAH'S GAINS AT THE EXPENSE OF SAAD HARIRI'S PARTY AS POLL FEVER COOLS.** AL JAZEERA NEWS, 2018. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.ALJAZEERA.COM/NEWS/2018/05/UNPICKING-RESULTS-LEBANON-ELECTIONS-180510171253490.HTML](https://www.aljazeera.com/news/2018/05/unpicking-results-lebanon-elections-180510171253490.html)>. ACESSO EM: 01 JUL. 2018.

LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. *DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LIMA, Renata Mantovani de. El derecho de las minorías y los conflictos armados: la creación y puesta en marcha del Tribunal Especial para el Líbano. Anu. Mex. Der. Inter vol.15 México ene./dic. 2015*

RODRÍGUEZ, Jose Luis Cabello. **Líbano**. In: ESPAÑA. Ministerio de Defensa. Instituto Español de Estudios Estratégicos. **Panorama geopolítico de los conflictos 2016**, 2016, págs. 133-152.

MILOT, Micheline. **La laicidad**. Madri: CCS, 2009.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **A liberdade religiosa como direito fundamental no estado democrático de direito em face do ensino religioso**. Revista Plurais Virtual, v. 6, p. 218-230, 2016.

REIS, Marcos Aurélio. **A proteção da pessoa humana nos conflitos armados: a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas humanitárias**. Consilium – Revista Eletrônica de Direito, Brasília, n. 3, v. 1 maio/ago. de 2010.

\_\_\_\_\_ **Carta das Nações Unidas**. ONU, 1945.

\_\_\_\_\_ **Convenção de Genebra**. 1979.

\_\_\_\_\_ **Estatuto de Roma**

\_\_\_\_\_ **STL - Special Tribunal for Lebanon. What is the STL?** 2011a. Disponível em: <<https://www.stl-tsl.org/en/ask-the-tribunal/462-what-is-the-stl>>. Acesso em: 01 jul 2018.

\_\_\_\_\_ STL - Special Tribunal for Lebanon. **Unique features - A terrorism trial**. 2011b. Disponível em: <<https://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/unique-features/629-unique-features-a-terrorism-trial>>. Acesso em: 01 jul 2018.

\_\_\_\_\_ STL - Special Tribunal for Lebanon. **Ninth annual report (2017-2018)**. 2018a. Disponível em: <<https://www.stl-tsl.org/en/documents/president-s-reports-and-memoranda/6249-ninth-annual-report-2017-2018>>. Acesso em: 01 jul 2018.

\_\_\_\_\_ STL - Special Tribunal for Lebanon. **Ayyash et al. (STL-11-01)**. 2018b. Disponível em: <<https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01>>. Acesso em: 01 jul 2018.

\_\_\_\_\_ STL - Special Tribunal for Lebanon. **Connected cases, Hamadeh, Hawi and El-Murr (STL-11-02)**. 2018c. Disponível em: <<https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-02>>. Acesso em: 01 jul 2018.

# **A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO CONFLITO DOS DIAMANTES DE SANGUE**

## **THE UNITED NATIONS ORGANIZATION IN THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS TO THE CONFLICT OF BLOOD DIAMONDS**

*Elaine Aparecida Barbosa Gomes  
Maria Laura Vargas Cabral*

**Resumo:** O artigo aborda como objeto de estudo o papel da ONU juntamente com o Conselho de Segurança na propositura da intervenção internacional em Serra Leoa, para garantir a assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência. Situa a questão em termos históricos, perpassa pela atuação humanitária da Organização das Nações Unidas na defesa dos Direitos Humanos e na luta contra as atrocidades em Serra Leoa. Utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo analítico que instruiu a análise de leis e doutrinas relacionadas ao tema e aos conceitos de ordem dogmática.

**Palavras-chave:** Conflitos armados, Organização da Nações Unidas, Proteção dos Direitos Humanos, Serra Leoa.

**Abstract:** The article discusses the role of the UN together with the Security Council in proposing international intervention in Sierra Leone to guarantee humanitarian assistance through the provision of security for the population that finds itself in a scenario that is lacking in all resources necessary for their survival. It situates the issue in historical terms, pervades the humanitarian action of the United Nations in the defense of Human Rights and in the fight against atrocities in Sierra Leone. Theoretical-bibliographic research was used following the analytical descriptive method that instructed

the analysis of laws and doctrines related to the theme and concepts of dogmatic order.

**Keywords:** Armed Conflict, United Nations Organization, Human Rights Protection, Sierra Leone.

## 1 INTRODUÇÃO

Entre os anos de 1991 e 2002 em Serra Leoa no continente africano milhares de pessoas entre elas crianças, idosos e mulheres se questionavam o tão cruel as atitudes e a ganância de uma pessoa poderiam ser, mas não imaginavam o preço que pagariam pelos diamantes de sangue, bem como as maiores atrocidades que teriam que suportar.

Guerrilheiros recebiam financiamentos para a guerra civil em troca dos diamantes extraídos de zonas de guerras e para consegui-los submetiam a população civil as maiores atrocidades. Milhares de pessoas foram mutiladas, submetendo-as a terríveis atos de crueldade, perguntavam às vítimas se queriam ficar sem o antebraço ou todo o braço uma forma de punir aquelas pessoas que ameaçavam corromper o sistema, subtrair alguma pedra, um diamante e prejudicar as trocas entre os guerrilheiros e os financiadores dos conflitos armados. Além do mais, com as mãos amputadas impossibilitaria a participação dessas pessoas da vida política.

O papel dos diamantes no conflito foi explorado pelo filme *Diamantes de Sangue*<sup>33</sup> apesar do caso concreto ter ocorrido nas telas dos cinemas ofilmetrafeira na linha de exposição crítica da exploração dos recursos minerais do território africano, a situação retratada é um exemplo concreto da guerra civil em Serra Leoa, situação lamentavelmente comum que se relaciona com a ofensa e a violação aos direitos humanos, questão importante para a discussão jurídica contemporânea.

Situada na porção oeste do continente africano e banhada a oeste pelo Oceano Atlântico, Serra Leoa limita-se a sudeste com a Libéria e ao norte e a leste com a Guiné, com aproximadamente, seis milhões de habitantes. A maioria da população em torno de 62% reside em áreas rurais e apenas 38% mora em áreas urbanas. Freetown, capital de Serra Leoa, é a cidade mais populosa, com 901 mil habitantes.

Marcada por instabilidades políticas, pelas disputas das minas de diamantes existentes no país, pela pobreza, miséria, desnutrição, exploração sexual, e pela utilização de crianças soldados para a disputa de território.

Segundo Renata Mantovani de Lima (2011, p.186) Serra Leoa está localizada geograficamente em um ponto

---

<sup>33</sup> O título original do filme é *Blood Diamonds*. Lançado em 2006, o filme foi dirigido por Edward Zwick.

estratégico para a navegação o que facilitou o comércio de escravos por volta de 1.460 quando descoberta por Portugal e hoje facilita o comércio ilegal de recursos minerais.

Entender as causas que deram origem a guerra civil em Serra Leoa, que teve início em 1991 perdurando até o ano de 2001, o histórico dos conflitos e suas especificidades geográfica, política, financeira e organizacional é de extrema relevância para discutir o cenário atual de conflitos armados não internacionais.

Importante ressaltar que os conflitos fazem parte da humanidade mesmo que, os motivos sempre mudem eles acompanham a evolução humana desde sua origem, seja por questões religiosas, étnicas, posse de território, questões geopolíticas e embora os recursos naturais não sejam a única causa para a ocorrência do conflito armado na Serra Leoa eles contribuem significativamente para que o conflito seja agravado e dão origem a maioria deles vitimando milhares de pessoas todos os anos.

Assim, utilizando-se das reflexões produzidas acerca do tema proposto, surge seguinte questionamento, tal como: observando a situação do conflito armado em Serra Leoa, é possível concluir que a Organização das Nações Unidas (ONU) foi capaz de garantir a efetividade da proteção dos direitos humanos e apaziguar o conflito na região?

O escopo deste trabalho não permite análise pormenorizada do conflito em questão, mas certos elementos históricos e algumas especificidades do conflito de Serra Leoa que são relevantes para demonstrar a variedade de fatores desestabilizantes que culminam na ruptura da paz, ou até mesmo impedem seu restabelecimento, e a importância da discussão desse tema para compreender o cenário atual.

Diante dessa questão, embora os recursos minerais não sejam a única causa para a ocorrência de um conflito civil, eles contribuem significativamente para que o conflito seja agravado e dão origem a maioria deles. Portanto, o propósito deste artigo é discutir o processo de recuperação de Serra Leoa através do pilar judicial, em especial, demonstrar como o Tribunal Especial para Serra Leoa atuou para apaziguar aquele conflito.

Estruturalmente, o artigo se divide em duas seções temáticas, mais introdução e conclusão. Na primeira seção, intitulada Precedentes históricos do conflito armado em Serra Leoa: análise fatural, o intuito é propor uma discussão sobre o contexto regional de Serra Leoa e a influência dos recursos naturais no conflito armado, avaliando-se as causas que deram origem a guerra civil que teve início em 1991 perdurando até o ano de 2001, o histórico dos conflitos e suas especificidades, geográfica, política, financeira e organizacional. Esta

abordagem esclarece quem foram os líderes do grupo rebelde RUF (Frente Revolucionária Unida), liderados por Foday Sankoh e apoiado por Charles Taylor ex-presidente da Nigéria, as formas de financiamento que colaboraram para a permanência das ações criminosas durante os anos do conflito. Em seguida, discutir sobre a dimensão, a repercussão mundial do indiciamento de Taylor pelo Tribunal Especial de Serra Leoa (TESL) por crimes contra a humanidade e de guerra, bem como da condenação pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) como um importante precedente na justiça internacional.

Na segundaseção, intitulada Os pilares da Organização das Nações Unidas na defesa dos Direitos Humanos e na luta contra as atrocidades em Serra Leoa, tem-se o intuito de analisar o papel da ONU juntamente com o Conselho de Segurança na propositura da intervenção internacional em Serra Leoa, em seguida, discutir sobre o Acordo de Lomé, enquanto instrumento de reforço da assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência. Verificar a profunda relação entre o conflito armado em Serra Leoa e a extração dos diamantes de sangue, para ao final discutir sobre a adoção do sistema mundial de "Certificação do Processo de Kimberley - PK" como caminho

paracoloocar fim no conflito armado alimentado por esses diamantes.

Utilizou-se o referencial teórico de Renata Mantovani Lima obra *Tribunais híbridos e justiça internacional penal*, a partir de suas contribuições com o debate acerca da relevância da justiça e da apuração da responsabilidade em situações de violação de direitos humanos no cenário dos conflitos mundiais. Outras obras, perpendiculares à análise de Renata Mantovani Lima, foram utilizadas para aprofundar a discussão do tema proposto. Deste modo, cabe ressaltar que muitos autores e teorias aparecerão com centralidade ao longo deste estudo, sem os quais não seria possível um maior acesso a problemática.

Quanto à metodologia, para a realização do estudo, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o assunto em comento, tendo em vista que a construção do debate teórico se embasa, de maneira considerável, em doutrina.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises

interpretativas, comparativas, temáticas e históricas, para possibilitar uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Por fim, resta esclarecer que as conclusões tecidas durante o desenvolvimento deste trabalho de maneira alguma pretende esgotar a matéria, que discute temas afetos aos conflitos armados na Serra Leoa gerados pela exploração de recursos minerais, ainda em construção e de relevante complexidade para a sociedade mundial, merecendo discussões profundas e passíveis de aprimoramento.

Apresentada a descrição minuciosa do objeto da pesquisa, analisar-se-á, nas seções subseqüentes, o recorte do tema com base exclusivamente na esfera jurídica.

## **2PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONFLITO ARMADO EM SERRA LEOA: análise fatural**

Para melhor compreender-se a situação atual em Serra Leoa, faz-se necessário uma contextualização dos eventos que nela resultaram e deram origem a guerra civil neste país, que teve início em 1991 perdurando até o ano de 2001, o histórico dos conflitos e suas especificidades geográfica, política, financeira, organizacional e religiosa, é de extrema relevância para discutir o cenário atual de conflitos armados não internacionais.

Como demonstra Renata Mantovani de Lima (2011) Serra Leoa está localizada geograficamente em um ponto estratégico para a navegação o que facilitou o comércio de escravos por volta de 1.460 quando descoberta por Portugal e hoje facilita o comércio ilegal de recursos minerais.

A região de Serra Leoa passou a receber escravos fugitivos da América e da África Ocidental influenciando consideravelmente no crescimento da sua população (LIMA, 2011, p. 185-186). Hoje é considerada a região mais densamente povoada do país com mais de 80 habitantes por Km<sup>2</sup>, onde a maioria dos habitantes vive abaixo da linha de pobreza, ou seja, com menos de 1,25 dólar por dia, com a expectativa de vida 43 anos e com a taxa de analfabetismo de 62% da população.

Nem sempre é possível determinar o início de um conflito e é comum que vários fatores concorram para causar instabilidade e produzir o ambiente gerador de guerras, o que ocorreu no caso da guerra civil em Serra Leoa, assim passa-se a analisar como tudo começou.

Desde sua independência em 1961 a população de Serra Leoa vive uma situação social de muita fragilidade, com pobreza extrema, corrupção, ausência de políticas públicas e a mercê dos conflitos armados não internacionais. Os anos

seguintes foram marcados por vários golpes de estado, crescente exploração de diamantes e a corrupção generalizada.

Em 1968 após um golpe militar Syaka Stevens se tornou o primeiro ministro da Serra Leoa e assumiu a presidência em 21 de abril de 1971, dois dias depois de a Serra Leoa se tornar uma república. Trabalhou para reforçar a imagem do país no exterior, cultivando boas relações com os vizinhos Guiné e Libéria.

O que chama atenção no governo de Stevens é quanto a gestão dos recursos econômicos, em especial quanto a extração de diamantes, pois o contraste em Serra Leoa é algo visivelmente preocupante, de um lado uma vasta riqueza mineral e de outro uma das nações mais pobres do mundo conviviam lado a lado.

Syaka Stevens também contribui significativamente para acentuar esse contraste socioeconômico. Estudiosos apontam que durante seu governo ocorreu a maior deterioração da economia, que tinha como base a mineração e a comercialização de diamantes, com o surgimento da mineração ilegal por volta de 1980 uma atividade que não necessitava de maquinário especializado pois os diamantes podiam ser facilmente extraídos em escavações rasas (KOROMA, 2012, p.1).

No ano de 1985 Major General Joseph Saidu Momoh sucedeu o governo de Syaka Stevens, o país permanecia com sua economia estagnada e a população imersa na pobreza. Contudo, em um conflito inesperado enfraquece seu poder na região. Em março de 1991 os combatentes da Frente Revolucionária Unida (RUF) liderados por Foday Sankoh e apoiado por Charles Taylor invadiu o sudeste de Serra Leoa, o grupo pretendia lutar contra o governo corrupto de Momoh, conquistar o controle de Serra Leoa e das minas de diamantes (LIMA, 2011, p. 187). Diamantes conhecidos como “diamantes de sangue” pois eram extraídos por trabalhadores escravos.

Para Marcelo Mello Valença (2006) o apoio dado a RUF por Charles Taylor na invasão de Serra Leoa deve-se a uma retaliação ao governo atual por ter apoiado uma intervenção regional na Libéria comprometendo o seu poder, bem como o crescente interesse nas reservas de diamantes. Ele contribui financiando o conflito tanto com armas quanto intermediando contribuições de outros Estados e montou um grupo de combatentes com recrutamento forçado de crianças, o que resultou no seu indiciamento pelo Tribunal Especial de Serra Leoa (TESL) por crimes contra a humanidade e de guerra (VALENÇA, 2006, p.3).

Charles Taylor foi acusado de apoiar os rebeldes da RUF responsabilizados por atrocidades contra civis, esteve no

centro da instabilidade que envolveu Serra Leoa e vitimou mais de 100 mil pessoas mantendo o comércio ilegal de drogas, recrutamento de milhares de crianças soldados, vendendo os diamantes e comprando armas para a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa, grupo famoso por amputar mãos e pernas de civis durante a revolução que durou cerca de dez anos. Seu julgamento tornou-se realidade quando entre os anos de 2003 e 2006 depois de exilado na Nigéria vendo que iria ser extraditado fugiu e foi capturado, levado para Serra Leoa pela Organização da Nações Unidas (ONU) para aguardar julgamento. Que ocorreu no Tribunal Penal Internacional (TPI) em Haia, na Holanda, para evitar possíveis manifestações contra ou a favor do seu julgamento, pois temiam um lastro de instabilidade no país e na vizinha Libéria. (BBC, 2009, p.1).

O julgamento de Taylor com relação ao envolvimento na guerra civil em Serra Leoa alcançou repercussões mundiais após o depoimento da modelo inglesa Naomi Campbell no Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL), que ajudou a condena-lo pelo financiamento da guerrilha em troca dos diamantes de sangue.

Campbell afirmou que foi acordada a noite por dois homens desconhecidos que bateram à sua porta e lhe entregaram três pedras brutas embrulhadas em nome de Taylor, que ela então não sabia se tratar de diamantes, e que estava na

África no ano de 1997 para participar do jantar de caridade dado pelo então presidente sul-africano Nelson Mandela, tendo doado as pedras à Fundação Nelson Mandela na manhã seguinte. Enquanto que Taylor estava na África do Sul para vender ou trocar por armas diamantes recebidos de rebeldes de Serra Leoa (ÉPOCA, 2010, p.1).

A dimensão que o julgamento e a condenação de Charles Taylorex-presidente da Libéria e apoiador da RUF durante a guerra civil na Serra Leoa entre os anos de 1990 e 2001 repercutiu no mundo todo como um importante precedente na justiça internacional. Sendo que segundo Gabriela Loureiro (2012) até o presente momento nenhum ex-chefe de estado tinha sido condenado no Tribunal Penal Internacional, sendo a primeira vez no caso de um presidente sendo julgado internacionalmente desde a II Guerra Mundial (LOUREIRO, 2012, p.1). Taylor respondeu por diferentes crimes, crime de guerra e contra a humanidade, incluindo tráfico ilegal de diamantes, compra de armas para RUF, uso de crianças como soldados, estupros e assassinatos.

Quanto ao aspecto religiosa na Serra Leoa entre as principais religiões a que predomina segundo alguns estudiosos é a mulçumana com 70% dos seguidores, em seguida a religião cristã com 25% e 10% seguem a religião indígena tradicional. Contudo tem-se relatos que muitos desses seguidores em torno

de 20% praticam o sincretismo religiosa, ou seja não cultuam apenas uma religião mas seguem duas ou mais sistemas de crenças religiosas criando um novo.

Existe uma relação amigável entre os seguidores dessas religiões, tanto que é comum encontrarmos famílias formadas por membros de diferentes religiões o que segundo a fundação pontifícia ACN– Ajuda à Igreja que Sofre (2017) deu origem a novas vocações convivendo todas em harmonia (ACN, 2017, p. 1).

As comunidades religiosas em Serra Leoa desempenham um papel crucial para ajudar o país a superar seu legado de guerras, disse nesta sexta-feira o relator especial da ONU sobre a liberdade de religião ou crença, Heiner Bielefeldt, após sua primeira visita oficial ao país (POR DENTRO DA ÁFRICA, 2013).

Tem-se na próxima seção uma discussão sobre a atuação humanitária da Organização das Nações Unidas (ONU) na defesa dos Direitos Humanos e na luta contra as atrocidades em Serra Leoa.

### **3 OS PILARES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E NA LUTA CONTRA AS ATROCIDADES EM SERRA LEOA**

Nesta seção será concluída a argumentação do estudo, com intuito de analisar o papel da ONU juntamente com o Conselho de Segurança na propositura da intervenção

internacional em Serra Leoa, em seguida, discutir sobre o Acordo de Lomé, enquanto instrumento de reforço da assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência.

Bem como, verificar a profunda relação entre o conflito armado em Serra Leoa e a extração dos diamantes de sangue, para ao final discutir sobre a adoção do sistema mundial de “Certificação do Processo de Kimberley - PK” como caminho paracolocar fim no conflito armado alimentado por esses diamantes.

A guerra civil continuava e a RUF aumentava os ataques a população com agressões brutais, entre elas a violência sexual e amputação de membros. Foi então que o governo e a RUF assinaram o primeiro acordo de paz, Tratado de Abidjan que estabelecia o desarmamento e a criação de uma força de desmobilização determinando a saída do grupo.

Mas não foi bem sucedido, Renata Mantovani de Lima (2011) comenta que, por meio de um golpe do exército com a RUF contra o governo do presidente eleito Alhaji Ahmed Tejan Kabbah o acordo de paz não prosperou, fazendo com que o presidente e seu governo se exilassem em Guiné, assumindo o poder os militares em parceria com a RUF (LIMA, 2011, p. 188).

A RUF controlava a extração de diamantes com o objetivo de que sem os diamantes o governo de Serra Leoa não teria dinheiro para financiar o exército. Foi nesse momento que os guerrilheiros e os soldados do exército serra-leonês se uniram com o intuito de se beneficiarem com a exploração em proveito próprio das minas de diamantes, onde ao mesmo tempo exerciam funções militares e se reuniam aos rebeldes à noite espalhando a insegurança pelo país. Juntos atacaram cidades, estupraram e mataram milhares de pessoas inocentes, o país estava dominado pela anarquia.

E no centro desse conflitos as crianças, mortas ou participando da “matança em série”. Crianças entre 7 e 12 anos eram recrutadas involuntariamente e instigadas ao comportamento violento por meio do consumo de drogas e bebidas. Obrigadas a exterminarem a própria família em obediência aos guerrilheiros.

Essa situação despertou preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) que enviaram representantes para Serra Leoa em busca de estabelecer a paz na região. Contudo não foram bem sucedidos, o que motivou algumas restrições ao país, como aponta Renata Mantovani de Lima (2011, p.187) o embargo de petróleo, armas, munições, dentre outras medidas.

Esse conflito armado estava longe de acabar, em 1998 Paul Karoma líder do Conselho Revolucionário das Forças

Armadas (CRFA) assume o poder em Serra Leoa e se uni a RUF agravando a crise no país. Pressões pela volta de Kabbah que foi eleito legitimamente só aumentavam e foi quando o Grupo de Monitoramento da Comunidade Econômica dos Estados da África por meio de uma intervenção internacional liderada pela Nigéria, que mantinha um interesse oculto sobre a exploração das reservas de diamante da região, recoloca o presidente no poder prendendo os integrantes da CRFA e deixando em segundo plano a RUF (VALENÇA, 2006, p. 112).

Por sua vez, salienta Renata Mantovani de Lima (2011) o Conselho de Segurança diante dessa situação e em prol da população civil que já sofreu muito com os conflitos armados resolve retirar as restrições ao fornecimento e venda de petróleo e produtos petrolíferos, bem como envia a UNOMSIL-Missão de Observação das Nações Unidas em Serra Leoa durante um período de seis meses para dentre outros, acompanhar a situação no país quanto as ações de desrespeito ao Direito Internacional Humanitário que era diuturnamente violado pelos guerrilheiros.

No ano de 1999 surgiu a segunda tentativa de estabelecer a paz pondo um fim à guerra civil que se instaurou em Serra Leoa desde 1991 e dizimou centenas de pessoas, com a assinatura do Acordo de Lomé, Lomé a capital do Togo, entre as partes em conflito da guerra civil.

De acordo com Renata Mantovani de Lima (2011) o acordo tinha por objetivo estabelecer uma relação de comprometimento entre as partes envolvidas na guerra civil em Serra Leoa que envolvia desde o estabelecimento da paz na região até conceder anistia aos rebeldes da RUF e ainda, que a ONU oferecesse assistência humanitária a população. Acredita-se que este acordo não trouxe benefícios para a região ao contrário, graças a essa anistia vários guerrilheiros foram beneficiados entre eles o líder da RUF Foday Snakoh e em contrapartida muitas vítimas não poderão confronta-los em um tribunal.

A partir desse momento a ONU se torna ainda mais presente e atuante nas questões envolvendo o conflito, passou a reforçar a assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência.

É fundamental salientar também a preocupação da ONU com relação ao controle das reservas de diamantes e demais recursos minerais em Serra Leoa por parte do governo e da RUF, tendo em vista que a extração e o comércio ilegal de diamantes fomentavam a aquisição de armas e instrumentos de guerra utilizados nos conflitos. Os diamantes brutos eram extraídos pelos rebeldes em Serra Leoa que os vendiam para financiar a compra de armamentos e, conseqüentemente, para

alimentar conflitos civis, a matéria prima que alimentava os conflitos (MME, 2009).

Esses diamantes eram conhecidos como “diamantes de sangue” pois eram extraídos por trabalhadores escravos. Desse modo, o Conselho de Segurança das Nações Unidas juntamente com os principais países produtores e aqueles que comercializam esses diamantes se reuniram com o propósito de colocar fim na guerras civis que eram alimentadas por esses diamantes adotando um sistema mundial de certificação para os diamantes brutos extraídos e comercializados legalmente (MME, 2009).

Na esteira dos eventos, teve início no ano de 2000 o "Sistema de Certificação do Processo de Kimberley - PK", onde a partir de então toda a comercialização deve conter esse certificado de origem daquele recurso mineral, desde questões ambientais até as condições de trabalho dos mineradores, sendo que os países que não se adequarem podem ser taxados de simpatizantes e apoiadores dos rebeldes e seus conflitos. Além do mais garante um desenvolvimento socioeconômico das áreas onde são extraídos bem como a legitimidade da indústria legal de diamantes e demais recursos<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup>Sempre que um diamante cruza a fronteira internacional deve estar em um invólucro à prova de falsificação acompanhado do certificado de Kimberley validado pelo governo especificando volume, peso e valor da pedra.

Quanto a realidade brasileira, o Brasil passou a fazer parte do Sistema de Certificação do Processo de Kimberley, em 30 de outubro de 2003 por meio da Lei nº 10.743, coordenadas pelo Ministério de Minas e Energia, com a participação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC, Ministério da Fazenda – MF e o Ministério das Relações Exteriores – MRE e à colaboração da Casa Civil da Presidência da República (BRASIL, 2003).

Diante desse contexto tem-se como uma das principais iniciativas da ONU em prol do reestabelecimento da paz e a punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas contra a população civil em Serra Leoa o estabelecimento dos Tribunais Penais Internacionais ad hoc para Serra Leoa, ou seja o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL<sup>35</sup>) que será discutido na próxima seção.

---

<sup>35</sup>Resolução nº 1315 do Conselho de Segurança da ONU, de 14 de Agosto de 2000, Resolução do Parlamento Europeu sobre o financiamento do Tribunal Especial para a Serra Leoa, com vista instaurar procedimento judicial contra "as pessoas com maior responsabilidade por graves violações do direito humanitário internacional e do direito interno da Serra Leoa cometidos no território desse país a partir de 30 de Novembro de 1996", nomeadamente crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=P6-RC-2007-0332&format=XML&language=PT>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

## 4 CONCLUSÃO

O trabalho ora realizado escolheu como objeto de estudo analisar o papel da ONU juntamente com o Conselho de Segurança na propositura da intervenção internacional em Serra Leoa, para garantir a assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência.

Respondendo à questão exposta na introdução da pesquisa, qual seja: observando a situação do conflito armado em Serra Leoa, é possível concluir que a Organização das Nações Unidas (ONU) foi capaz de garantir a efetividade da proteção dos direitos humanos e apaziguar o conflito na região? Têm-se a conclusão a seguir apresentada.

Cabe destacar que a ONU tornou mais presente e atuante nas questões envolvendo o conflito em Serra Leoa, passou a reforçar a assistência humanitária por meio da oferta de segurança para a população que se via inserida em um cenário carente de todos os recursos necessários para sua sobrevivência.

Nesta perspectiva, o estudo permitiu compreender que mesmo diante do caos social, econômico, étnico, político e humanitário que se instalou sobre Serra Leoa a ONU trouxe

relevantes contribuições para apaziguar o conflito na região, garantindo, mesmo que não seja totalmente, plenamente, a efetividade da proteção dos direitos humanos na região do conflito.

## 5 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACN-*Aid to the Church in Need*- Ajuda à Igreja que Sofre. **Serra Leoa: a luta por “esmeraldas” da vida real**. 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.acn.org.br/informacao/noticias/item/1400-serra-leoa-a-luta-por-esmeraldas-da-vida-real>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO-ANM. **Certificado do Processo de Kimberley**. 02 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/ao-minerador/certificado-do-processo-de-kimberley>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski de Araujo. Tribunais Mistos: uma análise do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Universidade Federal do Ceará, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 101-133. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/search/search?query=TRIBUNAL+ESPECIAL+DE+SERRA+LEOA&authors=&title=&abstract=&galleyFullText=&suppFiles=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateFromYear=&dateToMonth=&dateToDay=&dateToYear=&dateToHour=23&dateToMinute=59&dateToSecond>>

d=59&discipline=&subject=&type=&coverage=&indexTerms=>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BARROS, Luiz Juliano Gasparin. Tribunais Penais “AD HOC” da década de 1990: construção e aplicação de um direito penal internacional. Cadernos da escola de direito e relações internacionais, Curitiba, v. 1, n. 19, 2013. **UNIBRASIL** Centro Universitário. Disponível em:

<<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/494>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BBC- *British Broadcasting Corporation*. **Entenda o julgamento do ex-presidente da Libéria Charles Taylor**. 14 de julho de 2009. Disponível em:

<[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090714\\_entenda\\_taylor\\_rc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090714_entenda_taylor_rc)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BBC-*British Broadcasting Corporation*. **Depoimentos contradizem Naomi Campbell em tribunal de Haia**. 9 de agosto de 2010. Disponível

em:<[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/08/100809\\_diamantes\\_charles\\_taylor\\_atualiza\\_rw](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/08/100809_diamantes_charles_taylor_atualiza_rw)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.743, de 9 de outubro de 2003. Institui no Brasil o **Sistema de Certificação do Processo de Kimberley - SCPK**, relativo à exportação e à importação de diamantes brutos, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de outubro de 2003.

Disponível em:

<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.743.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.743.htm)>.

Acesso em: 13 mar. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Março, 2018. Disponível em:

<<https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais**. 29 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **Direito Internacional Humanitário Consuetudinário: reduzindo o custo humano do conflito armado**. 09 de agosto de 2010a. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/resources/documents/interview/customary-law-interview-090810.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **Direito internacional consuetudinário**. 29 de outubro de 2010b. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-0>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA - CICV. **Tribunais ad hoc**. 29 de outubro de 2010c. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

**ESTATUTO DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA-TESL**. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

**ÉPOCA. Naomi Campbell presta depoimento em tribunal de crimes de guerra**. 05 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI160932->

[15227,00NAOMI+CAMPBELL+PRESTA+DEPOIMENTO+EM+TRIBUNAL+DE+CRIMES+DE+GUERRA.html](#)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

FRISSE, Giovanna Maria. Crianças-soldados no conflito em Serra Leoa: direitos humanos, direito internacional humanitário e/ou direito internacional penal. **Revista de Direito**

**Internacional**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 83-91, jul./dez. 2012.

Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdia>> Acesso em: 12 mar.2018.

KOROMA, Rashid. **Siaka Stevens; the good, the bad and the ugly: How much did he destroy Sierra Leone politically and economically?** 12 de outubro de 2012, Reino Unido.

Disponível em: <<http://www.thisissierreleone.com/siaka-stevens-the-good-the-bad-and-the-ugly-how-much-did-he-destroy-sierra-leone-politically-and-economically/>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

LIMA, Renata Mantovani de. **A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento da justiça internacional penal**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LIMA, Renata Mantovani. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte, Arraes, 2012.

LOUREIRO, Gabriela. Justiça: condenação de Taylor abre importante precedente. 27 de abril de 2012. **Revista Veja**.

Disponível em:<<https://veja.abril.com.br/mundo/justica-condenacao-de-taylor-abre-importante-precedente/>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Importância do Tribunal Penal Internacional para a

Proteção Internacional dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da UNIGRAN**, Dourados/MS, v. 6, n. 11, p. 167 – 182, jan./jul. 2004.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA-MME. **Processo Kimberley**. 2009. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/assuntos-internacionais/processo-kimberley>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

PAULA, Thais Leo N. de. ALVERNE, Tarin Cristino Frota Mont'. A Evolução do Direito Internacional Penal e o Tribunal Especial para Serra Leoa: análise da natureza jurídica e considerações sobre sua jurisprudência. **Nomos: Revista Do Programa de Pós-Graduação da UFC**. v.33.1, jan./jun.2013, p. 325-348. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/881/858>>. Acesso em: 2 mai.2018.

Resolução nº 1315 do Conselho de Segurança da ONU, de 14 de Agosto de 2000, **Resolução do Parlamento Europeu sobre o financiamento do Tribunal Especial para a Serra Leoa**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=P6-RC-2007-0332&format=XML&language=PT>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ROVER, Cees de. Para servir e proteger. Direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança. **Centro de Apoio à Comunicação para América Latina e Caribe, CICV**. Buenos Aires, janeiro de 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília, FUNAG, 2013.

ONU diz que cooperação entre religiões tem sido vital para reconstruir Serra Leoa. **Por dentro da África**, 5 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.pordentrodaafrica.com/cultura/cooperacao-entre-religoes-tem-sido-vital-para-reconstrucao-de-serra-leoa-diz-relator-da-onu>>. Acesso em: 7 mai. 2018.

VALENÇA, Marcelo Mello. **A questão da segurança nas novas operações de paz da ONU: os casos de Serra Leoa e da Bósnia-Herzegovina**. 2006. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8522/8522\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/8522/8522_1.PDF)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

VEJA. **Charles Taylor é condenado por crimes em Serra Leoa**. 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/charles-taylor-e-condenado-por-crimes-em-serra-leoa/>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

# **A LAICIDADE DO ESTADO E O USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS PÚBLICOS**

## **THE LAICITY OF THE STATE AND THE USE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC SPACES**

*Fernanda Campos Marciano  
Rafaela Brandão de Sá*

### **RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo discutir se a exposição de símbolos religiosos em espaços públicos é compatível com o princípio da laicidade do Estado e a liberdade religiosa, assegurados pela Constituição Federal. Os símbolos religiosos transcendem o aspecto material, representam os valores e experiências de determinada confissão religiosa. Cabe ao Estado adotar uma postura neutra, tratando com igual respeito e consideração todas as crenças religiosas. Com base em doutrina, defende-se que a presença de símbolos religiosos em espaços públicos representa um privilégio indevido à confissão religiosa favorecida, o que não se coaduna com a laicidade estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** laicidade; liberdade religiosa; símbolos religiosos; espaços públicos.

### **ABSTRACT**

The objective of this study is to discuss whether the exhibition of religious symbols in public spaces is compatible with the principle of state secularism and religious freedom, guaranteed by the Federal Constitution. Religious symbols transcend the material aspect, represent the values and experiences of a particular religious confession. It is up to the State to adopt a neutral stance, treating with equal respect and consideration all religious beliefs. Based on doctrine, it is argued that the presence of religious symbols in public spaces

represents an undue privilege to the favored religious confession, which is not in line with state secularism.

**KEYWORDS:** laicity; religious freedom; religious symbols; public spaces

## INTRODUÇÃO

Consoante a Constituição Federal, o Brasil é um Estado laico e deve garantir aliberdade religiosa, assegurando aos cidadãos o direito de escolherem livrementesuas convicções religiosas, inclusive se não querem professar fé alguma, devendo o Estado respeitar todas as crenças, sem discriminação.

Nesse cenário, a presente pesquisa tem por objetivo discutir a presença de símbolos religiosos em espaços públicos, analisando se tal presença é incompatível com a laicidade do Estado, representando ameaça à sua efetivação, bem como se há afronta à liberdade religiosa.

O objeto da pesquisa reveste-se de grande importância, pois desperta, no âmbito acadêmico, intensas discussões que envolvem a compreensão e o alcance da laicidade do Estado buscando evidenciar os limites da atuação estatal na esfera religiosa para que não haja interferência que caracterize privilégio ou desvalorização de determinado credo.

No primeiro capítulo abordar-se-á a laicidade do Estado na Constituição Federal de 1988, discorrendo sobre o

seu conceito, fundamentos e a separação entre Estado e religião. Aponta-se a laicidade como verdadeiro princípio constitucional, que tanto deve assegurar a não intervenção do Estado nas questões internas das confissões religiosas, quanto protege o Estado de influências indevidas provenientes da esfera religiosa.

Posteriormente, no segundo capítulo, far-se-á uma análise da laicidade e a liberdade religiosa, encarada em dupla perspectiva: de um lado, refere-se a não interferência do Estado na esfera de religiosidade do cidadão; por outro, diz respeito à proteção que a sua crença seja exercida livremente.

Já no capítulo seguinte, serão apontados os argumentos invocados pelos defensores da manutenção de símbolos religiosos em espaços públicos, notadamente os crucifixos em repartições públicas, bem como serão expostos os argumentos que embasam o entendimento de que a presença dos símbolos religiosos desrespeita a neutralidade do Estado e o princípio da laicidade estatal.

Explanar-se-á sobre a decisão paradigmática proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos do processo administrativo 0139-11/000348-0 com a análise dos principais argumentos colacionados, abordando, ainda, o posicionamento fixado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A partir das proposições explanadas é que se critica a ostentação de símbolos religiosos em espaços públicos, principalmente a exibição de crucifixos em repartições públicas, pontuando que, em face da laicidade estatal, exige-se neutralidade do Estado, que deve se distanciar do aspecto religioso, abstendo-se de manifestação de religiosidade para refletir um tratamento igualitário aos cidadãos que professam as mais diversas confissões religiosas, sem indicar favorecimento a qualquer credoem detrimento dos demais.

## **1. LAICIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1824 estabelecia o catolicismo como religião oficial do país, o que representava a união entre Estado e Igreja Católica. Somente após a proclamação da República, com a edição do Decreto 119-A, em 1890, que determinava a separação entre Estado e Igreja, o Brasil pode ser considerado um Estado laico. Essa diretriz foi abarcada pela Constituição Republicana de 1891 e pelas seguintes.

Estado laico “é aquele que, por meio de suas instituições, garante a todos os cidadãos o tratamento livre e igualitário independente do exercício de uma fé específica” (ZYLBERSZTAJN, 2012, p.40).

A laicidade não significa que o Estado deve negar a existência de Deus, caracterizando-se como ateu ou resistente à religião. O ateísmo, de fato, é também uma forma de crença religiosa, que não pode receber privilégios do Estado (SARMENTO, 2007).

Discorrendo sobre a abrangência da noção de laicidade, as palavras de Ricardo Mariano (2011, p. 244):

A noção de laicidade, de modo sucinto, recobre especificamente à regulação política, jurídica e institucional das relações entre religião e política, igreja e Estado em contextos pluralistas. Refere-se, histórica e normativamente, à emancipação do Estado e ensino público dos poderes eclesiásticos e de toda referência e legitimação religiosa, à neutralidade confessional das instituições políticas e estatais, à autonomia dos poderes político e religioso, à neutralidade do Estado em matéria religiosa (ou a concessão de tratamento estatal isonômico às diferentes agremiações religiosas), à tolerância religiosa e às liberdades de consciência, de religião (incluindo a de escolher não ter religião) e de culto.

Em busca de definir um conceito de laicidade, Joana Zylbersztajn (2012, p. 37) aduz que “o ponto de partida para a compreensão da laicidade (...) é o reconhecimento de que a legitimidade do Estado passa a se fundamentar na concepção democrática, e não mais no sagrado”. Assim:

[...] é possível entender que a laicidade consiste na garantia da liberdade religiosa e da submissão pública a normas religiosas e rejeição da discriminação compreendida em um contexto em que a legitimação do Estado não se

encontra mais no divino, mas na legitimação democrática constitucional, garantidora de direitos fundamentais. *Ou seja, a laicidade relaciona-se com a democracia, com a liberdade e com a igualdade.*

A laicidade do Estado garante direitos fundamentais e a formação independente do ser humano, sendo premissa para a democracia. Discorrendo sobre a relação entre laicidade, democracia e igualdade, ZYLBERSZTAJN (2012, p. 18), afirma que:

Em um primeiro momento, a questão da laicidade estava relacionada com a liberdade religiosa, um direito de liberdade, coerente com o discurso liberal de cidadania expresso nas primeiras declarações de direitos. Seguindo a evolução histórica da compreensão dos direitos humanos, a laicidade passa a se incorporar a noção de igualdade entre os cidadãos e ao fim, insere-se na concepção democrática dos Estados modernos.

Esse entendimento foi incorporado pela Constituição Federal de 1988. Apesar de o texto constitucional não declarar a laicidade estatal de forma expressa, esse princípio pode ser extraído de alguns dispositivos, dentre os quais aqueles que estabelecem a liberdade de crença, de culto e religiosa (CF, art. 5º, inciso VI), bem como aquele que prevê a separação entre Estado e Igreja (CF, art. 19, inciso I).

A Constituição brasileira garante que o Estado brasileiro não pode professar ou ter relação privilegiada com nenhuma religião. Concomitantemente, tem o dever de garantir

aos seus cidadãos o pleno exercício de suas crenças religiosas ou de nenhuma delas, se assim desejarem.

Ainda que predomine no Brasil a confissão do cristianismo, e seja intrínseca a tradição religiosa no país, “é necessário considerar o pluralismo religioso, os embasamentos da democracia e da própria laicidade no Estado Democrático de Direito” (ZYLBERSZTAJN, 2012, p.4).

Nesse sentido, o professor José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 15), ao discorrer sobre o princípio do Estado de Direito, aduz que referido princípio “requer uma atuação imparcial do Estado em relação às manifestações das pessoas que estão sob o Império do direito”, de modo que “Estado de Direito sem laicidade é uma fraude”.

Defende, ainda, que a laicidade do Estado:

[...] significa que o Estado deve proteger igualmente todas as religiões, bem como aqueles que não professam religião alguma. Laicidade não significa que o Estado não possa travar relações com as religiões. Significa que o Estado não pode privilegiar determinada religião, crença ou seita, em detrimento de todas as outras formas de crença da população. Isso porque o Estado deve reconhecer o pluralismo das formas de vida da comunidade para qual ele foi criado e respeitá-la.(OMMATI, 2018, p. 15-16)

Como uma das vertentes da laicidade, no Brasil, o art. 19, inciso I da CF/1988 veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecerem “cultos religiosos ou igrejas,

subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Como se observa, referido dispositivo prevê a separação entre Estado e Igreja, mas traz, ao mesmo tempo, a cláusula de exceção, que permite, na forma da lei, a colaboração entre eles para fins de interesse público, como, por exemplo, para fins de saúde, educação, assistência social, etc.

Ocorre que a expressão “interesse público” trata-se de conceito aberto, que pode ensejar interpretações que fragilizem o princípio da laicidade. Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 244), no âmbito de proteção constitucional, é difícil “definir o nível de colaboração de interesse público possibilitada na ressalva do dispositivo, na forma da lei. (...) A colaboração estatal tem que ser geral a fim de não discriminar entre várias religiões”.

Essa permissão constitucional de colaboração também pode ser extraída de outros dispositivos, como a garantia de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, inciso VII) e no reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso (art. 226, §2º).

Apesar de o conceito de laicidade abranger a separação entre Estado e Igreja, não são sinônimos e a essa

separação não se limita, pois a laicidade exige, também, o respeito à liberdade religiosa e a todas as formas de religiosidade (ou até mesmo de ausência dela).

A laicidade pode ser considerada um verdadeiro princípio constitucional. Daniel Sarmiento (2007) a entende como um princípio que opera em duas direções: “salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas (e...) protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa”.

A laicidade, portanto, é princípio, que abrange não só a ruptura entre Estado e Igreja, como também a proteção à liberdade religiosa, que será analisada a seguir. Nesse contexto, Daniel Sarmiento (2007, p. 13) argumenta que:

A laicidade do Estado é, no Direito brasileiro, um princípio constitucional, que, nesta qualidade, foi posto ao abrigo da vontade das maiorias. Trata-se de um princípio diretamente correlacionado aos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à igualdade, (...) cujo respeito, portanto, deve ser visto não como um entrave à democracia, mas como um mecanismo essencial ao seu funcionamento, numa sociedade marcada pelo pluralismo religioso e mundivisional.

A laicidade é processo ainda em formação, que depende de um esforço estatal e de um amadurecimento democrático para ser concretizado. A previsão de sua proteção

jurídica não é suficiente para que a laicidade efetivamente exista, ela depende de elementos e ações concretas para a sua realização.

## **2. LAICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA**

A laicidade do Estado, além de abranger a separação entre Estado e Igreja, envolve também a garantia de liberdade religiosa. Segundo HUACO (2008, p. 45), a laicidade “permite a convivência de diferentes formas de conceber o mundo, sem necessidade que elas tenham que sacrificar sua identidade distintiva em prol de um igualitarismo uniformizador que ignora as peculiaridades próprias”.

CANOTILHO (2003, p. 383), ao tratar do tema, leciona que:

A quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada uma à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado de impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais.

O autor português supõe a evolução da concepção de laicidade como inserta na origem dos direitos fundamentais. Sem embargo, considera que o movimento, a princípio,

envolvia mais a ideia de tolerância religiosa em relação a diferentes crenças do que a noção de liberdade religiosa ou de crença como direito inalienável do homem (CANOTILHO, 2003, p. 383).

A liberdade religiosa, de um lado, reflete um direito negativo, isto é, uma garantia de abstenção do Estado, o qual não pode condicionar ou sancionar alguém em razão de suas convicções. Por outro lado, sob o aspecto positivo, a liberdade religiosa exige que o Estado garanta a todos o direito de exercer, sem impedimentos, as suas crenças.

Nesse sentido, ZYLBERSZTAJN (2012, p.50) afirma que o conceito de laicidade “inclui a garantia plena da liberdade religiosa, que pressupõe a dupla atuação do Estado – a não interferência nesta esfera do cidadão, e a proteção que a sua religiosidade seja exercida livremente”.

Essa dupla perspectiva, de abstenção do Estado e, ao mesmo tempo, de necessidade de atuação positiva, é trazida pelo texto constitucional de 1988, sobretudo no art. 5º, incisos VI, VII e VIII.

A Constituição Federal garante a liberdade religiosa, incluindo a liberdade de consciência, de crença e de culto, e a proteção aos seus locais de realização e liturgias:

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 251-253), a liberdade de religião envolve três tipos distintos, porém

intrinsecamente relacionados de liberdades: a liberdade de crença; a liberdade de culto; e a liberdade de organização religiosa.

A liberdade de crença, afirma o constitucionalista (SILVA, 1999, p. 251-253), compreende a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, o direito de mudar de religião, bem como a liberdade de não aderir a religião alguma, isto é, a liberdade de descrença, de ser ateu e ou de exprimir o agnosticismo.

Não obstante, a liberdade de crença não inclui a liberdade de atrapalhar o livre exercício de qualquer crença ou religião, uma vez que “liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros”(SILVA, 1999, p. 252).

Quanto à liberdade de culto, SILVA (1999, p. 252) assevera que a religião:

(...)não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

Por essa razão, como manifestação da religiosidade que representa, garantiu o texto constitucional a sua proteção. O art. 5º, inciso VI, assegura a liberdade de

exercício dos cultos, sem condicionamentos, e protege os locais de sua realização e suas liturgias, na forma da lei.

A liberdade de organização religiosa, por fim, afirma Silva (1999, p. 253), relaciona-se à possibilidade de estabelecer e organizar as igrejas, sem ingerências do poder público.

A Constituição Federal assegura, ainda, nos termos da lei, “a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” (art. 5º, VII), bem como o direito à objeção de consciência (art. 5º, VIII).

Nas lições do professor José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 69), o sistema jurídico-constitucional brasileiro positivou duas facetas da liberdade religiosa:

Por um lado, há a chamada cláusula do livre exercício, ou seja, toda e qualquer religião deve ser protegida, podendo os fiéis exercerem livremente o culto e todas as formas de expressão religiosa. Além disso, temos a cláusula que proíbe o estabelecimento, (...) vedando os poderes públicos de estabelecer qualquer religião ou culto.

A laicidade e o direito à liberdade religiosa, assim, relacionam-se com o respeito às escolhas individuais de cada uma das pessoas. A laicidade significa que religiosos e não religiosos devem se respeitar e dialogar, no intuito de se construir uma comunidade fraterna, na perspectiva dworkiana, ou uma sociedade livre, justa e solidária, na concepção da

Constituição Federal de 1988. Diálogo esse fundamentado pelo princípio de respeito à diversidade, de abertura ao outro e ao diferente (OMMATI, 2018, p. 71-73).

Consoante assevera Joana Zylbersztajn (2012, p. 38):

Não é permitido ao Estado laico, então, impor normas de caráter religioso ou orientar sua atuação por dogmas confesionais. Ao mesmo tempo, o Estado laico responsabiliza-se pela garantia da liberdade religiosa de todos, de forma igualitária e independentemente de sua confissão, protegendo os cidadãos contra eventuais discriminações decorrentes da fé. Ou seja, o Estado laico deve ser imparcial em relação à religião, garantindo, de todo modo, a liberdade religiosa.

A laicidade do Estado, assim, é instrumento essencial para a garantia da liberdade religiosa, de modo que “todos os cidadãos podem professar a sua fé livremente e as organizações religiosas podem elaborar seus estatutos como lhes aprouver – desde que não violem direitos fundamentais” (ZYLBERSZTAJN, p. 52), com respeito às religiões e crenças minoritárias, ainda que estranhas à maioria.

Apesar de bem positivada na Constituição Federal, há grande problemática no Brasil acerca do respeito à laicidade e à liberdade religiosa. Observa-se que referidos princípios ainda precisam ser concretizados.

Na prática, o que se vê são constantes violações a esses direitos, como, por exemplo, por meio de perseguições públicas a determinadas seitas e religiões, interferências de

instituições religiosas na política, ensino religioso em escolas públicas e o uso de símbolos religiosos em repartições e espaços públicos, a seguir criticamente analisado.

### **3. O USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM ESPAÇOS E REPARTIÇÕES PÚBLICOS**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo, 5º, VI, o exercício pleno da liberdade religiosa, assegurando a liberdade de culto e proteção a todas as formas de expressão religiosa, bem como, dispôs, em seu artigo 19, I, a proibição de que a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios estabeleçam cultos religiosos ou igrejas, ou, com eles, mantenham relação de dependência ou aliança.

Considerando esse sistema jurídico-constitucional com a positivação da liberdade de crença/religiosa e entendendo a laicidade do Estado como princípio constitucional, discute-se acerca da presença de símbolos religiosos em espaços públicos, analisando se tal presença é incompatível com a laicidade do Estado, representando ameaça à sua concretização, bem como se há afronta à liberdade religiosa.

A laicidade pode ser compreendida em duas dimensões, uma que se caracteriza pela não intervenção do Estado em suas questões internas (organização institucional, forma de professar a religião), evitando subordinação das

religiões ao Estado, e, outra dimensão, referente à proteção do Estado de influências advindas da seara religiosa, com o escopo de impedir que haja confusão entre religião e Estado (SARMENTO, 2007). A discussão do presente está ligada à segunda dimensão, visto que pretende analisar se a presença de símbolos religiosos constitui uma influência indevida da religião no poder estatal.

O cenário religioso é permeado por uma linguagem simbólica, utilizando-se de símbolos para expressar a profissão de uma crença, buscando estabelecer uma conexão entre o humano e transcendente. Assim, importante discorrer sobre o conceito de símbolos religiosos e o que eles representam.

Analisando a relação entre o símbolo e a religião, PORTELA (2013, p.381) esclarece que:

[...] um símbolo enquanto expressão do religioso utiliza material de uma experiência cotidiana para dizer sobre uma realidade, simultaneamente afirmando e negando o sentido comum do material que é utilizado. O símbolo se afirma no sentido transcendente, descartando assim, o sentido literal e comum do material utilizado. É possível perceber que o símbolo representa então, o legítimo poder e sentido daquilo que ele quer simbolizar através de sua participação.

SILVA (2016, p. 157) aponta que “todos os símbolos religiosos merecem respeito visto que carregam consigo uma

aura do sagrado. Simbolizam a experiência do mistério e, muitas vezes, simbolizam a própria presença da divindade.”

Pode-se inferir que os símbolos possuem caráter religioso quando expressam a experiência religiosa de um grupo que professa uma crença, adquirindo um significado que transcende ao aspecto material, perceptível e visível e, assim, não se caracterizam como meros adornos decorativos.

Ranquetat Júnior (2012, p. 125) identifica duas funções quanto aos símbolos:

Há em todo o símbolo uma “função agregante” e uma “função excludente”. A primeira das propriedades tem o escopo de unir os membros de uma determinada comunidade enquanto que a segunda separa e divide aqueles que não se reconhecem em determinado símbolo. Isso deriva da própria etimologia da palavra símbolo, originário do grego *syn-ballein*, significando reunir, colocar junto. Contudo, o mesmo símbolo pode ter também um caráter “diabólico”, no sentido original grego de *dia-ballein*, que significa separar, dividir.

Os símbolos religiosos ao revelarem a experiência religiosa de determinada crença, os valores transcendentais que lhe são caros, apresentam a função de unir os indivíduos que possuem o sentimento de pertencimento àquela crença, mas também, constituem uma função de separação quanto aos indivíduos que não comungam dos valores que expressam determinado símbolo.

Assim, o uso de símbolos religiosos em espaços e repartições públicas, tais como ruas, calçadas, praças, praias, órgãos públicos, exemplificativamente, a presença de crucifixos em Tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, incitam questionamentos se a permanência de símbolos religiosos nos espaços públicos caracterizaria uma parcialidade do Estado perante determinadas religiões, divulgando-as e privilegiando-as em detrimento de outras.

Interessante mencionar, para o presente estudo, a pesquisa realizada e concluída, em junho de 2016, pelo Núcleo de Pesquisa sobre Intolerância Religiosa e Direitos Humanos, vinculado ao Programa de Pós-graduação do Centro Universitário Metodista – IPA de Porto Alegre, que entrevistaram quarenta pessoas que se encontravam próximas a quatro símbolos religiosos da cidade de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, com o objetivo de saber a opinião acerca da presença de símbolos religiosos nos espaços públicos e se eram favoráveis ou desfavoráveis à retirada dos mesmos (SILVA, 2016).

Referida pesquisa objetivava saber se os entrevistados sentiam-se constrangidos com a presença de símbolos religiosos em espaços públicos abertos, tais como praças, calçadas, orla dos rios, praias. Os resultados apontaram que 90% dos entrevistados aceitam a presença dos símbolos, “dos

que se colocaram contra, apenas um evocou a laicidade do Estado como motivo para a não presença do símbolo” (SILVA, 2016, p. 167).

Ainda sobre a pesquisa, somente dois entrevistados rejeitaram o símbolo de outro grupo, utilizando o argumento de sua tradição religiosa; os outros entrevistados aceitaram a presença dos símbolos sob argumentos de reconhecimento da diversidade e direito de todas as tradições de manifestarem a sua fé. (SILVA, 2016, p. 170).

No tocante à presença de crucifixos em órgãos do Poder Judiciário brasileiro, Daniel Sarmento (2007, p. 2) sustenta que a presença de símbolos religiosos ofende o princípio da laicidade do Estado, elencando vários argumentos utilizados para justificar tal presença em espaços públicos:

- (a) o alegado caráter não-religioso do crucifixo, que expressaria valores morais independentes de qualquer fé; (b) a suposta irrelevância constitucional da presença dos crucifixos nos tribunais, uma vez que estes seriam meros adornos decorativos; (c) a alegação de que a retirada dos crucifixos seria um ato de intolerância em relação aos magistrados e jurisdicionados cristãos, que importaria em desrespeito a sua liberdade religiosa; (d) o pretense caráter anti-democrático da proibição pleiteada, tendo em vista a predominância da religião católica na população brasileira; (e) o fato de que a prática contestada constitui uma tradição brasileira, com raízes na cultura nacional; e (f) o argumento *ad terrorem*, de que se não é constitucional o uso dos crucifixos no tribunais,

tampouco o seriam outras medidas como fixar como feriado o dia de Natal, cuidar da preservação de Igrejas e monumentos religiosos que têm importância histórica, etc.

Refutando os argumentos acima destacados, SARMENTO (2007) aponta que o crucifixo é um símbolo religioso que remete ao cristianismo, não se tratando de mero adorno embelezador, mas sim um símbolo que associa a prestação jurisdicional à religião majoritária; expõe que a liberdade de religião dos cristãos não lhe garante o direito de verem sua fé apoiada publicamente pelo Estado; alega que o apoio majoritário da população à preferência estatal por determinada religião não garantiria a democraticidade, pois as minorias não seriam respeitadas. Conclui que a Justiça “tem de evitar ao máximo as confusões simbólicas com confissões religiosas, ainda que majoritárias.” (SARMENTO, 2007, p. 9-17)

Em favor da manutenção dos símbolos religiosos em repartições públicas, CAPEZ (2009):

Cabe ao Estado e à sociedade em geral não encorajar manifestações de intolerância daqueles que se sintam ofendidos pela livre expressão da fé alheia. A retirada de símbolos já instalados, mesmo que em repartições públicas, leva à alteração de uma situação já consolidada em um país composto por uma quase totalidade de adeptos da fé cristã, e agride desnecessariamente os sentimentos de milhões de brasileiros, apenas para contentar a

intolerância e a supremacia da vontade de um restrito grupo de pessoas.

Percebe-se, no trecho acima, que Capez levanta a ideia de maioria e minoria em que a maioria aceita a presença dos símbolos em repartições públicas e apenas uma minoria não aceita por intolerância religiosa.

Os argumentos de aceitação pela maioria da população brasileira, bem como da intolerância religiosa por parte de um grupo também são encontrados em Ives Gandra Martins (2009):

Não é de se esquecer que o próprio conceito de Estado laico exterioriza conceito de liberdade para que as pessoas tenham suas convicções e respeitem as convicções dos outros. Eliminar a tradição de manter crucifixos nas repartições públicas - que reflete o sentimento da maioria da população - sob a alegação de que o Estado laico não permite manifestações religiosas, é, de rigor, uma forma de externar a intolerância religiosa, como se tradicionais manifestações públicas de religiosidade e de respeito ao Deus do Universo fossem ofensivas ao “Deus-Estado”, merecedor de culto exclusivo.

Para se fazer um contraponto à noção de maioria apresentada nos textos de Capez (2009) e Martins (2009), Roberto Lorea (2005) aponta que “a questão é aceitar que o Brasil é um país laico e que a liberdade de crença da minoria, que não se vê representada por qualquer símbolo religioso, deve ser igualmente respeitada pelo Estado.”

Ainda que haja aceitação da presença de símbolos religiosos em repartições públicas pela maioria, não pode se constituir em argumento apto a justificar a manutenção dos símbolos, pois o Estado deve adotar uma postura de neutralidade perante todas as crenças religiosas, impedindo o favorecimento de qualquer crença religiosa e promovendo tratamento igualitário.

Nesse sentido, Walzer (1999, p.43) aponta que “o Estado é, como se costuma dizer (e em princípio), neutro em relação aos grupos, tolerando a todos, e autônomo em seus objetivos”.

Reforçando a ideia de que a laicidade como princípio exige neutralidade do Estado, Marques (2017, p. 91) afirma que “impõe-se ao Estado a neutralidade, sendo-lhe vedado envolver-se em questões de fé. Cabe-lhe, outrossim, promover a tolerância religiosa, de forma a preservar a paz social, no que diz respeito à religiosidade de cada um, bem assim daqueles que não professam fé alguma.”

A “tolerância religiosa” como argumento para a aceitação da exposição de símbolos religiosos em repartições públicas é equivocado, visto que “tolerância religiosa, todavia, não significa ostentar símbolos em espaços públicos” (MARQUES, 2017, p. 91).

Em questões pertinentes à religião e fé, o Estado deve abster-se de qualquer juízo de valor que possa favorecer determinada confissão religiosa, pois a existência de símbolos religiosos transmite a ideia de que a concepção religiosa representada no símbolo prevalece no espaço que o ostenta e, de forma reflexa, diminuindo a importância dos símbolos de outras confissões.

Cumprе mencionar que, em 2007, o Conselho Nacional de Justiça julgou quatro pedidos de providência(1344, 1345, 1346 e 1362) que questionavam a presença de crucifixos nas dependências do Poder Judiciário, indeferindo o pedido de retirada de símbolos religiosos, concluindo o julgamento de todos os procedimentos sob o entendimento de que os símbolos faziam parte da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade do Poder Judiciário nem feriam a laicidade do Estado (CNJ, 2007).

Vale destacar a decisão proferida no Rio Grande do Sul, processo administrativo nº 0139-11/000348-0, em que diversas entidades da sociedade civil pleitearam a retirada de símbolos religiosos expostos nos espaços públicos do Poder Judiciário com fundamento na laicidade do Estado. O relator, desembargador Cláudio Baldino Maciel apontou a relevância da reflexão acerca da relação entre Estado e Igreja num Estado laico, acertadamente explanando que:

A laicidade opera em duas direções, complementares e importantes: por um lado, o Estado não se pode imiscuir em temas religiosos, ou seja, não pode embaraçar, na dicção constitucional, o funcionamento de igrejas e cultos religiosos ou mesmo manifestação de fé ou crença dos cidadãos, o que significa salvaguarda eficaz para a prática das diversas confissões religiosas; por outro lado, no entanto, a laicidade protege o Estado, como entidade neutra nesta área, da influência religiosa, não podendo qualquer doutrina ou crença religiosa, mesmo majoritária, imiscuir-se no âmbito do Estado, da política e da res pública. Em outras palavras, o Estado laico protege a liberdade religiosa de qualquer cidadão ou entidade, em igualdade de condições, e não permite a influência religiosa na coisa pública. (BRASIL, TJRS, 2012)

Dentre as considerações explanadas na decisão que deferiu o pedido de retirada de crucifixos e outros símbolos religiosos expostos em prédios do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, destacou-se que a ostentação de quaisquer símbolos religiosos, além da laicidade e da liberdade religiosa, viola o princípio da impessoalidade que rege a administração pública, pois demonstraria preferência ou simpatia pessoal por determinada crença religiosa, colidindo com os princípios da impessoalidade e isonomia.

No que se refere ao argumento de que é tradicional o uso de crucifixos em espaços públicos, comumente utilizado pelos defensores da presença de tal símbolo, afirmou-se que “não é papel do Judiciário legitimar acriticamente qualquer

tradição social, especialmente se excludente ou inconstitucional” (BRASIL, TJRS, 2012).

A decisão fez alusão a argumentos utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, citando-se que o comportamento do Estado não pode se identificar com determinado pensamento religioso, devendo prevalecer a igual dignidade das crenças, bem como o entendimento do Tribunal Europeu de que, embora, o crucifixo possua múltiplos significados, o sentido religioso lhe é predominante (BRASIL, TJRS, 2012).

Interessante ressaltar que a decisão ressaltou que os gabinetes dos magistrados, embora sejam espaços institucionais, como se trata de ambiente mais privado, não sendo área de circulação do público em geral, a manifestação de preferência pessoal é juridicamente sustentável.

Em que pese o acerto da mencionada decisão, que está em consonância com o princípio da laicidade do Estado e a garantia de liberdade religiosa, há que se mencionar que o Conselho Nacional de Justiça reformou a decisão prolatada pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, invocando entendimento fixado em 2007 de que os crucifixos são também símbolos culturais e, sendo assim, não discriminam ou excluem ninguém.

Dentre as considerações apontadas pelo CNJ (2016), vale destacar:

**Até porque, ser laico não significa ser inimigo da religião, ou agir como se a mesma não existisse.**

Portanto, resta claro que a presença do Crucifixo não significa uma mistura de religião e Estado, mas remete a uma questão histórico-cultural, sem ferir a liberdade religiosa ou a privilegiar apenas uma crença.

Nesse contexto, **a proibição ou retirada dos símbolos religiosos existentes em repartições públicas ou em salas de sessões de Tribunais responde à visão preconceituosa** daqueles que pretendem apagar os vestígios de uma civilização cristã invocando a laicidade do Estado, quando, na verdade, professam um laicismo mais próximo do ateísmo do que da posição equilibrada da separação entre Igreja e Estado.

Ademais, favorece determinados grupos, como o de ateus ou dos que ostentam outra religião, em detrimento dos que cultuam os referidos símbolos, como, por exemplo, o Crucifixo, revelando-se ato discriminatório.

Nesse sentido, o CNJ (2016) concluiu que a presença de crucifixo ou símbolos religiosos não afeta o Estado laico, pois não induz nenhum indivíduo a adotar qualquer tipo de religião, não ferindo a liberdade religiosa. Entretanto, ressalta-se que a decisão do CNJ não se coaduna com a laicidade estatal, representando um favorecimento às religiões cristãs e nítido desrespeito às minorias que não se identificam com os símbolos do cristianismo.

A decisão do CNJ invocou o caráter histórico dos símbolos e a tradição da presença dos crucifixos em tribunais, contudo, vale observar o argumento de Sarmiento (2007, p. 14) ao destacar que “o caráter tradicional da prática não infirma a sua contrariedade à Constituição Federal, ou aos valores emancipatórios e democráticos que a fundamentam.”

Em uma sociedade caracterizada pela pluralidade étnica e cultural, com a existência de diversas confissões religiosas, a exposição de símbolos que representam uma determinada confissão religiosa implica exclusão das crenças não contempladas com o ato estatal, uma desvalorização das outras religiões, violando a laicidade estatal e desrespeitando a liberdade religiosa, impossibilitando o tratamento de todos com igual respeito e consideração.

Entende-se que a presença de símbolos religiosos em repartições e espaços públicos viola o tratamento igualitário que o Estado deve dispensar a todas as crenças, comprometendo a laicidade do Estado, que, no Estado Brasileiro, ainda se configura como uma laicidade aparente, revelando que a implementação de um Estado laico está em construção.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade religiosa é assegurada pela Constituição Federal, permitindo ao cidadão o exercício de qualquer culto religioso e livre manifestação de suas preferências no espaço privado, cabendo ao Estado garantir essa liberdade sem demonstrações tendenciosas a qualquer crença.

Analizou-se, assim, no que tange ao espaço público, se a exposição de símbolos religiosos caracteriza ofensa à liberdade religiosa, bem como se fere a laicidade estatal.

Constatou-se que a ostentação de símbolos religiosos em repartições públicas, exemplificativamente em tribunais, viola o dever de neutralidade do Estado perante as convicções religiosas, revelando-se uma conduta incompatível com a laicidade estatal em que o Estado não deve endossar a profissão de qualquer fé. Viola, ainda, a liberdade religiosa, desrespeitando as escolhas das minorias que não se identificam com a crença favorecida ou que não professam nenhuma crença, os quais também merecem igual respeito e consideração.

O posicionamento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, no tocante à manutenção de símbolos religiosos em espaços públicos, mostra-se equivocado e caracteriza privilégio indevido ao possibilitar a manifestação estatal positiva em

relação a determinada confissão religiosa, configurando obstáculo à concretização da laicidade estatal.

Conclui-se pelo descabimento de manifestação de religiosidade em prédios públicos, notadamente a exposição de crucifixos em tribunais, ainda que os símbolos religiosos representem a convicção religiosa da maioria da população. Há que se respeitar a liberdade religiosa das minorias, para tanto, imprescindível uma postura estatal pautada pela neutralidade, garantindo a não interferência estatal na esfera religiosa.

Um Estado laico pressupõe a imparcialidade na esfera religiosa, o livre exercício das confissões religiosas pelos cidadãos, garantindo-se a igualdade de todas as na esfera pública. Considerando que o espaço público é permeado pela influência religiosa, através da ostentação de símbolos religiosos, ao argumento de que são percebidos como símbolos culturais, ligados à formação histórica da nação, verifica-se que, ainda, não há o necessário distanciamento entre Estado e religião, apontando-se que a laicidade estatal no Brasil ainda se encontra em fase de construção.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Vade Mecum de Direito. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. CNJ encerra julgamento sobre símbolos religiosos no Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/64478-cnj-encerra-julgamento-sobre-solos-religiosos-no-poder-judicio> Acesso em 04 jul 2018.

BRASIL. CNJ. Diário da Justiça. Edição nº 107/2016 Brasília - DF, disponibilização sexta-feira, 24 de junho de 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/rra/Downloads/DJ107\\_2016-ASSINADO.PDF](file:///C:/Users/rra/Downloads/DJ107_2016-ASSINADO.PDF) Acesso em 04 jul 2018

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7. ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. O Estado laico e a retirada de símbolos religiosos de repartições públicas. *Revista Jus Vigilantibus*, setembro, 2009.

HUACO, Marco. *A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito*. In Roberto Arruda Lorea (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOREA, Roberto Arriada. O Poder Judiciário é laico. *Folha de São Paulo*, 24/09/2005.

MARQUES, Meire Aparecida Furbino. A laicidade do Estado e a exposição de símbolos religiosos em prédios públicos no Estado Democrático de Direito. In: *Congresso Internacional do Conpedi*, Braga-Portugal, VII, 2017, p. 74-99 <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/114ip151/io97WBrMAW2tO79s.pdf> Disponível em: Acesso em: 04 jul 2018.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. In: *Civitas-*

*Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, vol.11, n.2, maio-agosto, 2011, p. 238-258.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTELA, Bruno de O. S. Conceito de símbolo em Tillich e Jung. In: *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*. Ano X, 2013. n. 18 e 19, pp. 373-386.

RANQUETAT JUNIOR, César. *Laicidade à brasileira: um estudo sobre controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Texto apresentado para obtenção de qualificação em doutorado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e laicidade do Estado. In: *Revista Eletrônica PRPE*. Maio, 2007. Disponível em:  
file:///C:/Users/rra/Downloads/RE\_%20DanielSarmiento2.pdf  
Acesso em 02 jul 2018.

SILVA, Clemildo Anacleto. Símbolos religiosos em espaços públicos: para pensar os conceitos de laicidade e secularização. *Numen: revista de estudos e pesquisa da religião*, Juiz de Fora, v.19 n.2, 2016, pp. 154-173.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Processo administrativo: 0139-11/000348-0. Porto Alegre. Julgado em 06.03.2012. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/dl/voto-relator-materia-conselho.pdf> Acesso em 04 jul 2018

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZYLBERSTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado para obtenção de qualificação em doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

# INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO GARANTIA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

## THE INTERVENTION OF THE *AMICUS CURIAE* AS A GUARANTEE OF DEMOCRATIC LEGITIMACY IN THE ACTIONS OF CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY CONTROL

*James Weissmann*

### RESUMO

Estuda-se o problema das barreiras impostas à figura do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, em especial quanto a pessoa natural, inobstante o avanço legislativo com a inovação do instituto segundo os Art. 7º., § 2º. da Lei 9.868/99 e Art. 138, do Código de Processo Civil, adotados como marco teórico. Questiona-se a intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, como possibilidade de conferir amplitude democrática às decisões nelas proferidas. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. As conclusões demonstram que as decisões do Supremo Tribunal Federal que restringem a atuação do *amicus curiae*, estão aquém de garantir maior legitimidade democrática às decisões relacionadas às ações de controle de constitucionalidade concentrado no modelo do atual Estado democrático de direito, ferindo por consequência, a garantia do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Intervenção. *Amicus curiae*.

## ABSTRACT

The problem of the barriers imposed on the figure of the *amicus curiae* in the actions of control of constitutionality, especially in relation to the natural person, is studied, notwithstanding the legislative advance with the innovation of the institute according to the Art. 7º, § 2º. of Law 9.868 / 99 and Art. 138, of the Code of Civil Procedure, adopted as a theoretical framework. The intervention of the *amicus curiae* in the actions of constitutionality control is questioned, as a possibility to confer democratic amplitude to the decisions pronounced in them. It is a bibliographical research, using Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence. The conclusions show that the decisions of the Federal Supreme Court that restrict the *amicus curiae*'s performance fall short of guaranteeing greater democratic legitimacy to decisions related to constitutionality actions concentrated on the model of the current Democratic rule of law, access to justice.

**Key words:** Control of constitutionality. Intervention. *Amicus curiae*.

## INTRODUÇÃO

Constitui objeto desta pesquisa a figura do *amicus curiae* oriunda do direito romano, hoje incorporada ao Código de Processo Civil (CPC), por meio do Art. 138, no Título III, reservado as diversas modalidades de intervenção de terceiros. Trata-se de tema inovador inserido no CPC, que teve ao longo do tempo aceitação doutrinária e jurisprudencial garantindo,

ainda que de forma modesta e com algumas restrições, a participação de pessoa jurídica como auxiliar da justiça.

O digesto Processual trouxe alterações significativas introduzindo institutos como do *amicus curiae* e excluídos outros, desapareceu a figura da nomeação à autoria, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica sofreu regulamentação, foram introduzidas novidades importantes em matéria de denúncia da lide e de assistência, contudo, a novidade de maior destaque ficou reservada à figura do *amicus curiae*, segundo o regramento do Art. 138.

Com introduções isoladas na *legislação* esparsa, o *amicus curiae* ampliou seu leque de atuação processual, todavia, justifica-se esse estudo porque, a despeito da novidade, o tratamento do tema perante os tribunais não recebeu reconhecimento suficiente para garantir espaço proporcional a importância de sua existência.

Questiona-se a eficácia da atuação da pessoa jurídica como *amicus curiae* e a possibilidade de atuação da pessoa natural nessa modalidade de intervenção. A figura do *amicus curiae* é admitida sem restrições nas ações de controle de constitucionalidade concentrado? A pessoa física pode ser admitida nessa hipótese como *amicus curiae*?

Pretende-se com esta pesquisa, a partir de referências doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas investigar os parâmetros de atuação do *amicus curiae*, sua importância nas ações de controle de constitucionalidade, as possíveis fragilidades que merecem correção na perspectiva do estado democrático de direito.

Na primeira parte, o trabalho abordará de forma geral a intervenção processual pelo *amicus curiae*. Na segunda parte, este estudo debate a forma de admissão e atuação da pessoa jurídica e a possibilidade de intervenção de pessoa natural como *amicus curiae*, utilizando-se, inclusive de instrumentos comparativos a exemplo do instituto do Mandado de Segurança (MS), hipótese admitida em decisão do Supremo Tribunal Federal no MS n. 32.033/2013 e outros paradigmas correlatos.

As conclusões desta pesquisa inclinam-se para a garantia de maior participação do *amicus curiae*, pessoa jurídica ou física, a par do referencial paradigmático do Estado democrático de direito.

Empregar-se-á neste trabalho o raciocínio dedutivo, partindo-se do estudo de forma ampla sobre o instituto do *amicus curiae* para as hipóteses mais específicas, analisando sua admissão e atuação com abordagem de estudo de caso paradigma.

## 1 INSERÇÃO DO *AMICUS CURIAE* ANTES DO CPC 2015

O tema objeto deste item analisa a natureza jurídica da figura do *amicus curiae*, que, para a maioria dos doutrinadores o modelo é de intervenção de terceiros, intervenção extraordinária, anômala ou intervenção *sui generis* auxiliando a instrução processual para conferir maior legitimidade às decisões judiciais.

A exposição de motivos do CPC, assim destaca a importância da figura do *amicus curiae*:

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

Cabral (2003), cita que a doutrina construiu diversas explicações para a natureza jurídica do amigo da Corte, como por exemplo, a tese de que corresponderia a uma intervenção de terceiros, especial ou peculiar, de caráter *sui generis*. No mesmo sentido, qualificando a natureza como intervenção de terceiros peculiar sustentam Bernardo Gonçalves Fernandes (2012) e Cassio Scarpinella Bueno (2011). Bueno Filho (2002), visualiza no *amicus curiae* uma forma qualificada de assistência.

Walber de Moura Agra (2008), qualifica o *amicus curiae* como terceiro admitido para auxiliar o Juízo, sem que se confunda com as partes. Ideia defendida por Eduardo Talamini (2016) e complementada na visão de Julia Ximenes Maurmann (2010), como uma espécie de “interesse moral na lide”.

O *amicus curiae*, do latim *amigo da corte*, é um instituto antigo, inobstante ingressar no Código de Processo Civil somente a partir de 2015, era utilizado em inúmeras ações para maior esclarecimento da matéria e convencimento da decisão judicial. A intervenção do terceiro pela forma voluntária ou provocada encontrava respaldo na jurisprudência dominante do STF.

O *amicus curiae* é um terceiro interveniente. Esclarece Bueno (2008) que, para esta figura também se aplica a clássica distinção entre “partes” e “terceiros” de inspiração

Chiovendiana: *parte* é quem pede e em face de quem se pede; *terceiros*, por exclusão, todos os outros, variando sua qualidade de atuação no plano do processo consoante seja mais ou menos intenso o seu interesse jurídico na intervenção.

Para Cardoso (2013), o principal interessado na admissão do *amicus curiae* não é ele, mas o órgão julgador, que procura um conhecimento técnico e (supostamente) desinteressado para auxiliar na elaboração e na motivação da decisão. Em outras palavras, o maior interesse na participação do *amigo da Corte* não é o seu, mas o da própria Corte. Esse é um elemento importante que poderia ser desenvolvido e utilizado na tênue distinção entre o *amicus curiae* e os terceiros com interesse subjetivo próprio, mas a sua delimitação ainda não foi consolidada no Supremo Tribunal Federal (STF).

Antes da referida inovação no CPC de 2015, doutrina e jurisprudência trabavam com os seguintes precedentes legislativos que admitiram a intervenção de pessoas jurídicas como *amicus curiae*: Lei nº. 6.385/76 (art. 31), com alterações da Lei n. 6.616/78 que trata da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos que discutiam matéria de sua competência. Lei nº. 8.884/94, que possibilitou a intervenção do Conselho Administrativo de defesa Econômica (CADE) nas ações relacionadas ao direito da concorrência. Lei nº. 8.906/94 Estatuto da OAB, permitindo a intervenção da

Ordem dos Advogados, por meio de seu Presidente, nos processos ou inquéritos em que são partes os advogados. Lei nº. 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, permitindo a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de registro de patente (art. 57), de desenho industrial (art. 118) e de marca (art. 175). Lei nº. 9.469/97, permitindo pessoas jurídicas de direito público intervir nos processos judiciais cuja decisão possa ter reflexos diretos ou indiretos de natureza econômica. Lei nº. 9.784/99, que admite a manifestação de terceiros no processo administrativo federal. Lei nº. 9.868/99, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em tramitação no STF. Lei nº 10.259/01, no pedido de uniformização ao Superior Tribunal de Justiça e no Recurso Extraordinário ao STF, em processo oriundo de Juizado Especial Federal. Lei nº. 11.417/06, nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante<sup>36</sup>. Lei nº. 11.418/06, no procedimento de repercussão geral. Lei nº. 12.529/11, que trata da manifestação do CADE como assistente nos processos judiciais em que se discute a aplicação da lei.

---

<sup>36</sup> Veja a respeito o Art. 103-A, da Constituição da República, que trata da aprovação de súmula com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto da *representatividade*, o que legitima a intervenção do *amicus curiae* é um interesse que se pode qualificar como *institucional*. Há outras hipóteses de pessoas jurídicas que defendem *institucionalmente* interesses de seus associados, ampliando o entendimento restritivo de Cassio Scarpinella Bueno e Oscar Valente Cardoso quando citam a figura do *amicus curiae* como terceiro imparcial, até mesmo equiparando-o ao Ministério Público quando atua como *custus legis*.

O CPC em diversos de seus artigos cuida da matéria em exame, permitindo a intervenção do *amicus curiae* nos seguintes dispositivos: art. 482, § 3º, no controle difuso pelos Tribunais; art. 543-A, § 6º, na análise da repercussão geral em recurso extraordinário pelo STF; art. 543-C, § 4º, sobre o julgamento de recursos repetitivos pelo STJ; art. 950, no incidente de arguição de inconstitucionalidade em controle difuso, nos procedimentos da ADPF e ADC.

Inobstante estas previsões legislativas, curiosamente uma antinomia jurídica revelou-se a partir da análise do texto do Art. 7º., da Lei n. 9.868/99, que veda a intervenção de terceiro nas ações de controle de constitucionalidade (ADI e ADC), mas logo em seguida, seu § 2º. admite a hipótese de intervenção de órgãos ou entidades, desde que presentes os

requisitos da *relevância da matéria e a representatividade dos postulantes*.

Essa hipótese de intervenção autorizada no § 2º nada mais é do que a figura do *amicus curiae*, revelada no Art. 138, do CPC, como forma de intervenção de terceiro, que exige relevância da matéria, especificidade do tema, repercussão social da controvérsia e representatividade adequada.

A proibição da intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é até compreensível em determinadas situações, sob a ótica de que alguns processos têm um caráter objetivo, onde prepondera a defesa abstrata da Constituição da República, não se confundindo com aqueles processos subjetivos que cuidam de interesses individuais.

Por outro lado, em razão da *representatividade* defendida institucionalmente pelo *amicus curiae* e da relevância da matéria em determinadas hipóteses, sua presença no processo não pode ser desconsiderada por critérios eivados de subjetividade, devendo o julgador assegurar a discussão amplificada e permitir que o órgão julgador tenha mais elementos de convicção e garantir a legitimidade do provimento jurisdicional.

Em todos os casos, o requisito *relevância da matéria* exige que a *questio juris* objeto da lide ultrapasse o interesse subjetivo dos envolvidos na demanda, do contrário, a

intervenção não será autorizada. Igual decisão poderá ser proferida, caso o requisito da *representatividade adequada*, melhor explicitado no item 3 adiante, não esteja configurada.

## **2 FORMA DE ADMISSÃO E CARACTERÍSTICAS DO *AMICUS CURIAE***

O *amicus curiae* é admitido em qualquer ação de controle de constitucionalidade, a requerimento ou *ex officio*. A teor do Art. 138, do CPC, o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se<sup>37</sup>, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias de sua intimação.

No mesmo diploma processual, diz o Art. 138, § 2º, que caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*, antes permitida a sustentação oral e juntada de memoriais, segundo a jurisprudência do STF e previsão no Regimento Interno.

---

<sup>37</sup> Manifestação objetiva, eis que o processo discute lei em tese.

O terceiro interessado, quando tratado pelo Supremo Tribunal Federal como *amicus curiae*, no controle concentrado de constitucionalidade tem o papel de mero auxiliar, sem grandes possibilidades argumentativas, embora se lhe defira a possibilidade falar por meio de memoriais e produzir sustentação oral durante a sessão de julgamento.

Didier Júnior (2003), aponta como características relevantes do *amicus curiae* o pedido de ingresso em qualquer ação de controle de constitucionalidade por meio de simples petição nos próprios autos, assinada por advogado constituído, sob pena de não ser conhecido (ADPF 180/SP)<sup>38</sup>; o pedido ser apresentado até a data em que o relator incluir o processo em pauta para julgamento (ADI 4071/09); o ingresso não constitui direito subjetivo do terceiro interveniente, incabível defesa de interesse subjetivo considerando que o procedimento discute lei em tese; os legitimados do Art. 103, da Constituição da República, podem ingressar como *amicus curiae*; assegura-se direito de prestar informações e realizar sustentação oral, RISTF (Art. 131), mas em regra não há direito de recurso (Art. 138, § 1º, CPC, ADI-ED 3.615/PB, Informativo STF nº. 696, AgReg no RE 595.486/DF), salvo agravo contra a decisão que inadmite a intervenção (ADPF

---

<sup>38</sup> Cassio Scarpinella Bueno entende ser dispensável a intervenção por meio de advogado quando houver intervenção provocada ou *ex officio*.

187/DF), embargos de declaração (Art. 138, § 1º., CPC), recurso da decisão que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas (Art. 138, § 3º., CPC), a decisão que admite a intervenção é irrecorrível (Art. 7, § 2º., Lei 9.868/99).

Apesar destas características peculiares, o Ministro Roberto Barroso, no AgReg no RE 595.486 (2017) sustentou que o Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido de que não devem ser conhecidos recursos interpostos por *amici curiae*, pois sua posição processual não gera legitimidade recursal.

Por ora, não há legislação semelhante aplicável ao *amicus curiae* a exemplo da Lei nº. 12.016/09, Art. 14, que prevê possibilidade de quem não é parte na lide interpor recurso.

As controvérsias acerca do tema são muitas. Novelino (2012) cita hipótese interessante, mas desagradável para o *amicus curiae* que diz respeito a admissão da intervenção pelo relator do processo e sua posterior reforma pelo Pleno do STF (ADI 2.238). Outra polêmica: os tribunais superiores, STF e STJ, têm posicionamentos diferentes quanto a permissão de sustentação oral pelo *amicus curiae*, conforme se extrai da ADI 2777 e RE 415.454, que admitiram a prática do ato, porém, igual direito não foi reconhecido na QO no RESP 1205946/SP.

Consigne-se que o Supremo Tribunal Federal admitiu a participação de *amicus curiae* no habeas corpus n. 82.424, da relatoria do Min. Moreira Alves, sendo relator para o acórdão o Min. Maurício Corrêa, processo julgado pelo Tribunal Pleno, em 17.09.2003.

A matéria, portanto, de elevada importância, segue controvertida, objeto de invariável crítica aos argumentos de inconstitucionalidades diversas, baseadas inclusive na casuística, tolerando vez ou outra discussão de interesse subjetivo e parcial do interveniente. Neste aspecto, equiparam uns, distinguem outros, entre a figura do *amicus curiae* e a figura do Ministério Público. Para alguns autores, o *amicus curiae* age com interesse parcial e o Ministério Público em situação oposta, como fiscal da Lei. Para outros, o interesse do *amicus curiae* é, ou pelo menos deveria ser, imparcial, tal como o Ministério Público. Exemplo que se encaixa a teoria da primeira corrente temos a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3510) que levou à pauta do STF, a (in)constitucionalidade da realização de pesquisas científicas com o emprego de células-tronco embrionárias, quando então foram admitidos como *amicus curiae* a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o Instituto de Bioética (ANIS), Direitos Humanos e Gênero e o Movimento em prol da Vida (MOVITAE). Estes intervenientes não manifestaram nos autos

com imparcialidade, mas na defesa de suas bandeiras. Percebe-se neste paradigma uma das causas de discussão acerca da figura do *amicus curiae* ser auxiliar da justiça ou intervenção de terceiro.

Cassio Scarpinella Bueno (2008) se coloca entre aqueles que equiparam o órgão do Ministério Público com a intervenção do *amicus curiae*, quando afirma: Não me parece nem um pouco despropositado equiparar o *amicus curiae* a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer, a de fiscal da lei (*custos legis*) e, em menor escala, ao perito ou, mais amplamente, a um mecanismo de prova no sentido de ser uma das variadas formas de levar ao Magistrado, assegurada, por definição, sua imparcialidade, elementos que, direta ou indiretamente, são relevantes para o proferimento de uma decisão.

Didier Júnior (2013), em posição diversa, justifica suas razões para distinguir o *amicus curiae* do Ministério Público, fazendo-o por três motivos: sua intervenção não é obrigatória, não atua como fiscal da qualidade das decisões, e sim mero auxiliar, pode atuar em lides que não envolvam diretos indisponíveis. A marca de sua intervenção é a pendência de demandas que envolvam conhecimentos técnico-jurídicos bastante especializados ou tenham alta relevância política, como nas ações de controle de constitucionalidade.

Sobre o tema deste tópico, o contexto de cada caso revelará como será a atuação do *amicus curiae*, cabendo ao Juiz, na forma do Art. 138, do CPC, estipular os limites de sua participação.

### **3 PESSOA NATURAL COMO *AMICUS CURIAE***

Em regra, a figura do *amicus curiae* era representada processualmente tão somente por meio de pessoa jurídica, desde que atendesse aos requisitos da *relevância da matéria e representatividade adequada*. Recente controvérsia diz respeito a participação da pessoa natural como *amicus curiae*, segundo autoriza o CPC.

O texto do Art. 138, do CPC trouxe importante inovação ao instituto em exame. Antes do CPC 2015, o Supremo Tribunal Federal admitia como *amicus curiae* apenas pessoas jurídicas, órgãos ou entidades, a exemplo do que se vê no RE n. 659.424/RS (2013), da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Devo observar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle normativo abstrato (ADI 3.615-ED/PB, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADI 5.022-MC/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade instaurada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 566.349/MG, Rel. Min.

CÁRMEN LÚCIA – RE 590.415/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 591.797/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.), não tem admitido pessoa física ou natural na condição de “amicus curiae”, tanto quanto tem igualmente recusado o ingresso, nessa mesma condição, de pessoa jurídica de direito privado que não satisfaça o requisito da representatividade adequada.

Registre-se, nesse sentido, a precisa advertência do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI, em decisão proferida, como Relator, no RE 606.199/PR: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que, a exemplo do que acontece com a intervenção de ‘amicus curiae’ nas ações de controle concentrado, a admissão de terceiros nos processos submetidos à sistemática da repercussão geral há de ser aferida, pelo Ministro Relator, de maneira concreta e em consonância com os fatos e argumentos apresentados pelo órgão ou entidade, a partir de 2 (duas) pré-condições ‘cumulativas’, a saber: (a) a relevância da matéria e (b) a representatividade do postulante. Bem por isso é que a simples invocação de interesse no deslinde do debate constitucional travado no julgamento de casos com repercussão geral não é fundamento apto a ensejar, por si só, a habilitação automática de pessoas físicas ou jurídicas. Fosse isso possível, ficaria inviabilizado o processamento racional dos casos com repercussão geral reconhecida, ante a proliferação de pedidos de habilitação dessa natureza. (...)”

Após a edição do CPC/2015, ainda não há posicionamento de plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da intervenção da pessoa natural como *amicus curiae*, mesmo após a permissão mais democrática conferida no

Mandado de Segurança n. 32.033/DF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

O Senador da República Pedro Taques, na qualidade de parlamentar e membro da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, bem como o Partido Popular Socialista (Petição 25983/2013) também pleitearam ingressar no feito, na qualidade de *amicus curiae*, apresentando informações e argumentos e pleiteando a concessão da segurança. Da mesma forma, o Deputado Federal Carlos Henrique Focesi Sampaio, na qualidade de líder da bancada federal do Partido da Social Democracia (PSDB) na Câmara dos Deputados, requereu seu ingresso na condição de *amicus curiae*, pugnando pelo conhecimento e provimento do *writ*. Dada a relevância, a excepcionalidade e a repercussão da questão aqui debatida e por entender inexistir prejuízo à tramitação regular do *writ*, deferi o ingresso dos referidos peticionantes neste feito, na condição de *amici curiae*, à semelhança do que esta Corte tem feito nos casos de recurso extraordinário (RE 415454-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 26.10.07) e em outros mandados de segurança (RMS 25.841, Relator Min. Gilmar Mendes; Redator para o acórdão, Min. Marco Aurélio, Pleno, Dje 20.5.2013).

Para essa excepcionalidade, o Ministro justificou a admissão da intervenção por tratar-se de *writ* que envolve a defesa de direitos vinculados a cláusulas pétreas, cuja controvérsia transcende os limites subjetivos do processo, atinge vários congressistas e influencia diretamente o sistema político como um todo e as mobilizações políticas dos candidatos com vistas ao pleito eleitoral de 2014. Sustentou

ainda inexistir óbice legal para tanto, apontando que a medida condiz com o processo constitucional, dado que a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões é essencial e constitui um excelente instrumento de informação para o STF, com subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos variados, conferindo ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, que, no seu entendimento, não poderia ficar restrito ao controle concentrado.

Ainda sobre o tema, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, a ADI 3396 e respectivo agravo regimental<sup>39</sup>, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, que em decisão interlocutória publicada aos 24.02.2011, rejeitou pedido de pessoa natural como *amicus curiae* fazendo-o ao fundamento de faltar legitimidade ao postulante para ingressar ou intervir no litígio instaurado entre o Conselho Federal da OAB, de um lado e o Presidente da República e o Congresso Nacional, de outro.

A decisão negativa registra que a jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado o descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização

---

<sup>39</sup> Disponível em: ADI 3396, Ata nº 15, DJE nº 113, 02.06.2016; Informativo STF nº 665.

abstrata de constitucionalidade<sup>40</sup>, além de ser vedado pelo § 2º, do Art. 7º, da Lei n. 9.868/99. Entende ainda, conforme a doutrina de Oswaldo Luiz Palu (1999) e Alexandre de Moraes (1999), que a vedação legal “repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo”.<sup>41</sup>

Bueno (2008), em posição diversa, ensina que, o *amicus curiae* não se confunde com a figura do assistente, que é titular da própria relação jurídica. A legitimidade do *amicus curiae* é institucional. Há pessoas e entidades que defendem institucionalmente certos interesses. É o caso, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que defende os interesses institucionais da Advocacia ou da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que defende os interesses institucionais da Magistratura. E prossegue, defendendo que a possibilidade de admissão da pessoa natural como *amicus curiae* pode ser justificada na hipótese de cientistas, professores, pesquisadores, sacerdotes, entre outras pessoas naturais que se dedicam à defesa de certos interesses institucionais. Pois pessoas assim – que não estariam

---

<sup>40</sup> Como exemplos: RTJ 170/801, Rel. Min. Celso de Mello - RTJ 176/991, Rel. Min. Celso de Mello - RDA 155/155, Rel. Min. Soares Muñoz - RDA 157/266, Rel. Min. Néri da Silveira.

<sup>41</sup> Vide em: PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. RT. 1999. p. 216-217.; VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. CEJUP. 1999. p. 88, item n. 96; MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6ª ed. Ed. Atlas. 1999. p. 571.

legitimadas a intervir como assistentes – têm muito a contribuir para o debate que se trava no processo.

O “*interesse institucional*”, esclarece Bueno (2008), é a chave para bem compreender o instituto aqui discutido, discernindo-o das demais modalidades de intervenção de terceiro que o direito processual civil brasileiro conhece.

A fundamentação que agasalha a presente tese, não se distancia do teor da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, quando o Ministro Gilmar Mendes, no MS 32.033/DF (2013), dá ênfase a figura do *amicus curiae*, enfatizando que, em diversas decisões proferidas naquela Corte, a intervenção processual do *amicus curiae* teve por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o STF possa dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar o controle de constitucionalidade, especialmente em sede abstrata, tal como destacam os eminentes doutrinadores Gustavo Binbenojm, André Ramos Tavares, Alexandre de Moraes, Damares Medina.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Vide em: BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. 2ª ed. Ed. Renovar. 2004; TAVARES, André Ramos. Tribunal e

Negar a intervenção de pessoa natural como *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, afastando a hermenêutica e adotando a literalidade, mesmo estando presente a finalidade institucional que justifica a participação reclamada, afigura-se um critério inconstitucional de decisão, que não pode ser impedida de maior debate político-jurídico a teor do Art. 5º, inc. XXXV, da CRFB.

A propósito, enfatiza Edilene Lôbo (2017) no Estado democrático de direito, não se pode admitir decisões estatais sem controle endógeno ou exógeno, com o risco de se implantar o arbítrio, imunizando a verificação dos móveis componentes das decisões judiciais, arrebatando a garantia de fundamentação congruente e convincente.

O que se pretende, segundo Valadés (2009) é a participação democrática na construção do provimento jurisdicional, com a admissão do *amicus curiae* como instituto que desfruta de *status* democratizador e guarda harmonia com as visões do Professor Peter Häberle, quando sustentou a conhecida tese da “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. A proposta de Peter Häberle (1997) alinha-se a

---

Jurisdição Constitucional. Celso Bastos Editor. 1998. p. 71/94; MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Ed. Atlas. 2000. p. 64/81; MEDINA, Damares. Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Ed. Saraiva. 2010.

uma hermenêutica mais adequada ao estudo constitucional decorrente de uma sociedade aberta e pluralista:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Inegável a importância da intervenção do *amicus curiae* para a ampliação do contraditório e democratização do processo judicial, abolindo decisões por vezes subjetivas, autoritárias e antidemocráticas que cerceiam a oportunidade do debate jurídico. A esse respeito, encaixa-se como uma luva a teoria Dworkiana da integridade do direito, defendida por José Emílio Medauar Ommati (2018), sustentando que a hermenêutica trouxe novas críticas vindas da Alemanha em contraposição à teoria da ponderação de valores de Robert Alexy, equivocadamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Exemplificando as razões de seu estudo em defesa da teoria Dworkiana, Ommati (2018) faz referência ao Art. 926, do CPC, que adota a teoria da integridade do direito e firma a ideia do Estado Democrático de Direito, texto processual que se apresenta em perfeita harmonia com o Art. 93, inciso IX, da

Constituição da República, que exige fundamentação de todas as decisões judiciais e administrativas.

A hermenêutica constitucional não pode se basear em critérios subjetivos e discricionários do julgador, a exemplo do que ocorreu no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5108, quando o Relator após admitir a intervenção de algumas entidades associativas, indeferiu o ingresso de outras, sob o argumento de *desnecessária redundância*, a prevalecer essa ideia, com a devida vênia, ocorrerá o desvirtuamento do texto legal em prol de uma falsa celeridade processual. Ao indeferir a admissão da Federação como *amicus curiae* sob a alegação de se tratava de uma “desnecessária redundância”, o Ministro entendeu que na hipótese em exame não era imprescindível a colaboração da FNEL, uma vez que já haviam ingressado em momento anterior entidades dotadas de propósitos e alegações bastante similares aos da peticionante.

A despeito dos argumentos lançados na decisão supra, o modelo de processo civil autoritário não encontra espaço no atual estado democrático de direito. O interesse do resultado envolve toda a coletividade, partes, juiz, interessados. Todos os interessados devem atuar de forma cooperativa visando o resultado útil do processo que, por sua vez, deve atuar no

ordenamento jurídico como instrumento de conquista e garantia dos direitos constitucionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente momento, o principal obstáculo para admissão da pessoa natural como *amicus curiae* é a falta de representatividade a partir da visão literal que o Supremo Tribunal Federal adota sobre o tema, posição que poderá ser alargada com a defesa de interesse institucional em situações excepcionais.

A inovação legal acerca da figura do *amicus curiae* é positiva, representa um significativo avanço, porém, insuficiente para atender a todos os anseios pelos quais reclama a efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça.

Embora não seja admitida a intervenção de terceiros no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem permitindo o ingresso do *amicus curiae*, para possibilitar à sociedade um amplo debate da questão constitucional, contudo, o critério ideal de justiça participativa e democrática reclama a ampliação do leque de atuação do *amicus curiae*, conferindo-lhe inclusive oportunidade recursal contra todas as decisões que forem prejudiciais aos interesses institucionais que defende.

Com justificadas razões, havendo interesse institucional de classe ou grupo permeando o objeto da controvérsia, a melhor solução democrática consiste na admissão do *amicus curiae*, tanto por pessoa física, quanto por jurídica nas ações de controle de constitucionalidade, amparados por argumentos que legitimam a ideia de que a melhor técnica hermenêutica se inclina para evitar cerceamento do direito de defesa e afastar a possibilidade de decisões subjetivas, discricionárias e antidemocráticas.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BRANT JÚNIOR, Emerson Moreira. *Amicus curiae* – Origens, desenvolvimento e realidade no controle de constitucionalidade brasileiro. Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 05 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 595.486 AgR/DF, Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 17 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 659.424/RS, Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 09 dez 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5108, Relator ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 20 fev 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf)>

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae*: Uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. Disponível em: <[www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005](http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005)>

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 48, nº 190, abr./jun. 2011, p. 115.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae* – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Revista CEJ. Brasília. nº. 19. out/dez. 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Direito Administrativo. nº 234. out/dez. 2003, p. 116-119.

CARDOSO, Oscar Valente. [A pessoa natural como \*amicus curiae\* no Supremo Tribunal Federal](#). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 18, n. 3634, 13 jun. 2013](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24706>>

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

HÄBERLE Peter, Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; in Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, Sérgio Antônio Fabris Editor, Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1997.

LÔBO, Edilene. Repercussão geral no recurso extraordinário e terceiros interessados à luz da jurisdição constitucional. XXV Encontro Nacional do CONPEDI – DF sobre: Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito Processual Civil. 7ª. ed. Atual e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense. São Paulo. Método. 2015.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria da Constituição. 7ª. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae* no CPC/15. Portal Migalhas, 2016.

VALADÉS, Diego. Conversas acadêmicas com Peter Häberle. São Paulo: Saraiva, 2009.

XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. Revista Direito GV. nº 6 (1). jan/ jun. 2010.

# **A INTERFACE DAS PROVAS COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

## **THE INTERFACE OF THE EVIDENCE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE DISCRETION OF THE JUDGE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE**

*Antonio Donizetti de Resende*

### **RESUMO**

As provas no processo civil devem observar aos comandos do Capítulo XII do CPC/15. No entanto, as relações de consumo são regidas pelo CDC; o CPC é aplicado subsidiariamente. O artigo 373 do CPC/15 e artigos 6º e 38 do CDC possibilitam a inversão do ônus probatório. Mas, o CDC só permite que ocorra a inversão em favor do consumidor. A inadequada interpretação hermenêutica aliada à inobservância do contraditório em simétrica paridade de partes pode induzir o julgador a possíveis decisões subjetivas. Utilizando-se o método teórico bibliográfico-dedutivo, partindo-se de uma condição macroanalítica para outra microanalítica, esta pesquisa buscou responder se as positivamente dos textos normativos são suficientes para afastar o subjetivismo judicial e assegurar uma adequada instrução probatória no processo civil, inclusive nas causas de cunho consumeristas. Esta pesquisa também verificou que a possibilidade de inversão do ônus probatório estabelecida pelo Código Consumerista e o CPC/15, apesar de contribuir com o aprimoramento do processo, ainda apresenta falhas na aplicação. Assim, constatou-se que as normas contribuem, mas, precisa-se ir além e superar conceitos arcaicos para eliminar os resquícios de subjetivismo judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil; Inversão; Prova; Normas; Contraditório.

## **ABSTRACT**

The evidence in the civil case must observe the commands of chapter XII of the CPC/15. However, relations are governed by the CDC; the CPC is applied in the alternative. Article 373 of the CPC/15 and articles 6 and 38 of the CDC provide the inversion of the burden of evidence which is. But, the CDC only allows inversion to occur in favor of the consumer. The hermeneutic interpretation combined with inadequate observance of adversarial in parity symmetric parts can induce the judge to possible subjective decisions. Using the bibliographic-deductive, theoretical method assuming a condition macro-analytical to another micro-analytical, this study sought to answer if the positive of normative texts is sufficient to ward off the Court and subjectivisms ensure an adequate evidentiary statement in civil procedure, including the causes of consumerist. This research also found that the possibility of reversal of the evidentiary burden established by the Consumer Code and the CPC/15, despite contributing to the improvement of the process still has flaws in the application. Thus, it was noted that standards contribute, but you need to move beyond archaic concepts and to eliminate the remnants of subjectivism.

**KEYWORDS:**Civil process; Reversal; Proof; Standards; Contradictory.

## **1 INTRODUÇÃO**

As normas do Capítulo XII do CPC/15 "Código de Processo Civil de 2015" que regulamentam as provas no

processo civil brasileiro não impõem um dever ou uma obrigação, mas, uma incumbência adstrita à parte.

O art. 369 do CPC/15 estabelece que as partes, visando influir na convicção do juiz, têm o direito de empregar todos os meios de prova considerados moralmente legítimos, mesmo aquelas não especificadas no Código processual civil. No art. 370, *caput* e parágrafo único do CPC/15 encontra-se positivado que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Mas, o magistrado indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 371 do CPC/15 determina que o juiz aprecie a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na sua decisão as razões da formação do seu convencimento. Já, o art. 379 *caput* estabelece que preservando o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: comparecer em juízo, respondendo ao lhe for interrogado; colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; praticar o ato que lhe for determinado.

Conforme já previa o CPC/73 “Código de Processo Civil de 1973”, o CPC/15 também adotou, no art. 373, incisos I e II as regras da teoria estática do ônus da prova,mas, oCódigoProcesso civilde 2015 instituiu no § 1º do referido art.

373 a possibilidade da inversão do ônus probatório – teoria dinâmica do ônus da prova.

Possibilitando desta forma que o magistrado, fundamentadamente, nos casos em lei determina –inversão *ope legis* – ou diante da impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou a maior facilidade de obtenção das provas –inversão *ope judicis* – atribua de maneira diversa o ônus da prova.

Como visto, no processo civil para que ocorra a inversão do ônus probatório, o juiz deve observar os requisitos jurídicos positivados no art. 373, § 1º, dentre eles, a garantia do contraditório e a decisão judicial exarada de forma fundamentada.

Entretanto, a teoria dinâmica do ônus da prova *ope judicis* também se encontra positivada no art. 6º, *caput*, inciso VIII do CDC “Código de Defesa do Consumidor”. Tal artigo estabelece que para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, devem compor os seus direitos básicos: a inversão do ônus da prova no processo civil a favor do mesmo. Para isso, o consumidor for considerado hipossuficiente ou a alegação deve ser considerada, a critério do juiz, verossímil. Porém, a teoria dinâmica do ônus da prova também foi positivada no art. 38 do CDC na forma *ope legis*. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação

publicitária cabe a quem as patrocina. Já, o art. 51, *caput* e inciso IV do CDC determina que devam ser consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor. Desta forma, diferentemente do CPC/15, a inversão do ônus da prova nas lides de cunho consumeristas (CDC) somente será possível para beneficiar o consumidor.

Destarte, tais imposições positivadas no texto normativo são suficientes para afastar o subjetivismo judicial e assegurar uma adequada instrução probatória no processo civil, inclusive nas causas de cunho consumeristas?

Assim, utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo-se de uma situação macroanalítica para outra microanalítica, buscar-se-á responder o tema problematizado. Para isso, estudou-se o modelo probatório adotado pelo CDC/15, bem como os dispositivos jurídicos que possibilitam a inversão do ônus da prova, analisando-se – como objetivo geral - se os mesmos são suficientes para inibir possíveis desvirtuamentos ou subjetivismo do juízo. Como objetivo específico, esta pesquisa buscou verificar se a instituição da inversão do ônus probatório pelo CPC/15 contribuiu com o aprimoramento do processo civil, deixando-o mais

democrático, igualitário e cooperativo, conforme preconiza o processo constitucional.

Para isso, após o introito, dissertou-se sobre os direitos fundamentais e o processo constitucional e na sequência estudou-se sobre a distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. Nas considerações finais elaborou-se uma análise dos dados da pesquisa, possibilitando responder as arguições formuladas pela essa pesquisa.

## **2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO CPC/15**

Hodiernamente os direitos fundamentais são classificados pela doutrina – entendimento clássico - em três gerações, ou como muitos preferem em três dimensões, haja vista que a dimensão posterior não suprime a anterior. Desta forma, os direitos fundamentais considerados de primeira geração - direitos de caráter negativos - referem-se aos direitos civis e políticos, visam proteger à vida, à liberdade e à propriedade. Os direitos fundamentais de segunda dimensão resguardam os interesses econômicos, sociais e culturais, tais como à saúde, à educação e o trabalho. Já, os direitos fundamentais de terceira dimensão provieram dos direitos imanentes da solidariedade mundial - transindividuais - direitos

de natureza difusa, tutelando o meio ambiente, os direitos dos consumidores, dos trabalhadores e outros.

Os direitos fundamentais estão positivados de forma dispersa no texto constitucional, mas são dispostos mais concentradamente no Título I e II da CRFB/88 “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Tais direitos, além de embasarem as políticas públicas, visam proteger os direitos e garantias inalienáveis do indivíduo e da coletividade.

Dentre as atividades necessárias à tutela dos interesses postulados pelas partes, sobressai à probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são constituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa. Para se dar cumprimento à garantia constitucional é necessário que se estabeleça um procedimento probatório que se desenvolva em contraditório de partes, prante o juiz. (GRINOVER apud BADARÓ, 2016, 221-222).

Salienta-se sobre a importância das provas e do contraditório desenvolvido em simétrica paridade como determina o processo constitucional. Em observância a esses conceitos, o CPC/15 em seu primeiro artigo determina que o processo seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na

Constituição Federal. Ou seja, devem observar os princípios, regras e valores estabelecidos na CRFB/88, dentre eles o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

É importante o modo como os juízes decidem os casos [...]. A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na eminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo. Os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanentemente de uma forma equívoca de injustiça pública. Um juiz deve decidir não simplesmente que vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e que, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora da lei. (DWORKIN, 2014, p. 3-4).

Desse modo, para evitar decisões judiciais subjetivas e solipsistas é imperioso resguardar os princípios do processo constitucional. O processo constitucional defendido por Fazzalari é considerado como um procedimento realizado em

contraditório, onde o provimento final é formado pelas partes através da prática discursiva e do debate dialógico das questões controvertidas do processo.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 98) na teoria defendida por Fazzalari, só existirá processo quando o procedimento for realizado em contraditório em simétrica paridade das partes por aqueles que sofrerão os efeitos do provimento final.

Para que o processo esteja de acordo com a Constituição, determinação do art. 1º do CPC, o magistrado deve observar, imparcialmente, os direitos fundamentais, dentre eles o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, decidindo fundamentadamente sobre todas as provas e questões controvertidas suscitadas pelas partes no processo.

O mencionado Código positivou tais direitos, como por exemplo: art. 9º - não se proferirá decisão sem que a parte seja ouvida previamente; art. 10º - o juiz não poderá decidir em grau algum de jurisdição com base em fundamento sobre o qual não tenha oportunizado as partes o direito de se manifestarem; art. 489 § 1º - não será considerada qualquer decisão judicial – interlocutória, sentença ou acórdão – que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o

motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedentes ou enunciados de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesse passo, com a ideia de que o princípio do contraditório consiste no direito de as partes participarem da construção dos fundamentos das decisões judiciais, faz com que elas [as partes] também possuam o direito de que seus argumentos, a respeito da situação fático-jurídica delimitadora da demanda judicial, bem como as provas por elas [partes] produzidas, sejam considerados pelos magistrados. Daí compreender o princípio do contraditório garantia da influência no desenvolvimento e resultado do processo, além de estruturar o polcentrismo processual. (NUNES *apud* PINHEIRO, 2016, p. 315-316).

Observe-se que as referidas imposições normativas do CPC/15 evidenciam a relevância das provas e do contraditório no processo civil, que sempre deve ser oportunizado em

simétrica paridade de partes conforme preconiza o processo constitucional.

### **3AS PROVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Em termos gerais as provas visam esclarecer e comprovar os fatos controversos trazidos ao processo pelas partes no intuito da convicção do juízo. Os meios de prova podem ser documentais, periciais, testemunhais, depoimentos pessoais, dentre outros admitidos no direito. No entanto, o direito advém da causa de pedir próxima (direito material) e da causa de pedir remota (direito fático), assim sendo, o contraditório é essencial à lide.

Na fase do conhecimento do procedimento comum parte-se da premissa de que as alegações formuladas pelas partes, porque controvertidas, devem ser esclarecidas de modo adequado para que o juiz possa decidir a controvérsia [...]. No processo, então haverá duas espécies diferentes de debates (embora ambos aconteçam em regra simultaneamente). A primeira incidirá sobre as teses jurídicas sustentadas pelas partes: sobre a interpretação do direito, sobre a escolha do melhor critério normativo para regular o caso etc. A segunda terá por objeto os argumentos de fato que estão na base do litígio. Muito se pode discutir a respeito da função da prova nesse campo. Há quem pense que as provas servirão para a demonstração dos fatos; outros sustentarão que sua função é a de gerar certeza para o

magistrado. Outros ainda trabalharão com a ideia de convencimento, de argumentação ou motivação. Independentemente da orientação que se empregue, não há dúvida de que a prova se liga a esse debate, em torno dos fatos (ou impressões de fato) que devem ser analisados para a solução do conflito. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 259).

Ressalvando as legislações específicas como o CDC, por exemplo, onde o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária. As provas no processo civil brasileiro devem observar aos artigos 369 a 484 do CPC/15. Em todos os casos a Constituição Federal deve ser respeitada. Assim, o contraditório sempre estará intrinsecamente relacionado à prova no processo, poisambos são direitos fundamentais constitucionais.

Sob outra perspectiva, porém, a prova é um dos aspectos essenciais do princípio do contraditório. É cediço que o contraditório ganhou maior elasticidade para compreender não só a informação e a reação como também o diálogo e a participação. E o direito a ampla defesa foi constitucionalmente assegurado com a observação de que, diversamente do que ocorre no processo penal, no processo civil é suficiente possibilitar à parte o exercício da defesa, e não efetivá-la em todos os casos. De nada adiantaria, porém, a mera declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provar os fatos que embasam sua posição processual. (LOPES, 2016, p. 51).

O art. 369 do CPC/15 determina que as partes tenham assegurado o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos – ainda que não especificados no Código – para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Já, o art. 370, *caput* do CPC/15 estabelece que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Mas, o parágrafo único do supracitado art. 370 do CPC/15 estipula que o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

O órgão jurisdicional só pode determinar prova de ofício a respeito de fatos essenciais alegados pelas partes. Pode, no entanto, ordenar a prova de fatos não essenciais, ainda que não alegados pelas partes. Fatos essenciais são aqueles dos quais decorrem as consequências jurídicas apontadas pelas partes. Fatos não essenciais, aqueles que servem à prova dos fatos essenciais. A decisão que determina prova de ofício tem de ser motivada e o resultado da instrução tem de ser submetido ao contraditório das partes. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 391).

Como exposto, reiterando as afirmações sobre relevância da construção do dispositivo ocorrer dialogicamente e em contraditório, a decisão que determinar a produção de

provas de ofício deverá ser submetida ao contraditório das partes.

### **3.1 O contraditório e adistribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro**

No capítulo primeiro do CPC/15 encontram-se as normas que fundamentam o Processo o Civil no Brasil. Como já citado, o art. 1º do CPC/15 determina que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na CRFB/88. Já, o art. 2º deste mesmo diploma legal assegura que o processo começa por iniciativa das partes e desenvolve-se por impulso oficial, ressalvando-se às exceções garantidas pela legislação.

Conforme determina o *caput* do supradito art. 9º do CPC/15, ressalvando as excepcionalidades, taxativamente especificadas no parágrafo único desse artigo do CPC/15: tutela provisória de urgência, tutelas de evidência previstas no art. 311, incisos II e III e a decisão prevista no art. 701 do CPC/15, não será permitido ao juiz proferir decisão contra qualquer uma das partes sem ouvi-la previamente. Já, o art. 10 do CPC/15 determina que o magistrado, mesmo nas matérias que tiver que decidir de ofício em qualquer grau de jurisdição

não poderá fazê-lo sem que tenha oportunizado às partes o direito à manifestação.

Em uma concepção positivista do direito, um postulado como o chamado “princípio do livre convencimento” pode representar um cheque em branco nas mãos de um juiz, para que preencha de acordo com suas convicções pessoais. Disso decorre a necessidade de uma correta atitude interpretativa diante das normas jurídicas, como condição de possibilidade para a concretização de direitos fundamentais. É preciso compreender que tais direitos não estão à disposição do intérprete e, por esse motivo, não devem ser manejados de acordo com a vontade do julgador, do que decorre o dever inegociável de argumentar, utilizando parâmetros de interpretação coerentes com o Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988. (PINHO; BRITO, 2016, p. 99).

Como exposto, salvo as excepcionalidades previstas no mencionado parágrafo único do art. 9º do CPC/15, o magistrado não poderá decidirsem que as partes sejam ouvidas previamente. Essa imposição normativaficou consagrada no sistema processual civil brasileirocomo princípio do contraditório, da não surpresa e poder de influência.

Sem ignorar o avanço do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre linguagem e realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e realidade. A realidade externa

existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou falsidade dos enunciados fáticos. (TARUFFO *apud* BADARÓ, 2016, p. 219).

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro – constitucional e infraconstitucional – assegurou aos jurisdicionados o direito à informação necessária, a possibilidade de reação pelo direito à ampla defesa e o poder de influenciar pela força dos argumentos racionalizados.

Sendo o contraditório um dos elementos fundamentais para a caracterização do processo constitucional, é necessário explicá-lo, temos como a melhor explicação a apresentada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Ele sustenta que o contraditório é delimitado pelo quadrinômio – informação – reação – diálogo – influência. A informação é direito básico para que as partes possam atuar no processo. A informação é justamente garantida pelo princípio da publicidade dos atos procedimentais e jurisdicionais. A reação é justamente a garantia do direito de defesa. O diálogo como elemento garantidor da participação efetiva das partes junto ao juiz, obrigando que todos debatam as questões controvertidas e suas prováveis consequências. A influência é a garantia de evitar a decisão surpresa, ou seja, que não levou em consideração o diálogo efetivado pelas partes, decidindo sem que houvesse a devida contradição sobre o ponto. A influência é o elemento que evita a decisão surpresa. (DIAS *apud* SOARES, 2018, p. 67).

Além dos direitos e garantias supracitadas, o atual Código de Processo Civil ainda assegura que as decisões sejam devidamente fundamentadas, previsão *docaput* e do § 1º, inciso IV do art. 489 do CPC/15: não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Assim, encontram-se resguardados no CPC/15 não só o contraditório, mas também à ampla defesa, a isonomia processual e conseqüentemente o devido processo legal. Este princípio é considerado o principal instituto que fundamenta o processo constitucional, pois engloba outros dois importantíssimos princípios, a ampla defesa e o contraditório, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB/88.

Rosemiro Pereira Leal (2014, p. 190-191) correlaciona a prova aos mencionados princípios, ao observar que o instituto jurídico da prova fundamenta a prática do processo constitucionalizado, pois se configura pela composição teórica que se constitui pela conjunção-garantida existência dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

O CPC/15, além de adotar a teoria estática do ônus da prova no art. 373, *caput*, estabelecendo que o ônus da prova deva incumbir: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, também adotou a teoria dinâmica do ônus da prova.

Essa teoria encontra-se positivada no art. 373, do CPC/15, estabelecendo que: § 1º - nos casos previstos em lei ou diante da impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo - nos termos do *caput* desse artigo - ou ainda à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso. Para tal, é necessário que o magistrado fundamente a sua decisão e dê à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; § 2º - a inversão do ônus probatório não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil; § 3º - a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito; § 4º - a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. Tal prerrogativa permite que o juiz atribua o ônus da prova à parte que melhor puder produzi-la, mas, sempre respeitando os direitos indisponíveis.

Observa-se que tanto o CPC/15 quanto o CDC permitem a inversão do ônus probatório *ope legis* e *ope judicis*. Porém, conforme citado algures, no Código consumerista só será possível a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Já, no CPC a inversão poderá ocorrer em favor ou desfavor de qualquer das partes.

Não obstante, conforme citado inicialmente, no ordenamento jurídico pátrio— inclusive na esfera cível - encontra-se assegurado o direito de a parte não produzir prova contra elaprópria(art. 379 do CPC/15). Essa inovaçãoao processo civil foi importada do penal, trata-se do instituto que faculta ao preso permanecer calado(art. 186, *caput* e parágrafo único do Código de Processo Penal. O referido instituto foirecepcionado pelo art. 5º, inciso LXIII da CRFB/88 que determina que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

A CADH/PSJCR “Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica”em seu art. 8º, item 2, alínea “g”, também estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. A referida Convenção(direitos humanos) foi ratificada pelo Brasil e aprovado por quórum qualificado de três quintos dos membros

das duas casas do Congresso Nacional, desta forma possui status de Emenda Constitucional.

Como observado, o art. 379 do CPC/15 oportuniza as partes o direito de não produzir provas contra si próprias. Porém, as críticas contra esse instituto se fundam nas contudentes diferenças entre os direitos tutelados na esfera criminal e cível. *V. g.*, como poderá, o réu, em uma ação de investigação de paternidade, recusar-se a realizar o exame de DNA e não persistir a presunção da paternidade? Cláudio Augusto Pedrassi ao questionar sobre os riscos advindos com o art. 379 do CPC/15, atribuiu jurisprudência solucionar tais incongruências.

O art. 379 do novo CPC, inovando em relação ao CPC de 1973. [...] As restrições que já existiam no CPC de 1973, no antigo art. 347 (atual artigo 385), que permite que a parte não deponha sobre fatos criminosos que lhe foram imputados ou para observar o dever de sigilo, eram suficientes para proteger as partes; não sendo necessária a grande e enorme ampliação dada pelo novo dispositivo legal, que atinge qualquer situação que possa ser desfavorável à parte. [...] Como será compatibilizada tal regra, do art. 379, ou seja, o direito de não produzir prova contra si, com a pena de confissão (art. 385 § 1º)? Poderão as partes invocar o art. 379 para questionar a distribuição dinâmica (inversão) do ônus da prova previsto no art. 373 § 1º? O novo dispositivo do CPC revogou a súmula 301 do STJ, que acabou convertida na lei 12.004/09 e inseriu o art. 2º - A na lei 8.560/92 ("Art. 2-A. Na ação de investigação

*de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório")? Com base no art. 379 do CPC, poderá o requerido da ação de investigação de paternidade se recusar a colher material para a perícia de DNA? Aplicar a presunção acima, não colide com o direito de não produzir prova contra si? Tais situações dão uma ideia do erro e do perigo de tal dispositivo legal. Esperamos que a jurisprudência seja firme e procure através de interpretações que prestigiem outros dispositivos do próprio código, como os artigos: 6º; 77, IV; 80, IV; 370; 378; 385 § 1º e 399, assumir o entendimento no sentido de presumir o fato em desfavor da parte, toda vez que ela se recusar a colaborar com a produção de provas, invocando o art. 379, ou seja, em outras palavras limitando a abrangência e o alcance do perigoso art. 379, "caput" do novo CPC. (PEDRASSI, 2018).*

Esses questionamentos— supra — demonstram a importância da Doutrina e da jurisprudência para o direito. No entanto, a instituição da inversão do ônus probatório pelo CPC/15 pode ajudar e não atrapalhar o processo, pois caso a parte utilize as prerrogativas positivadas no referido art. 379 do CPC/15, o juiz poderá aplicar o comandos estabelecidos no § 1º do art. 373 do mesmo diploma legal. Exceto se essa distribuição ocorrer de forma a deixar o litigante oponente na

incumbência da produção da denominada prova “diabólica” proibida no ordenamento jurídico pátrio.

A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.” [...]. Pode ser, no entanto, que a prova seja insusceptível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de onerado dele desincumbir-se. [...] É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra. (DIDIER JR; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2015, p. 114-115).

Não se admite a desincumbência do encargo probatório de uma parte caso imputara outra excessiva dificuldade ou impossibilidade de produção. Da mesma forma, a maior facilidade de uma das partes não é suficiente para a inversão do ônus da prova, é necessário que a parte *ex-adversan*ã consiga produzi-la por impossibilidade ou extrema dificuldade.

É evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justificará a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade do outro. A mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não parece ser uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios [...]. No entanto, de acordo com o §2º, do art. 373, do CPC/2015, a distribuição dinâmica “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”, o que significa, em outros termos, que ela não pode gerar uma prova diabólica para a outra parte. Assim, por mais que exista a possibilidade da distribuição dinâmica em havendo diferenças nas condições probatórias, ela jamais pode implicar em uma prova diabólica para a parte que venha a receber o novo encargo. (PEIXOTO, 2018).

No CPC/15 a teoria dinâmica do ônus da prova foi assegurada de maneira diferente do CDC. Haja vista que no Código consumerista a inversão do ônus probatório é direcionado ao consumidor. Já, no Código de Processo Civil tanto o autor quanto o réu podem se valer deste instituto em igualdade de condições, motivo de preocupações para os “operadores” do direito. Porém, como adverte Aroldo Plínio Gonçalves, não há motivo para tanto alarde, o juiz é responsável pela produção de um provimento adequado.

O juiz, sendo terceiro em relação aos efeitos do provimento, não é “terceiro no processo”, no desenvolvimento do procedimento realizado em contraditório para preparar o provimento, como não o é em relação ao próprio ato final do provimento. Não é um estranho no desenvolvimento do *iter* processual, pois dele não pode estar ausente, em relação a ele não pode ser alheio; é necessário que esteja presente, operante nos autos judiciais que visem assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório. Fazê-lo observar significará cumprir o dever da jurisdição, para assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. (GONÇALVES, 2012, p. 107-108).

Assim sendo, o juiz deverá, em regra, caso não provocado previamente, iniciar os procedimentos com a aplicação da teoria estática do ônus da prova (art. 373, *caput*, incisos: I e II do CPC/15). Devendo, dinamizar o ônus da prova (§ 1º do art. 373 do CPC/15) caso constatare a impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma parte cumprir o encargo probatório e seja mais fácil para a parte *ex-adversa* produzi-la, exceto se essa distribuição deixar a outra parte na incumbência da produção da prova “diabólica” (art. 373, § 2º do retrocitado diploma legal).

Considerando que por força do art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88 c/c o art. 140 do CPC/15, o *non liquet* não poderá servir de argumento para o magistrado deixar de decidir, a inversão do ônus probatório instituído pelo CPC/15 contribui

com o esclarecimento dos fatos e, conseqüentemente com a decisão judicial no processo cível.

Por óbvio, a opção pelo *non liquet* não existe, por força do art. 5º, XXXV, da CR/1988; por outro lado, ao se adotar uma Teoria Estática de Distribuição do Ônus da Prova, tal ônus processual acaba por ser aplicado em hipóteses de deficiências probatórias, como uma regra de julgamento para os processos onde não se atingiu uma suficiência probatória. Assim, por exemplo, caso o autor não demonstre o fato constitutivo do seu direito, seu pedido será julgado improcedente, ou seja, o modelo processual é adversarial (dispositivo), pouco importando ao magistrado se a parte teria ou não condições de provar tal fato. Por tal caminho adota-se um acesso à justiça na acepção formal, o que não pode ser permitido, para tanto, deve ser adotada a teoria dinâmica [...]. Destarte, o magistrado se vê compelido a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, como uma espécie de *ultima ratio*, que lhe permite sair de uma situação embaraçosa. (LOURENÇO, 2015, p. 30).

Todavia, a teoria dinâmica do ônus da prova nem sempre é aplicada— exatamente - como determina a norma. Muitas decisões são questionáveis e passíveis de recursos. Tal fato pode ser observado no excerto infra, mais especificamente, na matéria do jornalista Fred Magno, publicada no dia 09 de outubro de 2018 no Caderno de Economia do jornal O Tempo, intitulada: Golpes comuns: saques irregulares, com cartão e

senha, são contestados pelos correntistas. Tribunal livra bancos de indenizarem seus clientes.

Cada vez mais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido favorável aos bancos, negando indenizações a clientes por compras em lojas físicas feitas por golpistas – usando o cartão com chip e a senha pessoal da vítima – e por saques irregulares contestados pelos correntistas. A justificativa é que as fraudes são decorrentes de “desleixo das vítimas” com o sigilo de suas contas. Recentemente, a terceira turma do STJ deu decisão favorável a um banco público, numa ação em que a cliente não reconhecia saques feitos em sua poupança. No processo, houve inversão do ônus da prova. A poupadora teve que provar que as movimentações foram feitas por fraudadores, sob a justificativa de que “a responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações que, embora contestadas, são realizadas com apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista”. Em outra decisão do Tribunal, publicada no mês passado, em favor de um banco privado, o juiz entendeu que a responsabilidade por um empréstimo de R\$40 mil e por saques na boca do caixa, realizados na conta de um cliente que estava internado num hospital, inconsciente, não era da instituição bancária. O julgamento conclui que, como não havia documento informando ao banco que o correntista estava em coma, às transações foram feitas por parentes que tinham acesso ao cartão e à senha. (MAGNO, 2018, p. 17).

Como exposto, tratam-se de litigâncias que envolvem o direito do consumidor, portanto a legislação que rege os caos

deve ser o CDC. Como visto o julgamento retrocitado transcorreu no STJ, onde não se discute matéria de fato. No entanto, os questionamentos são de direito, pois, conforme citado alhures, nas causas consumeristas o juiz poderá realizar a inversão - *ope judicis* - do ônus da prova. Mas, segundo o art. 6º do CDC - direitos básicos do consumidor -, o juiz poderá realizar a inversão do ônus da prova somente em favor do consumidor, mesmo assim se for constatado a verossimilhança das alegações ou quando o consumidor for considerado hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Portanto, segundo o CDC o juiz poderia inverter o ônus probatório, mas nunca em favor do banco, que deve assumir os riscos do negócio.

As inversões do ônus da prova estabelecidas pelo CDC (art. 6º, VIII, e 38) não podem ser alteradas por disposição contratual, até porque, reitere-se, as normas do CDC são de “ordem pública e interesse social” (art. 1º) e, portanto, inafastáveis por acordo de vontade entre o consumidor e fornecedor. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 368).

Conforme estabelece o art. 51, inciso VI do CDC, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos questionamentos doutrinários serem tempestivos, não se deve adotar generalizadamente uma postura defensiva e pessimista quanto às inovações do CPC/15, principalmente quanto à adoção da teoria dinâmica do ônus da prova no CPC/15. Haja vista que a inversão, em determinados casos, se constitui na única forma do juízo esclarecer os fatos e decidir o mérito postulado no processo.

No exemplo apresentado na pesquisa, os bancos não poderiam se beneficiar da inversão do ônus da prova (art. 6º e 51, inciso VI do CDC). Além do impedimento positivado na norma consumerista, tais instituições operam com caixas eletrônicos porque é mais econômico. Por que não utilizam pessoas para realizar a tarefa ou operação? Por que não criam dispositivos de controle mais efetivos? Muitas justificativas poderiam ser elencadas em desfavor dos demandados. Não é concebível transferir a responsabilidade pelo empreendimento para o consumidor.

Em detrimento da relação de consumo, os casos utilizados como exemplo são passíveis de questionamento e recursos, pois tratam de relação de consumo. Mas demonstram que decisões subjetivas ainda ocorrem.

Haja vista que as normas, ou melhor, os textos normativos precisam de interpretação hermenêutica do julgador para aplicação no caso concreto. Assim, apesar das inovações advindas com o CPC/15, principalmente as inerentes as provas, possibilitando inclusive a inversão do ônus da prova, aprimorarem o processo civil e se alinharem com os princípios do processo constitucional, ainda não é suficiente. Pois, não basta instituir normas no Código processual, há que mudar os vetustos conceitos arraigados no julgador e demais “operadores” do direito.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Direitos à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; Eid, Elie Pierre. (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BENJAMIM, Antônio Herrman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Jeferson Luiz Camargo. (Trad.). Gildo Sá Leitão Rios. (Rev. Tec.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marcos Felix; FERREIRA, Wiliam Santos. (Coord.). *Direito probatório*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015.

MAGNO, Fred. Golpes comuns: saques irregulares, com cartão e senha, são contestados pelos correntistas. Tribunal livra bancos de indenizarem seus clientes. *Jornal O Tempo*. Belo Horizonte, 17 out. 2018. Caderno de economia, p. 17.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015a.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015b.

PEDRASSI, Cláudio Augusto. *Da grave e perigosa inserção do direito de não produzir contra si no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217414,81042>

-

Da+grave+e+perigosa+insercao+do+direito+de+nao+produzir +prova+contra>. Acesso em 7 de set. 2018.

PEIXOTO, Ravi. *Desvendando a dinamização do ônus da prova no novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/desvendando-a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc2015/>>. Acesso em 07 de set. 2018.

PINHEIRO, Guilherme César. A integridade do direito e os enunciados interpretativos do novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quando a falta de uma teoria da decisão transforma a discricionariedade em “princípio”. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Coord.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOARES, Carlos Henrique. Tempestividade jurisdicional e procedimental no Código de Processo Civil brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Coord.). *Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

# **A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL DO ANO DE 2018: AS ALTERAÇÕES ATINENTES AO PROCEDIMENTO DE *MARKETING* ELEITORAL VIRTUAL E A DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS**

## **THE INFLUENCE OF THE SOCIAL NETWORKS IN THE ELECTORAL DEMOCRATIC PROCESS OF THE YEAR OF 2018: THE CHANGES CONCERNING TO THE VIRTUAL ELECTORAL *MARKETING* PROCEDURE AND THE DISSEMINATION OF FAKE NEWS**

*Rafaela Cândida Tavares Costa*

### **RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo, desvinculado de qualquer ideologia político-partidária, analisar a influência das mídias sociais no processo eleitoral do ano de 2018, abordando as alterações atinentes ao *marketing* virtual eleitoral, observando o que é permitido e proibido, bem como o papel das *fake news* e o tratamento jurídico dispensado a estas. Adotou-se como procedimento a análise documental, em especial a Lei n.9.504/97 e a Resolução n. 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, revisão bibliográfica, além do exame de dados de realidade, e como método de inferência, o dedutivo. Os marcos-teóricos adotados foram, além das legislações anteriormente mencionadas, uma cartilha interativa publicada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que diz respeito à propaganda eleitoral na internet o artigo ‘O impacto das *fake news* nas eleições de 2018’ de Luiz Augusto Filizzola D’Urso. Com relação aos resultados percebeu-se a grande influência das redes sociais no processo eleitoral deste ano, sendo utilizada em larga escala pelos candidatos, bem como a

necessidade de uma construção legislativa mais específica atinente à publicação e disseminação de notícias falsas.

**Palavras-chave:** marketing eleitoral virtual; processo eleitoral; redes sociais; notícias falsas.

## **ABSTRACT**

The objective of this study is to analyze the influence of social media in the electoral process of 2018, which deals with the alterations related to electoral virtual marketing, observing what is allowed and forbidden, as well as the role of the fake news and the legal treatment given to them. Documentary analysis was adopted as a procedure, in particular Law n. 9.504/97 and Resolution no. 23.551/2017 of the Superior Electoral Court, bibliographical review, in addition to examining reality data, and as a method of inference, the deductive. The theoretical frameworks adopted were, in addition to the aforementioned legislations, an interactive primer published by the Superior Electoral Tribunal, which concerns electoral propaganda on the Internet and the article 'The impact of fake news on the 2018 elections' by Luiz Augusto Filizzola D' Bear. With regard to the results, it was noticed the great influence of social networks in the electoral process of this year, being used in large scale by the candidates and the need for a more specific legislative construction regarding the publication and dissemination of false news.

**Keywords:** virtual electoral marketing; electoral process; social networks; fake news.

## INTRODUÇÃO

A Internet ganha cada vez mais importância nas campanhas eleitorais. A cada eleição, a Justiça Eleitoral amplia as possibilidades de uso das plataformas *on-line* para divulgação de candidatos, partidos e coligações. Estes valem-se cada vez mais da proximidade que as mídias sociais propiciam com relação aos eleitores, sendo um canal direto de interação.

No presente artigo analisar-se-á os aspectos da influência das mídias sociais no processo eleitoral, abordando as alterações atinentes ao procedimento de *marketing* eleitoral virtual e a divulgação de inverdades no formato de notícias, as chamadas *fake news*. Cumpre mencionar que, em que pese a análise do procedimento eleitoral e das formas de como se darão as campanhas em ambiente virtual, a pesquisa é desvinculada de qualquer ideologia de cunho político-partidária, atendo-se somente à questão de procedimento e análise de dados.

Inicialmente, após a presente introdução, abordar-se-á o papel de destaque desempenhado pelas redes sociais nas eleições, principalmente no processo eleitoral de 2018, que elegerá um Deputado Estadual, um Federal, um Governador para cada estado da federação, dois Senadores e o Presidente da República. Abordar-se-á dentro deste tópico o que é permitido

na campanha eleitoral, com ênfase no ambiente virtual, bem como o que é proibido no *marketing* eleitoral virtual, observar-se-á o impulsionamento de conteúdo, dentre outros assuntos e o que é possível, ou não, de ser feito no dia da votação.

Logo após, já no capítulo seguinte, tratar-se-á do impacto das notícias falsas, também chamadas de *fake news*, no processo eleitoral, as possíveis consequências para quem dissemina este tipo de “desinformação” e os mecanismos a serem implementados para o combate destas inverdades veiculadas no formato de notícias. Faz-se necessário esta abordagem, na medida em que as redes sociais são o grande veículo de transmissão das *fake news*. O impacto que estas podem gerar no processo eleitoral, tanto em favor ou desfavor de candidato, partido ou coligação também será analisado. Por último, passa-se às considerações finais e referências utilizadas no presente estudo.

O trabalho é resultado de uma pesquisa que adotou como procedimento a análise documental – especialmente, a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral; Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições; a Lei [n 12.965, de 23 de abril de 2014](#), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; e a Resolução n. 23.551 do Tribunal Superior Eleitoral, de 18 de dezembro de

2017 que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições—, a análise de dados de realidade e o procedimento de revisão bibliográfica. O estudo é feito tendo como referenciais teóricos a Lei n. 9504/97, a Resolução n. 23.551/2017 do TSE, a cartilha interativa publicada pelo Tribunal Superior Eleitoral que diz respeito à propaganda eleitoral na internet e o artigo ‘O impacto das *fake news* nas eleições de 2018’ de Luiz Augusto Filizzola D’Urso. Como procedimento metodológico utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma concepção macro analítica atinente à propaganda eleitoral, para depois chegar-se a um estudo mais específico (concepção microanalítica) acerca do marketing realizado na internet e a disseminação de notícias falsas.

## **1 O DESTAQUE DAS REDES SOCIAIS NAS ELEIÇÕES DE 2018**

As eleições do ano de 2018 são um marco da penetração das redes sociais no processo eleitoral. O papel central das plataformas digitais já supera as informações veiculadas na televisão, como afirmam Passos e Hous (2018). A ampliação do *marketing* eleitoral virtual propicia uma maior interação entre os candidatos e os eleitores, todavia levanta um

debate acerca das *fake news*<sup>43</sup> e da forma de como se dá o consumo de informações políticas, sem um diálogo crítico sobre as múltiplas abordagens desinformadas que não garantem eleições com preservações de direitos.

A propaganda eleitoral na internet deve obedecer determinadas regras. A Lei n. 13.488/2017 trouxe alterações substanciais na Lei n. 9.504/97, que estabelece normas eleitorais, modificando o procedimento de *marketing* político na Internet, em especial, nas redes de mídia social. Importante mencionar que, segundo as novas alterações legislativas, as propagandas em redes sociais tem um prazo inicial permissivo a partir do dia 16 de Agosto do ano eleitoral, um dia após a liberação da propaganda de maneira geral, conforme o *caput* do artigo 36 da Lei n. 9.504/97. Qualquer descumprimento, poderá acarretar em responsabilização do candidato e/ou de quem faça o referido marketing.

---

<sup>43</sup> Esse é um termo inglês que quer dizer simplesmente notícia falsa. Não há consenso exatamente sobre o que seriam essas notícias. Passam desde o bom e velho boato, que circula como uma fofoca, até notícias fabricadas propositalmente para atingir um objetivo. E abrange, ainda, o conceito de pós-verdade.

Em 2016, o dicionário Oxford definiu "pós-verdade" como sendo a palavra do ano. O termo foi utilizado pela primeira vez em 1992, mas ganhou outra dimensão com a expansão da internet. Hoje, uma notícia se espalha em poucos minutos e ganha status de verdade apenas por ter sido compartilhada em uma rede social ou através de um aplicativo de mensagem. (CAMARA.LEG, 2018).

## 1.a O que é permitidona campanha eleitoral virtual

Além do que dispõe a Lei n. 9.504/97, Lei das Eleições, que regula a propaganda eleitoral de um modo geral, o artigo 22 da Resolução n. 23.457/2015, a Resolução n. 23.551/2017 e a Lei n. 13.488/2017, ambos do Tribunal Superior Eleitoral, também dispõem acerca dos meios e modos em que poderão se dar a propaganda eleitoral na internet. Segundo os referidos diplomas, o *marketing* eleitoral virtual poderá ser veiculado em plataformas *on-line*, no próprio sítio do candidato, nos sítios dos partidos e da coligação, sendo estes endereços eletrônicos comunicados à Justiça Eleitoral e registrado em provedor de internet localizado no país. Mensagens eletrônicas para endereços cadastrados, segundo os diplomas mencionados, desde de que de forma gratuita pelo candidato, partido ou coligação, oferecendo a opção de cancelamento do cadastro pelo destinatário, no prazo máximo de 48 horas, também são possíveis. A criação de blogs, redes sociais e sítios de mensagens instantâneas com conteúdo produzido ou editado pelo próprio candidato, partido ou coligação também são meios viáveis para a propaganda.

Dentre as alterações relativas ao *marketing* eleitoral na internet, destaca-se o impulsionamento de conteúdo em mídias sociais e em outras plataformas.

**Art. 57-C.** É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na Internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes. (BRASIL, 1997).

O artigo anterior teve sua redação dada pelo art. 1º da Lei n. 13.488/2017, e agora, a propaganda eleitoral na internet passa a ser permitida durante o período eleitoral quando for utilizada com o objetivo único de impulsionar o alcance de publicações, no *Instagram*, *Facebook*, *Twitter* dentre outras mídias sociais. Este impulsionamento de conteúdo deverá, conforme a Lei e segundo o TSE, ser contratado diretamente por meio das plataformas das redes sociais. Além das formas tradicionais de impulsionamento de conteúdos nas mídias sociais, a Lei n. 9.504/97, após sua nova redação, estabelece o que também será considerado impulsionamento, observe o § 2º do artigo 26: “Para os fins desta lei, inclui-se entre as formas de impulsionamento de conteúdo a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na Internet”. (BRASIL, 1997). Desta forma, segundo o TSE (2018) e através da leitura do artigo supramencionados, permite-se um comércio de palavras-chave nos buscadores, desde que feita durante a campanha eleitoral e respeitados os demais

dispositivos legais. A nova legislação eleitoral libera assim, o uso de mídias pagas para o impulsionamento de publicações eleitorais em mídias sociais e também para permitir um destaque nas páginas de busca, como *Google*, *Yahoo Search*, dentre outros, além da permissão de anúncios contratados. Todavia, conforme o artigo 39, §5º da Lei 9.504/97, é crime eleitoral a propaganda *on-line* inserida ou o seu impulsionamento na data da eleição, sendo permissivo o permanecimento *on-line* dos impulsionadores e conteúdos já contratados em data anterior. Com o intuito de promover o controle de maneira efetiva das campanhas dos candidatos, principalmente o *marketing* virtual, para uma maior segurança jurídica, a possibilidade de impulsionamento de conteúdo ficará restrita a campanhas oficiais, como já mencionado.

Além disso, o uso desse recurso deve ficar claro para o eleitor, como já acontece, quando as plataformas de mídias sociais acrescentam à publicação a palavra Patrocinado. Por outro lado, a nova redação da Lei das Eleições inclui os custos contratados com impulsionamento de conteúdos entre os gastos eleitorais sujeitos a registro e limites legais. (TSE.JUS, 2018, p. 8).

O candidato, partido ou coligação que faça uso da ferramenta de impulsionamento, será obrigado a declarar à

Justiça Eleitoral quais ferramentas receberam o referido recurso, segundo o TSE (2018).

Desta forma, no dia das eleições, conforme a Resolução n. 23.551/2017, é possível a permanência de propaganda eleitoral já postada em redes sociais do candidato, partido ou coligação, ainda que trata-se de propaganda patrocinada. Ao eleitor é permitida a manifestação de seu pensamento e liberdade de expressão, desde que este não a faça com o apelo de realizar qualquer campanha eleitoral. Segundo o artigo 22, §1º, da referida resolução, o eleitor para manifestar seu pensamento deverá ser identificado ou identificável na internet, somente sendo passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de candidatos ou terceiros ou a divulgação de fatos sabidamente inverídicos, as chamadas *fake news*. Assim, se um eleitor, que vinha se manifestando antes do dia da eleição, aderindo a alguma campanha, através do uso de *hashtags*<sup>44</sup>, por exemplo, o faça no dia do exercício do sufrágio, não comente o crime previsto no artigo 81 da Resolução em comento. Ao eleitor é permitida a manifestação de seu voto individual desde que silenciosamente, ou através de

---

<sup>44</sup>*Hashtag* é uma expressão bastante comum entre os usuários das redes sociais, na internet. Consiste de uma palavra-chave antecedida pelo símbolo #, conhecido popularmente no Brasil por "jogo da velha" ou "quadrado". As *hashtags* são utilizadas para categorizar os conteúdos publicados nas redes sociais, ou seja, cria uma interação dinâmica do conteúdo com os outros integrantes da rede social, que estão ou são interessados no respectivo assunto publicado. (SIGNIFICADOS, 2018).

itens de vestuário, como camisas, broches, cartazes, adesivos, bonés, bandeiras e redes sociais. Nem a crítica, ou o elogio, seja a partido, candidato ou coligação configuram a propaganda eleitoral ou boca de urna<sup>45</sup>.

### **1.b Proibições atinentes ao *marketing* eleitoral virtual**

No que tange às proibições, segundo a Resolução n. 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, seria proibido o *marketing* eleitoral, mesmo que gratuitamente, em sítios de pessoas jurídicas<sup>46</sup>, em sítios oficiais ou registrados por órgãos da administração pública, seja da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo vedado ainda a venda de cadastros de endereços eletrônicos, propagandas através de telemarketing, qualquer que seja o horário, atribuição indevida de autoria de propaganda a outros candidatos, partidos ou coligações. Cumpre mencionar que, conforme a Resolução, o

---

<sup>45</sup>Segundo as Leis e Resoluções do TSE a boca de urna é aquela em que eleitores abordam, seja de maneira física, ou virtual, outros eleitores e o constroem a votar em determinado candidato. Nas redes sociais pode-se configurar boca de urna a postagem de conteúdo político com o objetivo de angariar votos para candidato no *facebook*, *twitter*, *instagram*, *whatsapp* ou qualquer outro aplicativo. (TSE.JUS, 2018).

<sup>46</sup> Lembrando que a Lei nº 9.504/1997 não prevê mais a possibilidade de doações de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais. A mudança foi introduzida pela Lei nº 13.165/2015, que ratificou a decisão do Supremo Tribunal Federal, na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4650, de declarar inconstitucionais os dispositivos legais que autorizavam esse tipo de contribuição. (TSE.JUS, 2018).

descumprimento destas regras atinentes ao *marketing* eleitoral, poderá ocasionar a cobrança de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a R\$30.000,00 (trinta mil reais) e/ou processo criminal e civil, conforme o caso em análise.

O uso de perfis falsos e robôs seria outro exemplo de proibição trazido pela Resolução em comento. As alterações promovidas na Lein. 9.504/97 trouxeram importantes dispositivos garantidores de uma campanha eleitoral mais leal. Segundo a cartilha do TSE, o primeiro destes dispositivos refere-se ao combate aos perfis *fakes*, proibindo a veiculação de conteúdo eleitoral falso, através cadastros inverídicos promovidos em mídias sociais.

Existe ainda, uma cautela em relação ao impulsionamento de conteúdo eleitoral, tema já abordado no subitem anterior. O objetivo é vedar o uso de dispositivos ou programas, tais como robôs<sup>47</sup>, notoriamente conhecidos por distorcerem a repercussão de conteúdo.

Com o objetivo de alavancar conteúdos e indivíduos artificialmente, eles podem ser programados para seguir pessoas, interagir em debates ou publicar e curtir conteúdos de forma orquestrada. No contexto de disputas político-

---

<sup>47</sup> Os robôs, ou, como são conhecidos, os bots, são um tipo específico de programa de computador que realiza tarefas de forma autônoma, a partir de algoritmos. Eles são programados para executar uma série de funções, desde facilitar a navegação na internet até interagir com indivíduos. (INTERNET.LAB. 2018).

eleitorais, os bots podem ser empregados dessa forma para distorcer a dimensão de movimentos políticos, manipular e radicalizar debates, e criar falsas percepções sobre disputas e consensos nas redes sociais. Eles podem fazer parecer que determinada figura é mais popular do que de fato é ou, ainda, serem utilizados para replicar discursos em série, fazendo parecer que há uma enorme adesão à uma causa quando não há. (INTERNETLAB, 2018, p.2).

Como esses mecanismos *debots* inflam artificialmente a audiência, eles são contrários às próprias políticas de muitas mídias sociais, como o caso do *twitter*, conforme a InternetLab (2018). “Quando criados para se passarem por usuários das redes sociais, uma das finalidades dos *bots* pode ser a de seguir perfis com o objetivo de inflar o número de seguidores de determinado indivíduo”. (INTERNETLAB, 2018, p.2).

O objetivo de inflar audiências para aumentar a relevância de um perfil também pode ser transposto para contextos político-eleitorais. O uso desse mecanismo pode elevar o alcance, a repercussão, e, até mesmo, a confiabilidade de candidatos, que veem seu número de seguidores crescer elevando sua influência nas redes sociais. (INTERNETLAB, 2018, p.2).

Por isto a cautela com estes robôs replicadores de conteúdo. O objetivo é claro, evitar que o eleitor seja ludibriado e seja levado a acreditar no sucesso de determinado candidato, partido ou coligação, baseado unicamente em conteúdos

replicados. Todas estas alterações e proibições visam propiciar um processo eleitoral mais justo, democrático e igualitário.

Ainda na ceara de proibições, no dia da eleição fica vedado a propaganda eleitoral, feita por candidato, partido ou coligação dirigida com o fim específico de obter votos. Assim, ato de campanha na internet, no dia da eleição, caracteriza infração eleitoral. É importante mencionar, ainda, que o uso de celulares nas cabines de votação é expressamente vedado. As *selfies*<sup>48</sup> nas urnas também são, por óbvio, proibidas, caracterizando crime, com pena de até dois anos de detenção conforme art. 91, Lei n. 9.504/97 e art. 312 da Lei n. 4.737/65. Tudo isto com intuito de proteger o eleitor e o processo eleitoral das compras de voto e manipulação.

Os conteúdos postados na internet são de responsabilidade do eleitor, candidato, partido ou coligação, podendo estes serem responsabilizados e obrigados a removerem os conteúdos publicados, sem prejuízo de sanção civil ou penal, quando comprovada infração à lei eleitoral. Ao ofendido será oportunizado direito de reposta, conforme a legislação estudada e segundo o TSE, no mesmo meio utilizado para divulgar o conteúdo infringente. Um cuidado especial é percebido para que se garanta o processo eleitoral da maneira

---

<sup>48</sup>*Selfie* é uma palavra em inglês, um neologismo com origem no termo *self-portrait*, que significa autorretrato, e é uma foto tirada e compartilhada na internet. (SIGNIFICADOS, 2018).

democrática constitucionalmente prevista. Uma outra preocupação é a grande circulação de *fake news*, como melhor será estudado no capítulo seguinte.

## **2 FAKE NEWS: O CENÁRIO DE CAOS E DESINFORMAÇÃO DO ELEITORADO**

Durante o processo eleitoral existe toda uma cobertura jornalística, seja esta feita através de rádio fusão, televisão ou por meio virtual. As notícias circulam em torno de ideias verdadeiras, propostas e entrevistas concedidas pelos candidatos, mas as mídias virtuais propiciaram o surgimento de uma modalidade inverídica de notícia, fonte de desinformação ao eleitorado e, porque não, fomentadora de um cenário caótico. As notícias falsas, ou *fake news* referem-se a esta mentira contada em forma de uma notícia verdadeira.

Referido assunto ganha ainda mais relevo em razão do resultado obtido com a Pesquisa do Instituto Reuters, no qual resta evidente que cada vez mais brasileiros de grandes centros urbanos usam redes sociais como fonte de notícias. Elas tem sido, portanto, um instrumento importante na difusão das notícias falsas, eis que a replicação de informações ocorre em velocidade incomparável às mídias tradicionais. (BALEM, 2017, p. 4).

Na tentativa de combater os impactos negativos resultantes das *fake news*, seja na ceara social, política, jurídica ou econômica, segundo Balem (2017), algumas mídias sociais criaram uma rede de checagem de fatos, para justamente tentar coibir a divulgação destas notícias falsas, que podem alterar inclusive, todo um cenário político.

Outro aspecto importante no combate às notícias falsas relaciona-se aos chamados discursos de ódio, que ainda segundo Balem (2017) relaciona-se a

[...] difusão de formas concretas de expressão e de comunicação, dirigidas a grupos definidos por sua raça, religião, orientação sexual, deficiência, etnia, nacionalidade, idade, gênero, filiação política ou outras características pessoais, funcionais ou sociais. Prática que encontrou nas características peculiares do ciberespaço significativas vantagens, ante a dificuldade de identificação e punição dos responsáveis, além da visibilidade imediata do propagador. (BALEM, 2017, p. 7).

Este discurso de ódio aliada a disseminação de notícias falsas em épocas de eleições comprometem o procedimento eleitoral e a consolidação democrática através do voto, à medida que muitos eleitores repassam informações inverídicas, mancham a imagem de determinado candidato, partido ou coligação, o que pode influenciar no ato de escolha,

prejudicando a vítima de *fake news* e beneficiando, mesmo que de forma indireta, o oponente.

A questão que assume fulcral importância reside no fato empiricamente comprovado de que a criação e disseminação de notícias falsas tem capacidade potencial de influenciar o resultado de um pleito eleitoral, atingindo o Estado Democrático de Direito em sua essência: a emanção do poder pelo povo, no exercício da escolha de seus representantes políticos, que consiste em Cláusula Constitucional Pétrea (parágrafo único do artigo 1.º, da Constituição Federal). (CARVALHO, KANFFER, 2018, p. 2).

A Ministra Rosa Weber, em reunião do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, que discutiu o impacto das notícias falsas no primeiro turno das eleições de 2018, afirmou que “a disseminação das *fake news* é um fenômeno deletério, prestando um imenso desserviço aos cidadãos” (TSE.JUS, 2018).

O objetivo aqui não é ensinar o procedimento de identificação de *fake news*, haja vista a disponibilidade de mecanismos para tanto, mas sim, abordar o tratamento jurídico atinente à propagação de inverdades em meio virtual. A Lei n. 12.965/2014, Marco Civil da Internet, afirma ser esta dotada de inúmeros princípios, sendo um bastante enigmático, qual seja, o princípio da preservação e garantia da neutralidade da rede,

como dispõe o art. 3º, inciso IV, da referida Lei. O art. 57-I da Lei n.9.504/97 também dispõe sobre o tema, observe:

Art. 57-I. A requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96 desta Lei, a Justiça Eleitoral poderá determinar, no âmbito e nos limites técnicos de cada aplicação de internet, a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições desta Lei, devendo o número de horas de suspensão ser definida proporcionalmente à gravidade da infração cometida em cada caso, observado o limite máximo de vinte e quatro horas.

A Resolução n. 23.551/2017 também aborda uma questão importante, que pode ser um fator favorável no combate às *fake news*, item que inclusive já fora abordado, trata-se do artigo 22, que permite a livre manifestação de pensamento, desde que seja o eleitor identificado ou identificável na internet, sendo passível de responsabilização e limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros e divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

Este tema tem trazido muita preocupação, a ponto de o TSE se mobilizar para combater e inibir as *fake news* nas

campanhas eleitorais deste ano. Também já existem diversos projetos de lei apresentados na Câmara e no Senado para criminalizar as *fake news* no Brasil. (D'URSO, 2018).

Como mencionado, há um Projeto de Lei do Senado n. 473/2017, aguardando designação do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que prevê a tipificação como crime a divulgação de notícias que souber serem falsas, sobre assuntos relacionado à saúde, segurança pública, economia nacional, processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante, conforme o Senado (2018), podendo ser punido com penas de detenção ou reclusão.

O [projeto](#), do senador Ciro Nogueira (PP-PI), estabelece pena de seis meses a dois anos de detenção no caso da simples divulgação das chamadas “fake news”. Caso essa divulgação seja feita por meio da internet, a pena passa a ser de reclusão de um a três anos. Se a prática visar à obtenção de algum tipo de vantagem, a pena poderá ser aumentada em até dois terços. (SENADO, 2018).

O combate às notícias falsas é justificável, haja vista suas imensas consequências. O Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, já mencionado anteriormente, também é um mecanismos de tentativa de combate à desinformação atinente às notícias falsas. É um órgão consultivo formado por 14 integrantes, segundo o TSE, tendo representantes da Justiça

Eleitoral, do Ministério Público, do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Ciência e Tecnologia, entre outros órgãos públicos, além de membros da sociedade civil.

De acordo com a portaria que o criou, as atribuições do Conselho Consultivo são: desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da internet nas eleições, em especial o risco das *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações; opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE; e propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas. (TSE.JUS, 2018).

O sítio G1, também na tentativa de auxiliar o combate as mentiras veiculadas em forma de notícia, criou o serviço de checagem de conteúdos suspeitos: fato ou *fake*. Isto só demonstra a importância de uma verificação de conteúdo, uma vez que a quantidade de notícias falsas publicadas e compartilhadas nas redes sociais no período eleitoral de 2018 fora alarmante.

Importante mencionar, por fim que, além da responsabilização daquele que cria a notícia falsa, os provedores que deixarem de tornar indisponíveis o conteúdo também poderão ser responsabilizados, caso não o façam no prazo máximo de 24 horas, conforme o Tribunal Superior Eleitoral. Aquele ofendido, conforme a nova redação da Lei das

Eleições e conforme o TSE, em homenagem ao princípio de que a repercussão do direito de resposta deve servir-se dos mesmos meios utilizados para divulgar o conteúdo infringente, poderá fazer valer seu direito de reparação na mesma mídia social que teve notícia falsa em seu desfavor veiculada, como já mencionado em capítulo anterior.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Internet tem uma importância inegável, e é, cada vez mais, o meio escolhido de divulgação de produtos, eventos, pessoas, não sendo diferente quando o assunto é propaganda eleitoral. As mídias sociais ganharam destaque e hoje são indispensáveis na campanha de qualquer candidato. É de fato, uma maneira de aproximar aquele que pleiteia uma vaga no poder executivo ou legislativo, de seu eleitor. Esta interação é indiscutivelmente benéfica, à medida que aproxima o eleitorado de seus representantes, permitindo assim um estreitamento de laços e umarelação sadia. As eleições de 2018 são marcadas pela penetração das redes sociais no processo eleitoral, e a Justiça Eleitoral tenta acompanhar a realidade dispondo, seja através de leis ou resoluções, sobre a ampliação da possibilidade de uso de plataformas *on-line* para a divulgação de campanhas.

Nestas eleições, o impulsionamento de conteúdo em mídias sociais e outras plataformas marca uma nova maneira de angariar votos. Tudo deve ser conforme os ditames da lei e do Tribunal Superior Eleitoral, e este impulsionamento deverá, conforme abordado ao longo do presente estudo, ser contratado diretamente por meio das plataformas das redes sociais. Os blogs, redes sociais e sítios de mensagens instantâneas com conteúdo produzido ou editado pelo candidato, partido ou coligação também estão liberados. Todas estas novidades fizeram surgir um novo tipo de comércio, qual seja, a compra e venda de preferência de busca em sítios com este fim, fora o comércio de palavras-chave. Assim, caso o eleitor que busque determinado conteúdo em páginas direcionadas a este fim, havendo algum candidato, partido ou coligação que tenha feito a compra desta referência, será impulsionado, conforme suas referências de procura, ao encontro de material sobre o candidato em questão.

Todavia, existem problemas inerentes ao uso de ferramentas de mídia virtual. A disseminação de *fake news* e o uso dos denominados *bots* (robôs replicadores de conteúdo) são exemplos de inconvenientes da ampliação do *marketing* virtual eleitoral. Os robôs inflam artificialmente a audiência, sendo muita das vezes contrários a própria política da plataforma virtual elegida para a propaganda. Os robôs podem ludibriar o

eleitor, uma vez que este poderá ser levado a acreditar na popularidade, ou não, de determinado candidato, o que não proporciona uma concorrência justa. Já as notícias falsas são de longe o maior dos problemas, isto porque estas têm sido utilizadas de maneira indiscriminada e muitos usuários das redes sociais proporcionam um compartilhamento irresponsável de inverdades em forma de notícias, sem verificar a procedência dos fatos. Outro problema é o uso articulado destas notícias falsas para atrapalhar determinado candidato, partido ou coligação. Tudo isto interfere num processo eleitoral democrático e justo.

Em que pese existir determinados dispositivos que visem, mesmo que indiretamente, coibir o uso de *fake news*, e também um Projeto de Lei para criminalizar a disseminação irresponsável de mentiras em redes sociais, a legislação é muito rasa, e não resguarda efetivamente qualquer direito de quem possa ser ofendido ou enganado. A possibilidade de resposta, em meio análogo ao que foi proferida a ofensa menor o estrago causado pelas mentiras, mas não afasta por completo as consequências do caos instaurado pela desinformação dos eleitores. O combate à prática em análise passa por políticas das próprias plataformas e pela consciência de usuários, que nem sempre têm noção da dimensão da replicação de conteúdo duvidoso. O processo eleitoral de 2018, desde o seu início fora

marcado pelo uso intenso de inverdades nas redes sociais. É necessário que o Tribunal Superior Eleitoral aprenda a lidar com esta nova realidade de maneira mais eficaz, disponibilizando plataformas de checagens, bem como propiciando campanhas de educação para o eleitorado a fim de que se evite a manutenção de criação e propagação de notícias falsas. Nem sempre a criminalização de uma prática é a solução mais eficaz. Muitos usuários replicam o conteúdo sem a devida cautela e sem checar a fonte, o que pode advir da falta de orientação e estudo, por isto a necessidade de campanhas de conscientização sobre as consequências da disseminação de notícias falsas. O fato é que é necessário o desenvolvimento de uma política e legislação que abarque os casos envolvendo a propagação de *fake news*, para que não haja o comprometimento do processo eleitoral democrático, tornando-se este cada vez mais seguro. O combate às mentiras veiculadas em forma de verdade não é importante somente para que se proteja o processo eleitoral constitucionalmente previsto, mas para que se proteja, eficientemente, o estado de direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Felipe M. de. COUTO, Nadia. *As fake News e a crise da credibilidade jornalística: um estudo de caso*. Disponível em:

[http://www.site.satc.edu.br/admin/arquivos/31350/Felipe\\_M\\_d\\_e\\_Aguiar.pdf](http://www.site.satc.edu.br/admin/arquivos/31350/Felipe_M_d_e_Aguiar.pdf). Acesso em: 08 out. 2018.

BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das FakeNews e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação democrática. In: 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2017, Santa Maria, *Anais...* Rio Grande do Sul: UFSM, 2017. p. 1-15.

BBC. *Eleições 2018*: TSE divulga vídeo para mostrar que são falsas imagens de 'fraude' em urnas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45779633>. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Brasília, 15 jul. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 08 out. 2018.

**BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Brasília, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>. Acesso em: 28 set. 2018.**

BRASIL. Lei n 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.488, de 6 de outubro de 2017. *Altera as Leis n°s 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de*

1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, 06 out. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13488-6-outubro-2017-785551-publicacaooriginal-153918-pl.html>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Resolução n. 23.457, de 15 de dezembro de 2015. *Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016*. Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234572015.html>. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Resolução n. 23.551, de 18 de dezembro de 2017. *Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições*. Brasília, 18 dez. 2017. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235512017.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

**CAMARA.LEG. *Fake News: o que são* – Bloco 1.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/556723-FAKE-NEWS-O-QUE-SAO-BLOCO-1.html>. Acesso em: 05 out. 2018.

**CAMARA.LEG. *Saiba o que é considerado boca de urna*.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/474308-SAIBA-O-QUE-E-CONSIDERADO-BOCA-DE-URNA.html>. Acesso em: 08 out. 2018.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O Tratamento Jurídico das

Notícias Falsas (fake news). *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf> . Acesso em: 08 out. 2018.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola. O impacto das fake news nas eleições de 2018. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276520,101048-O+impacto+das+fake+news+nas+eleicoes+de+2018>. Acesso em: 07 out. 2018.

G1. *Fato ou Fake*. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/>. Acesso em: 08 out. 2018.

G1. *Rosa Weber diz que TSE está aprendendo a lidar com 'fake news'*:Presidente do Tribunal Superior Eleitoral destacou o trabalho que a Corte vem desenvolvendo para lidar com boatos na internet. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/07/rosa-weber-diz-que-tse-esta-aprendendo-a-lidar-com-fake-news.ghtml>. Acesso em: 07 out. 2018.

INTERNETLAB.*Bots ou não?* Um estudo preliminar sobre o perfil dos seguidores dos pré-candidatos à Presidência da República no Twitter. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Relat%C3%B3rio-Bots-ou-n%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

OLIVEIRA, Neide M. C. Cardoso de. GÓES, Silvana Batini. *Fake News e como investigar*.Ministério Público Federal, Câmara Criminal, Grupo de Apoio sobre criminalidade cibernética. Disponível em:<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/11-texto-sobre-fake-news-gacc.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.

PASSOS, Paulo. HOUS, Débora Söгур. *Internet supera TV em influência na eleição*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/internet-supera-tv-em-influencia-na-eleicao.shtml>. Acesso em: 07 out. 2018.

SENADO. *Divulgação de 'fake news' pode passar a ser punida com até três anos de reclusão*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/31/divulgacao-de-fake-news-pode-passar-a-ser-punida-com-ate-tres-anos-de-reclusao>. Acesso em: 08 out. 2018.

SENADO. Projeto de Lei do Senado nº 473, de 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>. Acesso em: 09 out. 2018.

SIGNIFICADOS. *Significado de Hashtag*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/hashtag/>. Acesso em: 05 out. 2018.

SIGNIFICADOS. *Significado de Selfie*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/selfie/>. Acesso em: 08 out. 2018.

SILVA, Rodrigo Moreira da. *O dia das eleições*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-4/o-dia-das-eleicoes>. Acesso em: 08 out. 2018.

TSE.JUS. *Cartilha interativa orienta sobre propaganda eleitoral na internet*: Publicação do TSE resume as principais regras da legislação eleitoral sobre o tema. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/cartilha-interativa-orienta-sobre-propaganda-eleitoral-na-internet>. Acesso em: 01 out. 2018.

TSE.JUS. *Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições discute impacto das fake news.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/conselho-consultivo-sobre-internet-e-eleicoes-discute-impacto-das-fake-news>. Acesso em: 15 out. 2018.

TSE.JUS. *Doações de pessoas jurídicas estão proibidas nas Eleições 2016.* Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/doacoes-de-pessoas-juridicas-estao-proibidas-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 01 out. 2018.

TSE.JUS. *Propaganda eleitoral na internet.* Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/propaganda-eleitoral-na-internet>. Acesso em: 28 set. 2018.

WELLE, Deutsche. *Como combater a influência de 'bots' e 'fake news' nas eleições?* Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/como-combater-a-influencia-de-bots-e-fake-news-nas-eleicoes>. Acesso em: 07 out. 2018.

---

# **A IMUNIDADE PARLAMENTAR E O DISCURSO DE ÓDIO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BOJO DOS INQUÉRITOS DE NÚMEROS 3.590 E 4.694**

*Alisson Alves Pinto  
André dos Santos Gonzaga*

## **RESUMO**

O presente estudo realiza uma abordagem conceitual sobre os temas discurso de ódio e imunidade parlamentar, com base na revisão bibliográfica dos referenciais teóricos que tratam dos respectivos assuntos e no exame do conteúdo de alguns discursos proferidos por parlamentares do Brasil que podem ser classificados como discurso de ódio. O objetivo é descobrir, por intermédio da análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo dos inquéritos de números 3.590 e 4.694, quais são as consequências do discurso de ódio na esfera parlamentar. A metodologia utilizada, apoiada no princípio dignidade da pessoa humana implicou revisão da bibliografia disponível, exame da legislação e da jurisprudência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal; imunidade parlamentar material; discurso de ódio; liberdade de expressão; dignidade da pessoa humana.

**THE PARLIAMENTARY IMMUNITY AND THE DISCOURSE OF HATE: AN ANALYSIS OF THE DECISIONS SERVED BY THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE BOX OF THE INVESTIGATIONS OF NUMBERS 3,590 AND 4,694**

## ABSTRACT

The present study makes a conceptual approach to the issues of hate speech and parliamentary immunity, based on the bibliographical revision of the theoretical references that deal with the respective subjects and the examination of the content of some speeches delivered by Brazilian parliamentarians that can be classified as discourse of hate. The objective is to discover, through the analysis of the decisions handed down by the Federal Supreme Court in the context of the surveys of numbers 3,590 and 4,694, what are the consequences of the hate speech in the parliamentary sphere. The methodology used, based on the principle of human dignity, implied review of available bibliography, examination of legislation and jurisprudence.

**KEYWORDS:** Federal Court of Justice; parliamentary material immunity; hate speech; freedom of expression; dignity of human person.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 3 abril de 2017, durante uma palestra no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, o Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro contou que visitara um quilombo: “olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais”.

Já o parlamentar Marco Antônio Feliciano, que é pastor evangélico, publicou, no dia 30 de março de 2011, na conta que mantém na rede social *Twitter*, manifestação de natureza

discriminatória em relação a homossexuais. Eis o teor da mensagem: “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a [sic.] rejeição” (FELICIANO, TWITTER, 2011). O mesmo parlamentar, publicou, ainda, em 31 de março de 2011, na conta do Twitter, as seguintes mensagens:

africanos descendem de ancestral amaldiçoado por Noé. Isso é fato. O motivo da maldição é a polemica [sic.]. Não sejam irresponsáveis twitters rsss A maldição q Noe [sic.] lança sobre seu neto, canaã, [sic.] respinga sobre continente africano, daí a fome, pestes, doenças, guerras étnicas! Sobre o continente africano repousa a maldição do paganismo, ocultismo, misérias, doenças oriundas de lá: ebola, aids. Fome... etc. Sendo possivelmente o 1º. Ato de homossexualismo da história [sic.]. A maldição de Noé sobre canaã [sic.] toca seus descendentes diretos, os africanos. (FELICIANO, TWITTER, 2011)

Esses episódios podem levar a uma reflexão: até onde pode ir o discurso parlamentar, sem ser responsabilizado? Tendo em vista a liberdade de expressão, direito constitucionalmente garantido, e a garantia da inviolabilidade, assegurada aos senadores e deputados, uma primeira impressão, descolada dos fatos acima mencionados, seria a de o discurso ser altamente protegido. Esse caso, porém, parece revelar reiterados discursos de ódio, que atentam contra a dignidade

dos quilombolas e da comunidade LGBTTT destinatários diretos deles.

Com a presente pesquisa, veremos o que está em jogo quando são discutidos discursos duplamente protegidos, além de pela liberdade de expressão, também pela inviolabilidade parlamentar, ambas em patamar constitucional. A esses discursos, é conferida uma espécie de carta branca *prima facie*, tendo em vista outros valores reputados relevantes. Isso porque se tende a acreditar que essa proteção leva à independência do poder legislativo e à tomada de decisões melhores no ambiente político, em especial, pelos parlamentares.

É curiosa essa justificação sobre a viabilização de decisões melhores. De fato, é um traço importante da democracia a exposição de ideias na esfera de debate público, porque isso permite que eleitores consigam eleger candidatos com os quais estejam alinhados politicamente e os eleitos, conseqüentemente, possam debater abertamente propostas, o que em teoria leva a decisões mais proveitosas para a sociedade. A emissão de discursos, porém, não pode ser vista como meramente instrumental à melhor tomada de decisões, já que o aspecto deliberativo é só um dentre as possíveis funções do discurso, como a simbólica, comunicativa, persuasiva, etc. De qualquer maneira, ela deveria aportar ônus argumentativo àqueles que emitem opiniões divergentes enquanto

parlamentares, no sentido da compatibilização de visões ou convencimento. Discursos de ódio, no entanto, não parecem oportunizar isso, ao menos em regra, porque tendem à polarização de um debate e afastamento de possíveis diálogos.

Bom, ao ver o que está em jogo quando se trata de discursos possivelmente cobertos pela imunidade parlamentar, pretende-se extrair conclusões sobre a posição dos ministros do STF. Será verificado se há alta ou baixa proteção desses discursos, que, por terem sido levados ao Tribunal, devem apresentar grau de ofensividade questionável, ao menos sob o aspecto subjetivo. Em suma, será posto em questão quais são as consequências do discurso de ódio na esfera parlamentar a partir da análise dos inquéritos de números 3.590 e 4.694.

Isso parece ainda mais relevante se considerado o contexto de fragilidade das instituições democráticas no país e *déficit* de representatividade alegado por muitos cidadãos. Nesse cenário de democracia e demanda por participação popular é interessante estudar a liberdade de expressão daqueles que, em suposto diálogo com seus eleitores e os cidadãos em geral, devem aprovar projetos em prol do aperfeiçoamento de sociedade, fiscalizar a Administração Pública e até realizar procedimentos investigativos.

Na presente pesquisa, o discurso será considerado como uma forma de uma ação na sociedade, possivelmente contra

uma regra, e que demarca uma posição, opinião ou pensamento. Em linhas muito gerais, o discurso pode ser tecnicamente conceituado como ponto de articulação entre processos ideológicos e fenômenos linguísticos, não podendo ser encarado, então, como neutro ou natural (BRANDÃO, 2007, p. 10).

## 2 DEMOCRACIA QUE PREZA POR DIREITOS HUMANOS, DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Não se propõe aqui a fazer uma reflexão teórica profunda, de modo a limitar os conceitos definitivamente, mas é necessário ao menos um esboço inicial.

Uma primeira aproximação possível com os temas de discursos violentos, liberdade de expressão e democracia que preza por direitos humanos parte da noção de que as identidades humanas são necessariamente formuladas na interlocução com o outro. O diálogo com o outro, no sentido mais amplo possível, é o que viabiliza a consolidação do próprio “eu”, tanto na afirmação e retroalimentação do que os outros afirmam quanto na luta contra o que querem ver em nós.

Sendo um processo que se mantém durante toda a vida, a identidade humana, portanto, é socialmente construída. Nesse

sentido, ela é dependente de um diálogo e, por isso, pode ser muito afetada a depender dos *inputs* realizados pelas outras pessoas. Para integrantes de minorias, especialmente, o processo de descoberta e reconhecimento de identidades pode ser violento. Isso porque, ao serem alvo de interlocuções que, de alguma forma, colocam-lhes em patamar de cidadania inferior ao que lhes é juridicamente garantido, eles acabam sendo atingidos ao menos de duas formas diferentes. A primeira delas é no diálogo interior com eles mesmos, podendo se converter em enfraquecimento da autoestima e depreciação. Como afirma Taylor (2013, p. 242), “o reconhecimento errôneo [...] [pode] ainda infligir um terrível ferida, aprisionando suas vítimas num paralisador ódio por si mesmas”. A segunda, por sua vez, é no nível público, no espaço social, derivando do efeito que discursos inferiorizantes proferidos por alguns pode causar em outras pessoas. Esses discursos apresentam o potencial de incentivar outros membros da sociedade a (i) também inferiorizar minorias e (ii) eventualmente também lhes agredir fisicamente ou de outras formas.

Isso posto, é de se entender o porquê de alguns discursos serem considerados odiosos. São odiosos aqueles discursos que inferiorizam ou depreciam alguma pessoa ou grupo social, tendo em vista que causam danos físicos e/ou psicológicos aos seus destinatários. Ao bloquearem a via do

reconhecimento das identidades, que é “uma necessidade humana vital” (TAYLOR, 2013, p. 242), eles subjagam os cidadãos que as pleiteiam à marginalização social, em alguma medida, restringindo, no limite, sua própria liberdade de expressão. O Brasil, por exemplo, apresenta dados alarmantes sobre violência contra minorias, notadamente mulheres, negros e LGBTs. Só no ano passado, foi registrada uma morte de mulher a cada duas horas, quase seis estupros por hora<sup>6</sup> e uma morte de LGBT a cada 26 horas. Além disso, em 2015, os números indicam que, do total de homicídios, 71% foram cometidos contra negros.

Liberdade de expressão, nesse contexto, não pode ser enxergada como o direito de ilimitadamente se utilizar de linguagens para veicular posições. Em um regime político democrático que ao menos se propõe a prezar pelo igual respeito e dignidade entre seus cidadãos, isto é, por direitos humanos grosso modo, não é possível considerar que todo cidadão – incluindo-se aqui a classe política – possa vociferar palavras de ódio a outros, estando isso dentro de sua esfera de direitos.

A liberdade de expressão encontra limites em outros valores reputados importantes e, no limite, na própria segurança dos membros da comunidade política. O preconceito e o ódio, portanto, não podem ser considerados exercícios da liberdade

individual, sob pena de serem vistos sob uma ótica individualizante e de cortesia, quando, na verdade, estão em jogo problemas estruturais e de justiça social.

### 3 DISCURSOS DE ÓDIO POR PARLAMENTAR

O Ministério Público Federal promoveu denúncia contra o pastor e parlamentar Marco Feliciano: “vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em não receber a denúncia no inquérito, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas” (BRASIL, INQUÉRITO 3.590, 2014), por declarações que indicam preconceito e discriminação, além de incitar o ódio entre grupos. São manifestações especialmente direcionadas para a comunidade LGBT.

A principal declaração vinculada ao pastor evangélico foi inserida como mensagem em sua conta na rede social Twitter, com o seguinte conteúdo: “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam [sic.] ao ódio, ao crime, a [sic.] rejeição” (TWITTER, 211).

O STF considerou o fato atípico; entretanto mostrou que o ordenamento repudia a fala do parlamentar, indicando o caminho da confecção de legislação específica para tipificar tais condutas. Mais que isso: identificou a presença do fenômeno discurso de ódio (ou manifestações de ódio), denominado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso como *hate speech*, conforme consta no trecho do voto do ministro:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech* [sic.], como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia. (BRASIL, 2014)

A mensagem do parlamentar pode ser examinada do ponto de vista da possibilidade de identificação do fenômeno, das proibições de preconceito e discriminação impostas pela própria Constituição Federal, no seu artigo 3.º, inciso IV, que estabelece a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Realizando-se o teste de substituição por alguns critérios ali expostos, podemos perceber bem a discriminação. Vejamos:

A podridão dos sentimentos dos negros  
levam [sic.] ao ódio, ao crime,  
a [sic.] rejeição.  
A podridão dos sentimentos dos judeus  
levam [sic.] ao ódio, ao crime,  
a [sic.] rejeição.  
A podridão dos sentimentos das  
mulheres levam [sic.] ao ódio, ao crime,  
a [sic.] rejeição.  
(BRASIL, 2014).

Note-se que a substituição dos critérios de proibição mantém as características identificadoras do fenômeno. São manifestações de caráter discriminatório, intolerantes ao diferente, que induzem ao ódio a um determinado grupo. A inferiorização provocada pela fala coloca o grupo na condição de inimigo e, mais que isso, resulta em fato criminoso, como se o fato de pertencer a tal grupo conduzisse naturalmente ao crime. A mensagem, mesmo que substituídos os critérios de proibição, continua a indicar uma situação caótica, motivada por ideologias racistas, sexistas, antissemitas ou homofóbicas.

Há uma nota de repúdio ao diferente, por exemplo, no que se refere ao comportamento – orientação – sexual do indivíduo. O sujeito diferente, que escape da visão

conservadora a qual preconiza a matriz sexual binária (homem e mulher), é considerado inimigo e, ao mesmo tempo, protagonista da catástrofe social. O diferente poderá provar a extinção tanto da família quanto da própria humanidade. Essa é a perspectiva do acionamento do pânico moral.

As hipóteses formuladas funcionam de acordo com a possibilidade de atribuição de estereótipos aos grupos conforme os papéis que devam cumprir ou os papéis que lhes são atribuídos. Em relação à hipótese das mulheres, melhor seria, sob esse ângulo, reformulá-la da seguinte forma: “a podridão dos sentimentos das mulheres feministas levam [sic.] ao ódio, ao crime, a [sic.] rejeição” (BRASIL, 2014).

Miskolci (2007, p. 103) apresenta uma perspectiva interessante sobre o pânico moral:

Analiso a polêmica por meio do mecanismo de resistência e controle da transformação societária conhecido como pânicos morais, aqueles que emergem a partir do medo social com relação às mudanças, especialmente as percebidas como repentinas e talvez por isso mesmo, ameaçadoras. No caso do casamento gay é necessário reconstituir historicamente o temor com relação a gays e lésbicas que marca a rejeição deste direito que há algumas décadas pareceria um puro e simples paradoxo já que a identidade gay e o casamento eram vistos como opostos.

Essa expressão aparece em outras falas, como no projeto de “cura gay” – de decreto legislativo foi apresentado pelo deputado João Campos para sustar a aplicação do parágrafo único do art. 3º, bem como a do art. 4º, da Resolução do Conselho Federal de Psicologia no 1/99, de 23 de março de 1999, que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual – , em que se manifesta o repúdio ao diferente, a ponto de promover a “cura” dos homossexuais. Esta ilustra com perfeição essa atitude mental, esse pensamento que busca o banimento do diferente ou da sua condição diferenciadora de grupo.

Quanto ao deputado Jair Bolsonaro (PSL-RJ), o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou a denúncia de racismo apresentada contra o referido parlamentar em abril de 2018 pela procuradora-geral da República, Raquel Dodge. "As declarações são totalmente desconectadas da realidade, mas, no caso em questão, apesar da grosseria, da vulgaridade, não me parece ter extrapolado limites da sua liberdade de expressão qualificada", disse o ministro Alexandre de Moraes, que tinha adiado seu voto duas vezes, ao formar a maioria de 3 a 2 contra a denúncia na Primeira Turma do STF. O relator do processo, Marco Aurélio Mello, e o ministro Luiz Fux já tinham votado para rejeitar a denúncia, pois interpretaram que as falas de

Bolsonaro questionadas pela Procuradoria Geral da República (PGR) se inserem no contexto da liberdade de expressão.

A denúncia foi oferecida ao STF por Raquel Dodge no dia 13 de abril. Ela se baseou em palestra proferida por Bolsonaro no ano passado no Clube Hebraica, no Rio de Janeiro. A procuradora acusou o deputado de racismo e manifestações discriminatórias contra quilombolas, índios, refugiados, mulheres e lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Naquele discurso, o hoje candidato à presidência disse que, ao visitar um quilombo, constatou que “o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas”. “Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais”, discursou.

Votaram pela aceitação da denúncia os ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Para eles, Bolsonaro deveria se tornar réu e responder à ação penal pelos crimes de discriminação e incitação ao crime por declarações em relação aos gays e aos quilombolas — Weber levou em conta apenas o caso dos quilombolas, segundo esclareceu nesta terça-feira. Apesar de ter escapado de um novo processo, Bolsonaro responde a outras duas ações penais no STF, nas quais é acusado de injúria e de incitação ao estupro devido a declarações feitas sobre a deputada Maria do Rosário (PT-RS).

Em seu voto, Moraes destacou que as declarações de Bolsonaro são “absolutamente desconectadas da realidade”. “Suas declarações, principalmente as mais grosseiras e vulgares em momento algum tiveram intuito, pelo menos o intuito objetivo que se percebe, de negar o sofrimento ou ser contra o sofrimento causado aos negros e seus descendentes pela escravidão”, completou o ministro. Segundo ele, “o cerne da manifestação [de Bolsonaro] é uma crítica a políticas de governo, a políticas com as quais não concorda o denunciado, não chegando a extrapolar para um discurso de ódio”.

O discurso de ódio, nas perspectivas acima mencionadas, aciona o pânico moral, pelo medo coletivo de uma mudança social que prejudique o grupo que se está representando, como esclarece Miskolci (2007), e dominante em relação àquilo que se quer manter. Ao mesmo tempo, deve identificar um inimigo e estimular contra este a intolerância e, conseqüentemente, o ódio.

Tal fenômeno mostra um sujeito ativo indefinido, podendo ser tanto um indivíduo político com status e proteção parlamentar, quanto um grupo de políticos com a mesma identidade ideológica e proteção parlamentar. Como sujeito passivo, pode-se observar uma coletividade identificável como grupo não dominante, que compartilha elementos culturais, religiosos, sociais, geralmente em estado de vulnerabilidade.

#### 4 PANORAMA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DISCURSO DE ÓDIO NA ESFERA PARLAMENTAR

Pensar o discurso de ódio nas manifestações do parlamentar permite, num primeiro momento, que ele seja identificado, demarcando-se a expressão como fora do campo democrático. Isso possibilita marcar, isolar e combater essas falas dentro do contexto da dinâmica parlamentar. Por isso, adquire relevância no contexto político-jurídico compreender que certos discursos transgridem as fronteiras daquilo que pode ser aceito em uma democracia ancorada em direitos humanos. Num segundo momento, pode-se questionar se há consequências sancionatórias quando o discurso do ódio é perpetrado pelo parlamentar ou na esfera da manifestação parlamentar. Quando se fala no discurso de ódio, no caso brasileiro, além da tensão natural existente com a liberdade de expressão, os parlamentares encontram na imunidade proteção em relação à rede sancionatória do sistema jurídico brasileiro (CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, 1988), pois os parlamentares são “invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. A proteção ampla da palavra aos parlamentares, etimologicamente mais que adequada, uma vez que parlamento é exatamente o poder

que fala (KURAKANA, 2002, p. 85), ganha contornos de indispensabilidade em tempos de consolidação da democracia. Os representantes do povo necessitam desse poder de fala maximizado em seus debates políticos, sempre realizados em função do desempenho do mandato (prática *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*). A proteção aos parlamentares no que tange a sua liberdade de expressão leva a uma defesa da possibilidade de que a imunidade seja interpretada não como regra, mas como princípio, no sentido de colocar como limite intangível o discurso do ódio e enfrentá-lo na seara parlamentar ou de poder realizar uma ponderação dos interesses em jogo (DIAS, 2012):

Assim, se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, insulta gravemente minorias étnicas ou culturais, defende doutrinas nazistas ou xenófobas, prega o genocídio ou incita a prática de terrorismo, é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF.

Essa possibilidade não está isenta de críticas, especialmente pelo campo que a alternativa abre em reduzir o debate parlamentar e produzir um espaço de insegurança jurídica (SILVA, p. 51). Por isso, aponta-se a possibilidade do sistema de contraofensas ou revide, (VERONESE, 2006, p.

151-152), um expediente que pode ser útil para ataques e defesas entre indivíduos, porém não se apresenta como alternativa eficaz quando o insulto é dirigido contra um grupo. Ao analisar o sistema estadunidense, solução similar ao *revide* é apresentada por Meyer-Plufg (2009, p. 144), baseando-se no remédio de “mais liberdade de expressão”:

A expressão odiosa ou agressiva em um discurso deve ser respondida, contestada por outro discurso (mais liberdade de expressão) que neutralize ou a refute. Só se deve restringir a liberdade de expressão, no caso do discurso do ódio, se o conteúdo demonstrar um dano claro, atual e iminente. Há que, necessariamente, se distinguir entre fatos, ações e opiniões. Todavia, frise-se que a Primeira Emenda da Constituição americana não protege a violência. Apenas condutas devem ser proibidas, não as expressões.

O sistema de *contraofensas* ou *revide* – ou, na dicção norte-americana, mais “liberdade de expressão” – ou mesmo a possibilidade de expressão das ideias contrárias, num contexto de combate de ideias, são remédios tímidos, mas indispensáveis para minimizar os efeitos do discurso do ódio. Outra possibilidade é considerar o discurso do ódio como ofensa ao próprio decoro parlamentar, a ser analisado sempre interna *corporis*, como limitador da fala, na perspectiva das possíveis restrições à liberdade de expressão. O decoro parlamentar

protege a honra coletiva do parlamento (TEIXEIRA, 1996, p. 112).

Esses mecanismos inerentes ao próprio debate parlamentar e de vigilância da sociedade podem ser usados em favor do combate ao discurso de ódio, mas provavelmente devem ser somados a atos concretos, ou seja, acompanhados de atitudes (em substância), especialmente quando há abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Poder Legislativo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 55, §1º), estando entre elas as imunidades parlamentares (BIM, 2006, p. 77).

Por derradeiro, não podemos deixar de refletir sobre o julgamento do STF no Inquérito nº 3.590, em que o tema “discurso do ódio” foi abordado. Nesse caso, mesmo acolhendo os argumentos da defesa e considerando atípica a conduta do parlamentar Marco Feliciano, a Suprema Corte brasileira evidenciou que a proteção da imunidade parlamentar ocorre quando existe um elo entre a atividade do parlamentar e a sua fala.

Em contrapartida, o parlamentar argumentou que estaria defendendo os interesses de seus representados. Um dilema para análise casuística será analisar o contexto da fala odiosa e a sua relação com a defesa dos interesses dos eleitores, assim como diferenciar opiniões privadas da efetiva atividade

parlamentar para que a inviolabilidade não se transforme num escudo protetor de abusos, cujo mais frequente desvirtuamento de sua finalidade é a utilização para ofender e injuriar sem justificativa (VERONESE, 2006, p. 148).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do fenômeno do discurso do ódio localiza-se na possibilidade de existir uma variedade de formas de manifestação e de tipos diferentes de ódio, que indicam a dificuldade da construção de um padrão conceitual para o problema. Nessa trilha, foram analisados os conceitos fornecidos pela dogmática jurídica e os modelos de discurso de ódio; além disso, apontaram-se alguns traços característicos que podem auxiliar na compreensão e na sistematização do fenômeno. Pode-se formular um conceito de discurso de ódio que englobe todos os critérios proibidos de discriminação – o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis com a intenção de lhes ofender a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica,

nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição. Esse discurso do ódio – além de estar presente nas várias esferas da sociedade – pode-se fazer presente também no parlamento, como se pode notar na manifestação feita pelo Twitter, objeto do Inquérito n.º 3.590/STF, bem como na palestra ministrada no Clube Hebraica no Rio de Janeiro, responsável por gerar o Inquérito n.º 4.694/STF. Nessas manifestações, podem-se marcar as palavras utilizadas como um discurso discriminatório, com intuito de insultar e de ofender a dignidade de homossexuais e quilombolas, portanto em razão da orientação sexual e origem daqueles que são ofendidos.

Marcar essas manifestações como albergadas no conceito do discurso do ódio é um dos passos importantes para a sua superação. Os discursos lançam um desafio de como enquadrar essas manifestações diante da imunidade parlamentar. No artigo, foi abordada a questão, apresentando-se as seguintes possibilidades: a) aumentar o debate no parlamento sobre as questões objeto do discurso parlamentar, o que seria próprio do sistema de debate parlamentar; b) responder – administrativa, civil e penalmente – pelos atos, [(b1)

flexibilizando-se o sistema de imunidade parlamentar na via do abuso parlamentar; (b2) adotando-se uma tese mais restritiva do que se entende por *propter officium*]; e c) responsabilizar o parlamentar por falta de decoro. É preciso dizer que, muitas vezes, esses discursos feitos por parlamentares podem apresentar uma estratégia de ataque coordenado, com afinidades ideológicas compartilhadas sob o argumento da proteção moral da família tradicional, provocando ataques constantes à dignidade de grupos não dominantes ou vulneráveis.

A construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, passa também pelo combate a discursos – seja na esfera parlamentar, seja em outra esfera – que infrinjam esse mandamento constitucional.

## REFERÊNCIAS

BIM, Eduardo Fortunato. A cassação de mandato por quebra de decoro parlamentar: sindicabilidade jurisdicional e tipicidade. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de edições Técnicas do Senado Federal, v. 43, n. 169, p. 65-94, jan./mar. 2006.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Diário Oficial da União, 13 dez., 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso: 12 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial União, 6 jan. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm)>. Acesso em: 3 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança n. 12.388/SP. DJ, 18 dez. 2001. Relator: Ministro Francisco Falcão. Diário da Justiça, 25 mar. 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.590/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 12 ago. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 12 set. 2014.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio: Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. In: *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

DIAS, Roberto Moreira; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 195, p. 7-24, jul./set. 2012.

DIAZ, Alvaro Paul. La Penalización de la Incitación al odio a la Luz de la Jurisprudencia Comparada. In: *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, p. 503-609, 2011.

EL PAÍS. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/11/politica/1536684954\\_057287.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/11/politica/1536684954_057287.html)>. Acesso em: out. 2018.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo y Libertad de Expresión. In: ORDOÑEZ, María Paz Ávila; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; GERMANO, Ramiro Gómez. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito, Ecuador: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011.

IPEA. *Atlas da violência de 2017*. CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sergio de; BUENO, Samira; VALENCIA, Luis Iván; HANASHIRO, Olaya; MACHADO, Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos (Coord.). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf)>. Acesso em: 4 out. 2018.

KURAKANA, Jorge. *Imunidades parlamentares*: São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 288 p.

MARTINS MARQUES, Amanda Ravena; MUNIZ, Arnaldo Brasil; BRANDÃO, Maureen da Silva. A liberdade de expressão e suas ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424). [2013]. (Série Monografias do CEJ, v. 16). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1810>>. Acesso em: 4 out. 2018.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 271p.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. In: *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 28 jan./jun.2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332007000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100006)>. Acesso em: 4 out. 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Valin de. As imunidades parlamentares e o poder legislativo. In: COLÓQUIO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 5. UNIRITTER, Porto Alegre. Disponível em:

<<http://www.uniritter.edu.br/uploads/arquivos/Col%C3%B3quio%20de%20Pesquisa.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção americana sobre os direitos humanos: pacto de San José da costa rica: assinada na conferência especializada interamericana sôbre direitos humanos. San José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Washington: OEA, 1970.

\_\_\_\_\_. Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância. Guatemala, [6 jun. 2013].

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano*. 3. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, [s.n.], p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>>. Acesso: 12 out. 2018.

RIOS, Roger Raup. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 295p.

\_\_\_\_\_; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. *Direito da antidiscriminação e minorias: a insuficiência do direito consumerista para a proteção antidiscriminatória coletiva*, inédito.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, [s.v.], n. 4, [s.p.], out./dez. 2006.

SCHÄFER, Gilberto. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. In: *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan.-jun. 2013.

ROMULADO, Edson Carlos; SANTOS, Elaine de Moraes. Midiatização e espetacularização: os entornos da campanha político eleitoral de Lula em 2002. In: POSSENTI, Sírio; PASSETTI, Mária Célia (Org.). *Estudos do texto e do discurso: política e mídia*. Maringá: Eudem, 2010. 193p.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. In: *Public Law Research Paper*, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939)>. Acesso em: 4 out. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017a.

SILVA, Rosane Leal da *et al.* Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. In: *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-467, jul.-dez. 2011b.

TEIXEIRA, Carla Costa. Decoro parlamentar: a legitimidade da esfera privada no mundo público?. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, [s.v.], n. 30, p. 110-127, 1996.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 171p.

VITAL DA CUNHA, Cristina; LOPES, P. V. L. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll Brasil, 2013.

# **A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À AFETIVIDADE FACE O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVAS PERANTE O REGISTRO CIVIL DA PESSOAS NATURAIS**

*Tatiane Gonçalves Mendes Faria  
Tatianny Kariny Veloso Gomes*

## **RESUMO**

O reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro funda-se no princípio constitucional da afetividade, corolário da dignidade da pessoa humana e das disposições constitucionais acerca da entidade familiar, acolhendo, desse modo, as mutações sociais no que pertine aos vínculos formados por meio do afeto. Em outras palavras é o sistema jurídico sendo interpretado de modo a conferir legitimidade e legalidade às famílias multiparentais. Não restam dúvidas do grande avanço revelado por referido reconhecimento, contudo o modo pelo qual esses vínculos se formalizam para a sociedade traz à baila questionamentos acerca da garantia do direito fundamental ao afeto que não se exaure no reconhecimento em si, mas sim, no exercício dos direitos e deveres inerentes ao vínculo. Pois bem, no afã de formalizar a multiparentalidade, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento n.º 63 estabelecendo a desjudicialização do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva e conseqüente registro no assento de nascimento do filho afetivo, propiciando, assim, o exercício dos direitos e deveres inerentes à filiação e conferindo segurança jurídica às relações sociais. Todavia, em que pese, o avanço trazido por referida normativa, há em seu bojo exigência que obstaculiza o reconhecimento ao condicioná-lo à autorização dos pais registrares, ou seja, exige-se que a mãe ou o pai, a

depender do caso concreto, autorize a formalização do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva perante o registro civil das pessoas naturais. Trantando-se, pois, de formalidade que gera entraves quando do reconhecimento extrajudicial.

**Palavras-chave:**Princípio da Afetividade;Registros Públicos;Multiparentalidade; Provimento n.º 63; Conselho Nacional de Justiça.

### **La Garantía del Derecho Fundamental a la Afectividad frente al Procedimiento de Reconocimiento Extrajudicial de la Paternidad y Maternidad Socioafectiva delante del Registro Civil de las Personas Naturales**

El reconocimiento de la multiparentalidad en el ordenamiento jurídico brasileño se funda en el principio constitucional de la afectividad, corolario de la dignidad de la persona humana y de las disposiciones constitucionales acerca de la entidad familiar, acogiendo de ese modo los cambios sociales en lo que concierne a los vínculos formados por medio del afecto. En otras palabras, el sistema jurídico se interpreta para alcanzar legitimidad y legalidad a las familias multiparentales. No quedan dudas del gran avance revelado por dicho reconocimiento, sin embargo el modo por el cual esos vínculos se formalizan para la sociedad pondrá en discusión lo conocido, cuestionamientos delante de la garantía del derecho fundamental al afecto que no se acaba en el reconocimiento en sí, sino en el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes al vínculo. En el afán de formalizar la multiparentalidad, el Consejo Nacional de Justicia publicó el Procedimiento n° 63 estableciendo la desjudicialización del reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva y consecuente registro en el asiento de nacimiento del hijo afectivo, propiciando así el ejercicio de los derechos y deberes

inherentes a la filiación y otorgando seguridad jurídica a las relaciones sociales. Sin embargo, en que pese, el avance traído por dicha normativa, hay en su bojo exigencia que obstaculiza el reconocimiento al condicionarlo a la autorización de los padres registrados, o sea, se exige que la madre o el padre, a depender del caso em cuestión , autorice la formalización del reconocimiento de la paternidad o maternidad socioafectiva ante el registro civil de las personas naturales. Por lo que se trata, pues, de formalidad que interpone obstáculos indevidos para el reconocimiento extrajudicial.

**Palabras-claves:** Principio de la Afectividad; Registros Públicos; Multiparentalidad; Progreso n° 63; Consejo Nacional de Justicia.

## **Introdução**

A família representa uma das instituições sociais mais antigas e mais bem organizadas da história da humanidade. A sua estrutura provém de relações humanas, fato esse que culminou na sua evolução e diversas transformações ao longo dos tempos.

A constituição familiar se dá de maneira diversificada. Ao longo dos anos, o Direito de Família vem sofrendo diversas modificações para se adequar ao contexto das novas relações que são empreendidas: novas formas de originar a vida, novas formas de se relacionar, novas formas de se olhar a família e assim defini-la. Desse modo, o conceito de parentesco foi

ampliado para abranger diversos núcleos familiares que passam a ser formados de maneira particular.

O parentesco, outrora estabelecido somente por relações consanguíneas, passa a se orientar também por relações afetivas, por vínculos socioafetivos. Nesse sentido, assume relevância social a questão da multiparentalidade, revelando a possível coexistência do vínculo biológico e afetivo, existindo pessoas com mais de dois pais ou mais de duas mães, uma filiação determinada pelo vínculo biológico e a outra pelo vínculo afetivo, o que torna possível a existência de um registro de nascimento com três pessoas ou mais na filiação.

A multiparentalidade materna revela uma pessoa com duas mães e um pai e a paterna, consiste no fato de a pessoa possuir dois pais e uma mãe. São vínculos biológicos e afetivos gerando a filiação e todos os direitos e deveres à ela inerentes. Decorre do sistema jurídico constitucional o princípio da afetividade que fundamenta e norteia os vínculos afetivos, a dignidade da pessoa humana é validada ao se reconhecer o direito fundamental da afetividade como decorrência da própria condição humana e de todo o arcabouço constitucional que ao dispor sobre família acolhe a multiparentalidade.

A formalização do vínculo depende do registro no assento de nascimento do filho afetivo, publicizando, desse

modo, a paternidade ou maternidade socioafetiva, tal registro é imprescindível para o exercício dos deveres e usufruto dos direitos decorrentes do vínculo.

Até bem pouco tempo, recorria-se ao judiciário com o intuito de obter provimento jurisdicional reconhecendo o vínculo. Após um processo de conhecimento, reconhecia-se o vínculo fundamentado no afeto, o que culminava com o deferimento de ordem judicial para que o oficial do registro civil das pessoas naturais levasse a efeito a decisão, lavrando a margem do registro de nascimento o nome do pai ou mãe afetivos.

Recentemente foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça o Provimento n.º 63 que, entre outras determinações, permite seja feito diretamente no registro civil das pessoas naturais e independentemente de ordem judicial o reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva, estabelecendo normas e exigências para a formalização do requerimento pelo oficial do registro civil.

Pois bem, considera-se sadia e positiva a atitude do Conselho Nacional de Justiça em reconhecer a desnecessidade de procedimento judicial para o reconhecimento de aspecto que pertence à esfera íntima do indivíduo que é o afeto. A par da proclamada igualdade que deve existir entre os vínculos de filiação, considerando o disposto no §6º do art. 227 que veda

discriminação motivada na origem da filiação, questiona-se se a normativa do CNJ garante, efetivamente, a formalização desse vínculo perante o registro civil das pessoas naturais, permitindo, desse modo o exercício dos direitos e deveres inerentes à filiação e consequente validação do princípio constitucional da afetividade.

Pretende-se analisar, especificamente, se o procedimento a ser atendido para que se alcance o ingresso desse fato social, que é a maternidade e paternidade socioafetiva, garante o direito fundamental ao reconhecimento do vínculo afetivo.

Para tanto desenvolver-se-á um estudo que abrange o apontamento e análise dos princípios constitucionais que norteiam o direito de família, notadamente os que dizem respeito as relações de parentesco, prosseguindo para uma análise dos requisitos essenciais para a lavratura do registro de nascimento e ingresso do pai ou mãe afetivos nos registro do filho afetivo, bem como os recursos jurídicos que auxiliavam os julgadores para o reconhecimento do vínculo, já que não existia uma regulamentação e, por fim, como ocorre, na atualidade, após a publicação do Provimento n.º 63, a formalização do vínculo, sendo que o estudo terá como principal foco a garantia ou não do princípio da afetividade.

## **1. A Família ea Proteção Jurídica**

A família constitui uma das instituições sociais mais antigas, existindo desde os primórdios da sociedade. Como sua estruturação provém de relações humanas, passou por diversas evoluções e transformações ao longo da história. A família é, portanto, um fenômeno social e também biológico, já que a sua forma de constituição se dá de maneira diversificada.

Acerca da composição da família e sua compreensão, Farias e Rosenvald, aduzem:

“Composta por seres humanos decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto.”  
(FARIAS; RONSEVALD, 2015)

Com o passar dos anos e evolução das relações sociais, o Direito de Família vem passando por diversas modificações que ampliaram o seu conceito para abranger os vários núcleos familiares existentes, considerando os vínculos biológico, civil e afetivo e reconhecendo a formação mútua desses arranjos familiares.

Acerca da determinação do parentesco, o jurista Carlos Alberto Gonçalves assevera que “pode se dar pela consangüinidade ou outra origem, constituindo a expressão “outra origem” um avanço verificado no Código Civil

brasileiro de 2002<sup>49</sup> visto que o Código Civil de 1916 só considerava civil o parentesco originado da adoção”. (GONÇALVES, 2018). O jurista prossegue pontuando:

Destaca-se a aceitação, na doutrina, da possibilidade de reconhecimento da dupla parentalidade ou multiparentalidade. Por outro lado, já surgiram algumas decisões afastando a escolha entre o vínculo biológico e o socioafetivo, e admitindo a hipótese de a pessoa ter dois pais ou duas mães em seu registro civil. (2018, p.313)

Os laços afetivos determinam a estruturação de famílias de diferentes espécies, orientando o parentesco, também, por vínculos socioafetivos. Reconhecimento amplamente discutido, antes de ser declarado, tanto que, neste contexto, doutrina e jurisprudência revelam uma legislação manejada para tutelar as famílias decorrentes das mutações sociais ocorridas. Um dos temas que mais se transformou, nos últimos anos, foi o parentesco, eixo essencial dos vínculos familiares, a parentalidade socioafetiva fundada na posse do estado de filho encontrou guarida no princípio da afetividade, valor jurídico inerente à ordem civil-constitucional brasileira e corolário da dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

<sup>50</sup> Art. 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

Além da base principiológica-constitucional, cita-se o já mencionado artigo 1593 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) a revelar a receptividade da legislação ao vínculo familiar de “outra origem” diversa da biológica e civil. No âmbito jurisprudencial, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em 2016, em que se abordou repercussão geral sobre o tema da parentalidade socioafetiva. De acordo com a tese firmada entre os ministros, "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/9/2016, publicado no seu *Informativo 840*).

O aresto consolida entendimento jurídico segundo o qual a socioafetividade é forma de parentesco civil. Além disso, o voto do Ministro Relator Luiz Fux, revela a necessidade de ampliação normativa de modo a alcançar todas as formas de parentalidade, repisando a compreensão da necessária harmonia que deve existir entre as diversas formas de vínculo parental.

## **1.1. Princípios Constitucionais e Garantias Fundamentais que Tutelam a Família**

Antes, contudo, de adentrarmos, especificamente, nos princípios que devem nortear as relações de parentesco e as famílias que se constituem independentemente da origem do vínculo, necessário se faz estipular um consenso sobre o que vem a ser um princípio, não se pretendendo, pois, esgotar o assunto, mas, tão somente, apontar o pensamento que se pretende seguir para o presente estudo.

Sobre a temática apontamos o posicionamento doconstitucionalista José Emilio Medauar Ommati citando, em sua obra, Luigi Ferrajoli que estabelece um sentido ampliado de garantismo “demonstra que os princípios fundamentais estabelecidos na constituição de 1988, além de estrutura de delimitação do poder, são verdadeiros direitos fundamentais, na medida em que pretendem garantir a máxima efetividade de todos os direitos e todas as promessas constitucionais (...)” (OMMATI, 2018, p. 13). Ressalte, ainda, que os princípios aqui tratados são os que possuem conexão com a abordagem do trabalho, de modo que diversos outros princípios constitucionais de direito de família existem, mas não serão abordados neste estudo.

Tendo em vista este posicionamento é que se desenvolverá o estudo dos princípios, contextualizando-os, em

nosso ordenamento, como direitos fundamentais que devem servir, não só de norte para todo o ordenamento jurídico, como também, de garantias a serem implementadas e reivindicadas por quem de direito.

Os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família são invocados pela doutrina e pela jurisprudência para embasar e estabelecer uma melhor interpretação sobre as questões relativas aos vínculos parentais que se estabelecem para a formação de núcleos familiares diversos daqueles que se formam pela convencional relação biológica ou civil.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consiste em princípio norteador de valores jurídico-constitucionais que consistem em verdadeiros direitos fundamentais, devendo, pois, serem garantidos para que se alcance uma vida digna.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, do Texto Constitucional (BRASIL, 1988), “é uma cláusula geral sem um conceito determinado, possui interpretações distintas e variáveis de acordo ao caso concreto. Manifesta-se com maior incidência no Direito de Família em face da multiplicidade de relações familiares desenvolvidas sem amparo legal”(TARTUCE, 2017, p. 94) . Conforme as relações familiares evoluem e se dinamizam, os dispositivos normativos devem sempre se orientar pela dignidade da pessoa a fim de que

todos os direitos inerentes à condição humana daqueles envolvidos nas relações familiares sejam tutelados e efetivamente assegurados.

Ainda sobre a dignidade, oportuno citar o pensamento do jurista Luís Roberto Barroso ao dispor:

A dignidade humana vem inscrita na Constituição brasileira como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante umas das enunciações do imperativo categórico kantiano<sup>51</sup>. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos (...). No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.” (BARROSO, 2018, p. 63).

O princípio em questão traduz uma noção fundamental de respeito à pessoa humana, aludindo que respeitar essa condição humanística é imprescindível para a realização pessoal e para a busca da felicidade.

---

<sup>51</sup> Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edição 70, 2004. P. 68 e SS.

O princípio da igualdade ou isonomia possui respaldo constitucional no art. 5º, *caput*<sup>52</sup>, ao declarar que todos são iguais perante a lei. Em âmbito de direito de família, é importante elucidar a igualdade com o intuito de superar o estigma histórico que estruturou a família em moldes conservadores e discriminatórios, verificando-se ainda, nos dias atuais, resquícios, desse conservadorismo.

Harmonizando-se à ordem constitucional, o Código Civil (BRASIL, 2002) consagra o princípio da igualdade no âmbito das famílias, neste contexto, a igualdade não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas sim pela solidariedade que deve existir entre os membros da entidade familiar. “Igualdade não significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, mas tratar a todos como iguais. E tratar a todos como iguais significa que o Estado e os indivíduos devem tratar a todos com igual respeito e consideração” (OMMATI, 2018, p.64/65).

A doutrina nos diz que o vínculo parental, independentemente, de sua origem deve ser tratado de igual forma, ou seja, uma vez reconhecida a parentalidade

---

<sup>52</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

socioafetiva, o núcleo familiar que se forma deve ser composto por pessoas que gozem dos mesmos direitos e deveres daquele formado pelo vínculo biológico ou civil.

Ao falar de multiparentalidade, ou buscar uma justificativa para a sua existência, não se pode deixar de mencionar o princípio da solidariedade familiar, desdobramento do artigo 3º, I<sup>53</sup> da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que tem por base a solidariedade social. segundo Tartuce :

“Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual”. (2017, p. 113):

As relações interpessoais são influenciadas pela noção de solidariedade e cada membro do grupo familiar assume responsabilidades para com o outro. Tal princípio enfatiza a ajuda mútua que os membros de uma família devem ter, definindo os mesmos direitos e deveres entre os familiares de quaisquer espécies de núcleo familiar.

---

<sup>53</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste contexto e tendo em vista o disposto no artigo 5º, §2º<sup>54</sup> da Constituição Federal de 1988, ressalta-se a afetividade como princípio constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à intimidade, já que o afeto, elemento essencial das relações interpessoais, consistem no exercício do direito fundamental à intimidade.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira pontua:

“Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CFB, ele se apresenta como um princípio não expresso, [...]; nela estão seus fundamentos essenciais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º. Como se vê, a presença explícita do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, permeou a construção e se presentifica em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Dessa maneira, há na Constituição Federal normas que dispõem sobre a existência de

---

<sup>54</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

princípios e garantias constitucionais implícitos e explícitos, decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional vigente, é capaz de mostrar que a afetividade tornou-se elemento formador da entidade familiar da nossa sociedade atual, sendo considerada, então, princípio constitucional implícito, de acordo com o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.” (2016, p. 54)

A elevação do afeto a categoria de princípio fundamental implícito na constituição revela a dimensão a ser conferida a esse direito no sistema jurídico pátrio. É dizer que a legislação pertinente ao tema deve ter como vetor interpretativo o princípio fundamental da afetividade, já que a multiparentalidade baseia-se, essencialmente, no afeto.

A família, como dispõe o art. 226, *caput*<sup>55</sup>, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 75) destacam que “a família serve de meio para arealização dos anseios e pretensões individuais e, simultaneamente, como meio social para a busca da felicidade na relação com o outro, estruturando o princípio da função social da família”, desse modo, revela a sua função social, já que permite que cada indivíduo se desenvolva, fazendo *jus* ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre os princípios que fundamentam a multiparentalidade, cita-se o princípio da pluralidade das

---

<sup>55</sup>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

entidades familiares, a considerar que a família e a forma como é constituída devem ser vistas de maneira ampla. Todas as relações familiares e os tipos de família formados devem ser admitidos e protegidos. A existência de grupos familiares plurais é apontada por Farias e Rosenvald :

Dessa maneira, a família deve ser notada de forma ampla, independentemente do modelo adotado. Seja qual for a forma, decorrerá especial proteção do Poder Público. Gozam, assim, de proteção tanto as entidades constituídas solenemente (como o casamento) quanto as entidades informais, sem constituição solene (como a união estável). (2014, p. 113)

As estruturas familiares adquiriram novos contornos com o advento da Constituição Federal (BRASIL 1988) e, por isso, o pluralismo das entidades familiares é entendido como o dever do Estado de reconhecer a existência de vários arranjos familiares e oferecer efetiva proteção a eles, já que amultiparentalidade e os direitos e deveres dela decorrentes somente constituem mais uma manifestação de relação familiar. O próprio Texto Constitucional abarca diversas garantias ao exercício do direito que consiste em ver reconhecido o vínculo que se fundamenta no afeto. A afetividade que ganhou *status* de valor jurídico sendo erigido à categoria de principio traz em si

um direito fundamental a ser garantido pelo sistema jurídico pátrio.

A seguir, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais citados, especificamente, o da afetividade, passa-se a analisar as formalidade legais inerentes ao procedimento de registro de nascimento, bem como do ato registral hábil a publicizar a multiparentalidade no registro civil das pessoas naturais.

## **2. O Nascimento e a Lei de Registros Públicos**

A filiação, no Direito brasileiro, é regulada pelos artigos 1.596<sup>56</sup> a 1.606<sup>57</sup> do Código Civil de 2002, devendo resultar do termo de nascimento, onde se encontram as indicações de um pai e uma mãe ou de um dos dois para que a comunidade tome ciência da existência de um novo indivíduo e para que a gama de direitos que lhe é inerente seja afirmada.

O nascimento é um fato biológico que repercute jurídica e socialmente, daí a importância de seu registro e publicidade, considerando que a existência de uma nova pessoa

---

<sup>56</sup>Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>57</sup>Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

deve ser do conhecimento de todos. Ressalta Luiz Guilherme Loureiro que:

A ausência do registro de nascimento, entretanto, não impede a pessoa de adquirir e exercer direitos, visto que tais prerrogativas decorrem da personalidade, e esta é adquirida com o nascimento com vida, e não com o registro. Tampouco importa a “inexistência” jurídica da pessoa, uma vez que o nascimento, o nome e outros atributos da personalidade podem ser provados por outros meios. (2018, p. 69/70)

De todo modo, o registro de nascimento assume função essencial para integrar o recém-nascido na família e no meio social, facilitando o exercício dos direitos fundamentais a serem tutelados pelo Estado. A lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (BRASIL, 1973), trata do procedimento adotado para a lavratura do ato registral do nascimento, os dispositivos legais estabelecem uma prescrição de dados que, necessariamente, devem constar do termo de nascimento. Possuem natureza obrigatória, desde que conhecidos. *A normativa em questão é taxativa, já que nenhum dado além dos expressos em lei deve ser incluído no assento ora tratado.* (LOUREIRO, 2018, p.65)

No capítulo IV da Lei de Registros Públicos (BRASIL, Lei 6015/73), especificamente, no art. 54<sup>58</sup> consta que no

---

<sup>58</sup> Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; 2º) o sexo do registrando; 3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido; 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança; 5º) a declaração de que nasceu morto, ou morreu no ato ou logo depois do

assento do nascimento deverá conter, dentre outras determinações, “os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal”.

A lei faz referência ao registro por somente dois pais, sendo a mãe, na condição de genitora, e o pai, na condição de declarante do registro. Referindo-se ao casal. A par do que dispõe o texto normativo, verifica-se não haver permissivo legal, na citada Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73) que regulamente o registro de nascimento, para fazer constar do assento da criança os nomes de dois pais ou duas mães.

A legislação em comento entrou em vigor no ano de 1973 e, até então, sofreu algumas poucas alterações, nenhuma, porém, pertinente à possibilidade de se constar mais de dois pais ou mais de duas mães no registro, cabendo à doutrina e jurisprudência uma interpretação ampla de modo a abarcar a

---

parto; 6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido; 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; 9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde; 10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; e 11) a naturalidade do registrando.

parentalidade fundada no afeto cujo reconhecimento reflete diretamente no registro de nascimento, já que o fato deve ser publicizado e, além disso, na maioria dos casos, resultar-se-á um assento com nome de dois pais e ou duas mães.

Desse modo, indaga-se qual o procedimento a ser adotado, perante os registros civis das pessoas naturais, para publicizar esse fato? Pois bem, malgrado a discussão sobre a possibilidade ou não de constar no registro civil de nascimento mais de dois pais, sob o contexto da multiparentalidade, é importante destacar alguns aspectos em relação a atividade registral e judicial, quando os casos por si só não puderem ser resolvidos sem chancela judicial.

O responsável pelo registro ou o julgador devem atentar para o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, Decreto-Lei 4.657/1942),o qual menciona: *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*.

Sobre o dispositivo, enfatiza Maria Berenice Dias:

Quando o legislador omite-se em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos sob alegação de ausência de lei. É o que se chama de *non liquet* (LINDB 4º, e CPC 126). A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para se negar prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a

existência de direito merecedor de chancela jurídica.  
(2017, p.35)

A comaltação de lacunas se faz necessária frente à omissão do legislador que não regulou situações passíveis de tutela. Vale dizer, o juiz, atrelado a ideia de representar o Estado, não pode se furtar de prestar tutela jurisdicional a quem precise, deve atuar efetivamente interpretando todo o envoltório do ordenamento jurídico e analisar o concreto sob a ótica de um ordenamento jurídico sistematizado.

A falta de previsão de lei específica para regular dado caso não pode justificar a negativa de prestação jurisdicional ou o não reconhecimento da existência de direito passível de chancela jurídica. Sobretudo, inspirado na ideia da multiparentalidade, o caráter biológico não constitui critério único para determinação dos vínculos familiares e, por conseguinte, os vínculos de filiação.

Se o afeto embasa a constituição e o reconhecimento da unidade familiar, é compreensível aceitar a existência da múltipla filiação ou de múltipla parentalidade.

Como muito bem pontuado por Paulo Lôbo:

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.  
(2017, p.17)

Como visto, o artigo 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proíbe designações discriminatórias. Assim, as questões atinentes à família, seja no âmbito do Direito de Família, seja no âmbito dos registros públicos, devem levar em consideração, o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, bem como a afetividade, a solidariedade e a ideia de família plural.

O surgimento de novos modelos de constituição familiar suscitam inúmeras discussões, dentre as quais a reformulação dos institutos relativos aos registros públicos. O perfil contemporâneo da família está em processo de evolução, segundo Farias e Rosenvald:

Composta por seres humanos decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. (2015, p. 37).

A compreensão da família, levando em consideração que é composta por seres humanos, decorre do entendimento da consequente mudança por que passa já que é substrato de relações interpessoais, revelando um caráter íntimo e subjetivo. Vale dizer, pode se apresentar sob diversas formas

que variarão de acordo com as possibilidades de se relacionar, de expressar amor, de expressar afeto.

O judiciário recorria à interpretação do sistema jurídico como um todo para decidir acerca das questões pertinentes à parentalidade, proferindo decisões de reconhecimento do vínculo e determinando que os oficiais de registros civis averbassem essa informação à margem do assento. Até que, em novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições, editou o Provimento n.º 63 (BRASIL, 2017) que, dentre outras determinações, permite que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva seja feita diretamente nos cartórios, independente de decisão judicial, estabelecendo procedimento para tanto.

Referida normativa demonstra uma tentativa de adequação do sistema jurídico aos ditames constitucionais e a fatos que evidenciam as mutações sociais ocorridas ao longo da história, consistindo em pertinente avanço no que tange ao reconhecimento do princípio da afetividade. Contudo, no que pertine ao conteúdo procedimental que conduz ao reconhecimento, há que fazer algumas reflexões. Para tanto, prossegue-se o presente trabalho com a análise dos aspectos procedimentais do Provimento n.º 63 do CNJ (BRASIL, 2017).

### **3. Provimento n. 63 de 17 de novembro do Conselho Nacional de Justiça**

Em novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento n.º 63 com o objetivo, dentre outros, de regulamentar o procedimento para o reconhecimento da paternidade e maternidade socioafetiva. Tal normativa revela a movimentação do sistema jurídico no sentido de reconhecer expressamente o vínculo afetivo que, como dito, possui fundamentos no Texto Constitucional, bem como a validação da parentalidade socioafetiva por meio da dispensa de uma intervenção do judiciário para a sua declaração, já que permite que o reconhecimento seja formalizado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e independentemente de ordem judicial.

Os artigos 10 e seguintes do Provimento n. 63 estabelecem o procedimento para a formalização da maternidade e paternidade socioafetiva. Dentre outras exigências, dispõe ser necessária a formulação de um requerimento formal perante o registro civil das pessoas naturais no qual deve constar a qualificação das partes, no caso requerente que declara o vínculo, pais biológicos em se tratando de menor e do reconhecido, devendo figurar como signatários o requerente, pais biológicos e o reconhecido, caso

seja maior de 12 anos, devendo, neste caso, constar o seu consentimento.

Embora referida normativa traga em seu bojo um avanço a integrar o sistema jurídico, há que se ponderar acerca da exigência contida no artigo 11, § 3º<sup>59</sup> no que pertine à exigência da assinatura do pai e da mãe do menor reconhecido, para a validade do ato. Tendo em vista o que se evidenciou sobre os princípios constitucionais que fundamentam a multiparentalidade socioafetiva, especificamente, o princípio da afetividade, verdadeiro direito fundamental da pessoa humana e a par de ser o afeto um aspecto pertencente à subjetividade e intimidade do indivíduo, afirmar-se consistir tal exigência em afronta à garantia do direito fundamental à afetividade.

O Provimento n.º 63 condiciona o direito do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva a autorização de terceiro que, muitas das vezes, não está envolvido na relação de afeto. Verifica-se, pois, uma

---

<sup>59</sup> Art. 11: O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processada perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado a origem da filiação, § 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

incongruência com todo o sistema interpretativo que reconhece o afeto como fundamento de um vínculo que decorre, eminentemente, da subjetividade e que independe de validação de terceira pessoa. Tratando-se, pois, de uma limitação à esse direito fundamental.

Ademais, para que se perceba dita incongruência, nem precisa ir muito além, basta observar os “considerandos” do provimento em questão. É o que se transcreve:

“Considerando a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil; (...) considerando a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva; considerando que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios (Supremo Tribunal Federal – Ren.898.060/SC (...))” (2017, p.02).

No que tange à paternidade e maternidade socioafetiva, o Conselho Nacional de Justiça levou em consideração, dentre outros aspectos, o princípio da afetividade e dignidade da pessoa humana. Em outras palavras se esse foi o ponto de partida para permissão contida na normativa em comento não há que se falar em condicionar a sua efetivação à

autorização do pai ou da mãe que constam no registro de nascimento do reconhecido.

Ademais há que se ressaltar a previsão contida na Lei 8.560/92 (BRASIL, 1992)<sup>60</sup> que em seu artigo 1º prevê a possibilidade de reconhecimento de paternidade por meio de declaração a ser feita diretamente nos cartórios, não condicionando a prática do ato a qualquer outra formalidade, além da declaração pelo pessoa que afirma ser o pai biológico, podendo o reconhecimento ser posterior ou concomitantemente ao registro de nascimento.

Fabiane Queiroz Mathiel Dottore e Mayra Zago de Gouveia Maia Leime em artigo intitulado A Filiação Socioafetiva e o Registro Civil das Pessoas Naturais, pontua que:

No Estado de São Paulo, o reconhecimento da paternidade por afetividade em cartório foi objeto da decisão da Corregedoria Geral de Justiça no processo n.2014/88189. Nesta decisão o juiz assessor da Corregedoria, o Dr. Gustavo Henrique Bretas Marzagão, notou, que não se exige para o reconhecimento extrajudicial da paternidade biológica qualquer comprovação além da simples declaração, devendo ser dado ao reconhecimento não biológico o mesmo tratamento, primando também pela desjudicialização, vez que inexistente impedimento legal

---

<sup>60</sup>Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

para este reconhecimento. (...) Assim conclui na decisão que é razão de justiça permitir que o pai cujo vínculo se originou no afeto possa ter o direito de registrar o seu filho, com base na previsão Constitucional do artigo 227, parágrafo sexto, que proibindo discriminação relativa à filiação assegura os mesmos direitos aos filhos nascidos ou não da relação de casamento (2018, p.238/239).

O Provimento n. 63 do CNJ estabelece limitação vedada pela Constituição Federal que no § 6º do artigo 227<sup>61</sup> que evidencia não ser admitida nenhuma espécie de discriminação em razão da origem da filiação, devendo ser revisto no que pertine à exigência de assinatura dos pais que constam do assento de nascimento do reconhecido.

#### **4. Conclusão**

Durante muito tempo houve entre os juristas a discussão acerca da abrangência do conceito de família, foram interpretações em vários sentidos até se chegar ao consenso de que o legislador constituinte ao dispor sobre a família no já

---

<sup>61</sup> Art. 227. É 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. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

citado artigo 226, o faz com o intuito de incluir outros arranjos de família além do tradicional e expressamente mencionado no Texto Constitucional.

A amplitude do termo constante da norma revela uma consonância entre o ordenamento jurídico e os novos arranjos parentais oriundos de vínculos afetivos. As mutações sociais devem ser acompanhadas pela legislação e, em âmbito de direito família, no que toca a multiparentalidade, tal expectativa vem se concretizando.

A afetividade, inicialmente, reconhecida como valor jurídico logo foi alçada ao *status* de princípio constitucional, ou seja, consiste em verdadeiro direito fundamental garantidor do reconhecimento do vínculo estabelecido por meio do afeto, o que confere validação às famílias multiparentais.

Essa construção jurídica teve como base e ponto de partida, o Texto Constitucional, na seqüência, em 2002, a Lei Civil, em harmonia com o legislador constituinte traz a previsão da filiação baseada em “outra origem”, como apontado no artigo 1.593, o que trouxe maior legitimidade para as decisões judiciais que reconhecem o vínculo, consolidando-se, assim, uma jurisprudência que reconhece a multiparentalidade afetiva.

Em uma atitude positiva e com fim de atender aos reclamos da sociedade e ao comando constitucional que veda a

discriminação em razão da origem da filiação e, por conseguinte aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, o Conselho Nacional de Justiça editou em novembro de 2017 o Provimento n.º 63 dispondo sobre o direito de reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva perante o registro civil das pessoas naturais e independentemente de ordem judicial.

A normativa em questão trata-se de sadia tentativa de desjudicialização que valida todas as construções jurisprudências no sentido de conferir reconhecimento ao vínculo afetivo, todavia, traz, em seu bojo, exigência discriminatória ao condicionar o reconhecimento socioafetivo à autorização dos pais que constam do registro.

Contraditoriamente trata-se de uma ampliação normativa que limita. Amplia ao desjudicializar e reconhecer a possibilidade da multiparentalidade, por meio de declaração no registro civil das pessoas naturais e limita, na medida em que exige autorização de terceiro que, muitas das vezes, não faz parte da relação de afeto.

Nunca é redundante lembrar que, na multiparentalidade socioafetiva, as partes envolvidas declaram que o vínculo que as une é pautado pelo afeto e pelo desejo de ver nos registros públicos, a realidade experimentada no seio familiar. O fato de já existir uma mãe ou um pai biológico não

pode consistir em circunstância que dificulte o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva.

Neste contexto, a recusa de autorização por um dos pais impede a formalização do reconhecimento extrajudicial. Desse modo, verifica-se que, apesar das evoluções jurisprudenciais e legislativas, a multiparentalidade ainda encontra alguns entraves de ordem procedimental que podem ser adequados para que haja uma coesão entre a normativa; jurisprudência e o sistema jurídico como um todo.

A adoção de novas sistemáticas ou mesmo a conformação das já existentes é postura imprescindível para que o ordenamento jurídico, de forma satisfatória, atenda aos reclamos sociais no sentido de concretizar nos registros públicos situação fática que, ao serem formalizadas, viabilizam o exercício dos direitos e deveres inerentes ao vínculo parental.

Oportuno destacar que somente com a publicidade registral é que a parentalidade socioafetiva produzirá os regulares efeitos, o registro deste fato da vida é extremamente importante para gerar segurança jurídica às relações sociais e conferir, notadamente, ao reconhecido o exercício de direitos inerentes à sua personalidade, refletindo, assim a verdade real de uma situação de fato que é a posse do estado de filho.

A legalidade será alcançada com a lavratura do registro que é o suporte legal da família e da sociedade, é com a

efetivação dessa formalidade que se viabilizará os direitos e obrigações da pessoa humana, devendo, por isso, existir uma facilitação para que se possa concretizar as devidas alterações referente à identidade pessoal do indivíduo, publicizando fatos que devem ser do conhecimento de toda a sociedade e gerando a almejada segurança jurídica às relações sociais.

Observamos, por fim, que a regulamentação dessa prática, viabilizaria uma efetiva desjudicialização do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva que deve evoluir para que seja facilitada nos mesmo moldes em que o éo reconhecimento biológico. Situação que confere garantia à afetividade, principio constitucional não expreso, mas decorrente do Texto Constitucional, como sendo o verdadeiro fundamento ao vinculo parental.

## 5. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Outro País: Transformações do Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de jan. de 2002. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 20/06/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/06/2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, 31 de dez. de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 20/06/2018.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. 3ª.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7ª. ed. revisada. Atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias na perspectiva constitucional**. 5ª. ed. Vol. 6 revisada. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JÚNIOR GOMES, Izaías Ferro; DEBS EL, Martha. **O Registro Civil das Pessoas Naturais Reflexões sobre Temas Atuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 9ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018.

MARTINS, Jomar. **Certidão Multiparental: Menina será registrada por um pai e duas mães homossexuais**. In: Revista Consultor Jurídico – CONJUR, *online*. Publicado em 22 de fev. 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/menino-registrado-pai-duas-maes-homossexuais>. Acesso em: 24/06/2018.

OMMATI, José Emilio Medauar, **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais** – 5ª Ed. : Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2018.

PAIANO, Daniela Braga. **A Família Atual e as Espécies de Filiações**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3ª. ed..São Paulo: 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 12ª. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Forense, 2017.

# **A EXECUÇÃO DA PENA DA PESSOA TRANSGÊNERA NO ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

## **THE EXECUTION OF THE PENALTY OF THE TRANSGENIC PERSON IN THE CURRENT BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM**

*Wanderson Dias Fernandes  
Flávio Marcos de Oliveira Vaz*

### **RESUMO**

Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e que uma sociedade justa não admite a discriminação das populações vulneráveis o artigo analisa o cumprimento de pena por pessoas transgêneras. Inicialmente será abordada a questão da transgeneridade com as suas características e classificação. Posteriormente será realizada uma abordagem sobre a legislação que trata do assunto, principalmente a Lei 7.210, de 11.07.1984. Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em cautelar deferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, de 2015, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro será abordado se este reconhecimento é suficiente e/ou adequado para as pessoas transgêneras em cumprimento de pena.

**Palavras-chave:** Transgênero; vulneráveis; pena, dignidade, penitenciário.

## ABSTRACT

In view of the principle of the dignity of the human person and that a just society does not allow discrimination against vulnerable populations, the article analyzes the punishment of transgender people. Initially, the question of transgenerity will be addressed with its characteristics and classification. Subsequently an approach will be taken on the legislation that deals with the subject, mainly Law 7.210, dated 07.07.1984. Considering that the Federal Supreme Court, in a precautionary measure deferred in the Action of Non-compliance with Basic Precept nº 347 / DF, of 2015, acknowledged the State of Things Unconstitutional of the Brazilian Penitentiary System will be approached if this recognition is sufficient and/or suitable for transgender persons in compliance with penalty.

**Keywords:** Transgender; vulnerable groups; pen, dignity, penitentiary.

## INTRODUÇÃO

Como fundamento da construção do Estado democrático de Direito, a Constituição Federal prevê em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos pilares de sua sustentação. Insta salientar que tal dispositivo é sacramentado como princípio democrático de Direito e base legal para diversos outros institutos dentro do ordenamento legal.

Tem-se ainda exposto no artigo 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Todavia, o referido dispositivo, quando da sua aplicabilidade no contexto social, não raras vezes atinge somente uma parcela de cidadãos. Sabe-se da existência de legislação penal que pune crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, porém, não há uma norma que regulamente o crime cometido contra o cidadão em razão de gênero, ou mesmo uma ameaça ou lesão causada em razão de sua condição.

Não há igualdade no tratamento dos cidadãos transgêneros em relação aos demais cidadãos no ordenamento jurídico pátrio, sendo que em muitas circunstâncias o transgênero tem que recorrer ao Poder Judiciário para ter a garantia e efetividade dos seus direitos. Insta salientar que nem sempre obtém o acolhimento de seu pleito, pois ainda pode se deparar com um julgador conservador, que pode apreciar o caso segundo suas convicções pessoais, o que não deveria ocorrer, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo porque a Lei de execução penal é omissa em relação ao

cumprimento da pena de pessoa transgênera e não se tem conhecimento de qualquer estabelecimento penal destinado ao cumprimento de pena de pessoa que se identifique como tal.

Nesse sentido é que se desenvolve a discussão, a Lei de Execução Penal, de 1984, traz soluções adequadas ao cumprimento da pena por pessoas transgêneras, principalmente que, na maioria das vezes, trata-se de pessoa vulnerável dentro do sistema penitenciário.

Inicialmente será abordada a questão da transgeneridade e a classificação que, normalmente, se realiza das pessoas que se definem como transgênera, as suas características visando desfazer o equívoco de se confundir a transgeneridade com a opção sexual.

Será trabalhada a inexistência de normas pertinentes ao assunto da transgeneridade e o problema do subjetivismo do julgador na análise de questões envolvendo pessoas transgêneras. Será dada especial atenção à Lei de Execução Penal e questionada se referida Lei é adequada ao cumprimento de pena de pessoas transgêneras.

Por fim, será realizada uma contextualização do poder punitivo estatal e o cumprimento da pena no sistema penitenciário brasileiro que, superlotado, submete os presos a um cumprimento de pena degradante em clara, massiva e persistente violação dos direitos humanos e se esta situação de

Estado de Coisas Inconstitucional atinge as pessoas transgêneras de forma específica.

## **1. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS**

É comum observar nos círculos sociais, na mídia ou mesmo em noticiários, o despreparo do cidadão para tratar a questão da transgeneridade. Ainda, também se percebe frequentemente o preconceito que permeia a vida dos transgêneros, que sofrem por não poderem viver em consonância com o gênero com o qual se identificam, em razão dos empecilhos sociais, culturais, religiosos e até mesmo a ausência de amparo legal, que regulamente e dê efetividade aos direitos dessa minoria marginalizada.

O conceito de transgeneridade é muitas vezes confundido com a questão da homossexualidade, num contexto popular e desarrazoado de que transgênero e gay são similares. Todavia, a transgeneridade conceitua-se como a não identificação do ser com o corpo físico, sendo esta a principal característica da pessoa transgênera e não sua orientação sexual: é possível ser transgênero homo, hétero, bi ou mesmo assexual.

De acordo com a Nota Informativa das Livres e Iguais Nações Unidas, a pessoa transgênera pode identificar-se com diversas classes como acentuado a seguir:

Uma pessoa transgênero ou trans pode identificar-se como homem, mulher, trans-homem, trans-mulher, como pessoa não-binária ou com outros termos, tais como *hijra*, terceiro gênero, dois-espíritos, travesti, *fa'afafine*, gênero *queer*, *transpinoy*, *muxe*, *waria* e *meti*. Identidade de gênero é diferente de orientação sexual. Pessoas trans podem ter qualquer orientação sexual, incluindo heterossexual, homossexual, bissexual e assexual. (UNFE,\_\_\_\_).

Vale trazer à baila algumas situações que envolvem a descoberta e identificação do sujeito nessas condições. As características das pessoas transgêneras se manifestam desde a tenra idade, fase a qual em que a criança já desponta a sua insatisfação com o corpo, por justamente não se reconhecer nele. Trata-se de uma condição subjetiva, não clínica, para o indivíduo, embora não por isso menos angustiante, pois em razão do desconhecimento da matéria, inúmeros são os casos de “tratamentos” para o sujeito nessas condições, tendo em vista que para muitos a transgeneridade ainda é uma “aberração”.

Quanto mais cedo a criança demonstra não estar satisfeita maiores são as chances de dificuldades a serem enfrentadas por ela ao viver em sociedade, em razão da incapacidade de entender o que acontece consigo. Um fator determinante para que o pessoa trans consiga lidar com os questionamentos deste estágio, muitas das vezes, é o apoio familiar. Uma pessoa que cresce com o apoio dos familiares tende a ser menos vulnerável a compor a estatística dos inúmeros suicídios cometidos entre pessoas que não se identificam com o corpo que possuem (GAZETA DO POVO, 2018).

No que tange à identificação da transgeneridade, trata-se de uma etapa minuciosa e que requer o máximo de cuidado. Não se pretende postular que o sujeito que não se identifica com a genitália com que nasceu tenha de fazer a cirurgia de transgenitalização para adequar o seu sexo. Trata-se, outrossim, de um acompanhamento psicológico e psiquiátrico denso e predecessor de qualquer intervenção clínica, uma vez que a pessoa que opta pela redesignação sexual por meio da cirurgia é impossibilitada definitivamente de voltar ao sexo biológico anterior. Isto envolve diversos fatores psicológicos e emocionais, conforme ressalta Júnior:

A psicologia caracteriza a identidade de gênero como autopercepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente. “A psicologia reconhece a identidade de gênero como um produto da cultura que define atributos tipicamente categorizados como masculinos ou como femininos e é um fenômeno que ultrapassa a constituição biológica do sexo genital, sexo biológico e identidade de gênero podem ou não serem correspondentes. Sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: o que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital. (IACB, 2017).

Além dos fatos sociais, o problema com o corpo assombra os transgêneros, uma vez, por exemplo, que aquele que nasceu no corpo masculino, mas se enxerga como uma mulher, adentra numa condição que deixa de ser puramente física e transcende para o campo psicológico. O sujeito quer se vestir, comportar e viver como uma mulher, mas a genitália masculina o acompanha, fazendo com que não haja conexão entre o ser físico e o ser psicológico, ensejando o surgimento de circunstâncias de desconforto para o cidadão que se encontra nessa situação.

Nota-se que a questão corporal, conforme mencionado, acompanha os transgêneros de forma indissociável. Cria-se uma expectativa social de que aquela criança não destoará do que se tem como padrão. Neste contexto, as pessoas transgêneras são inseridas, e interpretando de modo inclusivo o diálogo estabelecido sobre travestilidades e transexualidades, Prado; Perucchi; et. al. (2017) expõem que:

Ao não corresponderem às expectativas sociais, desestabilizando categorias prescritivas e normativas de gênero e sexualidade, suas experiências e corpos não são vistos como legítimos, o que as coloca à margem da sociedade e as estigmatiza frente aos demais grupos, hierarquizados por meio do que Goffman (1988) identifica como processos de reconhecimento social. Cabe ressaltar que todo esse processo influencia no acesso a diversos serviços/e ou garantias constitucionais. (página 63, livro gênero, sexualidade e direitos humanos). (PRADO; PERUCCHI, et. al. 2017, p. 63).

A partir do momento em que o sujeito não se enxerga em seu próprio corpo e sim em outro gênero e demonstra isso em sociedade, pode-se perceber o preconceito sofrido pelo cidadão, não somente no meio em que está inserido: a circunstância transcende a esfera privada, passando para a

pública, uma vez que não se tem normas constitucionais para assegurar que o sujeito possa passar por este processo de adequação, sem ter seus direitos suprimidos.

Alinhado ao estudo, vê-se que um dos problemas ainda enfrentados pela classe é justamente na limitação do gênero: ser feminino e masculino, a denominada ordem compulsória. Senkevics (2012), trazendo à baila estudos de Butler quanto ao tema em *Ensaio de Gênero*, expõe sobre a manutenção da ordem compulsória tendo como fator a cultura do macho e fêmea:

O papel do gênero seria produzir a falsa noção de estabilidade, em que a matriz heterossexual estaria assegurada por dois sexos fixos e coerentes, os quais se opõem como todas as oposições binárias do pensamento ocidental: macho x fêmea, homem x mulher, masculino x feminino, pênis x vagina etc. É todo um discurso que leva à manutenção da tal ordem compulsória. (GÊNERO. Ensaio, 2012).

Percebe-se então que o sujeito, para ser considerado como aceito no meio social, tem que se identificar somente com os gêneros estabelecidos cultural e civilmente: masculino e feminino. O caminho inverso não é aceito, tornando-se algo

cíclico, atávico e segregativo, uma vez que só se aceita como “normal” aquele que nasceu com a genitália que corresponde ao sexo, mesmo que estudos comprovem que este padrão *heterocisnormativo* é irracional, ilógico e cruel.

Apesar de todas as controvérsias que permeiam a temática, a construção do gênero é algo que vem sendo debatido e discutido, como na questão da proibição de se discutir sexualidade em escolas. Os anais da 1ª Conferência Nacional LGBT de 2008, expõem claramente o papel da desconstrução do gênero, conforme se vê:

A transexualidade seria então, um contexto vivencial de indivíduo com identidade de gênero constituída nos parâmetros de gêneros estabelecidos, ou seja, masculino e feminino. E que, entretanto, não se identificam com os atributos biológicos de nascença, sexualmente diferenciados. Essa não-identificação com os atributos biológicos pode se transformar em um desconforto ou até mesmo uma estranheza tal, levando à cirurgia, alterações cirúrgicas, hormonais e até mesmo cirurgia dos genitais, em alguns casos, para que eles possam ter correspondência com a sua identidade psicoemocional (ANAIS, 2008).

A liberdade que se vê estampada midiaticamente e nas searas em que domine o senso comum, é de que se pode ser o que quiser, viver da maneira que se quiser, desde que não destoe do que é socialmente aceito. Isto traz uma ideia fantasiosa de Estado democrático de Direito. Toda sociedade dispõe de normativas para que os cidadãos possam conviver em sociedade, tendo assegurados seus direitos. Contudo, para os transgêneros especificamente, tais regras são restritivas dadas suas condições físicas e comportamentais.

Lamy (\_\_\_\_), ao tratar sobre o Princípio Constitucional do Estado Democrático e Direito Natural, acentua a questão da liberdade e autodeterminação:

O verdadeiro significado de Liberdade é auto-determinação, não mera escolha externa, é, como afirma Paulo Ferreira da Cunha, “assunção individual que implica autoconsciência e possibilidade de luta” [16]. É manifestação da autonomia, não da heteronomia, nem da anomia. Liberdade não é sentimento, mas comportamento: “Quem entende liberdade somente como poder fazer o que se quer, esse está amarrado demasiadas vezes em seus próprios desejos” [17]. Esta concepção equivocada pode nos libertar da escravidão dos outros, mas torna-nos escravos de nós mesmos. (LAMY, \_\_\_\_).

Nas observações cotidianas e poéticas sobre os ideais românticos de liberdade, percebe-se o favorecimento dos direitos heteronormativos sobre todo e qualquer outro, uma vez que ser heterossexual e cisgênero é o dito “normal”. Entretanto, não se trata de sobrepor um direito ao outro, visto que não há grupo que seja socialmente mais importante que outro, mas pura e simplesmente de assegurar que todos os direitos coexistam lado a lado, baseados no princípio de igualdade, que tanto é discutida na seara constitucional.

Continuando na tratativa, o autor ainda expõe sobre a limitação de direitos na perspectiva de um estado democrático de direito e os entrelaces da constitucionalidade de um direito positivo com a liberdade:

Mais ainda, liberdade não é o mero contorno de possibilidades de atuação que o direito positivo nos faculta. Como atitude, ela não pode ser explicada pelo posto, não pode ser tipificada. O direito meramente estabelece alguns dos limites que extravasam a liberdade e os critérios notadamente impeditivos de sua restrição: “Não é a classificação legal e aditiva de um punhado de liberdades que nos faz mais ou menos livres. É o clima que se respira, é a constituição real e material que se vive. E essa

decorre, obviamente, antes de mais, da assunção comunitária do amor da liberdade...”. (LAMY, \_\_\_\_).

Isto induz à constatação da inaplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana a pessoas transgêneras, na maioria dos casos. Vê-se que estes indivíduos têm a sua liberdade moral tolhida, em razão de diversos desarranjos sociais, o que repercute na esfera judiciária, sendo perceptível tal descaso em razão do ínfimo teor de regulamentação legislativa sobre as garantias constitucionais dos cidadãos transgêneros.

## **2. O ANACRONISMO NA POLÍTICA DE EXECUÇÃO PENAL DE PESSOAS TRANSGÊNERAS**

Como bem lembrado nas lições do eminente Ministro Barroso, a vida em sociedade pressupõe que o bem vença, sem a vitória do bem não é possível viver em sociedade. Apesar da sobriedade e da beleza das lições, a necessidade da prevalência do bem sobre o mal é mais do que uma utopia, surgiu de uma necessidade da sobrevivência e de perpetuação da espécie, pois a vida em sociedade necessita de regras mínimas de convivência, sem elas, a brutalidade, a barbárie e condutas cruéis tendem a se repetir, tornando incerta a preservação da

espécie ou a elevação dos níveis de insegurança, de forma que a liberdade, tão almejada, se torne impossível à coletividade, conforme ensina Cesare Beccaria:

As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das Leis. (Beccaria, 1999, p. 41)

A organização social, segundo a qual a maioria dos homens sacrifica parte da sua liberdade em prol da coletividade como forma de preservar o que lhes resta de segurança e liberdade, foi percebida e explicada pela Teoria do Contrato Social, de origem política e filosófica, defendida e desenvolvida entre os Séculos XVI e XVIII. Segundo os defensores da teoria do Contrato Social, que pode ser explícito

ou implícito, este acordo foi o início do fim do estado natural e as primeiras experiências daquilo que, posteriormente, seria denominado estado moderno. Importa esclarecer que, apesar da influência da teoria do contrato social na filosofia política, posteriormente referida teoria foi aperfeiçoada pelo denominado neocontratualismo, defendido por John Rawls.

Segundo John Rawls, para se falar em um contrato social é imprescindível que o acordo se dê em condições apropriadas e que os contratantes precisam estar em condições simétricas. Defende que as leis naturais não podem fundamentar os princípios da justiça, estes são construídos, ou seja, a concepção de justiça decorre de uma opção política. Portanto, os integrantes do novo contrato social não estão obrigados a observar nenhum princípio previamente determinado, nem mesmo sofrem qualquer limitação de princípios pré-estabelecidos, o que realmente importa são as condições de equidade no momento de estabelecerem o contrato de cooperação social.

Porém, para que o contrato de cooperação seja realizado simetricamente é necessário que os cidadãos tenham satisfeitas as suas necessidades básicas, o que hodiernamente é denominado de mínimo existencial, segundo referido autor “abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem

participar da sociedade como cidadãos e muito menos como cidadãos iguais” (Rawls, 2005, p.166). Importa esclarecer que a ideia do mínimo existencial é ampliada com a ideia da necessidade dos bens primários, pois para a existência de uma cidadania plena não basta a satisfação do mínimo existencial, é imprescindível que os cidadãos tenham satisfeitas condições para que possam viver de forma digna, dentre elas as condições básicas para a realização dos direitos fundamentais. Por fim, defende a possibilidade de concessão de vantagens que melhore a vida menos favorecidos, pois uma sociedade justa deve procurar uma vida digna para todos os seus integrantes.

Considerando o aspecto penal, ou seja, condutas humanas passíveis de sofrerem uma sanção e que dependendo da gravidade da infração a sanção pode variar de uma simples advertência até a segregação do meio social por meio das penas privativas de liberdade, as condições acordadas socialmente passam por três fases.

Sucintamente, pode-se dizer que na primeira fase descreve-se uma conduta humana e comina-lhe uma pena, é o que se denomina tipo penal incriminador. Trata-se de uma forma própria de legislar fruto de evolução das ciências penais. Uma vez que para que se possa imputar a alguém a prática de um crime é necessário que, previamente, a conduta deva ser descrita em lei como crime, em respeito ao princípio da

legalidade e da anterioridade, conforme Francisco de Assis Toledo:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXXIX e XL, in verbis: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (Toledo, 2002, p. 21)

Importa esclarecer que muitos outros institutos do direito penal influenciam na imputação da conduta criminosa, dentre eles a relação de causalidade, a imputabilidade, causas de justificação, elementos normativos existentes em alguns tipos, mas, para o presente trabalho, basta a ideia geral de condutas criminosas, ou seja, comportamentos humanos que, se praticados, estão sujeitos a uma pena e que os princípios da legalidade e da anterioridade estão inseridos entre os direitos e garantias fundamentais.

Uma vez praticada uma conduta criminosa convencionou-se que surge para o Estado o poder-dever de perseguir o autor dela e puni-lo, denominados, respectivamente, de *jus perseguendi* e *jus puniendi*. Porém, para que o faça,

também se convencionou que deve-se observar o devido processo legal, que teve sua origem na *Magna Charta Libertatum*, de 1.215, que limitou o poder absoluto do soberano. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº 1, garantiu a presunção de inocência até que a culpabilidade do acusado seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa, conforme ensina Nelson Nery Júnior:

bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies.

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestação do “devido processo legal” o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. (Nery Júnior, 2006, p.60).

Não bastasse a importância histórica do tema, a Constituição da República adotou, de forma expressa, o devido processo legal, assegurando ao acusado todos os meios necessários e aptos a provar a sua inocência, decorrendo do devido processo legal a ampla defesa e o contraditório. Partindo

da hipótese que o fato seja criminoso e que o réu foi condenado em um processo justo surge o título executivo do processo penal, denominado de sentença penal condenatória e que deverá ser executada, sendo esta, a execução da sentença penal condenatória a terceira e última fase. Sucintamente, pode-se dizer que as três fases descritas concretizam o princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI<sup>62</sup>, da Constituição Federal, na primeira, a descrição da conduta punível e a cominação da pena imposta a cargo do poder legislativo; na segunda, a pena para o caso concreto em virtude da prática de um fato definido como crime, a cargo do poder judiciário; na terceira, a execução da pena, também de competência do poder judiciário.

No direito brasileiro, a execução da pena é disciplinada pela lei 7.210, de 11.07.1984, que, em seu artigo primeiro, define como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Conforme ensina Carmen Silva de Moraes Barros:

---

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

a individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado. (Morais Barros, 2001, p.23).

A grande dificuldade que envolve a execução penal, talvez todo o sistema jurídico, é que o sistema normativo não acompanha com a agilidade necessária a evolução da sociedade. Já na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, de Lavra do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, datada de 01 de julho de 1983, o Ministro reconhecia como dramático o problema do homossexualismo e o que definiu como assalto sexual, que nada mais é do que o crime de estupro. Porém, apesar de reconhecer já naquela época a existência de pessoas no sistema carcerário que se relacionavam sexual e afetivamente com pessoas do mesmo sexo, na exposição de motivos esclarecia que o projeto regulou as diferenças nas situações pessoais, dispondo que "*a mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal*", "*o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado*", "*o preso primário cumprirá a pena em seção distinta daquela reservada*

*para os reincidentes" e "o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada'* (artigos 81, § 1º 83, e §§). Não é difícil perceber que a Lei de Execuções Penais, como gênero, define apenas a situação do homem e da mulher. As outras três situações pessoais reguladas na Lei são a do preso provisório, a do condenado por sentença transitada em julgado, do condenado primário e do reincidente e, por fim, do preso que, ao tempo do fato, era funcionário da justiça.

Apesar dos inegáveis avanços introduzidos com a LEP, principalmente por declarar que o condenado e ao internado serão mantidos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei; que todos os atos e termos da execução se submetem ao princípio da legalidade; que constituem excesso ou desvio da execução qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, normas legais ou regulamentares que, via de regra, são sanáveis por *habeas corpus*, o projeto é omissivo no que se refere à pessoa transgênera.

Como forma de amenizar as grandes dificuldades enfrentadas pelas pessoas transgêneras em execução da pena foi promulgada a Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação considerando direitos e garantias fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal, em especial a não submissão à tortura, a

tratamento desumano ou degradante, a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, a proibição de penas cruéis, a garantia do cumprimento da pena em estabelecimento que leve em consideração, dentre outras condições pessoais, a orientação sexual e identidade de gênero, e a garantia da integridade física e moral do preso, estabeleceu os parâmetros de acolhimento de LGBT<sup>63</sup> em privação de liberdade no Brasil.

A resolução trouxe importantes e inegáveis avanços na política carcerária da pessoa transgênera, uma vez que, dentre outros, prevê o direito de ser chamado pelo seu nome social, de acordo com o gênero em que se identifique; espaço de vivência específico; cumprimento da pena de pessoas transexuais em unidades prisionais femininas e tratamento isonômico ao das

---

<sup>63</sup> Art. 1º - Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Parágrafo único - Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;

II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

demais mulheres em privação de liberdade; direito à visita íntima; manutenção e tratamento hormonal.

Apesar do reconhecido avanço trazido por meio da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, instrumento utilizado para detalhar, desenvolver ou complementar as determinações legais, como regra expedida por autoridades integrantes da cúpula da administração pública para regulamentar matéria exclusiva, referido instrumento tem se mostrado pouco efetivo, pois, apesar de prever espaços de vivência específicos, o cumprimento da pena em unidades prisionais femininas, tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico, a realidade no sistema prisional é muito distinta, no levantamento realizado pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, em 2014, constatou-se que apenas 1% dos presídios brasileiros possui espaço destinado ao convívio da população LGTB, 8% não tinha informações específicas e somente 5% dos presídios possuíam cela específica.

A falta de espaço específico e a previsão na resolução acima referida de que as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas tem encontrado resistência, pois, conforme já mencionado, houve caso da negativa de transferência de presas provisórias transexuais ou travestis para presídio feminino ao fundamento de que, no caso de briga, a superioridade física das

presas trans em relação às presas cis (aquelas que a identidade de gênero é a mesma do sexo biológico) tornariam estas alvos frágeis. Nos presídios masculinos, é de conhecimento notório os abusos e as humilhações de toda natureza sofridos por pessoas transgêneras.

O Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar deferida na ADPF 347/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional vigente no Sistema Penitenciário Brasileiro, quando assim decidiu:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”..

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional, com condições desumanas de custódia, violação massiva dos direitos fundamentais, com omissão de poder público e falhas estruturais é ainda mais grave quando se trata de pessoa transgênera que, além de todos os problemas normalmente enfrentados pela população carcerária, enfrenta discriminação entre os próprios custodiados, não existindo sequer presídios e/ou espaços de vivência específico, sendo certo que sem o local adequado ao cumprimento da pena outros direitos eventualmente reconhecidos ficam prejudicados.

#### **4. CONCLUSÃO**

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicado originariamente pela Corte Constitucional Colombiana ao julgar um processo promovido por professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados. Quando do julgamento, a Corte Colombiana fixou os parâmetros para o reconhecimento do Estado de inconstitucionalidade de coisas, sendo eles a sistemática e permanente violação dos direitos fundamentais; a omissão

reiterada do poder público no sentido de tomar as medidas necessárias para sanar a violação dos direitos fundamentais; número considerável de pessoas afetadas pela omissão pública; necessidade de uma solução que atue na estrutura do Estado como forma de coibir ou prevenir lesões a direitos.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 142641/SP, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ao conceder habeas Corpus às mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Também foi reconhecido na cautelar deferida na ADPF 347/DF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando reconheceu a violação massiva e persistente dos direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais no sistema penitenciário nacional.

Apesar de a decisão cautelar proferida na ADPF 347/DF reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário ela, ao que parece, não atenta para a omissão da Lei de Execução Penal quanto ao cumprimento de pena por pessoa transgênera. O autor da ADPF, após discorrer sobre os graves problemas que afetam o sistema prisional,

dentre eles celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, ausência de assistência judiciária adequada, pede a adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

É louvável e reconhecida a pertinência dos argumentos apresentados na ADPF 347/DF, o mesmo pode-se dizer da decisão que concedeu a medida cautelar e reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário Brasileiro, mas para a pessoa transgênera uma solução digna e definitiva somente seria alcançada com a construção de presídios específicos, a exemplo do que acontece com os presídios masculinos e femininos, espaços de vivência em presídios masculinos e/ou femininos podem causar condutas discriminatórias dentro do próprio sistema prisional. Obviamente, os funcionários que trabalhariam nestes presídios destinados à população transgênera deverão ter uma formação específica e adequada e o custodiado que se identificasse como transgênero somente seria transferido para referido estabelecimento se assim desejasse.

## REFERÊNCIAS

ANAIIS DA CONFERÊNCIA NACIONAL DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – GLBT. Disponível em <http://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/IConferenciaNacionaldeGaysLesbicasBissexuaisTravestiseTransexuaisGLBT.pdf>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 55.588 de 17 de março de 2010**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-55588-17.03.2010.html> Acesso em 10/01/2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lúcia Guidicini – Alessandro Berti Contessa. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional De Combate À Discriminação. **Resolução Conjunta** n. 1, de 15 de abr. de 2014.. Disponível em: <[http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd\\_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf](http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-conjunta-no-1-cnpc-e-cncd_lgbt-15-de-abril-de-2014.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. Jus. **Tragédia silenciosa**: Pesquisa revela a epidemia de suicídios entre transgêneros - Fátima Burégio. Disponível em: <https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/noticias/250747967/tragedia-silenciosa-pesquisa-revela-a-epidemia-de-suicidios-entre-transgeneros>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.164-0 SP**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 de jun. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

ESDC. **Princípio Constitucional do Estado Democrático e Direito Natural** – Marcelo Lamy. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/diretor/artigo\\_principiodemocratico.htm](http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_principiodemocratico.htm). Acesso em 06 de jun. 2018.

GAZETA DO POVO. **Suicídio entre transgêneros: o que precisa ser feito sobre isso** - Chad Felix Greene. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/suicidio-entre-transgeneros-o-que-precisa-ser-feito-sobre-isso-7d50jx3db758rr1aidd10bl9t>. Acesso em 28 de mai. de 2018.

GÊNERO. Ensaios. **O conceito de gênero por Judith Butler: a questão da performatividade** - Adriano Senkevics. Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2012/05/01/o-conceito-de-genero-por-judith-butler-a-questao-da-performatividade/>. Acesso em 08 de jun. 2018.

GÊNERO, sexualidade e direitos humanos: perspectivas multidisciplinares. **Travestilidades, transexualidades e saúde: Acessos, restrições e vulnerabilizações do cuidado integral**. Organizadores: Marcelo Maciel Ramos, Pedro

Augusto Gravatá Nicole, Gabriela Campos Alkmin. – Belo Horizonte: Initia Via, 2017.

IACB. **Psicologia e Medicina no processo de adequação da identidade de gênero.** Disponível em: <http://www.iacbauru.com.br/psicologia-e-medicina-no-processo-de-adequacao-da-identidade-de-genero/>. Acesso em 22 de jun. 2018.

JURÍDICA. Nação. **Juíza nega que trans e travestis fiquem em presídio feminino** - Disponível em: <http://www.nacaojuridica.com.br/2018/05/juiza-nega-que-trans-e-travestis-fiquem.html>. Acesso em 06 de jun. de 2018.

MORAES BARROS, Carmen Silva de. **A individualização da pena na execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** – Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 21. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAWLS, J. 2005. *Political Liberalism.* New York, Columbia University Press.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª. ed. 10ª Tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002.

## A CONTRIBUIÇÃO DA OAB PARA A IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE GÊNEROS

## THE OAB'S CONTRIBUTION TO SUBSTANTIAL GENDER EQUALITY

*Tatiane Gonçalves Mendes Faria  
Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares*

**Resumo:** O presente artigo evidencia a nova redação do dispositivo do Regulamento Geral do Conselho Federal da OAB, que garantirá a mulher 30% dos cargos diretivos, a partir das eleições de 2021. Pretende-se com esta investigação abordar a participação desta importante Instituição, na construção da igualdade do direito das mulheres, através de ações auto-afirmativas. Objetivou-se, ainda, esclarecer se a nova normativa atende aos ditames constitucionais, mormente o da igualdade. De extrema relevância o tema, eis que é preciso analisar se a iniciativa da OAB é capaz de garantir e avançar na construção do que há 30 anos está disciplinado em nossa Constituição Federal. A pesquisa é bibliográfica, com revisão da legislação e doutrina. Ao final, a conclusão aponta que a medida não foi suficiente para garantir o que se espera há tanto tempo.

**Palavras-chave:** Direito da mulher; Igualdade; Erradicação da discriminação, cotas.

**Abstract:** This article highlights the new wording of the provisions of the General Regulation of the Federal Council of

the OAB, which will guarantee women 30% of the executive posts, as of the elections of 2021. This research intends to approach the participation of this important Institution, in the construction of equality of women's rights, through self-affirming actions. The objective was also to clarify whether the new legislation meets the constitutional dictates, especially equality. Of extreme relevance is the theme, we must analyze if the initiative of the OAB is able to guarantee and advance the construction of what has been disciplined for 30 years in our Federal Constitution. The research is bibliographical, with revision of the legislation and doctrine. In the end, the conclusion points out that the measure was not enough to guarantee what has been expected for so long.

**Keywords:** Women's rights; Equality; Eradication of discrimination, quotas.

## **Introdução**

A Constituição Federal de 1988, em seu 30º aniversário, contempla desde o seu nascimento, o direito de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I). E mais, impede todo e qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV).

No campo fático, porém, é de fácil percepção que esta igualdade não se materializou em diversas questões. Mulheres ocupam menos cargos de chefia, não possuem equivalência nas contratações, percebem salários inferiores, além de não terem participação expressiva na política.

A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, como órgão máximo que define a atividade profissional dos advogados, indispensável à Administração da Justiça<sup>64</sup>, dentre outras coisas tem como finalidade: “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (lei 8906/94 – art. 44)”

Partindo dessa premissa a defesa da Constituição é o fim da sua própria criação. Na tentativa de auxiliar no desenvolvimento da igualdade e, ainda, na promoção da evolução da não discriminação entre homens e mulheres, o Conselho Federal da OAB, editou o artigo 131<sup>65</sup> do Regulamento Geral que estabeleceu garantia mínima de 30% de participação das mulheres, na composição das chapas de cargos diretivos.

---

<sup>64</sup> CF/88 - Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

<sup>65</sup> Art. 131. São admitidas a registro apenas chapas completas, que deverão atender ao mínimo de 30% (trinta por cento) e ao máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, com indicação dos candidatos aos cargos de diretoria do Conselho Seccional, de conselheiros seccionais, de conselheiros federais, de diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados e de suplentes, se houver, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa

É inegável, que a OAB adotou a mesma sistemática da Lei 9504/97<sup>66</sup>, incidindo por óbvio no mesmo erro. Uma política de afirmação e de extermínio de desigualdades não pode se limitar a garantia de apenas 30% de participação das mulheres, até mesmo porque as desigualdades se apresentam de diversas maneiras, é cultural, é histórica.

Nesse contexto esta pesquisa se dividiu em três capítulos, o primeiro que trata dos princípios da igualdade e da não discriminação, pilares da democracia, previsto na Constituição Federal de 1988, no segundo momento verificamos as ações afirmativas como medida para equilibrar as diferenças existentes entre homens e mulheres, e no terceiro capítulo tratamos da atuação da OAB e a sua contribuição para o alcance da igualdade pretendida pela Constituição.

O objetivo geral da pesquisa é, portanto, compreender se a atuação da OAB, ao editar o dispositivo 131 do seu Regulamento Geral, é suficiente para garantir o direito de igualdade e efetivamente diminuir as diferenças sociais, históricas e culturais entre homens e mulheres.

---

<sup>66</sup>Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: [\(Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015\)](#) § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. [\(Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009\)](#)

A pesquisa é bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo.

## **1 – Princípios constitucionais**

### **1.1 –O princípio da igualdade**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o direito à igualdade, prevista no artigo 5º, I, sendo este princípio um dos pilares da democracia, já que não é possível pensar em democracia, sem pensar em igualdade. Segundo Marcus Oriane Gonçalves Correia:

“Assim é correto dizer que, especialmente a partir da ideia de Estado Democrático de Direito, a preocupação com a igualdade passa a ser foco nas mais diversas teorias da justiça – não que, antes, isso não estivesse se dando, mas, a partir daqui, acentua-se esta preocupação. Aliás, isso decorre mesmo do fato de que, na democracia, o postulado fundante é a democracia, a igualdade também será vista de forma diversa. Como temos como democrático o Estado que busca, em especial, a justiça social – logo, a justiça distributiva -, a igualdade que vislumbramos somente pode ser percebida no ambiente da justiça social. (2010, p.155)”

Da mesma forma o pensamento de Paulo Bonavides:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é

indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social (2001, p. 340-341).

Tamanha a sua importância, não há discussão na doutrina acerca da constituição de uma sociedade democrática, sem que tenhamos uma preocupação efetiva com a igualdade. De acordo com Luiz Alberto David Araújo:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade como um de seus pilares estruturais. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei. (2006, p. 131)

Portanto o princípio da igualdade deve favorecer a equidade, o tratamento isonômico entre os cidadãos, sendo que para a sua efetivação não basta que a lei a defina.

O princípio da igualdade também possui a função de limitador ao legislador, e porque não ao Judiciário? Já que é ele

o controlador dos atos legais. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Na verdade, o princípio da igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional. É também um princípio de interpretação, O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégio, de espécie alguma” (2011, p. 308).

A partir dos ensinamentos de Alexy não é razoável e, ainda, seria um tanto quanto absurdo, que a igualdade fosse encarada apenas sob o seu aspecto formal, é necessário que se promova a igualdade material, para ele:

‘Para se chegar a uma vinculação substancial do legislador, é necessário interpretar a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente’ não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade’.(2006, p. 399)

No mesmo caminho, Maria Luiza Pinheiro Coutinho:

“O enunciado “todos são iguais perante a lei” , guarda, então, duas naturezas: uma formal e outra material. O conteúdo formal contém a exigência de igualdade na aplicação da lei, que deverá ser de caráter geral, sem qualquer desequilíbrio entre pessoas por ela atingidas, conduta esta a ser exigida do aplicador da lei ao caso concreto. Já o conteúdo material (...) de não-discriminação, que vincula o legislador ao conteúdo isonômico da norma. É portanto, a norma jurídica que vai servir de instrumento de igualação, tornando todos iguais em direitos, visto que, na realidade, as pessoas tendem a diferir, seja por suas capacidades físicas ou mentais, ou por razões socioeconômicas. (2003, p.15)

Certamente não há como desprezar as questões físicas, mentais e socioeconômicas, mas no caso das mulheres estas questões são históricas, oriundas de uma cultura patriarcal, que sempre desconstruiu a figura da mulher como sendo passível de direitos. E justamente em razão desse contexto histórico e cultural é que a igualdade formal não se sustenta. É preciso ir além, torna-se, pois, indispensável que esta igualdade seja substancial, que ela verdadeiramente ocorra. Não raro, estipulam-se direitos que deveriam ser garantidos, porém na prática em razão das limitações existentes isso não ocorre. De nada adianta garantir cotas nas universidades, se não existe o acesso à escola fundamental.

Reforçando a ideia de que o princípio da igualdade se opera de duas formas, Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (2002, p. 65).

Aqui o que nos importa é à igualdade tida como substancial ou material aquela que vai além da previsão legal. Segundo OMMATI a ideia de igualdade formal:

“acabou por produzir mais desigualdade e opressão, sendo substituída, durante o Estado Social de Direito, pela denominada igualdade material, na qual passa a se entender que não basta mais tratar todos igualmente perante a lei, mas que se deve atentar para as diferenças reais, de modo que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade. Contudo esta fórmula para compreender a igualdade, embora sedutora é vazia de significado e traz uma série de questões que não podem ser resolvidas a priori. Quem são os iguais? Quem são os desiguais? E que medida é essa que se permite a desigualdade” (2018, p. 62).

Decorre, pois deste princípio ou direito de igualdade, como prefere conceituar OMMATI, outro direito, o da não discriminação.

## **1.2 – Princípio da não discriminação**

Este direito decorre da previsão do artigo 3º, IV da CF/88 que determina: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, sendo por óbvio uma consequência do princípio da igualdade.

Assim como a igualdade que se desdobra em material e formal, a discriminação também pode ter duas vertentes, sendo positiva ou negativa. Discriminação, portanto, está atrelada a idéia de distinguir, de fazer diferença, de segregar, nas palavras de Maria Luiza Pinheiro Coutinho (2003).

O conceito torna-se positivo ou negativo, ao aferirmos a intenção da diferença, Coutinho (2003) sustenta que: “a discriminação negativa tem a finalidade de destruir ou alterar igualdade de oportunidade ou de tratamento exigido para todos”

A se conduzir pelo conceito de discriminação, como sendo o ato que difere ou torna diferente, é preciso

compreender que quando esse fenômeno ocorre com a intenção de igualar as diferenças e favorecer a participação de todos, estamos diante do conceito positivo, é o que se verifica, por exemplo, na criação das cotas.

Para o que se pretendeu discutir com o tema, torna-se relevante o conceito da não discriminação, ou seja, a não aceitação da discriminação negativa. Daí o motivo pelo qual a medida adotada pela OAB, mediante a fixação das cotas de 30% para as mulheres em cargos diretivos, revela-se sob o ponto de vista da discriminação positiva, já que a intenção é promover a mulher.

E embora a medida tenha aparência de uma discriminação positiva, percebe-se uma discriminação indireta, que segundo Coutinho é:

“aquela que se manifesta no tratamento formalmente igual, mas que produz efeitos diversos em desfavor de determinados indivíduos ou grupos. São práticas aparentemente neutras, porém resultam por excluir pessoas ou grupos historicamente discriminados”(2003, p.23).

Assim, pouco importa se a intenção foi boa, eis que os resultados e seus efeitos foram insuficientes para gerar a igualdade. Se existe uma perseguição para o fim da discriminação não é compreensível que diante de um contexto

histórico, de diferenças entre homens e mulheres, seja fixado qualquer percentual de cotas inferior aos 50%.

E justamente na busca da igualdade e na pretensão de eliminação da discriminação é que surgem as ações afirmativas.

## **2 – Ações afirmativas como mecanismo de enfrentamento da desigualdade**

As ações afirmativas surgem como meio de aplicação do princípio da igualdade. Através da sua prática é possível corrigir distorções históricas e culturais, que ensejam as desigualdades.

No Brasil as ações afirmativas ganharam força a partir da década de 90, embora tenhamos alguns registros, tentativas tímidas que não chegaram a se fixar<sup>67</sup>. Em 1995 encontramos a primeira política de cotas no Brasil, a qual foi direcionada às mulheres, com a previsão de 30% delas para as candidaturas de todos os partidos.

É preciso, pois, compreender o que são as ações afirmativas. Giselle Gonçalves Castro Campolina (2016)

---

<sup>67</sup>Em 1968 Técnicos do Ministério do Trabalho e do TST manifestaram-se favoravelmente a criação de uma legislação que garantisse um percentual mínimo de empregados negros nas empresas. Em 1983 o projeto de lei 1.332, do deputado federal Abdias Nascimento, propunha uma ação compensatória de contratação de negros e negras, cuja reserva deveria ser de no mínimo 20% das vagas, dentre outras medidas, porém o projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional.

defende que as diferenças que ensejam a discriminação conduzem a implementação das ações afirmativas, que são políticas e programas sociais que visam investir recursos públicos que favoreçam determinados grupos discriminados, em razão de padrões físicos e/ou sociais. Porém não seria de mais acrescentar que nem sempre essas ações são investidas de cunho financeiro, certas cotas são desprovidas desse recurso, como é o caso, por exemplo, do estabelecimento de participação mínima das mulheres na política.

Para André Ramos Tavares:

“Ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas” (2003, p. 422)

Sendo as ações afirmativas de cunho político devem ser construídas com a máxima cautela, eis que segundo OMMATI: “como políticas estão voltadas ao futuro e não ao passado e também enquanto políticas devem ser muito bem construídas sob pena de promoverem o inverso do que pretendiam.” (2018, p. 108).

Essas ações servem de resgate da autoestima, e possibilitam a autoafirmação e a evolução histórica, na tentativa

de abandono das diferenças que não se sustentam por qualquer fundamento. Não raro há defensores de que as ações afirmativas seriam estabelecimentos de privilégios, portanto, inconstitucionais<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup>Na contramão deste pensamento, a decisão do STF:EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa ad causam às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*. 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. 3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. 4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para,

Contudo, não é possível tratar de privilégios, já que o objetivo destas ações é justamente uma forma de integrar os

---

diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170). 9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI’s 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. [ADI 3330](#) / DF - **DISTRITO FEDERAL**. **Relator(a): Min. AYRES BRITTO.**DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013

excluídos. Esta política de integração visa reparar distorções existentes, sentidas e vistas por toda a sociedade. A história nos noticia as diferenças e a marginalização dos grupos minoritários.

A ideia de ações afirmativas vincula-se a noção de desenvolver a igualdade, por meio de políticas públicas, inserindo os excluídos na igualdade perdida ou jamais tida. Para Contins a ação afirmativa teria: “como função específica a promoção de oportunidades iguais para pessoas vitimadas por discriminação. Seu objetivo é, portanto, o de fazer com que os beneficiados possam vir a competir efetivamente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho (1996, p.210).

A iniciativa privada também desempenha importante papel para a construção da igualdade, por meio das cotas ou ações afirmativas. Nesse contexto faz-se relevante averiguar a contribuição da Ordem dos Advogados do Brasil.

### **3 - O papel da OAB no alcance da igualdade**

Sabe-se que a criação da OAB ocorreu pós Revolução de 1930, quando assinado por Getúlio Vargas, o Decreto n.º 19.408/30. A partir deste momento esta Instituição ganhou força, muito embora, tivesse passado por momentos tortuosos

em relação a sua independência e desvinculação do Poder Público<sup>69</sup>.

Não se pode perder de vista que a OAB presta um serviço público devendo realizar atividades que tornem a vida mais digna e agradável. Nos dizeres de José Tarcísio de Almeida Melo:

“A Administração Pública passou a ter importância mais significativa, como provedora, a partir da vocação do Estado para prestar aos indivíduos utilidade que lhes tornem a vida mais digna e agradável. Além de reconhecer a liberdade, o Estado assume o papel de prestador e de realizador do bem-estar com a finalidade de corrigir a desigualdade social” (2008, p.587).

Dentre os objetivos e finalidades elencados pela própria Instituição encontra-se uma vocação para a defesa dos direitos fundamentais e da democracia, tendo como ponto de partida a previsão do artigo 44 do Estatuto da OAB.

Sendo guardiã dos direitos fundamentais, deve zelar pela igualdade, não somente formal, mas, a substancial, aquela

---

<sup>69</sup> Segundo a OAB: Não obstante, ao longo da história da entidade, foram muitas as tentativas de cercamento do seu poder de atuação: entre 1940 e 1950, com a obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União; na década de 1970, com a tentativa de submissão da entidade ao Ministério do Trabalho; em 1998, com duas medidas provisórias que tratavam da vinculação do Conselho Federal e das Seccionais ao Poder Judiciário dos Estados; e no ano de 2000, processo em andamento, quando o Ministério Público enquadrou a Ordem novamente como uma Autarquia obrigada a prestar contas ao TCU.

que se busca para colocar fim às mazelas que o mundo assistiu e, ainda, assiste, principalmente, no que diz respeito às diferenças entre homens e mulheres.

Como repetição contínua da história das mulheres, no cenário desta Instituição não foi diferente. Basta averiguar que o Conselho Federal nunca teve uma mulher como presidente. Além disso, em todas as seções e subseções, apenas uma mulher exerce o papel de presidente<sup>70</sup>.

A Caixa de Assistência dos Advogados, em novembro de 2017, divulgou dados importantes acerca da colocação da mulher no mercado de trabalho e especificamente, em relação à mulher advogada. Segundo dados, as mulheres representam atualmente, 48% dos inscritos na OAB, muito embora, já sejam maioria nos cursos de direito, com 55% dos estudantes.

A projeção da CAA é que no prazo de dois anos ocorra uma equiparação entre o número de inscritos homem/mulher. E se a igualdade de números deveria revelar uma igualdade de direitos, na prática isso não se revelou, é que a representatividade da mulher na OAB atinge, tão somente, 37%.

E se a tentativa da OAB, ao editar o artigo 131 do seu estatuto, foi a de inclusão, certamente o objetivo não foi

---

<sup>70</sup> A primeira e única mulher presidente da OAB é a Dra. Fernanda Marinela – Estado de Alagoas – empossada em 2016.

alcançado. Primeiramente porque a garantia de 30% já é inferior ao quadro que se apresenta (37%). Além disso, igualdade não pode estabelecer diferenças, há um contra-senso, já que qualquer percentual menor que 50% ,agrava a situação. È preciso garantir avanços. Ainda que temporariamente, se admita a busca da igualdade por meio de ações afirmativas, comungando do pensamento da professora Edilene Lobo: “A igualdade material que sustenta sociedade verdadeiramente democrática não pode se contentar com a política de cotas sem fixar meta temporal para atingir paridade absoluta nos espaços públicos de poder, registrando a próxima onda a nortear o direito político das mulheres” (2018, p.106).

E não foi somente sobre o aspecto do percentual que não se sustentou a medida, como inclusiva. Nota-se que a previsão do artigo 131 determina que a chapa tenha ao menos 30% de mulheres inscritas, não determinando qualquer posição ou ocupação efetiva do cargo de direção. Isso porque, esse percentual poderá ser preenchido pelos cargos de suplência, revelando a ausência da fala, como bem defendido pela feminista Marcia Tiburi:

“Ao mesmo tempo que é preciso lutar pela fala, é preciso permitir a solidariedade entre os discursos que exigem direitos. A solidariedade não pode ser descartada, ao contrário, em certos contextos ela deve até mesmo ser exigida. Ora, o lugar de falar

constrói um contexto dialógico. Se a luta é um conceito que implica oposição, implica necessariamente o diálogo. A conquista, a defesa de direitos e a ocupação dos lugares de fala não se sustentam fora disso” (2018, p. 54-55).

Percebe-se, assim, que ainda que o CFOAB tivesse garantido o percentual de 50% para as mulheres, a igualdade substancial não teria sido atingida. A possibilidade da fala e a presença em cargos capazes de dar direção a determinadas situações, deve ser buscada e definitivamente estabelecida.

Então o que se busca e se espera de uma Instituição que tem por finalidade garantir direitos fundamentais e efetivar a democracia, é que ela tenha capacidade superior à simples fixação de cotas. É incluir a mulher, não somente na previsão da participação em números, mas em decisões, em peso, em voz ativa, em direcionamento, em possibilidade de fala, esta sim é a verdadeira igualdade.

## **Conclusão**

É lamentável que uma Instituição de tamanha relevância na democracia e na garantia dos direitos fundamentais, tenha se atinado para a questão 30 anos após a Constituição Federal e, ainda, estabelecendo percentual já

superado pela própria luta das mulheres trabalhadoras e advogadas.

Percebe-se, claramente, que a Constituição não foi cumprida e que seus ditames ainda passam despercebido por quem deveria zelar, diuturnamente, para que direitos fundamentais fossem garantidos, ainda que por meio de políticas inclusivas.

Cabe a todos nós, mas principalmente aos órgãos políticos e jurídicos, encampar a política de promoção e garantia dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à igualdade entre os gêneros. As ações promovidas devem ser norteadas pelo princípio inarredável da igualdade e da não discriminação.

Fazendo uma relação entre o conceito da igualdade substancial que deve ser perquirida por todos e principalmente por órgãos de classe que prestam um serviço público e o princípio da não discriminação (cunho negativo), é possível perceber que a medida adotada no Regulamento Geral não se valeu destes princípios. A medida revelou-se inócua, ao passo que a participação feminina por esforços próprios já atingiu, ou melhor, superou o que lhes foi destinado como medida autoafirmativa.

Se os números da OAB demonstram uma participação de 37% das mulheres, em termos de representatividade e, ainda,

se revela insuficiente, a garantia mínima a ser estabelecida no Regulamento Geral, não poderia ter sido fixado em percentual inferior a 50%.

Como percebido no curso desta investigação, não somente se revelou insuficientes as cotas destinadas as mulheres, eis que inferior a 50%, como também não garantiu a substancialidade da igualdade, na medida em que não determinou a forma pela qual estes 30% devem ser ocupados (em cargos de diretoria, ao invés de suplência, por exemplo). E, se ainda cabe mais uma crítica, essa se dá em relação a sua aplicabilidade, que postergou para as eleições de 2021, distanciando-se ainda mais da previsão constitucional de 1988.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte, SuhrkampVerlag, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Direito Constitucional: Princípio da Isonomia e a Constatação da Discriminação Positiva**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/> Acesso em 02 out.2018

\_\_\_\_\_. **Os primeiros anos.** Disponível em: <[https://www.oab.org.br/historiaoab/primeiros\\_anos.htm](https://www.oab.org.br/historiaoab/primeiros_anos.htm)>. Acesso em 02 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Mulher advogada: igualdade ou o machismo perdura.** Disponível em: <<https://www.caamg.org.br/mulher-advogada-igualdade/>>. Acesso em 17 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional: A importância do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros editores, 2001.

CAMPOLINA, Giselle Gonçalves Castro. **Ações Afirmativas uma análise do sistema de cotas para admissão no ensino superior brasileiro.** In STARLING, Dayse (Coord.). *Direito Público.* Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016.

CONTINS, M.; SANT'ANA, L. C. **O Movimento negro e a questão da ação afirmativa.** *Estudos Feministas.* IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, 1996.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe.** In: *Direitos fundamentais sociais.* Coord. J.J. Gomes Canotilho, *et al.* São Paulo. Saraiva, 2010.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 37. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, EDILENE. **Processo eleitoral democrático e as ondas de direitos políticos das mulheres.** In Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos. Salvador v. 4 n. 1. 2018

MELO, José Tarcizio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil.** Belo Horizonte, Del Rey, 2008

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** 5. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 2. Ed. rev., e ampl. São Paulo: Sraiva, 2003.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum:** para todas, todes e todos. 7ª Ed. – Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO, ANÁLISE APÓS 30 ANOS

*Lucas Nasser Marques Souza*

## **Resumo**

O presente artigo pretende discutir a harmonização do novo código de processo civil de 2015 com os preceitos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, através do viés das garantias fundamentais e princípios constitucionais, apontará o que está conformidade e desconformidade com o processo constitucional. Aborda um estudo de caso recente envolvendo processo coletivo em Belo Horizonte. Por fim, sucinta o debate do balizamento de valores entre instrumentalidade do processo e garantias fundamentais.

This article intends to discuss the harmonization of the new Civil Procedure Code of 2015 with the provisions of the Federal Constitution of 1988. Thus, through the bias of the fundamental guarantees and constitutional principles, it will point out the conformity and non-conformity with the constitutional process. It addresses a recent case study involving a collective process in Belo Horizonte. Finally, summarize the debate about the marking of values between instrumentality of the process and fundamental guarantees.

Palavras-chave: Processo constitucional. Garantias fundamentais. Princípios. Novo Código de Processo

## 1. INTRODUÇÃO

O principal objetivo do NCPC foi a constitucionalidade do processo, ou, “*a elaboração de seu texto normativo em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1988*”.<sup>71</sup>

Os preceitos que motivaram a criação do Novo Código de Processo Civil foi o de estabelecer sintonia final com a Constituição Federal.

Partindo dessa premissa, o NCPC deveria estar intrinsecamente ligado as garantias constitucionais fundamentais, enquanto normas de caráter obrigatório e inafastáveis.

Doutrinadores processualistas destacam os seguintes pilares do processo constitucional: (i) direito de ação; (ii) garantia do juízo natural ou juízo constitucional; (iii) garantia da ampla defesa; (iv) garantia do contraditório paritário e participativo; (v) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal.

Com efeito, qualquer disposição que contrarie tais preceitos estará em divergência com o processo constitucional.

---

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 de jan de 2018.

Não obstante, esta tentativa de realizar a sintonia fina entre o processo e Constituição Federal, algumas disposições do Código se apresentaram em total desconformidade com as normas constitucionais, as quais serão adiante detalhadas.

De posse destas premissas, o objetivo deste trabalho é analisar dispositivos legais do Código de Processo Civil de 2015 e, com amparo nas obras “Estudo Sistemático do NCCPC (com as alterações introduzidas pela Lei 13.256. de 4/2/2016)” e “Novo CPC Fundamentos e Sistematização”, realizar apreciação crítica sobre a observância dos preceitos constitucionais na Nova Lei Adjetiva.<sup>72</sup>

## ***2 . A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO***

O Processo Constitucional visa efetivar os preceitos proclamados na Constituição Federal de 1988, cujas normas e princípios têm o escopo de regular a atuação do Estado, condicionando a prestação jurisdicional em consonância com a Constituição.

---

<sup>72</sup> BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2018.

Nesse sentido, BRÊTAS<sup>73</sup> destaca que, a sintonia entre os estudos do processo e da Constituição, após a segunda metade do século XX, colaborou para o surgimento do Direito Processo Constitucional, ou apenas processo constitucional, norteado na doutrina da atualidade.

O ilustre doutrinador defende ainda em sua tese que ao falar em processo constitucional, não se questiona um ramo autônomo do Direito, o que se busca é uma visão técnica e científica, embasada na tendência da constitucionalização do ordenamento jurídico. Ressalta-se que tal tendência foi construída após a Segunda Guerra Mundial, constitucionalizado de Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, aponta-se que o processo constitucional, analisado como estudo metodológico e sistemático do processo, deve ser examinado diretamente com as normas e princípios da constituição tanto nas esferas jurisdicional, legislativa e administrativa.

Conforme assevera BRÊTAS<sup>74</sup>:

A jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes

---

<sup>73</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES, Carlos Henrique. BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. DIAS, Renato José Barbosa. BRÊTAS, Yvonne Mól. Estudo Sistemática do NCPC (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Placido. 2016

<sup>74</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES, Carlos Henrique. BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. DIAS, Renato José Barbosa. BRÊTAS, Yvonne Mól. Estudo Sistemática do NCPC (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Placido. 2016

indicados da Constituição Federal, exercida sob petição da parte interessada (direito constitucional de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. A jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais (garantias constitucionais), dentre os quais sobressaem o juízo natural (ou juízo constitucional), o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova e à fundamentação das decisões judiciais baseada na reserva legal, a fim de se realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas que compõe o ordenamento jurídico.

Com esse objetivo, a comissão de juristas elaborou o projeto do NCPC, preocupando-se com a harmonia do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. Por isso trataram de introduzir princípios constitucionais em seus textos processuais, partindo do pressuposto que é impossível debater direito constitucional sem correlacionar com o processo, assim como não faz sentido falar em processo sem conectá-lo com o direito constitucional.

Contribuindo para este cenário, extrai-se o posicionamento de LEAL<sup>75</sup>:

Conforme já ressaltamos, os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e

---

<sup>75</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 12ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pg. 50.

isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, despontaram-se, a nosso sentir, com a obra, inicialmente incompreendida pelas ideias moderníssimas que sustentava, do incomparável pesquisador e constitucionalista mineiro, prof. José Alfredo de Oliveira Baracho,<sup>35</sup> cujas reflexões e trabalhos no campo do Direito Constitucional são conhecidos em todo o mundo, principalmente na Alemanha, onde é difundido nas universidades mais proeminentes. Ombreia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece,<sup>36</sup> no estudo pioneiro do tema constituição e processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio, que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de “modelo constitucional” do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina,<sup>37</sup> embora em bases ainda civilísticas, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada (conforme se afirmará na teoria neoinstitucionalista do processo) que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e

contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.

Importante destacar, que a posição hierárquica ocupada pela Constituição Federal com regras e princípios previstos na sua estrutura textual em relação a normas infraconstitucionais, não é por si só suficiente para o desenvolvimento de um Estado democrático de Direito. É necessário aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição, para então se denominar Estado Democrático de Direito.

Nesse viés, tem-se a constitucionalização do direito, conforme aborda DOURADO DE ANDRADE<sup>76</sup>:

A Constituição deixa de ser um mero elemento existente no topo do sistema jurídico

---

<sup>76</sup> DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. Processo Constitucional: O processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso alegre, v 31, n. 1: 281-296, jan./jun. 2015. Pg. 286.

(supremacia formal) e se transforma em filtro que deve conduzir a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional. A constitucionalização do direito passa a representar, portanto, esse desenvolvimento metodológico que orienta o exercício dos direitos fundamentais.

Em consequência, a prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito, é eficiente quando devidamente aplicada com observância e respeito aos ditames da Constituição os quais protegem os direitos fundamentais frente à atividade estatal.

Ainda de acordo com os ensinamentos do autor DOURADO DE ANDRADE<sup>77</sup>:

Não compreender que o Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais impede o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, do próprio processo enquanto garantia de exercício democrático-discursivo dos direitos

---

<sup>77</sup> DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. Processo Constitucional: O processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso alegre, v 31, n. 1: 281-296, jan./jun. 2015. Pg. 284.

fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Portanto, é necessária a compreensão dos preceitos constitucionais envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição e do Estado Democrático de Direito como garantia dos direitos humanos e fundamentais. Ao passo que, respeitados os ditames constitucionais e principiológicos pelos quais foram constituídos, os regramentos inerentes ao processo e à jurisdição, evidenciam como importantes mecanismos constitucionais para a resolução de conflitos, que ao realizá-los estarão garantindo constitucionalmente a sua efetiva concretização.

### **3.A COLETIVIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO NOVO CPC À LUZ DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

Ao abordar a coletivização dos procedimentos no novo Código de Processo Civil, aguça-se a previsão de mecanismos de conversão de ação individual em coletiva. Dentre eles, aponta-se que poderá se dar por requerimento de um dos entes legitimados a propor ação civil pública nos casos de ação individual cujo objeto verse sobre a

tutela de bem difuso ou coletivo. Ressalta-se que afetam as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade, ou em outros casos de relação jurídica plurilateral em que a solução afetará de forma uniforme todos os membros do grupo.

Acrescenta-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Constava no Anteprojeto do Ministro Fux e foi mantido no novo CPC, com pequenas alterações, sendo que houveram algumas alterações realizadas pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil previu, no Capítulo VIII, que seria cabível o incidente quando houver cumulativamente repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e ainda oferecer risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme redação do artigo 976 do *codex*.

Outro ponto de destaque é a desistência ou o abandono da causa, que caso ocorra, não impede o exame do mérito do incidente. Ainda que o Ministério Público não for o requerente, deverá intervir em caso de desistência ou de abandono, sendo assim, assumirá a

titularidade de maneira compulsória, conforme previsto no §1º do artigo 976.

Cumprе salientar, contudo, que não será cabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência, já houver afetado recurso para definição de tese sobre questão repetitiva.

Além do IRDR, prevê o Novo CPC, nos art. 1.036 e seguintes, quanto ao julgamento de Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, sempre que houver multiplicidade desses recursos fundada em idêntica questão de direito, oportunidade em que o respectivo Tribunal afetará a questão para julgamento, e selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento.

Destaca-se que, reconhecida a repercussão geral, será determinada a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Conta do Novo CPC, ainda, no artigo 947, o Incidente de Assunção de Competência, que dispõe que será admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Nota-se facilmente que a intenção do legislador, ao criar mecanismos de coletivização de procedimentos, seja via IRDR, Recursos Repetitivos ou mesmo por Incidente de Assunção de Competência, é o de conferir celeridade à prestação jurisdicional.

Seguindo essa linha de mecanismos de conversão de ação individual em coletiva, que abrange relação jurídica plurilateral em que a solução afetará de forma uniforme todos os membros do grupo, apontaremos uma ação coletiva recente, que não foi abarcado pelo novo CPC, ao nosso ver, de maneira acertada. O que demonstra que a coletivização dos procedimentos no novo CPC talvez nem seja a estratégia mais acertada e adequada num processo coletivo.

#### **4. ANÁLISE DE CASO: MONOPÓLIO AMBEV CARNAVAL 2017**

Trata-se da Ação Popular ajuizada em favor dos trabalhadores ambulantes que foram vetados pela Prefeitura de Belo Horizonte de comercializar bebidas que não fossem da Fabricante AMBEV.

Sob interesses escusos a Prefeitura de Belo Horizonte violou o Edital que autorizava a livre comercialização de bebidas, e descumpriu as cotas de patrocínio, decidindo por sua livre conveniência a construção de um monopólio carnavalesco da AMBEV, privatizando a festa mais democrática do ano, gerando assim um prejuízo considerável aos trabalhadores precarizados dessa cidade.

Na ação, os ambulantes expressam indignação contra a decisão da Prefeitura por ter sido dado à AMBEV o direito de exclusividade para que seja vendida no período de 11 de fevereiro a 01 de março. A exclusividade dada à apenas uma marca deixa em situação difícil os ambulantes, além de ferir o livre direito de escolha dos consumidores. A referida ação foi liminarmente deferida

pelo Juiz da 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte.

Assim, nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, conforme o caso analisado acima, fica claramente a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos, a fim de que seja viável e adequada a defesa de tais interesses ou direitos de natureza não individual.

Nos casos de IRDR, Recursos Repetitivos ou mesmo por Incidente de Assunção de Competência, não podem as forças dominantes nesses processos de definição de competência de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, determinar a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação do poder de agir, uma vez que torna o sistema perigoso ao se considerar que o resultado de uma ação julgada a qual poderá resultar na limitação para propositura de ações individuais ou coletivas que versem sobre qualquer assunto já decidido em sede de demanda repetitiva.

Mais uma vez, faz-se necessário relembrar que as ações coletivas devem resgatar aos interessados difusos a legitimação para agir. Assim, a proposta de uma nova relação em que se reconheça o processo coletivo como um mecanismo moderno fundamental de controle dos atos que possam afetar diretamente a vida dos cidadãos trata-se, em sua essência, de que a titularidade dos direitos difusos é de difícil mensuração, devido a sua extensão. Todavia, esse fato não pode ser critério de mitigação dos direitos de determinados titulares concretamente ofendidos de buscar a defesa direta dos seus interesses, sem dependência de intermediários.

Por fim, como mensura Dierle José Coelho Nunes: “não se pode acreditar mais em uma justiça social definida antes do debate processual (tese já julgada), eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado” (Direito Constitucional ao Recurso. NUNES, 2006, p. 143). Dito isso, a existência de um litisconsórcio por afinidade entre

as partes processuais recorrentes, no sistema recursal com argumentos idênticos, a solução não poderia ser tal que violasse as garantias do devido processo constitucional.

## **5. DISPOSIÇÕES DO NCPC EM ACORDO COM O PROCESSO CONSTITUCIONAL NA OBRA NOVO CPC FUNDAMENTOS E SISTEMATIZAÇÃO**

De acordo com a obra “Novo CPC Fundamentos e Sistematização”, o NCPC está baseado em uma ideia de formalismo constitucional democrático, de forma a evitar que “as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames contedúísticos do modelo constitucional de processo”.<sup>78</sup>

Na obra supracitada, os autores trazem em seus ensinamentos que, é possível citar os seguintes exemplos de aplicação das premissas do processo constitucional no NCPC:

- 1) Sanabilidade dos atos processuais defeituosos em conformidade com a instrumentalidade técnica;
- 2) Superação do enunciado da Súmula 418 do STJ;
- 3) Impossibilidade de o relator inadmitir recurso antes de viabilizar a correção dos vícios;

---

<sup>78</sup> JUNIOR. Humberto Theodoro. NUNES. Dierle. BAHIA. Alexandre Melo Franco. PEDRON. Flávio Quinaud. Novo CPC Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- 4) Ampla aplicação do princípio da fungibilidade recursal;
- 5) Dispensabilidade de preliminar ou tópico específico para demonstração de repercussão geral em Recurso Extraordinário;
- 6) Necessidade de fundamentação específica à luz de circunstâncias concretas;
- 7) Insubsistência de entendimentos jurisprudenciais que inviabilizam o conhecimento do mérito recursal;

Ainda segundo a obra, o NCPC, no mesmo diapasão de Dworkin<sup>79</sup>, preocupa-se com a história institucional no trato do direito dos precedentes, de modo a modificar o atual contexto de anarquia e instabilidade interpretativa típico de um modelo de aplicação no qual os tribunais desprezam seus julgados e permitem voluntarismos ao gosto do aplicador.

Ainda de acordo com a ideia de processo constitucional, a obra afirma que o NCPC parece pretender se distanciar da conceituação de “pan-principilogismo” prevista por Lenio Streck<sup>80</sup>, que seria uma grande produção de princípios despidos de normatividade.

---

79 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

80 STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014

O NCPC, desta forma, adota uma dimensão participativa (cooperativa) da divisão de papéis e da responsabilidade entre os sujeitos processuais. (art. 1º do NCPC)<sup>81</sup>.

Ademais, afirma-se que nas normas fundamentais do NCPC, impõe-se a observância da legalidade, eficiência, que são princípios preconizados pela ordem constitucional como indispensáveis à aplicação da segurança jurídica.

O processo justo ou democrático é aquele que se volta para as garantias processuais constitucionais, dentro dos padrões do devido processo legal. Neste caso, o NCPC determina que no caso de colisão entre normas, o Juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais de ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (art. 486 §2º).

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação

---

<sup>81</sup> BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2018.

depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

§ 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

§ 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

No caso do julgamento liminar de mérito previsto no art. 332 do NCPC, entende-se que houve aprimoramento em relação do sistema previsto no art. 285-A do CPC/73, uma vez que prevê a hipótese de julgamento liminar de mérito somente na hipótese de haver entendimento modelar no âmbito dos tribunais superiores.

Senão vejamos:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Neste ponto, importante pontuar que no art. 332, IV do NCPC foi prevista a hipótese de improcedência liminar do pedido quando o pedido contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

(..) IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Todavia, afirma-se que é defensável que houvesse a abertura de prazo ao autor antes do proferimento de sentença liminar para que este pudesse demonstrar distinção de seu caso em relação ao caso padrão.

#### 4. *CONCLUSÃO*

Consoante o aqui exposto, verifica-se que o NCPC trouxe significativas mudanças à sistemática processual, com a incorporação ao texto do NCPC de normas que buscam guardar sintonia com o disposto no texto constitucional, a chamada Constitucionalização do Processo.

O que se busca por meio de tais mudanças é garantir que a norma jurídica processual seja construída e interpretada em conformidade com a Constituição Federal, ou seja, que o conteúdo da norma infraconstitucional corresponda à norma constitucional.

Todavia, e como diz ÁVILA<sup>82</sup>, essa relação não deve ser puramente hierárquica, mas recíproca:

Cabe uma pequena digressão sobre a relação entre as normas; no caso, entre as normas processuais infraconstitucionais e as normas constitucionais. A relação entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais não é puramente hierárquica. “o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim, e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma

---

<sup>82</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12ª edição. São Paulo. Malheiros, 2011. pg. 141-142.

superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior (...) a eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca.

Pelo que se percebe da leitura da Exposição de Motivos do NCPC<sup>83</sup>, um dos principais objetivos do novo código foi o de buscar uma melhora na prestação da atividade jurisdicional, conferindo maior celeridade aos processos e maior efetividade às decisões judiciais.

Todavia, a busca pela celeridade não pode ser feita a qualquer preço.

Não se pode, sob o pretexto da busca pela celeridade dos feitos, atropelar os direitos e as garantias fundamentais dispostas no texto constitucional, sob pena de a prestação jurisdicional se tornar nula de pleno direito.

Neste ponto, a criação de determinados dispositivos no NCPC, apresentados no item 3 deste trabalho, que buscam a celeridade do processo, acabam por não observar direitos fundamentais dispostos no texto constitucional, como por exemplo, o do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>83</sup> Os Constitucionalistas. Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>> . Acesso em 12 de março de 2018.

Assim, muito embora a intenção do legislador tenha sido a de criar um novo código que existisse em sintonia com a Constituição Federal, a flexibilização de determinados princípios acabou por, em determinados pontos, afastar essa sincronicidade.

Apesar de o NCPC ter obtido significativos avanços no diapasão do processo constitucional, como já foi apontado pelo presente trabalho no item 4, um olhar mais atento e crítico ao novo código pode captar algumas incoerências até mesmo do ponto de vista teórico instrumentalista. Um exemplo que ilustra tal posicionamento é que alguma disposição do NCPC, que em tese, teria o potencial de melhorar a qualidade e celeridade da prestação jurisdicional brasileira, carrega também, enorme capacidade de multiplicar o número de processos no nosso mais importante Tribunal, dificultando sobremaneira (se não inviabilizando) o seu próprio funcionamento como Corte Constitucional.

Entretanto, no presente trabalho, a crítica central pertinente ao NCPC e o Processo Constitucional é no sentido que no balizamento de valores entre instrumentalidade do processo e garantias fundamentais, a nova legislação tendeu para um maior protagonismo daquela em detrimento desta.

Destarte, é evidente que reconhecemos o tamanho do desafio de pensar e elaborar formas de garantir a efetividade processual aliada com uma duração razoável do processo sem, contudo, comprometer princípios e garantias constitucionais. Entretanto, não há ginástica hermenêutica que sustente, em nome da celeridade ou eficiência do processo, a supressão de garantias fundamentais. Garantias estas que não são só basilares de nosso ordenamento jurídico, como também, são frutos de conquistas importantes da nossa democracia. Sendo assim, um retrocesso nesse aspecto representa também uma regressão de nosso Estado democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12ª edição. São Paulo. Malheiros, 2011

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 de março de 2018.

BRASIL. LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em 12 de março de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro

Gráfico, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 de jan de 2018.

DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES. Carlos Henrique. BRÊTAS. Suzana Oliveira Marques. DIAS. Renato José Barbosa. BRÊTAS. Yvonne Mól. Estudo Sistemática do NCPD (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Placido. 2016.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. Processo Constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v 31, n. 1: 281-296, jan./jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

JUNIOR. Humberto Theodoro. NUNES. Dierle. BAHIA. Alexandre Melo Franco. PEDRON. Flávio Quinaud. Novo CPC Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 12ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Os Constitucionalistas. Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 12 de março de 2018.

STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014

# A COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL E A COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES.

*Leandro Pereira Góis  
André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita*

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a possibilidade de diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Abordaremos também os elementos do Estado para melhor organização da sociedade. Contudo, sob qual justificativa um Poder não eleito pelo povo pode ter a última decisão sobre o significado dos direitos fundamentais? Ou seja, que benefício a teoria da comunicação e dos sistemas sociais poderá trazer para melhores tomadas de decisões? E por fim, o diálogo entre os interessados é suficiente para melhores tomadas de decisões, isto é, para a execução e criação de leis ou planejamentos de políticas públicas em prol da sociedade civil. Afinal, os cidadãos são os destinatários finais das tomadas de decisões entre os envolvidos.

**Palavras-chave:** Decisões entre os envolvidos. Diálogo. Teoria da Comunicação.

## ABSTRACT

The article seeks to examine the possibility of dialogue between the Powers Executive, Legislative and Judiciary. However, under what justification a Power not elected by the people can have the last decision on the meaning of fundamental rights? In other words, what benefit the communication theory and social systems can bring for better

decision making? And finally, the dialogue between the parties concerned is sufficient for better decision making, that is, to the implementation and creation of laws or public policy planning in support of civil society. After all, citizens are the final recipients of the decision-making between those involved.

**Keywords:** Decisions between those involved. Dialogue. Communication theory.

## 1 – INTRODUÇÃO

É necessário conhecer a teoria de Niklas Luhmann para responder a indagação sobre a comunicação intersistêmica. Não há, efetivamente, uma comunicação direta entre os sistemas sociais, que se servem, para tanto, de diversos mecanismos para realizar possibilidades de comunicação, conforme a classificação da teoria de Niklas Luhmann.

Ressalta-se, que a independência entre os poderes significa, que cada Poder é livre para agir, desde que respeite as normas constitucionais e legais; sendo prescindível a consulta entre os poderes. A ideia de harmonia entre os Poderes está ligada à cortesia no trato recíproco, ao respeito às prerrogativas da Constituição Federal.

Abordaremos também, o princípio da separação dos poderes e princípio democrático de direito, pois têm sido objeto de considerações ao longo da história por grandes pensadores,

dentre os quais podemos citar Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, entre outros, que culminaram o modelo tripartite.

A motivação no presente artigo é pela possibilidade de haver diálogo entre os Poderes, na perspectiva do censo comum da teoria da comunicação e dos sistemas sociais, isto é, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário poderiam trabalhar em harmonia? Quais os limites da competência de cada Poder?

Contudo, há necessidade de uma cultura voltada para a integração dos Estados? Abordaremos também, os elementos do Estado, pois o Estado como mero organizador da sociedade, precisa de uma finalidade para manter esta organização e deste modo fazer com que a sociedade possa evoluir com foco em um fim, ou seja, em um objetivo.

Por isso é importante o diálogo entre os poderes, pois demonstra respeito mútuo, igualdade e reciprocidade, ou seja, representa uma imagem fecunda e expressiva para o ideal político. Mostra-se uma relação de igualdade e não hierárquica. Assim, os envolvidos tomam melhores decisões, em prol da sociedade civil.

E por fim, a apresentação de alguns tipos ideais de comunicação, fazendo com que este mecanismo possa melhorar nas tomadas de decisões entre os Poderes. Afinal, a sociedade civil é o destinatário final, de como os poderes

executivo, legislativo e judiciário, administram, elaboram e executam, determinadas leis.

## **2 - O PRINCÍPIO DA DIVISÃO OU SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A separação ou divisão dos poderes é em geral um princípio do Direito Constitucional, precisando ser atendido para que se reconheça o Estado Democrático de Direito. É, sobretudo, imprescindível que seja esse princípio observado, como forma de atender ao Constitucionalismo e a manutenção dos organismos do Estado.

Entretanto a sua formulação clássica, da Separação dos Poderes corresponde à forma tripartite. Ao Poder Legislativo, corresponderia à função legislativa, que compreende a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, sendo, portanto, as leis. Ao Poder Judiciário, cumpre a função jurisdicional, pois, tem como escopo aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse e solucionando problemas dentro do limite da lei.

No entanto, conflitos sobre direitos fundamentais, são percebidos entre às Instituições – Judiciário, Legislativo e Executivo – ambos, democracia e constitucionalismo. Se estes propõem, a realização de algum tipo de governo do povo,

aquele tenta assegurar que o poder tem limites. Nesse caso, limites dentro da esfera constitucional.

E ao Poder Executivo é cabível a função executiva. Este, poderá adotar medida provisória que tem força de lei; não cabe somente a execução das leis, comportando também prerrogativas, abrangendo todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral ou imparcial.

### **3 – SÍNTESE DA HISTÓRIA E ORIGEM DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Com o objetivo de aprofundar a divisão, separação e as funções dos poderes dos poderes, aplicando-a, após, no Estado brasileiro, far-se-á, aqui, um estudo sintético do seu desenvolvimento ao longo da história, antes de chegar à formulação tal qual é conhecida atualmente.

Ressalta-se, que a gênese da teoria da separação dos poderes tem fortes indícios de sua origem em Aristóteles (382-322 a.C.). Na sua obra, “A Política”, o filósofo isolou três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais. No entanto, ele não tratou da funcionalidade dessa separação; não instituiu a independência entre poderes, o que só fora feito posteriormente. Tal estudo,

contudo, não influenciou os governantes que o seguiram. Na obra “Do Espírito das Leis” Montesquieu dá início a separação dos poderes no capítulo VI do livro décimo primeiro, com o título “Da Constituição da Inglaterra”, assim Charles de Secondat Montesquieu<sup>84</sup> expressa o princípio:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou abroga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado”. Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (MONTESQUIEU, 2002, pág. 165)

---

<sup>84</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2002, página 165.

O grande pensador que emergiu nesta cultura de pensamentos e ideais foi John Locke, ou seja, é considerado o pai do liberalismo político. Como leciona Brecho Mota,

De acordo com sua teoria, os homens viviam antes num estado natural em que prevaleciam a liberdade e a igualdade absoluta, sem o controle de nenhuma espécie de governo. A única lei existente era a da natureza, isto é, cada indivíduo punha em execução sua própria lei para proteger seus direitos naturais: vida, liberdade e propriedade. Como cada um estabelecia sua vontade, o resultado final acabaria sendo o caos. (BRECHO; BRAICK, 1997, p. 254.)

Nessa mesma linha, surgia um tipo de governo limitado, que seria exercido mediante um contrato entre a sociedade e o governante, evitando-se o caos e possibilitando a emergência do governo constitucional. A constituição seria o contrato estabelecido entre o governante e o povo. O governante poderia ser destituído a qualquer tempo pela sociedade civil, sendo esse um dos aspectos marcantes da evolução do Estado.

Assim, o Estado Liberal delineou os contornos da teoria da separação dos poderes. No entanto, sua teoria favorecia claramente a propriedade privada, o que foi de encontro ao progresso social. O Parlamento exerceria a função Legislativa. O rei exerceria a função Executiva; a Federativa (referente a questões de segurança) e a função de fazer o bem público sem subordinar regras. Como já fora dito, o Poder Legislativo tem uma força preponderante no liberalismo.

A separação dos poderes, corresponde na divisão dos Poderes em três esferas, quais sejam: O Poder Legislativo, Executivo e o Poder Judiciário. Ao primeiro corresponderia o Poder de fazer as leis; ao segundo a prerrogativa de julgar as demandas e conflitos entre particulares, e ao terceiro, a aplicação das leis e resoluções geradas pelo segundo, bem como resolução das “ações prontas”, devendo “sempre se ater ao que está disposto na lei”.

#### **4 – PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O Estado democrático de direito foi consolidado pela Declaração dos Direitos Humanos de 1948, abrangendo os direitos individuais, mas, também sociais e políticos, os direitos fundamentais passaram a ser contemplados, surgindo, assim o modelo de Estado Democrático de Direito.

O Estado democrático de direito, caracteriza-se por estabelecer a participação da população na esfera pública, o poder vem do povo e para o povo, havendo um vínculo, deste com o processo decisório. Este modelo procedimental de Estado, também se caracteriza por aspectos sociais, promovendo a justiça social e liberal, sobre a égide do capitalismo. Deste modo, as Constituições de vários países passaram a consagrar esses ideais democráticos, o Estado, assim como a sociedade civil, passaram a ser submetidos aos seus direitos e deveres. Nas palavras de José Afonso da Silva, sobre os princípios básicos do Estado democrático:

i) Princípio da constitucionalidade: pressupõe uma constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, vinculante a todos os poderes e seus atos; ii) Princípio da democracia: democracia representativa e participativa, pluralista e que garanta a vigência e eficácia dos direitos fundamentais (CF, art. 1º); iii) Sistema de direitos fundamentais: consagração e garantia de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos I, VII e VIII); iv) Princípio da justiça social (CF, art. 170, “caput”, art. 193): consagração de princípios da ordem econômica e da ordem social, como ferramenta de busca da justiça social; v) Princípio da igualdade (CF, art. 5º, “caput”, I): pressupõe uma igualdade material e não simplesmente formal; vi) Princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e da independência do juiz (CF, art. 95); vii) Princípio da legalidade (CF, art. 5º, II); e viii) Princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI a LXXIII). (SILVA, 1999, pág. 395)

**Nesse caso, os princípios básicos expõem um conteúdo valorativo à dignidade da pessoa humana, ao passo que constitui instrumentos para concretização da justiça social.**

Não obstante, a importância da análise, mesmo que superficial dos elementos do Estado, o presente artigo objetiva demonstrar a necessidade de uma cultura voltada para a integração dos Estados, por isso, não entrará com grande profundidade no mérito dos elementos do Estado, apenas conclui pela necessidade de uma finalidade, pois o Estado como mero organizador da sociedade, precisa de uma finalidade para manter esta organização e deste modo fazer com que a sociedade possa evoluir com foco em um fim, ou seja, em um objetivo.

## **5 -DIREITO DA INTEGRAÇÃO: UM NOVO RAMO DO DIREITO PARA EXPLICAR UM FENOMENO SOCIAL**

O direito da integração pode ser definido como o direito que estuda a integração entre os Estados, pois com a evolução dos processos integracionistas o direito internacional se mostrou insuficiente para analisar tal fenômeno. O melhor exemplo é a União Europeia, a qual possui regras próprias, sendo um bloco que se iniciou com base em questões

econômicas e evoluiu até tornar-se um bloco integrado. Deste modo, importante citar as palavras de Jamille Bergamaschini e Augusto Jaeger:

Vale ressaltar que o debate sobre a autonomia do direito da integração, ao compará-lo com o direito da União Europeia, pode ser, ainda, estabelecido com base na perspectiva de ser este direito da integração evoluído, aperfeiçoado, presente na União Europeia, enfatizando-se ainda ser a questão intergovernamentalidade *versus* supranacionalidade a nota distintiva entre ambas as espécies de Direito. Com base nessa constatação, pode-se afirmar que a autonomia do direito da integração, sob a perspectiva teórica, pode embasar-se no já tradicional esquema de etapas econômicas e naquele apresentado pela teoria das relações internacionais, mas deve ir além, ao consubstanciar os pressupostos jurídicos que venham a compreender e categorizar tal ramo do Direito. (MATA DIZ, JAEGER JUNIOR, 2015)

Da mesma forma que a sociedade evolui, o direito tem que acompanhar esta evolução. Assim, os elementos do Estado, clássicos, agora tendem a tomar outras feições, vejamos brevemente cada um deles sobre o enfoque do direito a integração, isto é, do enfoque desta nova evolução da sociedade/direito, que adquire formato integrado entre Estados.

Todavia, o elemento povo já foi definido nos primórdios, como a população de um Estado, diversos termos foram utilizados para defini-lo, como nação, cidadão,

população, sem entrar no mérito dos termos, importante citar as palavras de Hans Kelsen, que explica satisfatoriamente o elemento povo:

Um segundo “elemento” do Estado, segundo a teoria tradicional é o povo, isto é, os seres humanos que residem dentro do território do Estado. Eles são considerados uma unidade. Assim como o Estado tem apenas um território, ele tem apenas um povo, e, como a unidade do território é jurídica e não natural, assim o é a unidade do povo. Ele é constituído pela unidade da ordem jurídica válida para os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica nacional, ou seja, é a esfera pessoal de validade dessa ordem. Exatamente como a esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional é limitada, assim também o é a esfera pessoal. Um indivíduo pertence ao povo de um dado Estado se estiver incluído na esfera pessoal de validade de sua ordem jurídica. Assim como todo Estado contemporâneo abrange apenas uma parte do espaço, ele também compreende apenas uma parte da humanidade”. (KELSEN,2000, p. 334)

Em continuação a definição de povo têm evoluído, principalmente quando falamos sobre a União Europeia, pois os povos dos diversos Estados que constituem a UE podem se locomover livremente não apenas em seus Estados, mas em todos os Estados da UE, conforme pondera Dalmo de Abreu Dallari:

Uma inovação recente, que já vem produzindo efeitos práticos, mas que ainda está em evolução é a criação de uma “cidadania europeia” em decorrência da aprovação de uma Constituição da União europeia. O art. 5º dessa Constituição institui expressamente a cidadania,

nos seguintes termos: “É instituída uma cidadania da União europeia. É cidadão da União toda pessoa tendo a nacionalidade de um Estado Membro. A cidadania da União acrescenta-se à cidadania nacional e não a substitui. [...]

Entre os principais direitos decorrentes dessa nova cidadania e que já podem ser usados está o direito de livre locomoção dos cidadãos por todo o território da União Europeia, sendo ignoradas para esse efeito, as fronteiras dos Estados, as quais, entretanto, continuam existindo e constituem barreiras para outros efeitos.(Dallari, 2009, P.101)

Assim sendo, o elemento povo, antes definido como aqueles pertencentes ao Estado ganha uma nova perspectiva, pois, com o advento da cidadania europeia, o cidadão de um Estado passa a ser considerado também cidadão de outro Estado, bastando que sejam membros da União Europeia. Contudo, para exemplificar, pode-se considerar um cidadão português vivendo livremente na França. Deste modo, o conceito de povo como membro de um Estado é modificado, podendo dizer que o elemento povo passa a ser aquele que possui direito em relação a um determinado território, podendo ser um Estado, ou uma organização internacional, como por exemplo a União Europeia.

Quanto ao elemento território, que pode ser definido como a parte física do Estado, quando se trata da evolução decorrente da integração fica claro que tal elemento perde a definição clássica de território físico, pois, a aplicação da

legislação ultrapassa as fronteiras dos Estados, importante citar as palavras de Thiago Penido Martins e Jamile Bergamaschini Mata Diz:

A própria realidade fática coloca em crise o clássico conceito de território, haja vista que por mais que seja necessária a delimitação espacial do exercício do poder soberano por determinado Estado, algumas questões jurídicas relevantes transcendem e são incompatíveis com a ideia de territórios físicos geograficamente delimitados. É o que ocorre, por exemplo quando se está diante da proteção de direitos difusos de natureza transnacional, tais como o meio ambiente, o direito do consumidor, mercado e economia. (MATA DIZ, PENIDO, 2015)

A soberania pode ser conceituada, de forma simplista, como o poder que o Estado possui de forçar os outros a fazer determinado ato, ou, nas palavras de Miguel Reale:

Soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania”.(REALE, 2000, p. 139)

Quando se trata de soberania e sua relação com a integração dos Estados, adentra-se em uma área controvertida onde alguns podem ver a soberania do Estado-membro em confronto com o bloco, outros, porém verão as duas de forma conjunta, ou até compartilhada, para resumo de toda a

controversão, importante elencar a conclusão de Thiago Penido Martins e Jamile Bergamaschini Mata Diz:

Assim, podemos afirmar que o “compartilhar” da soberania reflete-se na criação de sistemas pautados em valores comuns que irão resultar, em maior ou menor grau, em decisões jurídicas e políticas de natureza comum, sem que tal signifique necessariamente perda do poder soberano, uma vez que sempre será o Estado que irá decidir em qual “medida” e em que aspectos poderá haver transferência das competências estatais para um órgão ou sistema supranacional que venha a exercê-las em seu nome e para o benefício dos Estados partícipes do processo de integração. (MATA DIZ, PENIDO, 2015)

Entretanto, além destes três elementos clássicos, território, povo e soberania, é de suma importância a existência do elemento finalidade, pois o Estado precisa do poder como soberania para coordenar o povo em um território, portanto, para qual objetivo. Nesse caso, a finalidade está como o quarto elemento do Estado, Dalmo Dallari coaduna com a ideia da importância da finalidade, em suas palavras, “o problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins”(Dallari, 2009, P.101).

Assim, tanto para um Estado, quanto para um bloco integrado econômico, social e cultural, fenômeno recente, tendo como único exemplo a União Europeia, independente dos elementos indicados pelos doutrinadores, é importante refletir

sobre sua finalidade, e principalmente sobre como alcançar esta finalidade.

## **6 - A FINALIDADE DO ESTADO (OU DO BLOCO INTEGRADO): O BEM COMUM**

Seja um Estado como o Brasil ou um bloco integrado, como a União Europeia, por exemplo, pode-se dizer que há uma finalidade destas organizações. Jamile Bergamaschine Mata Diz e Thiago Penido Martins após analisarem a nova roupagem dos elementos do Estado, povo, território e soberania, concluíram que:

...ao exercer o poder em e para o Estado, as instituições criadas para a consolidação do sistema político e jurídico da comunidade interestatal devem ter como finalidade primeira o desenvolvimento equitativo de todos os participantes, sempre amparada por uma base de princípios e valores comuns que possibilitarão melhor qualidade de vida para os indivíduos, garantindo assim a consolidação de um autêntico Estado democrático de direito.(MATA DIZ, PENIDO, 2015)

Deste modo, independentemente da quantidade dos elementos constitutivos do Estado, sejam três, quatro, cinco ou número aberto, existe uma finalidade para o Estado ou grupo integrado. Pode-se dizer que esta finalidade é o “bem comum”, sendo, entendido como sinônimo de justiça, ou de vida justa e

digna, e que para busca-la é necessário respeito aos direitos humanos.

Para que o bem comum seja alcançado, por mais que haja a necessidade de participação do ente estatal, os indivíduos precisam perceber, ele não está em outro lugar que não na própria sociedade, viver com respeito ao próximo é o passo principal para uma sociedade justa, pois justiça está nos deveres que devemos seguir mesmo que não sejamos obrigados por força de lei, a dignidade da pessoa humana é um valor transcendente de que todos têm uma pequena noção, conforme palavras do Papa João Paulo II proferida no dia mundial da paz de 1999, intitulada notoriamente como “no respeito dos direitos humanos, o segredo da verdadeira paz”:

Por ocasião do Dia Mundial da Paz, gostaria de partilhar convosco esta minha convicção: quando a promoção da dignidade da pessoa é o princípio orientador que nos inspira, quando a busca do bem comum constitui o empenho predominante, estão a ser colocados alicerces sólidos e duradouros para a edificação da paz. Ao contrário, quando os direitos humanos são ignorados ou desprezados, quando a procura de interesses particulares prevalece injustamente sobre o bem comum, então inevitavelmente está-se a semear os germes da instabilidade, da revolta e da violência.

A dignidade da pessoa humana é um valor transcendente, como tal sempre reconhecido por todos aqueles que se entregaram sinceramente à busca da verdade.(JOÃO PAULO II. 1999)

Deste modo, participando Estado e cidadão, o primeiro com os regramentos básicos para vida humana, e o segundo com o comportamento, a sociedade alcançará o bem comum.

## **7 – A COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL E A COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES**

É necessário conhecer a teoria de Niklas Luhmann para responder a indagação sobre a comunicação intersistêmica. Não há, efetivamente, uma comunicação direta entre os sistemas sociais, que se servem, para tanto, de diversos mecanismos para realizar possibilidades de comunicação, conforme a classificação da teoria de Niklas Luhmann.

Assim, o contato do sistema com os demais sistemas dá-se por diversas formas, entre as quais está a categoria teoria do acoplamento estrutural, cabendo recordar que a Constituição Federal de 1988, promove o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. Ou seja, além de ser um ato político representativo de formação do Estado, a Constituição Federal de 1988, também é um diploma legal, tanto político, quanto jurídico, contendo diretivas políticas e jurídicas.

Desse modo, a menção “ideal de fala”, segundo a teoria de Jurgen Habermas, destaca a noção normativa, ao

consenso e a coordenação das ações dos atores sociais. Nas palavras de Jurgen Habermas, sobre o aspecto normativo:

É verdade que as questões fundamentais da filosofia prática tinham sido extraídas do dia-a-dia: “o que devo fazer?”, ou ainda: “o que é bom para mim em geral e a longo prazo?”, porém sem nenhuma mediação, sem passar pelo filtro da objetivação social. A renúncia ao conceito fundamental da razão prática sinaliza a ruptura com esse normativismo. Todavia, o conceito sucessor “razão comunicativa” conserva fragmentos idealistas desta herança, os quais nem sempre são vantajosos, no contexto modificado de uma teoria comprometida com o esclarecimento. (HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia, pág. 26)

Portanto, quando se chegará, e se um dia chegar, a uma situação ideal de diálogo entre todos os Poderes. A classificação serve para demonstrar a dificuldade de comunicação entre todos os envolvidos. Assim, nesse sentido haverá, dificuldades comunicativas por vezes intransponíveis,

pois as dimensões que interessam aos falantes e os ouvintes são diversas, e daí, que seu contexto argumentativo é diversificado. Neste caso, ficam demonstrado as dificuldades de comunicação entre os atores sociais.

Para tentar superar esses entraves comunicativos, a teoria dos sistemas revela outra categoria teórica, a dos sistemas de organização. No caso, o Poder Judiciário, é tido como organização que opera no interior dos sistemas de função, no interior do sistema jurídico, adotando o código do sistema jurídico. O sistema jurídico comunica direito. Contudo, a jurisdição é dotada de ação que, em outras palavras, significa que os Tribunais são obrigados a decidir. A decisão consiste, na ação do Poder Judiciário, na distinta comunicação em que estão inseridos.

Ressalta-se, que o Estado-Juiz tem o condão de verificar se o direito existe, determinando a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Nas palavras de José Afonso da Silva:

“Finalmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 5º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1º do mesmo artigo, o que ‘significa que os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida’, e não poderá deixar de decidir também dada o monopólio

jurisdicional (non liquet)” (SILVA, 1996, Pág. 396).

Em contrapartida, o instituto não subverteu o princípio da separação dos poderes e, nem determinou uma inversão de tarefas do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, isto é, face a disposição da injunção, pois o Judiciário tem o dever, de conceder ou não a ordem, sob pena de responsabilidade funcional.

No entanto, a função típica do Poder Judiciário é a interpretação e respeito às leis. Uma de suas diversas atribuições, é o papel fundamental de resguardar os direitos fundamentais, contidos na Legislação Constitucional e Legislação Infraconstitucional, em sintonia e respeito com os demais Poderes, observando seus limites e funções; pois o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal.

Desse modo, está consagrado que deve haver independência e autonomia entre os Poderes do Estado, com diálogo e harmonia. Pois, o Poder Judiciário não pode interferir nas gestões administrativas, nem nas “Casas Parlamentares”. Da mesma forma, os Poderes Executivo e Legislativo não podem sofrer interferência nas suas competências e funções jurisdicionais.

Entrementes, a teoria dos sistemas sociais, tentará explicar a sociedade na sua caracterização por sistemas de

funções, subsistemas ou sistemas parciais. Porém, fica claro que não se trata de uma decomposição conceitual (divisão), nem, tampouco, de uma divisão real (partição). Este processo de diferenciação pode ter início a qualquer momento, sendo resultado da evolução e da maior complexidade do sistema.

Na diferenciação dos sistemas sociais, fica claro que houve uma evolução, decorrente da evolução da própria sociedade. O desafio da teoria dos sistemas, não é aprisionar as instituições num esquema rígido da separação dos poderes (ou de métodos hermenêuticos), mas fazer que o princípio regulador dessas oscilações seja permeável a “bons diálogos”.

Nesse caso, os sistemas primários, como o político, o econômico, o educacional e o jurídico, se distinguem internamente pela forma de diferenciação entre centro e periferia. Na teoria dos sistemas, fica enfatizado que nenhum sistema de funções pode alcançar a sua própria unidade como organização, ou seja, nenhuma organização pode realizar todas as operações do sistema de funções e executá-las como suas próprias operações.

Em continuação, as organizações adotam a função primária a partir do sistema respectivo, adotando o seu código binário, com constância fazendo concessões a outras funções.

Assim é o caso do Estado no sistema político, dos hospitais no sistema de saúde, da universidade ou das escolas, no sistema educacional, dos bancos, ou do sistema bancário, no sistema econômico. E, ainda, no sistema jurídico, nos tribunais.

Não obstante, o princípio da separação dos poderes, na teoria dos sistemas sociais, não é considerado da forma habitual e costumeira. Contudo, a teoria dos sistemas sociais apresenta uma visão não tradicional do princípio da separação dos poderes, que continua constando das Constituições.

Em contrapartida, Habermas revela que tanto o Estado e o princípio da separação dos poderes, parte de um pressuposto e de uma teoria afinada com a tradição, mas, com a originalidade característica de seu pensamento, em conformidade com as categorias da sua teoria da comunicação. Jürgen Habermas menciona que a fala argumentativa é distinguida em três aspectos, quais sejam:

a) como processo: é uma forma de comunicação rara, uma vez que se aproxima de condições ideais; b) como procedimento: regulação especial de série de argumentos entre proponentes e os oponentes no discurso, e; c) com o objetivo de produzir argumentos: a argumentação tem o fim redundante de produzir argumentos pertinentes que convençam intersubjetivamente, podendo, a final, uma opinião transformar-se em saber.

Nessa mesma linha, Habermas inicia a explanação sobre a lógica da separação dos poderes, explanando a ideia

clássica, não sem deixar de concluir que decorre “*de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é a responsável pela implementação de leis que necessitam de execução*”.

Nesse contexto, conclui-se que o poder comunicativo só pode formar-se em esferas públicas, resultando de estruturas da intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada, surgindo em lugares onde há liberdade comunicativa. Nessas linhas preliminares, percebe-se que as publicações de suas pesquisas sobre o Estado, o direito e o princípio da separação dos poderes, parte de uma ótica tradicional, absorvendo, em seguida, ainda que parcialmente e de forma crítica, a teoria sistêmica, avançando na sua teoria comunicativa, no que se revela o seu caráter normativo, é necessário citar as palavras de Jürgen Habermas:

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma

fundamentação moral. Assim, os dois tipos de político que Michelman contrapõe em um exercício de tipificação ideal podem impregnar-se um do outro e complementar-se. A política dialógica e instrumental, quando as respectivas formas de comunicação estão suficientemente, institucionalizadas, podem entrecruzar-se no *medium* das deliberações. Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2002, pág. 277)

Nessa mesma linha de raciocínio, surge um terceiro modelo de democracia, isto é, o da comunicação, que são uma das condições para o processo político, para alcançar melhores resultados. Em continuação as palavras do mesmo autor:

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes esquadros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. *Racionalização* significa mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe de uma maneira ou de outra. Apesar disso o poder político só pode “agir”. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculativas, ao

passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que simulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais.(HABERMAS, 2002, pág. 282)

Desse modo, a comunicação entre os poderes do Estado, ou entre a administração direta e indireta, deverá ter a finalidade de aprimorar a edição de legislação e seu aproveitamento nos âmbitos da administração e jurisdição.

Por fim, é muito importante ressaltar a questão da decadência da esfera pública política na modernidade e o fortalecimento do Poder Judiciário. Nesse ponto, o espaço público vem perdendo importância de forma alarmante em tempos atuais e ambos apontam como o principal motivo disso, o fim de uma separação mais explícita entre aquilo que é público e o privado nas sociedades contemporâneas. E a adoção de diálogo entre os Poderes, para melhores tomadas de decisões e prol da sociedade civil.

## 8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

**Nota-se, que na separação dos poderes, a interação é inevitável. A comunicação deliberativa é um ganho; a comunicação entre os Poderes é essencial, para não haver ingerências e decisões arbitrárias nas funções e competências de cada Poder.**

Assim, com a menção ao fim da separação dos poderes, não se quer dizer, a toda evidência que o Poder Judiciário, ou a função jurisdicional, deva exercer funções legislativas, ou, ainda, funções que tocam, essencialmente, à administração do Estado. Da mesma maneira, nem as demais funções necessitam de exerceres funções jurisdicionais. A sociedade e o Estado, não podem abdicar das suas conquista e evolução.

Entretanto, não é suficiente, no modelo comunicacional, a comunicação entre os Poderes que exercem as funções do Estado, pois, é necessária que a comunicação se dê, na esfera de poder pós-moderna, entre os entes da federação e os segmentos sociais, no sentido de produzir uma comunicação sobre a realização de determinadas leis.

Ou seja, quanto a edição de reformas indispensáveis à realidade social, isto é, permitindo a criação de políticas

públicas em prol da sociedade civil, o que não ocorre com a restrita concepção entre os Poderes e da prática desse princípio.

E por fim, a comunicação permite a criação de ideias inovadoras com vistas a aquisição de expectativas, no sentido de prevenir conflitos entre os Poderes. Não cabe dúvida de que o diálogo entre os poderes é a melhor opção, para a tomada e implementação de decisões. Afinal, a sociedade civil é o destinatário final, de como os poderes executivo, legislativo e judiciário, administram, elaboram e executam, as leis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df/inteiro-teor-100468563> >. Acesso em 14 dezembro 2017.

BRECHO; BRAICK, **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu . Elementos de teoria geral do Estado. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 314p. P.17.

HABERMAS, Jurgen. A crise de legitimação no capitalismo tardio. Traduzido por Varimech Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

JOÃO PAULO II. Mensagem para a celebração do XXXII dia mundial da paz. Disponível em <<https://w2.vatican.va/content/john-paul->

ii/pt/messages/peace/documents/hf\_jp-ii\_mes\_14121998\_xxxii-world-day-for-peace.html>. Acesso em 06 de janeiro de 2018.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 334.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine, PENIDO, Thiago. Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional In: Direito Internacional.1 ed.Florianópolis : CONPEDI, 2015, v.1, p. 1-29.

\_\_\_\_\_ ; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 138-158.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Editora Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2002, página 165.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 139

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. A transformação do Estado, a passagem do princípio da separação para o modelo da comunicação entre as funções do Estado. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2476/transformacao%20do%20estado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional positivo, Ed. Malheiros, 11ª edição, 1996, pág. 396.



Conhecimento

ISBN 978-65-990101-6-3



[www.conhecimentolivros.com.br](http://www.conhecimentolivros.com.br)