

Volume 1

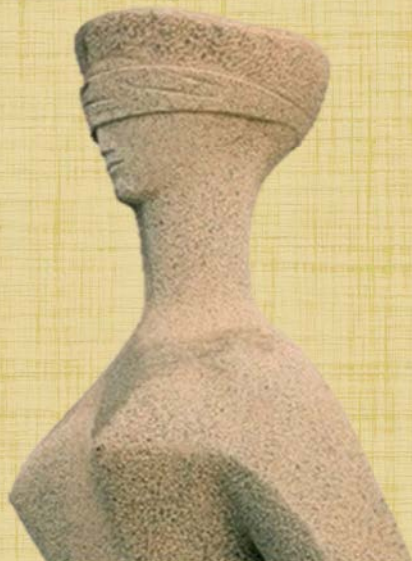
**U** Universidade de Itaúna  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

PROCESSO CONSTITUCIONAL  
E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO  
ESTADO DEMOCRÁTICO

---

os desafios da efetividade  
processual no século XXI

---



*Organizadores*

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Fabício Veiga Costa

Thiago Penido Martins

Anais V Seminário Internacional

*Organizadores*

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz  
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais  
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa  
Prof. Dr. Thiago Penido Martins

## **V Seminário Internacional**

# **Processo constitucional e Direitos Fundamentais no Estado Democrático: desafios da efetividade processual no século XXI**

22 a 24 de novembro de 2017

**Volume 1**



**Conhecimento**  
Editora

**Belo Horizonte**  
**2017**

**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

---

341.2 Seminário Internacional de Processo Consti-  
S471 tucional e Direitos fundamentais no Esta-  
2017 do democrático: desafios da efetividade pro-  
v.1 cessual no século XXI, 5, 2017, Itaúna, MG /  
[organizado por] Jamile Bergamaschine Mata  
Diz, Márcio Eduardo Senra Nogueira Morais,  
Fabrício Veiga Costa [e] Thiago Penido Mar-  
tins. – Belo Horizonte: Conhecimento Editou-  
ra, 2017.

587p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação  
Stricto Sensu em Direito da Universidade de  
Itaúna, MG)

Vários autores.

ISBN: 978-65-990101-3-2

1. Direito- Anais de congresso. 2. Di-  
reito constitucional. 3. Direito interna-  
cional. 4. Processo constitucional. 5. Di-  
reitos fundamentais. I. Diz, Jamile Berga-  
maschine Mata (Org.). II. Morais, Márcio  
Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Org.). III.  
Costa, Fabrício Veiga (Org.). IV. Martins,  
Thiago Penido (Org.). V. Título.

CDDir - 341.2

CDD(23.ed.)-342

## APRESENTAÇÃO

Entre os dias 22 a 24 de novembro de 2017 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **V Seminário de Direito Internacional Processo constitucional e Direitos Fundamentais no Estado Democrático: desafios da efetividade processual no século XXI” – Volume 1.**

O evento, organizado pelos Professores Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz, Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Dr. Fabrício Veiga Costa e Dr. Thiago Penido Martins, 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 Moraes*

## SUMÁRIO

**ENTRE A FILOSOFIA E O DIREITO: DILEMAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

*Alvaro de Azevedo Gonzaga* 10

**GIUSTIZIA COSTITUZIONALE TRA “ANIMA POLITICA” ED “ANIMA GIURISDIZIONALE” E SUA INCIDENZA SULLA FORMA DI GOVERNO**

*Prof.ssa Elisabetta Catelani* 27

**É PRECISO LEVAR A DEMOCRACIA A SÉRIO: DISCUSSÕES EM TORNO DO MODELO DE RONALD DWORKIN**

*Loiane Prado Verbicaro* 53

**A DIMENSÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO**

*Magno Federici Gomes* 68

**PAPÉIS FEMININOS A ESTRATIFICAÇÃO SEXUAL DA MULHER E O SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA LABORAL**

*Vanessa Alexandra de Melo Pedroso* 101

<b>A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E AS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> <i>André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita</i>	<b>118</b>
<b>A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA</b> <i>Denise Maria Soares</i> <i>Rafaela Cândida Tavares Costa</i>	<b>137</b>
<b>A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE TRABALHO: EXIGÊNCIA PRÉ-CONTRATUAL DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E A DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO</b> <i>Virgínia Lara Bernardes Braz</i> <i>Laís Freire Lemos</i>	<b>166</b>
<b>A GUERRA DO IRAQUE E O TRIBUNAL ESPECIAL IRAQUIANO</b> <i>Cristiano Batista</i> <i>Patrícia Barbosa Nogueira</i>	<b>199</b>
<b>A MANUTENÇÃO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR MILITAR CONTRA CIVIL FRENTE A LEI 13.491/17</b> <i>Paulo Henrique Brant Vieira</i> <i>Mariel Rodrigues Pelet</i>	<b>233</b>
<b>A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA (IN)EFICAZ PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SUBMETIDOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</b> <i>Alisson Alves Pinto</i> <i>André dos Santos Gonzaga</i>	<b>262</b>

**A MUDANÇA DE PARADIGMA NA LEGISLAÇÃO  
BRASILEIRA SOBRE PROTEÇÃO AOS MIGRANTES:  
ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE  
2017**

*Aparecida Dutra de Barros Quadros*

*Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende* **293**

**A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA E A DEMOCRATIZAÇÃO DO  
PROCESSO CRIMINAL EM UMA PERSPECTIVA  
RESTAURATIVA**

*Álisson Thiago de Assis Campos*

*Pedro Henrique Carvalho Silva* **326**

**A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE RESTRIÇÕES E  
ALCANCE DO PRINCÍPIO**

*Dalvaney Aparecida de Araújo*

*Érica Patrícia M. Freitas Andrade* **361**

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE  
SOCIAL PARA FINS DE MORADIA COMO MEIO DE  
COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL**

*Pedro Henrique Carvalho Silva*

*Rayssa Rodrigues Meneghetti* **385**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A GARANTIA DA  
SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO AMBIENTAL**

*Poliana Cristina Gonçalves*

*Patrick Juliano Casagrande Trindade* **415**

**A RELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO  
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

*Bruno Barbosa de Oliveira*

*Maria Teresinha de Castro* **449**



**A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELAS VIOLAÇÕES E MORTES NO CÁRCERE EM CONSONÂNCIA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Laís Freire Lemos*

*Virgínia Lara Bernardes Braz*

**482**

**AÇÕES COLETIVAS COMO MECANISMOS ADEQUADOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

*Stéphanie Nathanael Lemos*

*Virgínia Lara Bernardes Braz*

**511**

**ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO *JUS POSTULANDI* EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE**

*Antonio Donizetti de Resende*

**555**

# ENTRE A FILOSOFIA E O DIREITO: DILEMAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Alvaro de Azevedo Gonzaga<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

Dos diversos conceitos que são alvo de discussões e reflexões na ciência do direito, aquele que se refere ao conteúdo dos direitos fundamentais é, talvez, o mais problemático.

Os posicionamentos de diversos doutrinadores acerca do que deve ou não deve ser incluído como direito fundamental no âmbito da constituição, os diversos clamores por reconhecimento de direitos em uma sociedade da informação orientada por ideais democráticos, a dificuldade que a dogmática jurídica tem de criticar esses conceitos e clamores – esses são apenas alguns dos problemas com os quais o direito se depara na produção do conhecimento jurídico e nas decisões exigidas.

Provocado por questionamentos do gênero, que extrapolam sua competência epistêmica, é natural o recurso, do direito, à filosofia. Mesmo quando se pensa na própria definição do direito em si, já está ultrapassado o limite da própria ciência do direito.

---

<sup>1</sup> Livre Docente em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor, mestre e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto Euro-Americano de Derecho Constitucional, na Condição de Membro Internacional.

Portanto, a pergunta que orienta esse artigo é: essa interdisciplinaridade entre filosofia e direito é benéfica e útil para a defesa dos direitos fundamentais? Em quais quadros de questionamento filosófico essa pergunta se insere?

O próprio tema sobre o qual se ergue a pergunta é divisível: relações entre filosofia e ciência, no geral e filosofia e ciência do direito, em particular, por um lado; e a questão da humanidade e sobre o que ela se refere, de outro.

Sem a pretensão de esgotar o questionamento, as avaliações críticas de algumas teses levantadas no decorrer deste texto permitem, desde logo, afirmarmos que a filosofia permanece como principal aliada do direito na defesa dos direitos fundamentais.

## 1. FILOSOFIA E CIÊNCIA

A discussão acerca dos limites entre filosofia do direito e ciência do direito insere-se no questionamento mais geral acerca dos mesmos limites entre filosofia e ciência. Essa discussão é ampla, sendo que vários autores tratam e trataram da questão.

No Brasil, Miguel Reale<sup>2</sup> trata do tema em sua obra *Filosofia do Direito*. Defende Reale que, para Herbert Spencer, Ciência e Filosofia distinguir-se-iam por uma simples questão de grau – para aquela, um saber particularmente unificado, para esta, totalmente unificado. Uma diferença de graus de generalidade daria a toada: filosofia ou ciência. Há, segundo Spencer, três graus de

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed – São Paulo: Saraiva, 2002. p.15 e ss.

conhecimento: empírico ou vulgar – não unificado;  
conhecimento científico – parcialmente unificado;  
conhecimento filosófico – totalmente unificado.

Para Spencer, a Filosofia seria uma enciclopédia de saberes humanos, da ciência e de suas concepções, de forma sistematizada. O filósofo faria um compêndio do resultado das ciências de forma a garantir um conhecimento total das coisas, porque se cada cientista trabalha de modo isolado dos outros, a alguém cabe a função de compor os resultados em benefício humano<sup>3</sup>.

Paulo Bonavides<sup>4</sup>, sobre o mesmo tema, mostra que após a revolução positivista de Augusto Comte, que visava unificar as ciências com o sistema positivista, representantes da Escola de Marburgo e de Baden ergueram dúvidas sobre natureza das ciências do homem, dividindo-as em ciências históricas, do espírito, da sociedade e da cultura. Certos dados dessas ciências jamais entrariam no campo da fenomenologia da natureza e das ciências naturais.

Já para os *neo-positivistas* da Escola Analítica de Cambridge, Círculo de Viena e derivações, a filosofia seria uma teoria metodológico-linguística das ciências, ou seja, uma análise de significantes e significados dos enunciados científicos, visando uma linguagem pura que purifique a ciência de problemas que não lhe dizem respeito. Sobre isso, já dizia Wittgenstein, no Tratado Lógico-Filosófico, que “*o objetivo da Filosofia é a clarificação lógica dos pensamentos*”.

---

<sup>3</sup> “A ciência é a generalização da experiência, e a filosofia, a generalização da ciência”. Littré.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 28 e ss.

Livre de qualquer metafísica, que já aos olhos de Kant degenerava a Filosofia em *filodoxia*, cumpre à Filosofia tornar claras as proposições das ciências, mas sem a pretensão de formular proposições filosóficas.

À querela metodológica entre naturalistas e idealistas, que rege o tema das aproximações entre filosofia e ciência, no geral e entre a possibilidade de uma ciência histórico-cultural ou social, responde Dilthey diferenciando ciências da natureza e do espírito<sup>5</sup>. As ciências que têm por objeto a realidade histórico-social servem-se da *compreensão* e as que tem por objeto a fenomenologia da natureza, da *explicação*. A esse respeito, Miguel Reale diz que *compreender, em última análise, é valorar, é apreciar os entes sob prismas de valor, vivenciando-os*.

À essa consideração pode-se apor o mesmo Paulo Bonavides, ensinando que no mundo da sociedade há heterogeneidade, diversidade, probabilidade, desenvolvimento e teleologia. Uma vez que seja possível uma Teoria dos Valores, uma vez que seja possível não só explicação, mas também compreensão, seja no fato, seja nos que resultar da aplicação de determinado poder a determinar os rumos na sociedade, podemos aproximar a Filosofia da Ciência.

---

<sup>5</sup>WEIMBERG. Steven. **Para Explicar o Mundo – A Descoberta da Ciência Moderna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. O ganhador do prêmio Nobel diz, à página 72: “*Minha posição pessoal é que esse anseio por uma abordagem holística da natureza é exatamente o que os cientistas precisam superar. Não encontramos nada nas leis da natureza que corresponda, de qualquer maneira que seja, às ideias de bem, justiça, amor ou discórdia, e não podemos nos basear na filosofia como guia confiável para o entendimento científico*”.

Questiona-se<sup>6</sup>: *A filosofia é uma ciência?* Martin Heidegger, respondendo que filosofia é filosofar. Desse modo, a Filosofia só pode ser determinada a partir de si mesma e não de um conceito de ciência. Afirmará que, segundo sua essência, a filosofia é mais científica do que qualquer ciência possível, porque a filosofia mesma que possibilita algo como a ciência. Devendo à Filosofia a sua origem, a ciência, como o quis Spencer e outros ao torná-la serva, jamais pode querer determinar a ciência. Ultrapassados os limites da ciência há a filosofia e dela nada pode ultrapassar.

Para ele, a Ciência é conhecimento do ente no sentido de uma área demarcada, assim como a investigação científica é a movimentação no interior de um determinado problema, ou melhor, de uma determinada questão, suscitada em relação a um objeto. Não estão disponíveis a qualquer das ciências, ou a todas elas em conjunto, o *ser* como tal ou o ente em sua totalidade. Por meio desse limite é que é possível a investigação científica. Uma ciência-universal, para Heidegger, é um *não-conceito* e, portanto, atribuir o status científico à Filosofia é igualmente um contrassenso.

À ciência, dirá Heidegger, em sua relação com o ente do qual suscita uma questão, é caracterizada pelo domínio, direção e utilização do conhecimento. À *technè* cabe o desempenho, enquanto à *Filosofia* caberá a formação, no sentido da *paideia* platônica.

Na ciência há progresso e resultados, justamente por isso é aberta e inconclusa. Na Filosofia, nenhum resultado pode ser registrado, segundo Heidegger e, portanto, jamais tornar-se-ia obsoleta. Entretanto, a

---

<sup>6</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Trad. Marco Antônio Casanova. 2ª ed – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.15, 237 e seguintes.

conexão da ciência com a filosofia está assim determinada: o cientista e o filósofo. Colocar o filosofar em curso e crescer concretamente numa ciência determinada. Esse é o mais importante.

## 2. FILOSOFIA E CIÊNCIA DO DIREITO

A filosofia do direito se refere a um campo de investigação filosófica que possui como objeto o direito, procurando responder ao questionamento do que é o direito, ou seja, a pergunta sobre a natureza do fenômeno. Assim, teremos que Filosofia do Direito, embora existam divergências quanto a isso, se apresenta como um ramo da Filosofia, e não um ramo da ciência jurídica, refletindo e discutindo filosoficamente determinadas questões e eventualmente sugerindo-lhes respostas cabíveis.

A filosofia do direito é um ramo da filosofia geral, tendo por objeto problemas de maior generalidade referentes ao direito, encarando as questões mais profundas e gerais do direito, situando seu estudo em uma sistematização geral dos conhecimentos humanos, que nos permite compreender não só o sentido, mas também a significação do “jurídico” em uma concepção total do mundo e da vida e ainda o caráter e a fundamentação das disciplinas que o tomam por objeto.

Miguel Reale defende, por sua vez, que a Filosofia, no geral, e a Filosofia do Direito, em particular, cuidam daquilo que tem sentido de universalidade<sup>7</sup>. Por isso, tem por missão a “*crítica da experiência jurídica, no*

---

<sup>7</sup>REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.10.

*sentido de determinar suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível”.*

Assim corrobora Michel Villey<sup>8</sup>, por exemplo, afirmando que a filosofia faz um trabalho arquitetônico em relação ao direito e às ciências de que se ocupa: define, do direito, o conceito, as fronteiras, as fontes de conhecimento. Determina o Direito em relação à moral, à política, à economia; define-lhe os fins (para Villey, a Justiça).

Já para Arthur Kaufmann a Filosofia do Direito reflete e discute filosoficamente questões jurídicas de princípio, problemas jurídicos fundamentais. A Filosofia do Direito e o filósofo do direito não se detêm nos quadros do sistema vigente, mas assumem perante o Direito uma postura *transsistemática*.

A Filosofia do Direito ocupa-se com questões como: *direito justo e justiça* e como é possível conhecê-lo e aplica-lo. Para o autor, desenvolver uma teoria racional da justiça e uma doutrina da validade jurídica são deveres da Filosofia do Direito, sempre atendo-se, claro, à experiência do Direito. Arthur Kauffmann<sup>9</sup> defende que a Filosofia do Direito tem a ver com o direito correto, com o direito justo, que é *doutrina da justiça*.

A filosofia do direito, portanto, como disciplina autônoma, tem por objeto a experiência do direito, elucidando as questões do que é o direito e como suas implicações ocorrem na vida humana.

Inserida na fronteira entre o direito e o todo social, a filosofia do direito é a forma de reflexão que

---

<sup>8</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. p.31 e ss.

<sup>9</sup>KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. António Ulisses Cortês. 4ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010. p. 11.



explica, legítima e conserva certos limites dessa fronteira, mas, ao mesmo tempo, deveria ser a disciplina teórica que fizesse a ação contrária: ao invés de guardar a memória e as razões dos limites definidos e esperados da interação direito-sociedade, poderia ser a responsável pela transformação dos padrões de pensamento jurídico e social.

### 3. METAFÍSICA E HUMANISMO

Viver em uma sociedade democrática é viver em uma sociedade que orienta-se segundo ideais de liberdade e igualdade. A própria condição que cada pessoa se encontra, de estar em sociedade, impõe, desde logo, a consideração sobre o outro.

Quando se considera o debate contemporâneo, na filosofia, sobre a representação do outro e a questão da identidade de cada um em face desse outro que se representa<sup>10</sup>, os princípios democráticos de liberdade e igualdade apresentam uma conexão estreita com o modo que essa representação se fará em nosso espírito.

Nesse sentido, a posição metafísica que se adotar face a natureza social, permite clarificar ou obscurecer o debate. Será que a ideia que se faz de humanidade, a partir de uma tese ontológica fundada no humanismo abstrato do *cogito* cartesiano, individualista, potencializa essa mesma humanidade segundo valores de liberdade e igualdade? Pensamos que não.

---

<sup>10</sup>RENAULT, Alain. **A Filosofia**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2010. p. 114 e ss.

A ontologia que constitui a metafísica a partir de Descartes, a do contratualismo clássico hobbesiano, como exemplo, é aquela que explica a natureza social com base em um indivíduo racional, autointeressado e capaz de escolhas autônomas.

O fundamento dessa afirmação pode ser encontrado, de um lado, numa metafísica da subjetividade que nasceu com o humanismo constitutivo da modernidade, valorizando no homem sua dupla capacidade de ser consciente de si mesmo (autorreflexão) e de fundar seu próprio destino (autofundação). Essas duas ideias colocam o homem como fundamento de seus atos e de suas ações, como o seu *sub-jectum*.

A origem dessa metafísica da subjetividade emerge com a afirmação do *cogito* cartesiano. O *cogito* é o constitutivo do moderno, é o modo pelo qual o homem pensa-se como poder de fundação de seus próprios atos, de suas representações, da lei, da verdade ou da história.

A obra que refundamenta a filosofia política a partir dessa metafísica da subjetividade é a obra de Thomas Hobbes. Sobretudo no *Leviatã*, de 1651, Hobbes desenvolverá uma filosofia política de cunho estritamente individualista<sup>11</sup>.

É, então, o sujeito, individualmente considerado, potencializado, o fundamento da natureza social. Este se torna fundamento de tudo o que pode ser considerado como correto, legítimo e como fim de todo esforço individual ou coletivo.

---

<sup>11</sup> KREIMENDAHL, Lothar (org.) *Filósofos do Século XVII*. In: **Coleção História da Filosofia – volume 5**. Trad. Benno Dischinger. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos. p. 63-90.

Observando a própria constituição do *Leviatã*<sup>12</sup>, vê-se que o plano da obra parte do homem para o estado. Para o inglês, o desejo dos homens de livrar-se de um estado de guerra permanente, consequência do domínio das paixões individuais sobre os homens, leva-os a introduzir uma restrição sobre si mesmos capaz de conservá-los vivos e, ao menos razoavelmente, seguros.

Essa restrição obriga, por meio do castigo, do temor da pena, a cumprir aquilo que as leis naturais do cumprimento dos pactos não podem obrigar por falta de poder coercitivo.

Defendemos que seria melhor pensar contra esse humanismo abstrato, no qual o homem individual, sujeito absoluto, é fundamento de toda a natureza e, por meio de uma retomada do programa da metafísica dos clássicos dar um significado mais abrangente, ou mesmo novo, do humano, fundado na tese ontológica da natureza social em que a comunidade democrática, sendo natural, não nos parece tão estranha.

Quando refletimos sobre o direito e o modo como se apresentam, na experiência, as relações jurídicas como as lides, os contratos, os atos administrativos, podemos perceber que sempre existe a relação com o outro. Para além disso, basta observar as necessidades quotidianas para percebermos que o homem não basta a si mesmo e devemos, portanto, rasgar a ilusão da autossuficiência, porque em sociedade continuamente nos estabelecemos em relação a outrem.

---

<sup>12</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan - or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. In: **The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury – vol. III**. Org. por Sir William Molesworth. London: John Bohn, 1839.

Viver em sociedade e viver com o direito significa sempre e a todo instante, então, estar considerando o outro nas ações praticadas. Já aduzia Fichte que *o homem só se torna homem entre os homens*. Mas, antes dele, Aristóteles e São Tomás de Aquino já consideravam o homem como animal naturalmente político e social.

Essa característica torna o homem um ser vivo gregário por *natureza*: dotado de palavra e pensamento, é capaz de estabelecer relações de causa e efeito, de conhecer abstratamente, de conhecer as causas formais, materiais, eficientes e finais; é capaz de estabelecer relações de igualdade com outro em vistas de realizar, cada vez e sempre mais, suas potencialidades.

É da *natureza* do homem, seria possível dizer, estabelecer a cidade. Quem não estabelece relações desse tipo ou é um louco ou é um deus, visto que esses últimos bastam a si próprios em todas as causas<sup>13</sup>.

De todo modo, a evidência dos princípios democráticos de liberdade e igualdade guardam relação estreita com o que entendemos por *outro* e por *humano*. Tanto os outros concidadãos com quem nos relacionamos quanto com habitantes de outras culturas, outros modos de vida que não os nossos.

Essa reflexão sobre a apreensão do outro numa sociedade democrática é fundamental para a consideração dos Direitos Fundamentais. Essa reflexão nos leva a considerar o outro homem: o que ele tem de diferente de

---

<sup>13</sup>ARISTÓTELES. **Política**. Ed. Bilíngue. Trad. Antonio Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes. Lisboa: Editora Vega, 1998. 1253a. *Estas considerações evidenciam que a cidade é uma daquelas coisas que existem por natureza e que o homem é, por natureza, um ser vivo político.*

nós? Como lidar com a sua cultura, que é diferente da nossa, com seu modo de vida, que é igualmente distinto?

A ideia adotada de humanidade pode ser aquela que, fundada em valores democráticos de liberdade e igualdade, considera que todos os homens nascem e continuam a ser livres e iguais em direitos.

Segundo Alain Renault, a ideia de humanidade passou por três transformações distintas. A primeira delas corresponde à ideia de humanidade do renascimento até o iluminismo, em que a humanidade se define pela posse de uma identidade específica ou genérica – não se considera qualquer diferença de sociedade ou cultura entre eles. A segunda ideia de humanidade, já em finais do século XVIII, recrudescer de modo a negar particularidades – o outro, enquanto diferente, é excluído da identidade supostamente comum a todos os homens, tanto de direito como de fato – posição combatida, entre outros, por Edmund Burke.

Esse recrudescimento decorrente da ideia cada vez mais abstrata de humanidade está presente, sem mais delongas, nas escravidões coloniais pelas quais tantos homens, mulheres e crianças foram vendidos como bens móveis, nas colônias americanas e portuguesas. Isso em pleno nascimento das democracias modernas.

A terceira transformação pela qual passa é aquela que considera que as diferenças, ignoradas pela primeira transformação da humanidade, não podem mais deixar de serem levadas em conta nos debates; entretanto, até que ponto as diferenças devem ser levadas em consideração, democraticamente (ou seja, segundo a tensão liberdade/igualdade)?

Ao mesmo tempo, na questão, encontra-se a generalização abstrata e a diferença concreta. Sem aquela,

prejudica-se a igualdade; sem esta, uma grande parcela das pessoas corre o risco de não se reconhecer representada pelo outro em sua diferença.

A tese ontológica da metafísica clássica, por sua vez, permite que a ideia de humanidade seja interpretada de modo a permitir maior inclusão do outro que é diferente, das outras culturas, das outras sociedades. Isso porque além da metafísica não ser uma metafísica subjetivista, a própria tese ontológica da natureza social leva à consideração coletivo, da sociedade, da comunidade que é dada, ao invés do individual.

#### **4. O PROBLEMA DO MATERIALISMO**

Quando se fala em proteção dos Direitos Fundamentais através da Filosofia e do Direito, é muito importante a consideração de que ambos devem atuar juntos para que o homem realize, cada vez mais, suas potencialidades.

Quando questionamos se haveria utilidade na conjugação filosofia e direito para a defesa dos direitos fundamentais, já era possível antever uma resposta afirmativa. A filosofia, pela sua capacidade de formar um fio condutor que orienta a ciência do direito, é indispensável porque permite que olhemos para trás antes de lançarmo-nos para frente na produção de conhecimentos jurídicos.

Ao recolocar a pessoa humana no centro da vida do direito, a filosofia, no geral, e a filosofia do direito, no particular, pode apontar violações a essa humanidade, condutas que menosprezam o outro, entre outros reflexos políticos decorrentes de legitimações no discurso do

politicamente correto que é aceite pelo vulgo, midiaticamente preparado para tudo o que venha dos poderes instituídos.

Seja o pensamento feito em termos de lei, de linguagem, de glória, códigos ou sistemas, enfim, do que se queira pensar, estes são apenas ferramentas pelas quais o homem pode atualizar suas potencialidades em vistas de atingir seus fins.

O imperativo segundo o qual deve-se agir de forma tal que a humanidade seja tratada, tanto na própria pessoa como na pessoa do outro, sempre ao mesmo tempo como um fim, nunca simplesmente como um meio, ganha, através dessa interpretação, nova conotação.

Isso é significativo em tempos atuais quanto até mesmo o materialismo assume novos contornos. Sabemos que o materialismo, enquanto doutrina filosófica, consiste em conceber a matéria como o único princípio de explicação do que é real: tudo é matéria ou produto dessa.

A primeira forma pela qual estabelecemos contato com o materialismo, é através do materialismo histórico dialético: por meio de determinismos históricos da infraestrutura econômica seriam produzidos os produtos espirituais, ou seja, a religião, os valores e as ideias em geral.

Após a crise do marxismo, duas formas contemporâneas de materialismo ameaçam os direitos fundamentais, formas estas saídas da psicanálise e da biologia. A primeira, desloca a matéria para o campo dos instintos e das pulsões inconscientes. A segunda forma, desloca a matéria para o código genético do vivo – chamamo-lo materialismo biológico.

O materialismo recusa-se, por meio de um reducionismo, conceder autonomia, por mínima que seja,

aos fenômenos humanos – tudo é reduzido ao aparelho psíquico ou a processos neurológicos e código genético. Consequentemente, todas as ideias, os valores jurídicos dos quais nos julgamos autores, incluindo a categoria dos direitos fundamentais, são produtos da nossa história, da nossa espécie (biologia) ou da nossa individualidade (psicanálise). Aquilo que se julga formar com base no livre arbítrio, não passa de uma ilusão, determinados que estamos por mecanismos de força de imposição biopsicossociais.

Lênin<sup>14</sup> já dizia que o materialismo, por tomar como ponto de partida a objetividade da ciência, reconhecendo que esta estabelece verdades objetivas, leva vantagem sobre posições filosóficas idealistas porque estas necessitam de muito mais trabalho para deduzir a objetividade a partir da consciência, da individualidade de cada um ou de uma sociedade.

A ciência jurídica, como uma ciência do espírito, como uma ciência cultural, dotada de conteúdo axiológico, não deve deixar-se seduzir pelo materialismo. Nivelar todos as pessoas como um amontoado de células, como um conjunto de instintos inibidos ou como produto das relações de produção e troca torna cada um de nós apenas meios.

A filosofia é essencial porque subtrai aos olhos a venda que não nos permite ver com clareza os motivos pelos quais o nosso raciocínio jurídico pensa da forma como pensa. É essencial porque permite que questionemos os nossos princípios e pressupostos que orientam a formação do nosso conhecimento e pensamento jurídico.

---

<sup>14</sup> LENIN, Vladimir U. **Materialismo e Empiriocriticismo**. Trad. Abgvar Bastos. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1946. p. 153.



Mas, sobretudo, é somente através do filosofar que os Direitos Fundamentais atingem a maior realização que lhes é possível: constituem-se a partir da relação com a alteridade, a do outro e a do mundo.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Ed. Bilíngue. Trad. Antonio Campelo Amaral e Carlos Carvalho Gomes. Lisboa: Editora Vega, 1998

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Trad. Marco Antônio Casanova. 2ª ed – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviathan - or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. In: **The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury – vol. III**. Org. por Sir William Molesworth. London: John Bohn, 1839.

KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. António Ulisses Cortês. 4ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.

KREIMENDAHL, Lothar (org.) **Filósofos do Século XVII**. In: *Coleção História da Filosofia – volume 5*. Trad. Benno Dischinger. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos.

LENIN, Vladimir U. **Materialismo e Empiriocriticismo**. Trad. Abguar Bastos. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1946.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed – São Paulo: Saraiva, 2002.

RENAULT, Alain. **A Filosofia**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEIMBERG, Steven. **Para Explicar o Mundo – A Descoberta da Ciência Moderna**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas**. Trad. M.S.Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

# GIUSTIZIA COSTITUZIONALE TRA “ANIMA POLITICA” ED “ANIMA GIURISDIZIONALE” E SUA INCIDENZA SULLA FORMA DI GOVERNO

*Prof.ssa Elisabetta Catelani<sup>15</sup>*

## 1. PREMessa

La selezione delle sentenze della Corte costituzionale fatta dai dottorandi, i loro commenti ed il quadro che emerge da tale lavoro, consentono varie osservazioni sull'indirizzo fortemente invasivo sulla sfera politica che sta assumendo la giurisprudenza della Corte in questi ultimi anni

La natura ibrida della Corte, politica e giurisdizionale insieme, costituisce una caratteristica essenziale di essa e proprio questo aspetto ha rafforzato il suo ruolo nel sistema. Tuttavia, quando uno di questi due elementi prevale sull'altro, quando in particolare la sua componente politica e la sua capacità d'incidere sulla funzione legislativa, sulla definizione del ruolo degli altri poteri prevale sulla sua competenza giurisdizionale tendente a far rispettare la legittimità costituzionale dell'ordinamento, vi è il rischio che quel ruolo di garante affidato alla Corte costituzionale venga messo in discussione. Da qui la necessità di studiare non solo il ruolo della Corte nella

---

<sup>15</sup> Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico Università di Pisa

forma di governo<sup>16</sup>, ma anche la possibilità della Corte d'incidere sulla forma di governo.

Gli elementi che tuttavia emergono in quest'ultimo periodo sono preoccupanti perché spesso si discostano da prassi e da indirizzi che la stessa Corte ha sempre seguito e che costituivano anche elementi di certezza dell'ordinamento. Certezza che la giurisprudenza costituzionale dovrebbe garantire in assoluto ed in particolar modo dovrebbe emergere dal suo operato e dalla sua giurisprudenza.

## **2. I COMUNICATI DELLA CORTE: TRASFORMAZIONE DEL POTERE D'ESTERNAZIONE?**

Vorrei partire, a tale riguardo, da un profilo apparentemente marginale del modo di operare della Corte, ma che può essere significativo per comprendere le trasformazioni in atto all'interno dell'organo, che possono dipendere sia da aspetti esterni, connessi al contesto storico-politico o ai rapporti che si vengono ad instaurare fra gli organi costituzionali, ma anche dalle caratteristiche intrinseche dell'organizzazione interna della Corte. Quello che può essere facilmente constatato è un'attenzione talvolta eccessiva e distorsiva sull'incidenza delle sue pronunce sull'opinione pubblica, sulla valutazione e sui commenti alle decisioni che appaiono sui media, in definitiva sull'immagine che può essere percepita all'esterno di essa.

---

<sup>16</sup> Il tema è stato affrontato in modo organico in particolare nel volume P. Barile-E. Cheli-S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna 1982, dove vi è un contributo sul tema anche del Prof. Pizzorusso, *La magistratura come parte dei conflitti d'attribuzione*, 197 ss.

In passato si è discusso molto del ruolo del Presidente della Corte costituzionale e della sua capacità d'indirizzare in maniera più o meno significativa il modello procedurale o anche le stesse decisioni della Corte. Vari sono gli strumenti che possono essere utilizzati dal Presidente per svolgere questo ruolo, a partire dalla scelta del giudice istruttore/relatore, dalla convocazione della Corte in pubblica udienza o in camera di consiglio, alla fissazione in ruolo delle cause ed al loro abbinamento ai fini di una loro eventuale riunione, fino alle sue dichiarazioni o precisazioni sulle decisioni adottate<sup>17</sup>.

Nell'introduzione al volume *La Corte costituzionale ad una svolta*<sup>18</sup> il Prof. Pizzorusso mise in evidenza "l'uso particolarmente ampio" del potere d'esternazione del Presidente della Corte costituzionale, potere che, fino ad allora, era stato esercitato in maniera molto ridotta e limitata. In quella fase, ossia fine anni '80 inizio anni '90, dopo il periodo difficile conseguente all'eliminazione dell'arretrato da parte della Corte, la presidenza Saja aveva caratterizzato in modo innovativo il modo d'operare della Corte anche da un punto di vista d'immagine esterna ed il Prof. Pizzorusso segnalava questa nuova "prassi" e la collegava a quella situazione d'emergenza, che "ha avuto ripercussioni diverse sul concreto esercizio dei poteri della Corte".

---

<sup>17</sup> Questi temi erano stati affrontati più volte da A. PIZZORUSSO, *Le garanzie costituzionali, Artt. 134-139*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli- il Foro it., Bologna-Roma, 1981, ID, *Dal "relatore" al "redattore delle sentenze della Corte costituzionale"*, in *Foro it.*, 1988, I, 686 ss., nonché da molti altri Maestri, fra cui T. MARTINES, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padova, 1985, 503 ss.; A. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 832 ss.

<sup>18</sup> Volume pubblicato a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 1991, 5 ss. che ora può leggersi anche nel sito [gruppodipisa.it](http://gruppodipisa.it)

Negli ultimi anni il potere d'esternazione del Presidente della Corte che si è più o meno mantenuto, ma spesso limitato alle occasioni ufficiali, si affianca ad un'altra prassi, costituita dalla pubblicazione di "comunicati stampa" più o meno lunghi con finalità anche molto diverse. Comunicati per chiarire *a posteriori* dopo una sentenza o dopo una camera di consiglio le ragioni e, talvolta, anche gli effetti che possono derivare da una propria pronuncia. Significativo è anche l'uso della terminologia in parte diversa utilizzata dalla Corte in questi casi, perché talvolta si fa riferimento al concetto di "precisazioni" ed in altri casi di "comunicati" o di "note informative", come se si volesse attribuire una finalità ed un effetto diverso ai due provvedimenti adottati. Interessante, a tale riguardo, è anche l'analisi di questi contenuti, talvolta meramente informativi e destinati ad un pubblico indifferenziato, talaltra invece a carattere tecnico-processuale.

Prima dell'adozione della sentenza sulla legge elettorale n. 56 del 2015 c.d. *Italicum* (su cui si farà riferimento successivamente), la Corte è intervenuta addirittura con quattro comunicati, segnale inequivocabile dell'impatto, delle aspettative e delle conseguenze politiche che si attendevano da tale decisione. Tre comunicati avevano carattere meramente processuale<sup>19</sup>, mentre quello del 7 dicembre 2016 è stato adottato al fine di giustificare

---

<sup>19</sup> Due adottati in prossimità della data dell'udienza (16 e 17 gennaio 2017), uno in data 6 dicembre 2016 per la comunicazione della fissazione dell'udienza il 24 gennaio ed infine quello del 7 dicembre per giustificare il suo operato e per chiarire le ragioni della data di fissazione su cui *ultra*.

A questi si deve aggiungere il comunicato del 19 settembre 2016 per il rinvio a nuovo ruolo della discussione delle questioni di costituzionalità relative all'*Italicum*, discussione rinviata per evitare conflittualità con il referendum costituzionale che si sarebbe svolto pochi mesi dopo, ma anche per le conseguenze che un esito positivo o negativo avrebbe avuto sul contenuto stesso della decisione.

all'opinione pubblica il rinvio al 24 gennaio dell'udienza di trattazione, dopo che la stampa aveva dato notizia della fissazione dell'udienza stessa. Dinanzi alle critiche sui media e dell'opinione pubblica per tale rinvio considerato eccessivo in una fase di forte attesa politica, la Corte, in realtà solo vincolata ai termini processuali per la fissazione dell'udienza, non aveva certo la necessità di giustificare il suo operato. Normalmente nessun giudice e neppure la Corte ha sentito mai l'esigenza di motivare una data di fissazione d'udienza con comunicato pubblico e ciò nonostante ha ritenuto utile intervenire con un "comunicato" dove si precisava *"che la Corte costituzionale opera secondo le regole degli organi giurisdizionali"*. E che, in particolare, *"la scelta di una data anteriore avrebbe privato le parti dei termini dei quali dispongono per legge, allo scopo di costituirsi in giudizio e presentare memorie"*. Giustificazione poi che viene ribadita in uno dei comunicati successivi dove, a scanso di equivoci sui termini, si precisa che *"la fissazione é stata disposta alla scadenza dei termini per la eventuale costituzione delle parti. Tali ordinanze sono pervenute in cancelleria della Corte, rispettivamente, il 5 e il 12 dicembre 2016 e sono state pubblicate per saltum nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 50, prima serie speciale, del 14 dicembre 2016"*. Precisazioni che possono essere considerate come eccesso di zelo da parte di un organo che opera con metodo giurisdizionale.

Ancora, anomalo è il comunicato adottato dopo la sent. 70 del 2015 che aveva dichiarato l'illegittimità del blocco delle pensioni. Infatti la Corte è dovuta intervenire con una precisazione sulla natura auto-applicativa della sentenza, contestando le notizie di stampa in merito alla natura "autoapplicativa" della decisione che il Presidente avrebbe espresso. Si dice, infatti, che *"Le sentenze della Corte che dichiarano la illegittimità costituzionale di una norma di*

*legge o di un atto avente forza di legge producono la cessazione di efficacia della norma stessa dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Da quel momento gli interessati possono adottare le iniziative che reputano necessarie e gli organi politici, ove lo ritengano, possono adottare i provvedimenti del caso nelle forme costituzionali”.*

Infine, molto discutibile è la precisazione del 26 aprile 2016 sull’ordinanza n. 91 dove la Corte precisa che *In merito a quanto riportato oggi da alcuni quotidiani e siti on line si precisa che la Corte Costituzionale non ha dichiarato "fondato" alcun ricorso in merito alla tutela giurisdizionale dei dipendenti della Camera. Con l'ordinanza n.91 del 22 aprile scorso la Corte Costituzionale ha solo ritenuto in via del tutto preliminare tecnicamente ammissibile l'esame del conflitto di attribuzione promosso dal Tribunale di Roma, ricorso che verrà esaminato e discusso dai quindici giudici della Corte in altra data.*

*E’ dunque infondata ogni notizia di "salvataggio dei 175 dipendenti della Camera" - così come riportato a mezzo stampa - perché la Corte Costituzionale non ha ancora né discusso né tantomeno deciso il merito del ricorso”. In questi ultimi due casi il comunicato viene inteso come strumento didattico, per informare il pubblico delle caratteristiche procedurali del giudizio costituzionale, sugli effetti delle sue decisioni, sulla varietà di competenze ad essa affidati e sui conseguenti diversi procedimenti.*

Si è passati, pertanto, da un potere di esternazione del Presidente usato in modo saltuario ed in occasione di situazioni formali, ad una comunicazione costante con la stampa e con l’opinione pubblica, come se la Corte avesse una responsabilità (politica?) o comunque volesse giustificare il contenuto delle proprie decisioni.



Si tratta di atti informali, ai quali non può essere attribuito alcun valore giuridico, ma che sono indicatori di una trasformazione in atto nella Corte, attenta all'opinione pubblica e alla sua immagine esterna, non tanto per una responsabilità politica che il meccanismo di nomina dei suoi componenti non consente (completamente), ma per un ruolo di arbitro del sistema che in quest'ultimo periodo si è sicuramente accentuato. L'assenza di un ruolo forte di mediazione dei partiti, il mantenimento di una sostanziale instabilità dei governi, nonostante il sistema elettorale prevalentemente maggioritario, hanno accentuato l'attesa per le decisioni della Corte costituzionale, come se essa partecipasse alle scelte d'indirizzo politico del Paese al pari del Parlamento e del Governo. E questi aspetti formali sottolineano questo indirizzo.

### **3. DECISIONI DELLA CORTE CHE POSSONO INCIDERE SULLA TRASFORMAZIONE DELLA FORMA DI GOVERNO: IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA**

Tale trasformazione del ruolo della Corte si percepisce in maniera più diretta dalla sua giurisprudenza e l'analisi che è stata fatta da parte dei dottorandi è molto indicativa in questo senso.

Come si è accennato in premessa, non è questa la sede per ricordare i tanti studi che sono stati fatti sulla prevalenza della natura giurisdizionale o politica della Corte, sulla necessità della Corte, specialmente in passato, di assumere una posizione intermedia fra la sua duplice natura, al fine di definire il suo ruolo all'interno del sistema costituzionale<sup>20</sup>. Un ruolo che, tuttavia, la Corte

---

<sup>20</sup> E' sufficiente a tale riguardo rinviare ad alcuni scritti del Prof. Pizzorusso che in questa occasione ricordiamo *A proposito delle sentenze manipolative*

aveva acquisito e che costituiva un dato già definito. L'evoluzione della sua giurisprudenza più recente ne sta modificando in maniera significativa le caratteristiche principali, sia con riguardo alla sua collocazione “nella” forma di governo, sia con una trasformazione “della” forma di governo.

La Corte è intervenuta recentemente in modo significativo su tre settori in modo tale da incidere sulla trasformazione dei rapporti fra organi costituzionali: in particolare sulla posizione e sulle caratteristiche del Presidente della Repubblica (sent. n. 1 del 2013); sulla nozione di rappresentanza, attraverso la definizione delle caratteristiche e dei limiti delle leggi elettorali (sent. n. 1 del 2014 e da ultimo sent. n. 35 del 2017); ed infine sulle fonti del diritto con riguardo alla competenza legislativa del Parlamento, del Governo e delle Conferenze, definendo in maniera innovativa i loro rapporti (sent. n. 251 del 2016).

Per quanto attiene al ruolo del Presidente della Repubblica, è stato completamente rivisto e ridisegnato dalla Corte con la sentenza n. 1 del 2013, “anacronistica” secondo Luciani e “organicistica” secondo Zagrebelsky. Una sentenza sicuramente creativa delle funzioni e dei poteri del Presidente della Repubblica, che colloca il Presidente della Repubblica “al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente al di sopra di tutte le parti politiche”. Dice inoltre la Corte che il Presidente dispone “di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio”. Pertanto non ha la

---

*della Corte costituzionale*, in *Foro it.* 1971, I, 192 ss.; ID, *La Corte costituzionale fra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, V, 117 e ss.; ID, *Introduzione*, in S. Panizza (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 1997, 19 ss.

possibilità di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma gli vengono dati gli “strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le loro funzioni”.

Una ricostruzione dei poteri del Presidente della Repubblica non solo molto innovativa ma tale da consentire d'accrescere la sua influenza sugli altri organi costituzionali<sup>21</sup>, forse al di là di quanto emerge direttamente dalla Costituzione o comunque dalla prassi che nel corso di questi settant'anni si è formata. In dottrina si sono espressi dubbi su tale ricostruzione dei poteri del Quirinale, temendo molto le conseguenze istituzionali di tale estensione<sup>22</sup>. Quello che appariva anomalo era, in definitiva, la possibilità di chiedere al Presidente della Repubblica quella ricerca d'unità dell'ordinamento che altri organi costituzionali (non il Presidente) sono deputati a realizzare.

---

<sup>21</sup> Le posizioni espresse dalla dottrina su questa sentenza sono le più varie, da chi sostiene che la Corte si sia limitata a ricostruire un ruolo che il Presidente della Repubblica ha acquisito nel tempo anche con l'evoluzione della prassi (vedasi in particolare M.C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *Forum Quad.cost.*, 2013) e chi invece ritiene che vi sia stata un'innovazione ed un ampliamento delle sue funzioni (fra cui S. GIANELLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2013: l'occasione per riflettere sulla responsabilità e sul ruolo del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, fasc 3, 2013).

<sup>22</sup> M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *associazione de icostituzionalisti.it*, 2, 2013 commenta in modo fortemente critico la sentenza paventando un pericolo di questa nuova collocazione istituzionale del Presidente della Repubblica, dato che la Costituzione colloca al centro della nostra forma di governo le assemblee rappresentative e non il capo dello Stato. Aggiungendo poi che “è anche assai opportuno che si comprendano le buone ragioni di questa scelta costituzionale, perché l'organo è monocratico e non v'è alcuna garanzia che, con inquilini del Quirinale diversi da quelli che hanno saputo dipanare le sempre più intricate matasse istituzionale delle ultime legislature, non s'abbia poi a doversi pentire di un eccesso d'esaltazione dei poteri presidenziali”

Questo pericolo paventato da Luciani, si è poi nella realtà avverato, in quanto l'indirizzo assunto dal Presidente Napolitano all'inizio e nel corso del suo secondo mandato è stato fortemente criticato dalla dottrina, indirizzo che tuttavia era nei limiti di quelle funzioni meglio ridefinite dalla Corte e comunque espressione, se si vuole, di una prassi che nel corso del tempo si è evoluta e che ha visto l'accentuazione di un potere del Presidente non sicuramente neutro, ma ben partecipe dell'indirizzo politico "costituzionale"<sup>23</sup>. Occorre tuttavia tener conto del fatto che il Presidente della Repubblica si è trovato a dover risolvere in questa legislatura una serie di eventi particolarmente incisivi sull'assetto dei poteri costituzionali, che hanno sicuramente accentuato questa sua funzione di centralità nell'ordinamento e di organo deputato ad agevolare la ricerca d'unità.

Ruolo che è diventato ancor più complesso dopo la sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della c.d. legge Calderoli n. 1 del 2014, decisione che apparentemente avrebbe dovuto consentire un'elezione del Parlamento in un qualunque momento e che avrebbe parimenti mantenuto in capo al Presidente della Repubblica il potere di scioglimento anticipato delle Camere, ma che in realtà bloccava "in una gabbia"<sup>24</sup> i poteri del Presidente della Repubblica, in quanto, in assenza di una nuova legge elettorale, sia per la Camera che per il Senato, il Parlamento non poteva essere sciolto e non si poteva (meglio, non si può tuttora, senza un intervento normativo) andare ad elezioni anticipate. Senza affrontare ancora gli aspetti della sentenza connessi al concetto di rappresentanza, le conseguenze che sono derivate dalla sent. n. 1 del 2014 sono state, in altre parole, limitative dei poteri del Presidente della Repubblica, oltre

---

<sup>23</sup> Costituzionalità intesa in modo molto elastico.

<sup>24</sup> Utilizzando ad altro fine il titolo dell'articolo di M. LUCIANI appena citato.

che dello stesso Parlamento e del Governo, creando anzi una situazione di crisi istituzionale che non ha precedenti nella storia della Repubblica.

Nella sentenza n. 1 del 2014 si dice in modo espresso che “eventuali inconvenienti potranno, d’altro canto, essere rimossi anche mediante interventi normativi secondari, meramente tecnici ed applicativi della presente pronuncia e delle soluzioni interpretative sopra indicate”. Affermazione questa che induce a dubitare, nonostante le affermazioni dell’autoapplicatività del sistema elettorale che emerge dalla sentenza della Corte costituzionale<sup>25</sup>, della possibilità di eleggere il Parlamento in assenza di una nuova legge elettorale. Fra l’altro l’affermazione della Corte della sufficienza di un intervento con norma meramente secondaria, riguardava l’inserimento di una disciplina sulla preferenza<sup>26</sup>, e quindi su profili non marginali di carattere elettorale in violazione anche del principio di riserva di legge che è previsto in materia.

Dinanzi a tale situazione di emergenza il Presidente della Repubblica, proprio in virtù di quei poteri

---

<sup>25</sup> Dice la Corte che “*la normativa che resta in vigore per effetto della dichiarata illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione è «complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell’organo costituzionale elettivo», così come richiesto dalla costante giurisprudenza di questa Corte (da ultimo sent. n. 13 del 2012). Le leggi elettorali sono, infatti, “costituzionalmente necessarie”, in quanto «indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali», dovendosi inoltre scongiurare l’eventualità di «paralizzare il potere di scioglimento del Presidente della Repubblica previsto dall’art. 88 Cost.»*”.

<sup>26</sup> Ho già scritto in ordine ai dubbi sulla preferenza unica e non una preferenza di genere che in seno ad una decisione additiva la Corte costituzionale avrebbe ben potuto introdurre alla luce dell’art. 51 Cost. dando così un bel segnale al legislatore elettorale futuro (E. CATELANI, *Due pesi e due misure nella sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *confrontocostituzionali.eu*, 1/2014). A tale riguardo ha perso un’occasione importante e rinviando al legislatore successivo un ampliamento delle preferenze. Non pare infatti possibile che tale ampliamento possa essere fatto con regolamento del governo. Sul punto cfr. *ultra* § successivo.

riconosciutigli dalla stessa Corte costituzionale, aveva la possibilità di farsi “paladino” dell’unità nazionale, inducendo “gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni” che il Presidente poteva interpretare in senso limitativo, ossia indirizzando il Parlamento alla mera approvazione della legge elettorale per giungere velocemente ad elezioni anticipate, ovvero ampliare gli obiettivi verso riforme più sostanziali. Non vi era quindi un’interpretazione obbligata del contenuto della sentenza ed in particolare i richiami agli artt. 61 e 77 Cost., nella parte finale della motivazione, non necessariamente condizionavano il Presidente della Repubblica a limitare nel tempo la legislatura<sup>27</sup>. Il Presidente Napolitano prima, ed il Presidente Mattarella dopo, non si sono sentiti vincolati da un’interpretazione restrittiva della propria funzione di garanti della stabilità costituzionale dal contenuto della sentenza n. 1 del 2014 e, grazie anche al precedente riconoscimento dell’ampiezza del proprio ruolo (sent. n. 1 del 2013), hanno indirizzato l’attività della maggioranza governativa a proseguire la propria funzione ed il proprio indirizzo politico senza alcun vincolo temporale. Come dire, non può essere attribuita un’efficacia ed un valore diverso alle due pronunce della Corte.

#### **4. CORTE COSTITUZIONALE, LEGGE ELETTORALE ED IL PRINCIPIO DI RAPPRESENTANZA.**

Le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017 sono state oggetto di tanti commenti dottrinali di forte apprezzamento

---

<sup>27</sup> In questo senso invece si è espresso in particolare A. PACE, *Le ragioni del NO*, ebook, Giuffrè, Milano, 2016, 7 e G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno, noi diciamo*, Laterza, Bari, 2016 ed ora sembrano seguire tale interpretazione anche i commenti contenuti nella relazione dei dottorandi che in questa sede sono oggetto di commento.

oppure di grande critica<sup>28</sup>. Decisioni comunque rivoluzionarie, che hanno dato un indirizzo diverso al ruolo della Corte nel sistema e nello stesso tempo hanno inciso sull'assetto dei rapporti fra gli organi costituzionali, definendo il concetto di rappresentanza, di rappresentatività, di governabilità.

Fino alla sentenza sulla legge Calderoli, i vincoli procedurali all'ammissibilità di *factio litis* erano particolarmente stringenti e pochi avrebbero immaginato, prima del gennaio 2014, che sarebbe stato ammesso l'accesso in via incidentale su una legge elettorale<sup>29</sup>. Una giurisprudenza, che era rimasta immutata per quasi sessant'anni e che si fondava sul carattere concreto e successivo del giudizio incidentale e che si è trasformato (o si potrebbe trasformare, se la Corte limitasse l'accesso in via d'accertamento solo alla tutela del diritto elettorale) in un giudizio astratto e preventivo. In altre parole, le modalità d'accesso alla giustizia costituzionale "incidentale" sono state modificate con un intervento interpretativo innovativo della Corte di Cassazione e della

---

<sup>28</sup> Molti commenti sono riportati nel sito di Consulta on line *Giurcost.org*. Da segnalare che la sent. n. 35 del 2017 è stata adottata ben dopo la chiusura della relazione dei dottorandi sulla giurisprudenza costituzionale e dopo lo svolgimento della stessa tavola rotonda, ma che non poteva non essere oggetto di considerazione in queste poche pagine di commento per l'attesa che vi era su tale decisione già da tempo, per l'importanza che tale sentenza ha nel contesto istituzionale, ma in particolare perché costituisce un criterio interpretativo utile al fine di comprendere il difficile rapporto fra giurisdizione costituzionale e politica.

<sup>29</sup> Il metodo seguito dalla Corte per aggirare la propria giurisprudenza è significativo: prima, nella sent. n. 1 del 2014 si dice che il *petitum* del giudizio principale non risulta completamente assorbito dalla decisione della Corte, in quanto "residerebbe" (e significativo è l'uso del condizionale su un aspetto così delicato della motivazione sulla rilevanza della questione) "la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto" (senza tuttavia spiegare quali siano queste altre condizioni), poi nel 2017 si ritiene, per superare il limite del divieto della *factio litis*, che, dopo la pronuncia della Corte costituzionale permane, in capo al giudice *a quo* "un margine di autonoma decisione". Come dire, la rilevanza è azzerata al minimo.

Consulta congiuntamente, ribaltando, per una finalità che nella sostanza può essere considerata anche apprezzabile (ossia quella di eliminare finalmente una legge elettorale che fin dalla sua emanazione era considerata illegittima e che le forze politiche maggiori avevano interesse a mantenere inalterata), un criterio molto rigoroso d'accesso che aveva vincolato in modo rigido, sia le ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus*, sia la valutazione della Corte sulla rilevanza, fino a queste decisioni. La Corte attraverso queste pronunce si è indirizzata verso un sostanziale arbitrio o comunque massima discrezionalità procedurale nella valutazione dell'ammissibilità di questioni sostanzialmente astratte ed oggetto di azione d'accertamento di un diritto<sup>30</sup>. Ha quindi mutato i presupposti d'accesso al giudizio incidentale, dando spazio, fra l'altro in futuro, ad una valutazione sulla "possibilità" di lesione di un diritto costituzionalmente tutelato ed indipendentemente dal pregiudizio effettivo sul diritto stesso. Tale strumento d'accesso in ogni caso potrà

---

<sup>30</sup> Come ha ben precisato S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, fasc 2, 2014, nel dubitare del contenuto degli "ulteriori accertamenti" che la Corte di Cassazione avrebbe dovuto svolgere dopo la decisione della Corte costituzionale, "Ci si può legittimamente chiedere quale sia la necessità giuridica di un tale «accertamento», che si risolve in una sorta di superfetazione del contenuto della pronuncia della Corte costituzionale". Ed ancora, conclude, "La Corte di cassazione occulta, dunque, con un abile gioco verbale, l'impossibilità di ogni «ulteriore autonomo svolgimento» del giudizio principale, in ragione della sostanziale coincidenza dei *petita*. Nell'argomentazione che essa propone, Achille non raggiunge mai la tartaruga, come nella migliore tradizione filosofica delle proposizioni autoreferenziali. Forse la Corte costituzionale attendeva dal giudice a quo – cui spetta l'«apprezzamento della rilevanza dell'incidente di legittimità costituzionale», che peraltro nella specie era stato già oggetto di «giudicato interno» al procedimento ordinario – una via d'uscita dal paradosso argomentativo in cui la vicenda giurisdizionale ha avuto esito. Una tale via d'uscita non è stata individuata. Anzi la Corte di Cassazione ha disatteso, in punti significativi, le aspettative dichiarate nella decisione della Corte costituzionale, incrinandone la linea argomentativa".



essere attivato dalle parti con l'avallo e la partecipazione attiva dei giudici comuni, che rimangono l'unico filtro per il processo costituzionale.

La Corte giunge a questa conclusione di ampliamento dei presupposti per l'accesso al suo giudizio in entrambe le pronunce ora commentate. In particolare nella sent. n. 35 del 2017 il giudice costituzionale distingue l'oggetto del giudizio *a quo* in rapporto alla percezione che il privato ricorrente ha del diritto di voto, rispetto a quello che invece la Corte ritiene di poter inquadrare dalla questione sottoposta al suo giudizio. Oggetto che è costituito da una tutela soggettiva del diritto, "l'accertamento della pienezza del diritto di voto", tenendo conto della percezione e di come viene riconosciuto dal giudice, oggetto diverso da quello della Corte costituzionale che sarebbe una tutela oggettiva del diritto, "la legge elettorale politica, la cui conformità a Costituzione è posta in dubbio". Una giustificazione, quella contenuta nella sentenza più recente, meglio motivata anche se non pienamente convincente, perchè rimane inalterata la non chiarezza in ordine all'attività successiva che dovrebbe essere svolta dal giudice *a quo* dopo la sentenza costituzionale, rendendo quindi debole in ogni caso tutta la motivazione sulla rilevanza della questione.

Certo si tratta di una strada per evitare la presenza di "zone franche" dal controllo di costituzionalità, oggetto di molte critiche in passato, ma in questo modo la Corte sta trasformando il giudizio costituzionale da concreto e successivo ad astratto e preventivo o, meglio, a seconda dei casi, delle questioni proposte o, ancor peggio, in rapporto alla valutazione di appoggiare o meno una decisione della maggioranza di governo, la Corte potrà arroccarsi verso vincoli procedurali ovvero giudicare sulla legittimità costituzionale senza alcun limite. Valutazioni

apparentemente processuali possono (e potranno in futuro) consentire alla Corte di incidere anche in modo significativo su leggi che hanno una valenza politica significativa.

Sicuramente la strada ad un accesso alla Corte tramite l'azione d'accertamento del diritto di voto è stata aperta dalla sent. n. 1 del 2014 e confermata (non limitata, come peraltro si poteva auspicare<sup>31</sup>) nella successiva sentenza n. 35 del 2017 sull'*Italicum* (anche se con una motivazione più restrittiva e rigorosa), attribuendo così alla Corte il potere di sindacare immediatamente la costituzionalità di ogni legge elettorale ancor prima dell'applicazione. Ha acquisito quindi un ruolo di arbitro nelle normali contrapposizioni politiche connesse alla formulazione di una legge elettorale che porta un ulteriore tassello nella trasformazione delle caratteristiche della Corte costituzionale ed accentuando ancor di più quella sua natura politica che, nel bilanciamento del suo ruolo, dovrebbe essere tendenzialmente paritaria con la natura giurisdizionale.

Senza voler in questa sede soffermarsi ulteriormente sugli aspetti processuali delle decisioni sulle leggi elettorali, che peraltro sono significativi al fine di comprendere la trasformazione delle competenze che la Corte ritiene di poter esercitare (e quindi il suo ruolo nella forma di governo), le due sentenze sono significative per il modo in cui non limitano il proprio intervento alla valutazione della costituzionalità della norma, ma cercano d'indirizzare anche il futuro legislatore elettorale che, in

---

<sup>31</sup> R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in *lacostituzione.info*, 11 dicembre 2016 e successivamente ID, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *lacostituzione.info*, 13 gennaio 2017.

entrambe le decisioni, viene richiamato e pare scontato debba intervenire<sup>32</sup>.

Anche se in via generale la Corte costituzionale lascia libero il legislatore di decidere la legge elettorale che potrà/dovrà essere adottata, fissa una serie di limiti che devono essere considerati insuperabili. Ed i limiti principali, quelli che costituiscono i criteri ispiratori di entrambe le decisioni, sono la tutela dell'eguaglianza del voto e la necessità di garantire la tutela del principio di rappresentanza. Da qui l'illegittimità dell'attribuzione di un premio di maggioranza in assenza di una soglia minima di voti o di seggi, perché incompatibile con il principio costituzionale dell'eguaglianza del voto (sent. n. 1/2014); così come si ritiene illegittimo il ballottaggio in un collegio unico nazionale con voto di lista, dovendosi primariamente assicurare "il valore costituzionale della rappresentatività" (sent. n. 35 del 2017).

---

<sup>32</sup> Al punto 7 del considerato in diritto della sent. n. 1 del 2014 si dice infatti che le nuove elezioni dovranno essere fatte dalla normativa di risulta "ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere", mentre nella sent. n. 35 del 2017 più specificamente si dice che al punto 12 del considerato in diritto, dopo aver inserito il sorteggio, come criterio per la scelta del seggio per il capolista eletto in più collegi, che "appartiene con evidenza alla responsabilità del legislatore sostituire tale criterio con altra più adeguata regola, rispettosa della volontà degli elettori". Chiude poi la lunga motivazione precisando che "*Fermo restando quanto appena affermato, questa Corte non può esimersi dal sottolineare che l'esito del referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive. In tale contesto, la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee*". Proprio su questo profilo è intervenuto R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario 'eventuale' ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *Federalismi.it*, fasc. 4, 2017.

Altri criteri di valutazione per la legittimità o meno della normativa elettorale sono richiamati nella sent. n. 35/2017, come quello della governabilità, ma questo è posto in un secondo piano, venendo definito come valore “di rilievo” costituzionale, non sicuramente quale diritto fondamentale. Si potrebbe forse dire che rappresentanza e governabilità, anche se correlati spesso nella sentenza, non possono essere accomunati perché sono su piani diversi e rispondono ad esigenze diverse. In altre parole, la stabilità di governo non è suscettibile di un bilanciamento con la rappresentanza o, comunque, qualora i due principi si vogliano mettere in relazione, possono essere oggetto di un bilanciamento che si potrebbe definire “diseguale”, ossia con portata giuridica diversa. Peraltro è significativo che il principio della governabilità venga più volte richiamato come espressione dell’assetto costituzionale e quindi contemperato con la forma di governo parlamentare, senza che vi possa essere un eccessivo rilievo dell’obiettivo della governabilità, ma questo sia funzionale alla forma di governo disegnata in Costituzione.

Al di là della dichiarazione d’illegittimità costituzionale di alcuni profili delle due leggi elettorali, un aspetto significativo delle pronunce è l’indirizzo che viene dato al legislatore sulla futura legge elettorale sotto vari profili, come se volesse fissare una sorta di “decalogo” da rispettare. Una Corte che, nell’esercizio della sua funzione di garanzia costituzionale dà indirizzi precisi al legislatore sull’interpretazione da dare ai principi costituzionali della rappresentanza e del diritto di voto che negli ultimi tempi e nelle ultime leggi il legislatore non ha ben elaborato. Una Corte che in questi ultimi anni tende a farsi legislatore, ad indirizzare le future scelte legislative, a togliersi la semplice “veste” di giudice ed a partecipare alle future scelte politiche.

Alcuni criteri interpretativi possono essere richiamati perché, più di altri sono indicativi di questo potere d'indirizzo che la Corte intende svolgere.

Innanzitutto, il criterio di base del futuro legislatore deve essere quello del rispetto della ragionevolezza e personalità del voto, cosicché gli eccessi di disproporzionalità, come il premio di maggioranza senza alcuna soglia minima, devono essere censurati, determinando un'eccessiva "sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa". Peraltro, si precisa che una distorsione fra voti espressi ed attribuzione dei seggi è fisiologica e presente in qualunque sistema elettorale, ma non può essere senza limiti, ossia non può essere in misura tale da compromettere "la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto". Sarà la Corte, quindi, attraverso la sua valutazione, il bilanciamento dei diritti ed il principio di ragionevolezza che potrà decidere se questo limite è stato superato o meno.

Il principio dell'eguaglianza del voto ed il principio di rappresentanza devono convivere e possono essere valutati attraverso un "test di proporzionalità" insieme a quello di ragionevolezza. Affermazioni queste che lasciano ampio spazio di valutazione alla Corte che ne sarà arbitra, così come, si dice nella stessa sentenza quasi a giustificare l'ampiezza del proprio giudizio, è riconosciuto a tutte le giurisdizioni costituzionali europee.

I due principi, prima richiamati, non determinano necessariamente l'illegittimità di un premio di maggioranza così come non è illegittima di per sé una soglia di sbarramento, ma il loro inserimento in una legge elettorale è condizionato dal criterio di ragionevolezza. In questo caso il bilanciamento viene fatto tuttavia fra criteri che non hanno la stessa efficacia nell'ordinamento costituzionale, ossia fra quello della stabilità governativa,

criterio “di rilievo costituzionale”, ed i due principi costituzionali fondamentali, quali l’eguaglianza del voto e la rappresentanza. Si potrebbe dire che in questo caso la Corte pone in correlazione profili diversi, ma che essa reputa in ogni caso tutti essenziali per l’operatività della legge elettorale.

Ancora. Il principio di rappresentanza implica che la scelta/individuazione della lista e dell’eletto possa essere fatta “direttamente” dagli elettori. Cosicché, la scelta diretta dell’elettore determina a livello legislativo due soluzioni interpretative: o la previsione di una preferenza oppure che vi siano i presupposti di conoscibilità dell’eletto (liste brevi o collegi uninominali, circoscrizioni ridotte), con conseguente illegittimità costituzionale di una scelta integralmente affidata alla lista senza che l’elettore possa influire sull’individuazione dell’eletto. Questo ha determinato l’introduzione, in via manipolativa con la sent. n. 1 del 2014, della preferenza unica nella legge elettorale n. 270/2005, ancora vigente per il Senato<sup>33</sup>.

Legge elettorale, forma di governo e rappresentanza anche se sono principi distinti ed autonomi devono avere un filo rosso comune o, se si vuole, una struttura omogenea, tanto che, si dice, la forma di governo parlamentare, con un bicameralismo paritario, impone di disciplinare le due leggi elettorali in modo uniforme, al fine di consentire la formazione parlamentare di maggioranze omogenee. Pertanto vi deve essere coerenza fra forma di governo e sistema elettorale.

---

<sup>33</sup> Già si è detto del poco coraggio espresso dalla Corte in questa sentenza (per non dire miopia), nel prevedere la preferenza unica e non la doppia preferenza di genere che poteva essere considerata una conseguenza inevitabile “a rime obbligate” o “obbligatissime” in virtù del principio affermato nell’art. 51 Cost. E. CATELANI, *Due pesi e due misure*, cit.

In definitiva, la Corte riconosce massima discrezionalità al legislatore elettorale, ma nello stesso tempo indirizza sotto molti punti di vista le sue scelte.

In particolare il principio di rappresentanza viene “spacchettato” in tanti profili fino a darne una ricostruzione propria e sicuramente diversa da quella percepita dal legislatore elettorale negli ultimi interventi.

Una modalità giurisprudenziale, quindi, per intervenire sull’indirizzo politico.

## **5. GIURISPRUDENZA DELLA CORTE E SISTEMA DELLE FONTI: LA LEGGE DELEGA ED IL PERICOLO DI UNA VIOLAZIONE FUTURA ED INCERTA**

La Corte pertanto con la sua giurisprudenza è intervenuta sulla ridefinizione del ruolo del Presidente della Repubblica, sulla determinazione del futuro contenuto della legge elettorale, ed infine, come si cercherà di dimostrare con quest’ultimo esempio, ha inciso in maniera significativa su alcuni profili dell’assetto delle fonti del diritto.

Si tratta, specialmente con riguardo alla determinazione dell’estensione e dei limiti connessi alle fonti di un potere insito nel suo ruolo. Negli ultimi tempi, tuttavia, le sue pronunce vanno ben oltre la normale verifica delle competenze normative del legislatore, ridefinendo i poteri normativi, attribuendo valore costituzionale ad organi non disciplinati in Costituzione, interferendo sulla distribuzione delle competenze normative.

Tanti sono gli esempi che potrebbero essere tratti dalla giurisprudenza in via principale, là dove la Corte ha ridefinito gli ambiti di competenza legislativa dello Stato e

delle Regioni fissati nella riforma costituzionale del 2001 in realtà in modo assai incerto. Tale indeterminatezza ha imposto un ruolo di supplenza da parte della Corte che ha dato una lettura degli ambiti di competenza sicuramente più determinati rispetto a quanto emerge dalle norme costituzionali. Ciò nonostante vi erano dei limiti d'intervento che la Corte ha sempre mantenuto e che ora paiono essere superati, non a causa, in questo caso, della necessità di supplenza che il legislatore induceva alla Corte, ma per un'impostazione della funzione legislativa dello Stato ben diversa da quella che si riteneva di dover desumere dalle norme costituzionali.

Si fa riferimento in questo caso alla sent. n. 251 del 2016 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge delega di riforma della pubblica amministrazione, c.d. legge Madia<sup>34</sup>. Un primo aspetto da sottolineare, non marginale in questo contesto di supplenza della giustizia nei confronti dell'attività politica, è la data del deposito della sentenza, che mette in discussione una delle riforme più significative del governo in carica. Deposito fatto una settimana prima del *referendum* costituzionale. La fase politica era tale per cui il rinvio di una sola settimana, per evitare gli effetti politici di una decisione d'illegittimità su un *referendum* costituzionale che aveva acquisito impropriamente una valenza politica, era, quantomeno, auspicabile. Tante sono le domande che ci si potrebbe porre di fronte ad un deposito così

---

<sup>34</sup> Questa pronuncia è già stata oggetto di commenti fortemente critici, fra cui R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. 3 e A. POGGI-G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, 2016, fasc. 25, alcuni anche in forma sarcastica, ma particolarmente "pungente" J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale dir.amm.*, 2016, fasc. 6, 705 ss.



“intempestivo”: forse si pensava che non avesse conseguenze di carattere politico? E’ stato un caso il deposito in quella data? Oppure si voleva dare un segnale sui difetti di quella riforma della pubblica amministrazione su cui si era speso il governo? Proprio per evitare interferenze con il *referendum*, la discussione e la decisione sulla legge elettorale era stata rinviata<sup>35</sup> ed anche in questo caso si poteva considerare auspicabile una moratoria, al fine di evitare un’interferenza con altre valutazioni. Un’occasione persa di correttezza istituzionale.

Per quanto riguarda poi il contenuto di questa decisione, sono da segnalare una serie di effetti sull’assetto costituzionale, che sottolineano le potenzialità innovative e le conseguenze politiche che possono derivare dalle decisioni della Corte costituzionale.

Dinanzi ad una legge delega di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche la Corte non si è posta il problema dell’effettiva violazione della Costituzione indipendentemente dall’attuazione della delega, come aveva sempre fatto nella sua precedente giurisprudenza. Ugualmente non ha ritenuto di poter individuare una competenza statale prevalente, quali quelle individuate nell’art. 117 comma 2 lett. g), l), m e r), come era avvenuto in sue precedenti pronunce in casi assimilabili, ma ne ha dichiarato l’illegittimità.

Non solo: diversamente da tutta la giurisprudenza precedente, la Corte ha ritenuto che il principio di leale collaborazione nella determinazione della regolamentazione in materie concorrenti non dovesse essere soddisfatta in fase d’attuazione della normativa, ma già necessaria nella formazione dei futuri decreti legislativi

---

<sup>35</sup> Ne è stato fatto cenno precedentemente nel § 2, là dove si commenta l’uso dei comunicati della Corte.

delegati. Cosicché ha ritenuto che il parere della Conferenza unificata non fosse sufficiente a soddisfare la partecipazioni degli organi regionali e locali, ma fosse necessaria un'intesa. Conclude poi la Corte, in parziale contrapposizione con se stessa, che la pronuncia d'illegittimità non si estende alle disposizioni attuative, dovendosi accertare in futuro "l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine d'assicurare il rispetto di leale collaborazione". L'ultima precisazione mette in dubbio tutto il ragionamento della Corte: da un lato si afferma che l'illegittimità è solo della legge delega che non prevede l'intesa e non dei decreti legislativi, un'illegittimità ipotetica e quindi frutto di una valutazione astratta da parte della Corte. Dall'altro si dice che il governo dovrà intervenire per correggere i decreti legislativi con decreti correttivi.

La legge delega non determinava quindi nessuna lesione di competenza nei confronti delle Regioni e ciò nonostante ne è stata dichiarata l'illegittimità, con la conseguenza che per questioni simili in futuro sarà necessaria un'intesa in fase di elaborazione dei decreti legislativi in materie in cui non sia possibile individuare una prevalenza di competenza statale. E cosa accadrà se non si raggiunga l'intesa con le Regioni entro i termini di scadenza della delega? Le Regioni potranno condizionare lo Stato (se non addirittura "ricattare") al fine di giungere ad una formulazione dei decreti legislativi che sia rispondente alle loro esigenze? E che dire poi di una Corte che, condizionando l'emanazione dei decreti legislativi all'intesa in Conferenza, attribuisce un ruolo costituzionale a tale organo?

In altre parole, la lettura di questa sentenza induce grande apprensione per un indirizzo pericoloso che sta assumendo la Corte, non solo per i criteri interpretativi

completamente diversi rispetto ad una giurisprudenza che pareva assestata, ma in quanto incide sulla formazione dei decreti legislativi, sulle competenze Stato/Regioni e, come è stato detto<sup>36</sup>, sulla stessa forma di Stato.

In questo caso poi l'intervento così dirompente della Corte non opera in un settore in cui vi è un *deficit* d'indirizzo politico da parte della maggioranza, come spesso si afferma per giustificare un intervento "invasivo" della giurisprudenza della Corte, ma anzi opera in contrapposizione ad essa, sia attraverso i tempi di deposito della pronuncia, sia con dei contenuti che alterano i rapporti fra gli organi costituzionali.

In definitiva le sentenze richiamate, ma più in generale il modo di operare della Corte, sembrano indirizzarsi verso una trasformazione del processo costituzionale, sempre meno concreto e successivo e sempre più astratto e preventivo. Una trasformazione, a Costituzione invariata, assai pericolosa e che sta cambiando l'assetto ed i rapporti fra organi costituzionali. Talvolta tali interventi sono indotti dall'assenza di una capacità dei partiti politici, del Parlamento e del Governo di svolgere quella funzione d'indirizzo politico a loro spettante, talaltra costituisce, invece, espressione di una volontà di interferire direttamente sull'indirizzo politico da parte della Corte. Sicuramente se il potere politico non avesse lasciato spazi d'intervento agli organi giurisdizionali (non abbiamo parlato in questa sede della giurisprudenza creativa dei giudici comuni, ma la discussione anche in seno alla stessa magistratura al fine di porre un freno agli eccessi è particolarmente ampia<sup>37</sup>), causati anche da ritardi inaccettabili nella disciplina normativa, come quello sulla

---

<sup>36</sup> Critica mossa in particolare nel commento prima citato dell'anonimo firmato J. MARSSHALL.

<sup>37</sup> Cfr. da ultimo il fascicolo monografico di *Questione giustizia*, fasc. 4, 2016, interamente dedicato al tema *Il giudice e la legge*.

legge elettorale, la Corte costituzionale non avrebbe esteso il suo intervento oltre quei limiti che per anni si era imposta. Il pericolo, che ora ne consegue, è che una volta che sono state aperte nuove vie d'accesso alla Corte, il cittadino ed il giudice non solo continuino a percorrerle, ma anzi amplino piano piano queste strade e, di conseguenza, la Corte possa continuare, se non addirittura accentuare quella tendenza ad ampliare la sua anima politica, interferendo con le scelte politiche della maggioranza governativa.

Occorre invece augurarsi che la Corte rientri nei "binari" giurisdizionali tipici della sua giurisprudenza, al fine di garantire l'esercizio di quella funzione di garante della Costituzione e di organo *super partes* che la Corte ha sempre esercitato e che le ha consentito di essere considerata l'asse portante del nostro assetto costituzionale.

## **É PRECISO LEVAR A DEMOCRACIA A SÉRIO: DISCUSSÕES EM TORNO DO MODELO DE RONALD DWORKIN<sup>38</sup>**

*Loiane Prado Verbicaro<sup>39</sup>*

Falar em democracia em tempos de crise democrática e de profunda polarização torna-se necessário e urgente. Toda sociedade política e economicamente avançada e culturalmente plural deve encontrar o modo de eleger entre crenças antagônicas sobre a força dos direitos humanos, sobre o papel da religião na política, a compreensão da justiça social, o alcance da liberdade e da igualdade política no ambiente democrático.

Os persistentes desacordos são controvérsias sobre a melhor interpretação desses valores fundamentais que integram, em última instância, o cerne da democracia. Falar em democracia em Dworkin é falar também em liberdade, igualdade, justiça, dignidade, direitos humanos e Estado laico e tolerante. Em tempos de profundas divisões, em que os desacordos parecem insuperáveis, Dworkin propõe uma revitalização da

---

<sup>38</sup> Texto preparado para o V Seminário Internacional da Universidade de Itaúna-MG.

<sup>39</sup> Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará, Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará, Coordenadora e Professora da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Pará. Graduanda em Filosofia na Universidade Federal do Pará. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. E-mail: loianeverbicaro@uol.com.br

ideia de democracia, pois a democracia é a única forma legítima de governo.

A democracia, apoiada em uma imprensa livre, protege a comunidade da corrupção profunda e generalizada, torna menos provável que os governantes governem apenas no seu próprio interesse ou no de uma classe específica. Em comunidades com tradição democrática, a democracia melhora a estabilidade política, viabiliza o estado de direito, a liberdade e o desenvolvimento econômico, além de garantir o autogoverno e a concretização de direitos fundamentais.

Na vasta obra de Dworkin, escrita em 4 décadas, desde a década de 60 até o seu último livro em 2011 (Levando os direitos a sério, (1977), Uma questão de princípio (1985), O império do direito (1986), O direito da liberdade (1996), A virtude soberana (2000), A justiça de toga (2006), A democracia possível (2006), Justiça para ouriços (2011), Religion Without God (2013)), vê-se um progressivo processo de amadurecimento da sua concepção de democracia, iniciando-se interligada, sobretudo, à estruturação da sua teoria do direito, avançando ao especificar o seu valor interpretativo, passível de dissenso e a possibilidade de estabelecer um modelo normativo, é dizer, um modelo ideal e adequado para a garantia de direitos individuais e de minorias, à luz das diretrizes de moralidade política da comunidade e do respeito aos princípios do individualismo ético que compõem o núcleo da ideia de dignidade: igual consideração (igualdade) e responsabilidade pessoal (autonomia e liberdade), o que o afasta à ideia de democracia majoritária. Há perspectivas concorrentes de modelos democráticos e

acolher um modelo é uma escolha por um conjunto de valores condizentes com o seu liberalismo igualitário.

No livro “A democracia possível: princípios para um novo debate político”, publicado em 2006, Dworkin faz referência às eleições presidenciais nos EUA de 2004, disputadas pelo republicano *Bush* e o democrata *John Kerry* e suscita os assuntos delicados e controvertidos que são trazidos a tona, de maneira polarizada, disputa eleitoral: terrorismo, o uso de tortura pelo Estado, a religião no discurso político, dentre outros.

Seguindo essas duas visões políticas, Dworkin apresenta o contraponto entre democratas e republicanos e as distintas perspectivas de democracia defendidas como pano de fundo de seus valores democráticos. Democratas e republicanos divergem, em última instância, sobre o sentido e o alcance da ideia de democracia e de seus conceitos correlatos: liberdade, igualdade, justiça, dignidade, direitos humanos, Estado laico e tolerante e atuação judicial.

Segundo Dworkin, no geral, os democratas priorizam uma maior distribuição da riqueza e aumento dos impostos dos mais ricos, com menos liberdade para os negócios e mais liberdade para o sexo, mais proteção da natureza, maior força às organizações internacionais. Normalmente são favoráveis às uniões homoafetivas; defensores do direito de não ser torturado (tortura – demonstração grotesca de subjugação e de dor), contrários a pena de morte (preponderantemente negros – influência do racismo sobre as decisões).

Os republicanos, por sua vez, defendem uma maior presença da religião na vida pública; redução dos

impostos: o aumento dos impostos penaliza os afortunados por seu êxito e isso gera a ruína da economia; mais crescimento econômico; mais combate ao terrorismo com mais poderes ao governo; desconfiança das organizações internacionais; maior flexibilidade da compreensão aos direitos humanos (menos sensíveis à violação dos direitos humanos); ênfase na segurança (invasão de privacidade, escutas telefônicas, tortura, maior encarceramento de suspeitos e perigosos, medidas de vigilância excessiva); a favor da pena de morte.

Dworkin afirma que os analistas sustentam que as diferenças entre democratas e republicanos são ainda mais profundas e viscerais do que as diferenças políticas sugerem. Afirmam que a profunda polaridade política nasce de um contraste ainda mais acentuado que reflete visões díspares de mundo que se depreciam mutuamente. Os democratas, por exemplo, são mais sofisticados, cultivam o hábito do vinho, são mais cultos e suas convicções religiosas, quando têm alguma, são mais moderadas. Os republicanos, por sua vez, são mais rudes, bebem cerveja, veem as corridas de carro na televisão e são mais militantes em suas religiões.

Dworkin registra a sua preocupação com esse maniqueísmo representado por duas cosmovisões rivais que acaba por transformar a política em um palco de guerra. O outro é sempre o estúpido e o ignorante e isso contrasta com a afirmação de si próprio como o iluminado e expressão da racionalidade e sabedoria. E esse ambiente macula a base comum de convivência e de respeito e tolerância aos desacordos e inviabiliza o debate autêntico e decente na vida política democrática.



Dá a defesa de Dworkin pela revitalização do debate público autêntico e aberto e da ideia de democracia.

Essa divergência ideológica, política e moral representada por duas culturas políticas distintas e opostas que resulta também em uma divergência sobre teorias da justiça e sobre concepções de liberdade, igualdade e dignidade, é representada por dois modelos de democracia amplamente discutidas por Dworkin.

Segundo Dworkin, as controvérsias ligadas ao conceito de democracia advém do fato de que a democracia é um valor interpretativo, passível de dissenso. Dessa forma, definir qual o modelo de democracia é o centro das principais controvérsias. No contraponto dos modelos e considerando as discordâncias e distintas interpretações sobre democracia, Dworkin defende que é possível determinar o melhor modelo, em contraponto a outros incapazes de realizar adequadamente os direitos de minorias (incluindo os dissidentes e os ateus) e os valores que são tão caros na sua teoria.

A primeira delas é a ideia de democracia majoritária ou modelo procedimental de democracia que enfatiza a vontade do maior número. Estabelece uma ênfase nos procedimentos majoritários, independente de dimensões de moralidade política. Seus defensores são, comumente, conservadores. Dworkin cita como um dos defensores deste modelo Jeremy Waldron, que enfatiza o direito de participação em pé de igualdade (como o direito dos direitos), ao se outorgar a cada um e a todos igual capacidade para influir sobre as decisões políticas. Para esse modelo, a regra da maioria é um único método verdadeiramente equitativo de governar uma comunidade política considerando o fato do pluralismo,

os profundos e persistentes desacordos. Para Waldron e outros politólogos, a democracia majoritária é neutral em relação aos resultados e oferece um princípio geral de equidade processual.

Seus defensores não reconhecem a legitimidade para que os juízes tenham a última palavra em matéria de moralidade política. Aos juízes compete garantir os procedimentos democráticos (eleições, liberdade de expressão, imprensa livre) e não substituir a vontade da maioria que é mais dialógica e discursiva. Para ilustrar a proximidade desse modelo aos políticos conservadores, Dworkin faz referência às promessas do então candidato à Presidência dos Estados Unidos (final da década de 60), Richard Nixon – republicano – de indicar, para juiz na Suprema Corte, candidatos que valorizassem a interpretação rígida da Constituição, sem margem para ampliação ou apreciação moral. Para Dworkin, conservadores negam a influência da moralidade política nas grandes decisões, sob a justificativa de que se deve buscar as intenções originais do legislador (pais fundadores), a exemplo de Ronald Reagan e George Bush, ao falarem em usurpação dos poderes do povo pelos juízes.

Para iniciar a discussão sobre sua crítica à premissa majoritária, Dworkin afirma que a expressão “vontade da maioria” é perigosamente ambígua. Pode significar muitas coisas: desde um processo utilitarista até qualquer outro resultado agregativo de cômputo numérico. Dworkin nega a possibilidade da premissa majoritária ser considerada como um método justo para a solução dos desacordos, em uma sociedade plural e complexa. Nem sempre o voto majoritário é o método

apropriado para tomar uma decisão coletiva quando o grupo está em desacordo.

Para o autor, devemos abandonar a ideia de que a regra da maioria é um procedimento de tomada de decisões especialmente justo. O mero peso, ou uma tirania dos números (cômputo estatístico), não aporta um valor intrínseco a uma decisão política. Segundo o autor, um autocrata pode decretar uma distribuição mais justa de recursos do que aquela que seria aprovada por uma maioria. Só será justo e valioso quando atender a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político.

O majoritarismo parece atrativo porque separa o procedimento de substância, centrando-se em como as pessoas que discordam acerca da substância podem, não obstante, resolver suas diferenças. Segundo Dworkin, o princípio majoritário, de contagem de cabeças, não é claramente um princípio fundamental de equidade.

Dworkin faz referência à situação hipotética do “bote salva-vidas”, imaginando um naufrágio em que há muitas pessoas para poucos botes salva-vidas. Na hipótese de ter que decidir quem deverá ficar no bote e, portanto, sobreviver, o método mais adequado não é o voto majoritário, pois as escolhas seriam marcadas por relações de amizade, inimizade, parentesco, sentimentos, paixões. A maioria, em muitas situações, pode estar errada, como a própria história reconta (falibilidade do majoritarismo). A maioria também pode ser intolerante, tirânica e opressora. Mas isso não significa que o governo da maioria nunca será um método justo de decisão.

Esse exemplo do Dworkin acerca do bote salva vidas gerou uma série de comentários entre Waldron e Dworkin. Waldron afirma que nunca recebeu uma resposta do Dworkin ao seguinte questionamento: se não é intreinsecamente justa, por que razão é apropriada a decisão de um tribunal que diverge e realiza votação majoritária para o desempate? Os críticos do método majoritário não conseguem explicar o uso do princípio majoritário por Cortes que exercem uma atividade contramajoritária.

Dworkin critica a ideia de participação em pé de igualdade que, supostamente, outorga a cada um e a todos igual capacidade para influir sobre as decisões políticas. Mas, a capacidade das pessoas para influir nas decisões políticas nunca é igual. A vontade política é formada por aqueles que têm maior capacidade de envolvimento, carisma, dinheiro, popularidade etc. A igualdade de poder político é, portanto, um mito. Nem sequer é um mito atrativo, pois não esperaríamos e nem desejaríamos que Martin Luther King (grande líder político e ganhador do nobel da paz) tivesse a influência política que qualquer um de nós. Tantas outras pessoas acabam também tendo um poder maior, a exemplo do poder de um bilionário, de uma estrela pop, de um pregador carismático ou de um herói político venerado, quando milhões de pessoas os seguem ao lado de tantos desconhecidos. Ex: Tom Cruise, o diretor da New York Times, os editores da Fox News. No Brasil, Pablo Vittar, Wesley Safadão, Neymar.

Por outro lado, há tantas pessoas com poder político insignificamente pequeno e, portanto, com pouca influência nas decisões nacionais, que essa dissintonia coloca às luzes do dia a pouca importância

da igualdade numérica, bem como a existência de minorias isoladas politicamente. A imperfeição igualitária é um efeito irremediável da democracia. A igualdade não é, nesse sentido, um ideal matemático. Os indivíduos não possuem a mesma igualdade política, seja de influência ou de impacto, no jogo democrático.

O segundo modelo, defendido por Dworkin, é o de democracia associativa, de parceria, de coparticipação ou modelo substancial de democracia. Segundo esse modelo, as pessoas governam a si mesmas cada qual como associado ou parceiro de pleno direito da vida coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas apenas se garantem direitos de minorias. Dworkin nega, portanto, uma concepção estatística de comunidade, na qual os indivíduos agem individualmente, sem uma participação conjunta.

Nesse sentido, os direitos individuais são trunfos que vencem qualquer tipo de ação política. Em outras palavras, são trunfos que possuem capacidade de resistência contra metas sociais coletivas. Este modelo vincula-se a uma dimensão de moralidade política e a condições substantivas de legitimidade. Recorre a ideais de justiça, igualdade e liberdade, o que acena à compatibilidade da sua teoria do direito, centrada na dimensão moral dos princípios, com a sua teoria política e democrática, igualmente centrada na dimensão contudística e valorativa de uma certa teoria política, que, no caso, é o liberalismo igualitário. Dworkin não é, portanto, um cético político, moral ou jurídico. Acredita na possibilidade de uma objetivação moral à luz da sua política liberal igualitária.

Para esse modelo, uma Constituição de princípios, defendida por juízes independentes, é

essencialmente democrática. Nota-se uma compatibilidade entre democracia e controle judicial, principalmente, no que tange à proteção ética de minorias, refutando o argumento segundo o qual o controle judicial atenta contra a soberania popular e o autogoverno de cidadãos livres e iguais.

Dworkin faz referência para o jogo de conveniência quanto ao papel que ocupa os tribunais nas democracias contemporâneas. É provável que as opiniões das pessoas acerca da natureza da democracia variem em função dos seus objetivos políticos. Nesse sentido, as pessoas são levadas a exaltar o ativismo judicial quando ele é compatível com suas expectativas políticas progressistas (questão racial, no caso *Brown x Board of education*, união homoafetiva, cotas para acesso às universidades). Por outro lado, o ativismo judicial é rechaçado quando contraria as convicções políticas em jogo (quando afeta, por exemplo, a presunção de inocência ou declara inconstitucional eventual legislação social progressista). O mesmo jogo de conveniência é visto em relação à liberdade de expressão: a liberdade de expressão deve ser relativizada quando o que está em pauta são ideias que contrariam os valores e ideologia com as quais discordamos.

Para Dworkin, é possível aliar os valores democráticos a um modelo de revisão judicial e a uma atuação contramajoritária (contra-utilitária) da Suprema Corte, calcada em princípios e não em uma lógica política, afinal, os juízes não são eleitos democraticamente e não sofrem controle popular. Segundo Dworkin, há um ganho para as minorias em um sistema de revisão judicial, podendo, inclusive, favorecer o ideal democrático de igualdade de poder

político e aperfeiçoar a legitimidade do governo, protegendo a independência ética de uma minoria. No entanto, afirma que o controle judicial pode ser menos necessário em países onde maiorias estáveis têm um bom registro de proteção dos direitos de minorias. Infelizmente, a história não nos mostra muitos desses países, mesmo entre as democracias maduras.

Uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite sua liberdade e dignidade e essas precondições relacionam-se os princípios do individualismo ético: o da igual importância e o princípio da responsabilidade pessoal, que são o núcleo central da ideia de dignidade humana, que se baseia:

a) Princípio do valor intrínseco e da igual importância: implica em dizer que todas as vidas humanas são importantes, bem como que não devem ser desperdiçadas e exige uma proteção do Estado. Toda vida humana tem um tipo especial de valor. É importante que o potencial de vida se realize e isso é algo importante em si mesmo. Nota-se uma invocação abstrata do ideal de igualdade: igual importância objetiva de todas as vidas humanas: igualdade de consideração. Impossível separar o respeito por si mesmo do respeito pela importância da vida dos demais. Kant: o respeito à própria humanidade requer o respeito à humanidade como tal.

b) O princípio da responsabilidade pessoal: considera que cada indivíduo é livre para seguir o seu plano de boa-vida, sem que haja uma interferência do Estado para estipular o que seria esse valor ético. Cada pessoa tem uma responsabilidade especial e soberana na

consecução do logro da sua própria vida, de fazer realidade o valor potencial sobre a sua própria vida. Invocação abstrata do ideal de liberdade e autonomia (auto-governo). A maioria não tem o direito de impor sua vontade sobre a minoria. Nossas convicções éticas (bom) definem o que devemos qualificar como uma boa vida para nós mesmos. Os princípios morais (justo) definem nossas obrigações e responsabilidades para com as outras pessoas. O princípio da responsabilidade pessoal concede ao Estado a autoridade para nos forçar a viver em consonância com os princípios morais estabelecidos coletivamente, mas proíbe que o Estado dite crenças éticas. Só um Estado laico e tolerante pode respeitar a responsabilidade pessoal de seus cidadãos na eleição de seus valores éticos. Isto se correlaciona ao princípio da tolerância liberal e da neutralidade ética do Estado. A dignidade requer independência em relação ao governo em questões de escolha ética e esse requisito está na base de qualquer teoria plausível da liberdade negativa.

Na ideia de dignidade se estrutura a própria compreensão dos direitos humanos na teoria de Dworkin, como o direito de ser tratado de uma forma coerente com o reconhecimento de que a vida tem uma importância intrínseca e de que cada pessoa é responsável de fazer realidade o valor da sua vida. E dessa ideia derivam consequências políticas importantes ao condicionar a legitimidade de um regime político à garantia de igualdade, autonomia e liberdade, núcleos centrais da ideia de direitos humanos e de democracia, que não podem lastrear-se na insipiente regra da maioria, mas numa cultura de respeito ao debate político e às vozes das minorias.



Nesse sentido, liberdade e igualdade não são inconciliáveis, antes se pressupõem reciprocamente. A liberdade é um pressuposto indispensável para a concretização da igualdade. Os indivíduos devem ser livres para escolher os seus planos de vida, bem como para decidir como utilizarão os recursos para alcançar os seus projetos de vida. A liberdade é o que possibilita que o princípio igualitário se realize e a igualdade, por sua vez, constitui a virtude soberana de uma comunidade política e ela apenas poderá ser possível se a liberdade for um valor igualmente importante.

Nota-se, portanto, que a democracia ocupa um lugar central na teoria política de Dworkin. Trata-se de uma concepção que associa a premissa majoritária à uma democracia constitucional e que vai ao encontro da sua teoria interpretativa do direito e do seu liberalismo igualitário, formando a ideia de unidade proposta em alusão ao ouriço da sua teoria. Há portanto, um ponto de intercessão na sua teoria, que une os aspectos jurídico, moral e político. O tipo de interpretação depende do modelo de democracia pressuposto pelo intérprete. Se a concepção de democracia for a majoritária, então a interpretação moral será antidemocrática. No entanto, se a democracia tiver um significado para além do princípio majoritário, então a interpretação moral será a maneira de garantir direitos de minórias. Dworkin é, portanto, coerente à unidade proposta pelo ouriço. O ouriço se move, passa por vários assuntos e temas, mas continua, ao contrário da raposa, sendo ouriço.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

\_\_\_\_\_, Ronald. **La democracia posible: princípios para um novo debate político**. 1 ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

\_\_\_\_\_, Ronald. **O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Juízes Políticos e Democracia. In: **O Estado de São Paulo**, 26/abril, 1997.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

*MAURINO, Gustavo. La Democracia en la Teoría de Ronald Dworkin. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Vol. 1, 2015, p. 75-120.*

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da Política à luz da Teoria de Ronald Dworkin**. In: CONPEDI, Fortaleza. Anais do XIV Congresso Nacional. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_; GALUTTY, Pietra. **Direito, controle judicial e democracia: o debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin**. Revista Direito em Debate, Ano XXVI, n. 47, 2017.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. 1 ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

# A DIMENSÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO<sup>40, 41</sup>

## SUSTAINABILITY OF LEGAL AND POLITICAL DIMENSION AND THE REASONABLE PROCEDURE DURATION

*Magno Federici Gomes*<sup>42</sup>

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo trabalhar a dimensão jurídico-política da sustentabilidade, que aponta para uma proposta de razoável duração do procedimento judicial como meta indispensável para se alcançar a plenitude do ideal de sustentabilidade. Será abordado o direito fundamental da razoável duração do procedimento, insculpido na Constituição da República de 1988

---

<sup>40</sup>Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

<sup>41</sup>Extrato do artigo: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

<sup>42</sup> Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

(CR/1988). Para tanto, foram utilizados na realização desta pesquisa, o método jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final do trabalho, pode-se evidenciar que os direitos fundamentais, em especial a razoável duração do procedimento, devem ser devidamente desenvolvidos e efetivados pelo Estado Democrático de Direito, de modo a objetivar e consubstanciar um pleno desenvolvimento pautado na sustentabilidade, com vistas a propiciar o bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações.

**Palavras-Chave:** Sustentabilidade. Dimensão jurídico-política. Direitos Fundamentais. Razoável duração do procedimento.

**Abstract:** This study aims to work the scale legal and political sustainability, which points to a proposal for a reasonable duration of the judicial procedure as an essential goal to reach the fullness of the ideal of sustainability. Will address the fundamental of reasonable duration of the procedure, in the Brazilian Constitution of 1988 (CR/1988). Therefore, were used in this research the legal and theoretical method and deductive reasoning, with a bibliographical research technique. At the end of the survey, one can show that the fundamental rights, in particular the reasonable duration of the procedure, must be properly developed and made effective by the democratic rule of law in order to objectify and substantiate full development guided by the sustainability, in order to provide lasting well-being for present and future generations.

**Keywords:** Sustainability. Legal-political dimension. Fundamental rights. Reasonable duration of the judicial procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, como principal objeto dessa pesquisa, será trabalhada conforme os conceitos e ditames apresentados por Freitas (2016).

Nesse aspecto, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade evidencia-se de modo a permitir uma maior e melhor aplicação desses conceitos na prática cotidiana, com o objetivo de resguardar e desenvolver os direitos fundamentais à longevidade digna, à alimentação adequada, ao ambiente ecologicamente equilibrado, à educação de qualidade, a uma democracia plena sem vícios, à informação livre e de qualidade, ao processo judicial e administrativo de razoável duração, à segurança, à renda digna oriunda do trabalho, à boa administração pública e à moradia digna (FREITAS, 2016, p. 74-75).

Nesse viés, será necessária uma incursão ao direito fundamental à efetividade do processo. A aplicação desse direito<sup>43</sup> relaciona-se diretamente com os pilares da sustentabilidade, ao passo que o pleno desenvolvimento da sustentabilidade depende de um esforço conjunto em prol da aplicação e desenvolvimento dos direitos fundamentais, de modo a possibilitar o bem-estar das presentes e futuras gerações, conforme acentua Freitas (2016).

---

<sup>43</sup> Por alguns entendido como princípio constitucional do processo.

Por isso, uma ligação entre a sustentabilidade e a razoável duração do procedimento se mostra como principal objeto de estudo, ao passo que a sociedade anseia pela entrega de uma tutela jurisdicional em tempo adequado a produzir seus efeitos e gerar bem-estar intergeracional.

Para tanto, foram utilizados na realização deste artigo o método jurídico-teórico e raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. A pesquisa se justifica na medida em que a comunidade acadêmica anseia por um melhor delineamento dos conceitos da sustentabilidade, sobretudo o conceito relacionado à sua dimensão jurídico-política.

Ao final, um discurso conexo entre o direito fundamental da razoável duração do procedimento e o caminho para a sustentabilidade se fez necessário.

## **2 A DIMENSÃO JURÍDICO-POLÍTICA DA SUSTENTABILIDADE**

As considerações para esse capítulo estão voltadas a conjugar e apresentar as dimensões da sustentabilidade, em especial a dimensão jurídico-política desse novo paradigma denominado sustentabilidade. A sustentabilidade denota uma preocupação internacional em promover o pleno desenvolvimento sustentável dos povos e das comunidades de modo a preservar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Alinha-se a esse novo paradigma de desenvolvimento a sustentabilidade, que surge como meta a ser conquistada, de modo que as preocupações com o desenvolvimento sustentável vão muito além de proteger e

preservar o meio ambiente (o que não é tarefa simples de ser cumprida). Trata-se de um esforço que envolve várias nuances do ideal de desenvolvimento e, por isso, Freitas (2016) retrata que a: “sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional” (FREITAS, 2016, p. 61).

Ao encontro desse entendimento, Sachs (2009) evidencia que:

Ao mesmo tempo, pode valer a pena colocar juntas as duas idéias-força mencionadas [...], reconceitualizando-se o desenvolvimento como apropriação efetiva de todos os direitos humanos, políticos, sociais, econômicos e culturais, incluindo-se aí o direito coletivo ao meio ambiente (SACHS, 2009, p. 60).

Nesse entendimento as dimensões da sustentabilidade devem ser desenvolvidas de modo conjunto, onde nenhuma pode ser deixada de lado ou esquecida com o passar do tempo, pois a exemplo, a preservação ambiental, que está dentro do conceito da dimensão ambiental da sustentabilidade, se não corretamente desenvolvida pode levar ao colapso a dimensão social, e o contrário também poderá ocorrer, pois, “a deterioração material do planeta é insustentável, mas a pobreza também é insustentável, a exclusão social também é insustentável, assim como a injustiça, a opressão, a escravidão e a dominação cultural e econômica” (MAFRA, 2015, p. 555).

Froehlich (2014), nesse sentido, pontua: “é consensual que deve haver inter-relações entre as dimensões e que indicadores que ficam restritos a apenas



uma dimensão não refletem a sustentabilidade” (FROEHLICH, 2014, p. 165)<sup>44</sup>.

Portanto, há que ser evidenciado que as falácias e as falsas promessas de desenvolvimento sustentável precisam ser superadas com o fito de possibilitar a aplicação dos ditames das dimensões da sustentabilidade, de maneira conexa e concreta a produzir seus efeitos nas cinco dimensões propostas por Freitas (2016). Nesse ponto, Freitas (2016) desenvolve o conceito de sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 43).

Apresentado o conceito de sustentabilidade e demonstrado que em sua inteireza ela é multidimensional, pois agrupa as dimensões social, ambiental, econômica, ética e jurídico-política, torna-se indispensável complementar cada uma de suas dimensões e suas próprias especificidades, pois “a sustentabilidade pode ser analisada e caracterizada a partir de diferentes dimensões” (FROEHLICH, 2014, p. 157).

---

<sup>44</sup> No mesmo sentido e analisando um caso concreto, BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

A dimensão social da sustentabilidade enfatiza uma necessária e indispensável preocupação com o ser humano e sua qualidade de bem-estar, pois existe uma íntima relação entre a qualidade de vida do ser humano e a qualidade do meio ambiente, uma vez que são conceitos indissociáveis.

Na dimensão econômica da sustentabilidade verifica-se que no conceito de desenvolvimento sustentável o prisma do fator econômico jamais pode ser tratado com indiferença ou ser deixado de lado, pois é a partir de uma economia saudável e responsável, que será possível a geração de igualdades sociais, com o pleno desenvolvimento sustentável nos padrões da sustentabilidade.

A dimensão ética da sustentabilidade está diretamente voltada para a relação da justiça intergeracional, de modo que a coletividade da presente geração é responsável pela herança ambiental e social que serão passadas para as gerações futuras, num plexo de solidariedade e fraternidade de aceitação do ser humano enquanto pessoa e do meio ambiente enquanto natureza, responsável por gerir a vida de todos os seres vivos.

No aspecto da dimensão ambiental da sustentabilidade, é inegociável a premissa de que o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, deve ser devidamente preservado e protegido, sob pena de a natureza não suportar mais a vida humana na Terra.

Medidas precisam ser tomadas muito além de conferências internacionais e cartas de boas intenções. Medidas sérias e imediatas de combate à poluição da água, do solo, do ar e da terra precisam ser amplamente difundidas e implementadas. As falácias e os discursos

dotados de belas e representativas palavras precisam ser sistematicamente permutados para ações concretas e eficientes de combate ao desmatamento e ao incessante desejo de poluir o planeta.

Nesse compasso de desenvolvimento pautado na sustentabilidade, é de se observar que neste estudo foram apontadas, até o momento, quatro diferentes dimensões da sustentabilidade, mas que se entrelaçam entre si, com o fito de modificar o atual cenário de degradação ambiental financiado pelo modelo capitalista de crescimento econômico. No entanto, uma quinta dimensão da sustentabilidade é evidenciada no presente estudo a partir de Freitas (2016), que assevera:

Dimensão jurídico-política ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente (FREITAS, 2016, p. 72).

Essa dimensão, conforme conceito proposto, apresenta-se como uma junção de fatores capazes de possibilitar o pleno desenvolvimento sustentável gerador de bem-estar para as presentes e futuras gerações. Aqui, evidencia-se uma união basilar entre as dimensões social,

econômica, ética e ambiental na formação da dimensão jurídico-política.

A dimensão jurídico-política visa a efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem, contudo, perder de vista a promoção social, o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, a melhor e adequada distribuição da renda e os conceitos de origem ética, que são vertentes indissociáveis do conceito de sustentabilidade.

Trata de uma determinação principiológica vinculante que visa ao aperfeiçoamento da tutela efetiva dos direitos fundamentais para que possam se materializar em bem-estar para as presentes e futuras gerações, num prisma de proteção da vida em suas diferentes formas.

Desse modo evidencia-se na dimensão jurídico-política um novo modelo de desenvolvimento pautado também na previsibilidade, de modo a consubstanciar os princípios da precaução e da prevenção, evitando danos irreparáveis para as presentes e futuras gerações. Freitas (2016) propõe: “supõe redesenhar o direito administrativo da regulação, que não mais sucumba à omissão causadora de danos inter e intrageracionais, sob a alegação de risco de captura” (FREITAS, 2016, p. 73).

Essa dimensão da sustentabilidade propõe o pleno desenvolvimento do Estado Democrático de Direito com vistas a atender o mínimo necessário e garantido constitucionalmente para possibilitar a vida em todas as suas formas, sem que para tanto ocorra degradação ambiental.

É, de fato, um esforço conjunto no sentido de que a humanidade possa prosperar de forma unida com o

planeta, onde os limites e as condições de cada um sejam devidamente respeitados, cumpridos e fiscalizados pelo Estado Democrático de Direito, engajado no modo de vida pleno e digno, “consoante, se a sustentabilidade em si é um novo paradigma e/ou um fenômeno, do ponto de vista jurídico ela é um requisito” (CRUZ; GLASENAPP, 2014, p. 380).

Nesse aspecto, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade visa a resguardar os direitos fundamentais concernentes à longevidade digna; o direito à alimentação adequada; o direito ao meio ambiente limpo; o direito à boa educação e de qualidade; o direito à democracia; o direito à informação imparcial; o direito à razoável duração do procedimento; o direito à segurança; o direito à renda oriunda do trabalho; o direito à boa administração pública e o direito à moradia (FREITAS, 2016, p. 74-75).

Nessa órbita, é possível evidenciar que essa dimensão propõe um pleno desenvolvimento das dimensões já apontadas anteriormente, no objetivo de estabelecer um liame conjectural de sustentabilidade que foque o todo na esfera do desenvolvimento sustentável.

A seguir, o que se propõe é o estudo de cada um dos direitos fundamentais formadores e norteadores da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, conforme passará a averiguar.

O direito à longevidade digna está diretamente alicerçado na idéia de viver com dignidade e envelhecer com respeito, onde os direitos à saúde digna possam ser rapidamente acessados sem as incríveis burocracias cotidianas. Vai além de um simples viver ou passar pela vida, pressupõe um ciclo de vida útil e proveitoso mediante o acesso às garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana.

Nessa ótica, para se alcançar o pleno desenvolvimento pautado na sustentabilidade é imprescindível que o direito à dignidade da pessoa humana seja respeitado em todas as relações cotidianas, desde as mais simples às mais complexas.

Nesse rumo, o cenário de exclusão e desrespeito ao princípio norteador da dignidade da pessoa humana precisa ser superado e conduzido a uma esfera superior de respeito, dignidade, inclusão e socialização, de modo que os direitos fundamentais e suas instituições responsáveis sejam facilmente acessados por qualquer indivíduo.

O direito à adequada alimentação pressupõe uma mudança de hábito alimentar e de consumo da população, sobretudo no que diz respeito aos alimentos que são prejudiciais à saúde e que precisam ser controlados e, conforme o caso, substituídos por alimentos saudáveis, conforme assegura Freitas (2016, p. 74) “o direito à alimentação sem excesso e carências, isto é, balanceada e saudável, com amplo acesso a informação sobre os efeitos perniciosos”.

Aqui, surge o tão debatido assunto dos organismos geneticamente modificados (OGM). O tema da fome no mundo é uma realidade concreta, pois a falta de uma estrutura organizada e sustentável de produção poderá levar a humanidade ao colapso alimentar.

Nessa perspectiva de escassez, surgem os defensores da utilização dos OGM, que tentam adotar esse modelo com o intento de avançar na produção alimentar, conforme apregoam Pozzetti e Fontes (2014, p. 33) “a indústria de biotecnologia investiu muito nessa técnica e tenta, através da propaganda sobre ‘a grande fome que assolará o planeta’, passar a informação de que os alimentos transgênicos são necessários [...]”.

Ainda que existam defensores desse modelo de produção alimentar, existem também os que não o admitem em razão de seus riscos não serem, ainda, devidamente conhecidos, pois: “os efeitos negativos, justamente pela dimensão dos riscos, atingem proporções que, se não forem adequadamente previstos e evitados, poderão acarretar consequências maiores que os benefícios” (NAVES; SILVA, 2014, p. 361).

Nesse aspecto, o direito à alimentação adequada precisa ser plenamente desenvolvido com o fito de garantir maior segurança alimentar para a população, onde os alimentos e seus riscos possam ser devidamente conhecidos pelos consumidores com o objetivo de informar e evitar demasiada contaminação alimentar. Somente mediante a garantia de uma alimentação saudável e de boa qualidade para a população é que será possível desenvolver a dimensão jurídico-política da sustentabilidade e, em reflexo, a sustentabilidade plena.

O direito ao pleno desenvolvimento, com vistas a proteger e preservar o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, pressupõe um desenvolvimento direcionado à utilização de energias limpas e renováveis em detrimento dos combustíveis fósseis que degradam e poluem o planeta em larga escala, pois “a grande vantagem ambiental das fontes renováveis de energia está na mitigação de emissões de dióxido de carbono com relação às alternativas fósseis” (GOLDEMBERG; LUCON, 2012, p. 178).

Para isso, é requerida uma ação da sociedade, das organizações civis e dos governos no sentido de promover mecanismos que possam tutelar o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida intergeracional. Pressupõe ações voltadas para o combate a todo o tipo de degradação ambiental, da terra, da água e do solo,

mediante políticas públicas adequadas e passíveis de concretização, como “inovação precípua em segurança energética, com o redesenho do plexo normativo e regulatório, apto a conferir prioridades às inovações científicas e tecnológicas de ponta, sobretudo em energias renováveis [...]” (FREITAS, 2016, p. 95).

Assim, não é possível deixar escapar à lógica, sem imediatismo, de que, somente com a propagação do direito ao meio ambiente equilibrado, é que será possível o desenvolvimento da dimensão jurídico-política da sustentabilidade. Em consonância com as presentes gerações, o meio ambiente equilibrado e saudável é condição indispensável para a existência da vida das futuras gerações.

Não é demais evidenciar que o direito à educação de qualidade é ferramenta indispensável no processo de evolução humana, e tende a contribuir significativamente com o papel do desenvolvimento das dimensões da sustentabilidade que também é um processo evolutivo a ser alcançado pela humanidade.

Assim, o direito fundamental à educação de qualidade precisa ser devidamente fornecido pelo Estado, de modo a prestigiar maior acesso à participação social dos estudiosos que propõem, mediante novas ideias e soluções, uma nova reformulação do ser, do pensar e do agir no contexto social, no que tange ao plexo de sustentabilidade, tão debatido nos últimos anos. Nesse sentido, Silva e Guimarães (2014) preceituam que:

O direito à educação é a base constitutiva da formação dos cidadãos e do próprio Estado, sendo considerado pela doutrina um ‘direito de síntese’, pois a sua efetivação propicia e potencializa a



garantia e concreção de outros direitos fundamentais, tanto de forma direta como de forma oblíqua. Por exemplo, uma pessoa que não possui educação básica adequada, dificilmente conseguirá impetrar um *habeas corpus* para a garantia de seu direito de ir e vir que, por sua vez, baseia-se no direito à democracia (SILVA; GUIMARÃES, 2014, p. 208).

Isso posto, é possível afirmar que por meio de uma educação de qualidade a humanidade terá condições de se desenvolver mediante os preceitos da sustentabilidade e suas dimensões, de modo a desenvolver raciocínio crítico referente àquilo que realmente importa do ponto de vista ambiental, ético, social e econômico. Por isso, é necessário demonstrar que qualquer Estado ou Nação que esteja imbuído no desejo de se desenvolver de modo sustentável deverá, antes de tudo, despender esforços e investimentos que possam evidenciar uma melhor qualidade na educação.

O direito à democracia deve ser garantido de forma participativa, onde seja viabilizado o acesso de todos os cidadãos e indivíduos nos debates políticos afetos à sociedade. Esse acesso participativo deve ser efetivado por meio do uso de todos os sistemas disponíveis de informação, inclusive àquelas tecnológicas, “o direito à democracia, preferencialmente direta, com o emprego intensificado das novas tecnologias e das redes sociais, no exercício da cidadania como cerne do Estado Democrático” (FREITAS, 2016, p. 74-75).

Nesse entendimento, uma verdadeira mudança de paradigma se dará em razão do amplo acesso democrático nos debates sobre sustentabilidade e meio ambiente, em uma lógica conexas entre proteger, preservar e desenvolver.

Nesse mesmo contexto, Mirra (2011) assevera que: “democracia, nesse sentido, é essencialmente participação, a qual consiste na possibilidade real e concreta, aberta às pessoas em geral, de tomar parte no sistema de direção da sociedade e, em especial, no exercício e no controle do poder” (MIRRA, 2011, p. 41).

Por isso, a plena sustentabilidade pressupõe a plena democracia participativa na tomada de decisões e no exercício do poder, sob pena de não se alcançar o objetivo de desenvolvimento sustentável duradouro e intergeracional.

O direito à informação certamente é direito fundamental no Estado Democrático de Direito e se coaduna com o próprio conceito de democracia, pois garante que o indivíduo devidamente informado possa exercer seu direito de participação, sendo certo que o direito fundamental à participação e o direito fundamental à informação devem caminhar de mãos dadas pelos caminhos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Machado (2016) assegura que: “a informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada” (MACHADO, 2016, p. 125).

Por conseqüência, é necessário que a informação seja livre, imparcial e garantida a todos os indivíduos, sem distinção de quaisquer gêneros, pois do contrário, não se está a falar em sustentabilidade, mas sim em insustentabilidade.

O direito fundamental à razoável duração do procedimento aparece como uma ferramenta tendente a eximir a chamada morosidade do Poder Judiciário que,

muitas das vezes, é capaz de operar manifestas inseguranças jurídicas. Desse modo a doutrina leciona que: “entre os direitos fundamentais ligados à garantia do processo justo figura o inc. LXXVIII do art. 5º da CF, no qual se asseguram, a um só tempo, (i) a razoável duração do processo, bem como (ii) o emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 77).

No Estado Democrático de Direito, o povo é o detentor do poder absoluto e, mediante sua insatisfação, vai defender seus direitos na esfera do Poder Judiciário, e dele espera um provimento jurisdicional capaz de por fim ao conflito. Nessa composição, assevera a doutrina que: “o reconhecimento da duração razoável do processo e dos meios que garantem a celeridade na tramitação como direitos fundamentais da pessoa humana é de grande contribuição para o alcance dos desideratos de celeridade e eficiência” (TEIXEIRA, 2008, p. 64).

Ocorre que, para fins de sustentabilidade, a morosidade do Poder Judiciário, na entrega da tutela jurisdicional, necessita ser combatida, pois o jurisdicionado precisa de uma resposta jurídica para seu conflito, em tempo hábil a produzir seus efeitos, de modo que o bem da vida em disputa ainda esteja posto à disposição e não tenha se deteriorado em razão do tempo, ao passo que, “não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 65).

Evidencia-se que a razoável duração do procedimento e a celeridade de sua tramitação são premissas inarredáveis no Estado Democrático de Direito por dois motivos, primeiro porque se trata de um direito fundamental de eficácia plena, instituído no bojo da Constituição da República de 1988 (CR/1988); segundo

porque, para que o Estado possa alcançar a sustentabilidade, o desenvolvimento da dimensão jurídico-política se faz indispensável. Convém evidenciar o que Freitas (2016) propõe a título de razoável duração do procedimento:

O direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo e a melhor definição cooperativa das competências, numa postura realmente dialógica e preferencialmente conciliatória, dadas as limitações do método tradicional de comando e controle (FREITAS, 2016, p. 75).

Nesse sentido, uma resposta jurídica adequada será aquela capaz de evitar a degradação ambiental antes mesmo que ela possa vir a causar danos irreversíveis ao meio ambiente e, para tanto, o processo precisa ser eficaz e o procedimento célere, sob pena de não resguardar o bem da vida depreciado.

O direito à segurança também precisa ser evidenciado para que o ideal da sustentabilidade possa se concretizar, como evidencia Freitas (2016), “o direito à segurança, com o emprego de persuasivas estratégias de ressocialização dos ímprobos e dos demais infratores, mas também de ações preventivas e ostensivas” (FREITAS, 2016, p. 75).

A segurança é premissa inarredável que deve estar na ordem do dia das autoridades, pois é por meio dela que será possível concretizar a paz social entre os indivíduos, sendo assim é necessário o desempenho de políticas públicas adequadas de combate às organizações criminosas.

Um modelo de sustentabilidade deve possibilitar, a todo cidadão e a todo indivíduo, o acesso seguro ao trabalho, ao lazer, aos locais de culto, às escolas, às praças públicas, aos locais de cultura e aos locais de competições desportivas. A sociedade tem o direito de ir e vir livremente onde desejar, sem que, para tanto, tenha que pedir permissões e concessões ao poder paralelo.

O Estado deve encontrar e evidenciar os meios necessários de garantir a segurança pública, de modo que a sociedade possa se desenvolver livremente sem os horrores da criminalização e marginalização. Lado outro, uma sociedade sustentável é aquela livre de preceitos criminosos e do poder paralelo que insiste em perturbar os cidadãos de bem e o poder originário constituído que emana do povo.

O direito à renda oriunda de um trabalho digno, honesto, honroso e que transmita segurança para o trabalhador e toda a sua família, pressupõe uma conduta íntegra na relação de emprego, segundo a qual empregador e empregado possam somar forças na busca por uma melhor qualidade de vida, mediante a conduta laboral.

A sustentabilidade, nesse viés, ecoa como uma relação de emprego duradoura, sem os malefícios das expertises e das condutas desonrosas entre empregador e empregado que ao final, terminam nas esferas da justiça do trabalho. O que se propõe é um trabalho digno de ser suportado pelo empregado, em locais decentes e livres de riscos à sua saúde, sem carga horária demasiadamente excessiva, sem o dispêndio de forças além das passíveis de serem suportadas, com salários honestos e planos de carreira acessíveis, além de direitos trabalhistas devidamente respeitados. Lado outro, o empregador precisa contar com a força de um trabalho honesto que respeite as políticas da empresa, que seja competente e

qualificado e que não se valha de subterfúgios para fugir às atividades a serem desempenhadas.

Trata-se, a bem da verdade, de uma relação de emprego que deve ser fundida e consolidada nos ditames da ética e honestidade entre empregado e empregador, de modo que os dois possam ter condições de se desenvolver em conjunto rumo a uma estabilidade financeira, social e sustentável.

Para que a sustentabilidade seja efetivamente atingida, é imperiosa a participação do Estado nas relações diárias e na regulação e distribuição da renda e dos incentivos. Contudo, uma boa administração pública depende do bom gerenciamento do erário público.

É imprescindível que os investimentos e incentivos governamentais se deem exatamente em função daquilo que comprovadamente importa: educação, saúde, saneamento básico, mobilidade urbana, tecnologia e ciência, com o objetivo de promover um verdadeiro avanço social do indivíduo.

Investimento com dinheiro público deve ser feito de modo consciente, sem desvios, sem individualismo, sem corrupção. Obras públicas devem ser realizadas em prol da coletividade e não para benefício de uma minoria prestigiada pelo poder econômico e político.

Nessa percepção, trata-se de uma administração pública que coloca em evidência a coletividade em detrimento do individual. A boa administração pública propõe a existência de bons administrados que tenham o condão de viabilizar o crescimento sustentável da nação objetivando o plexo da sustentabilidade. A Administração Pública tem o dever para com a sociedade de efetivar políticas públicas que evidenciem o bem-estar social de modo a destinar investimentos que sejam capazes de

propagar o lazer, o trabalho, a mobilidade urbana, o saneamento básico e a saúde.

O direito a uma moradia digna pressupõe um desenvolvimento que leve em consideração a segurança habitacional e a efetiva regulação do direito de propriedade. Trata-se de direito social por excelência, mas também encontra espaço na dimensão jurídico-política da sustentabilidade, por fazer parte de um conjunto de conceitos que precisam ser devidamente consubstanciados pelo Poder Público no objetivo mútuo de desenvolvimento pautado na sustentabilidade.

Assim, é certo que o direito à moradia digna e segura é questão indispensável à existência da vida humana, pois a dignidade da pessoa humana vislumbra que o homem deve habitar casas e apartamentos e não calçadas, e muito menos debaixo de pontes e viadutos.

Com isso, o próximo capítulo tratará de tema específico que está contido no seio da dimensão jurídico-política da sustentabilidade, qual seja, o direito fundamental à razoável duração do procedimento, que vem sendo sistematicamente negligenciado pelo Poder Judiciário, sendo certo que seu avanço é condição inarredável para se alcançar a sustentabilidade.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOB A ÓTICA DA DIMENSÃO JURÍDICO-POLÍTICA DA SUSTENTABILIDADE**

Demonstrado até o momento que o desenvolvimento sustentável é uma premissa inafastável que precisa ser difundida e implementada com vistas a

estabelecer condições de bem-estar para as presentes e futuras gerações, o conceito de sustentabilidade surge como princípio-síntese capaz de possibilitar maior justiça intrageracional e intergeracional.

No entanto, para que a verdadeira sustentabilidade que importa seja devidamente atingida, é inegociável que seja desenvolvida nas cinco dimensões trabalhadas nesse artigo, quais sejam: dimensão social; dimensão econômica; dimensão ética, dimensão ambiental e dimensão jurídico-política.

Essas cinco dimensões são premissas fundantes do ideal de sustentabilidade, de modo que devem ser desenvolvidas e implementadas em conjunto, sem o atraso de nenhuma delas, pois nesse caso estar-se-á a falar em insustentabilidade e não em sustentabilidade, como apresentado por Freitas: “tais dimensões (ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica) se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade, que não pode, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompido” (FREITAS, 2016, p. 77).

Ocorre que, o direito fundamental à razoável duração do procedimento que está estabelecido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/1988, aparece como um mecanismo viável a corroborar com o avanço da dimensão jurídico-política da sustentabilidade. Inegável que toda sociedade de direito, que busque no Poder Judiciário a resolução de seus conflitos merece uma resposta adequada e em tempo hábil a produzir seus efeitos.

Nesse contexto, antes que se fale em sustentabilidade, é imprescindível que o evidente problema da morosidade do Poder Judiciário seja devidamente enfrentado pelo Poder Público e pela administração da justiça, pois sem a razoável duração do procedimento não



há a efetividade da dimensão jurídico-política e, sem essa dimensão, não há sustentabilidade, portanto, a discussão se faz necessária.

Afigura-se que o direito fundamental à razoável duração do procedimento está insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/1988 nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido, deve ser evidenciada norma que compõe o Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil. No art. 4º do Novo Código de Processo Civil (NCPC): “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015).

Comprova-se, portanto, o direito à razoável duração do procedimento, além de constar como norma de direito fundamental assegurada pela CR/1998, consta também nas normas fundamentais do NCPC, dada a sua importância, que merece ser propagada e difundida.

A efetividade do processo atua como norteadora do Estado Democrático de Direito que visa implementar o processo justo, ao passo que o processo lento e moroso não é justo, por gerar desigualdades entre os jurisdicionados. Dias (2012) aponta que é obrigação direta do Estado garantir a razoável duração do procedimento:

Logo, o direito fundamental do povo de acesso à jurisdição também abrange o direito de obter do Estado um pronunciamento decisório em prazo razoável. Se descumprida pelo Estado esta recomendação constitucional, a função jurisdicional do estado se qualifica como

inacessível ao povo, por não apresentar solução decisória em lapso temporal útil, no processo que a provocou, em aberto desrespeito ao texto da Constituição (art. 5º, inciso LXXVIII), sujeitando o mesmo Estado à obrigação de reparar os danos causados ao jurisdicionado, se o prejudicado suscitar sua responsabilidade civil em procedimento próprio (DIAS, 2012, p. 162).

O direito à razoável duração do procedimento mostra, a um só tempo, o direito a uma razoabilidade de prazo de duração do processo e uma maior celeridade na marcha procedimental, sem dilações indevidas e estrita obediência às regras procedimentais propostas pela lei. Observa-se que uma razoável duração de uma demanda está voltada para um conjunto de atos que, se realizados de maneira uniforme, irão permitir que a tutela jurisdicional seja entregue em tempo hábil a produzir seus efeitos.

Sabe-se que um processo justo depende diretamente da ética entre as partes, de modo que demandante e demandado devem atuar com a lealdade processual que a lei exige, evitando dilações imprestáveis e procrastinações injustificáveis, mais do que isso, é imprescindível que as partes proponham uma célere tramitação procedimental com ações positivas tendentes a simplificar ritos e comandos permitidos pela lei processual.

Por outro lado, observa-se que o Estado tem a obrigação de entregar a tutela jurisdicional em tempo hábil, e isso implica uma série de esforços a serem somados a favor da célere tramitação procedimental com vistas à adequação do Poder Judiciário a essa realidade. Dias (2012) observa que: “é a lentidão, a morosidade da

atividade jurisdicional, quase sempre imputável à negligência do Estado, que leva a se decidir pela inobservância do prazo razoável de duração dos processos” (DIAS, 2012, p. 171).

É indispensável que a administração da justiça trabalhe a favor de extinguir as etapas mortas do processo, que são aquelas em que os autos processuais ficam engavetados na secretaria do juízo sem nenhuma destinação específica. “O que não se pode tolerar é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 65-66).

É bem verdade que a garantia da duração razoável do processo deve ser assegurada pelo Poder Judiciário com o intento de consubstanciar o processo justo, sem, contudo, sacrificar as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, por serem garantias que jamais podem ser superadas na esfera processual, sendo certo que o princípio da duração razoável visa a combater dilações indevidas e impróprias e, sobretudo o tempo morto nas secretarias e gabinetes.

Não se trata de uma sumarização do processo e do procedimento a todo custo, trata-se de tempo hábil a produzir efeitos, conforme ensina Dias (2012):

Assinala-se que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite o Estado impingir ao povo a aceleração dos

procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais (DIAS, 2012, p. 163).

A morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional é uma realidade que precisa ser combatida por meio de um esforço conjunto entre as partes: Poder Judiciário e Estado, de modo a efetivar os ditames do direito fundamental à razoável duração do procedimento, sem, contudo, ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

É de fundamental importância o combate à morosidade do Poder Judiciário no que tange a entrega da tutela jurisdicional, pois o que está sendo mitigado com essa morosidade é o próprio acesso à jurisdição e o acesso ao processo justo, o que no Estado Democrático de Direito é inconcebível.

Essa morosidade procedimental aponta para um sentimento negativo em relação do jurisdicionado em relação ao Poder Judiciário, que se vendo em situação de inconformismo, deixa de acreditar na Administração da Justiça como meio hábil de resolver seus conflitos, conforme aponta Teixeira (2008):

Ao se deparar com um modelo de baixa eficiência na prestação de jurisdição, que seja demorado, discriminatório e injusto, causador dos sentimentos desgastantes de angústia e desamparo, o jurisdicionado deixa de acreditar no sistema de resolução de controvérsia e na força do Estado. Tal consequência atinge um dos pilares de sustentação do Judiciário: a legitimidade (TEIXEIRA, 2008, p. 53).

Revela-se que, no Estado Democrático de Direito o fenômeno da morosidade na entrega da tutela jurisdicional precisa ser combatida por meio de políticas adequadas, tendentes a respeitar e efetivar o direito fundamental do cidadão à razoável duração do procedimento e à celeridade de sua tramitação, de modo a consubstanciar o processo justo e o acesso à jurisdição.

Um processo jurisdicional lento, moroso, propagador de angústia e de ilegalidades temporais, que não se amolda ao Estado Democrático de Direito, é um fomentador de mal-estar para a sociedade e, caminha no sentido oposto ao conceito de sustentabilidade, que visa a implantar o bem-estar a favor das presentes e futuras gerações.

Nesse passo, observa-se que a morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional é insustentável, pois não efetiva, em sua integralidade, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade, que propõe um processo justo, com duração razoável e com desfecho tempestivo.

Portanto, verifica-se que medidas conceituais e estruturais precisam ser aplicadas com o objetivo de revisitar antigas compreensões processuais sobre razoável duração do procedimento, na busca por um ideal democrático e sustentável de desenvolvimento pautado na sustentabilidade e propagador do bem-estar, de modo a cumprir o objetivo nº 16 dos ODS.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desse estudo é possível considerar que o sistema capitalista vigente desde meados dos anos de 1970, precisa ser superado e permutado para um modelo de desenvolvimento pautado na sustentabilidade, tendente a conciliar a vida e o bem-estar das presentes e futuras gerações, com o efetivo desdobramento do princípio da solidariedade intra e intergeracional.

Desse modo, observou-se que a sustentabilidade possui um conceito e um caráter multidimensional, e propõe o avanço das dimensões, social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, onde elas possam ser efetivadas mutuamente, de forma a alcançar o plexo da sustentabilidade. Considera-se que as dimensões da sustentabilidade são entrelaçadas e que seu desenvolvimento deve ocorrer de modo conjugado, onde nenhuma delas possa ser esquecida ou postergada, sob pena de insustentabilidade.

Nesse sentido, observou-se que a dimensão jurídico-política da sustentabilidade não vem sendo efetivada no Estado Democrático de Direito com sucesso, apesar dessa dimensão ter como meta produzir o bem-estar mediante o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A razoável duração do procedimento é um direito fundamental por excelência e vem, sistematicamente, sofrendo limitações no Poder Judiciário que, de forma impressionante, não consegue entregar a tutela jurisdicional em tempo hábil a produzir seus efeitos, ficando evidente que a dimensão jurídico-política da sustentabilidade está sendo constantemente prejudicada.

Constatou-se, pelos estudos feitos e aqui demonstrados, que a morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional gera sérios prejuízos ao jurisdicionado, ao passo que ele passa a ser privado de seu bem da vida, ou do direito material que está sendo posto em litígio.

Observou-se ainda que, no Estado Democrático de Direito, é inaceitável permitir e coadunar com a morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional, pois, além de evidenciar a impotência do Estado no que tange à resolução de conflitos e à evidente falta de aplicação de um processo justo, mitiga o próprio acesso à jurisdição.

Assim, é necessário um esforço conjunto entre as partes, o Poder Judiciário e o Estado, no objetivo de diminuir o tempo de duração das demandas judiciais e garantir a celeridade de tramitação, mediante a efetivação de uma conduta leal entre os envolvidos, a eliminação de etapas mortas no curso do procedimento e a completa reorganização das estruturas do Poder Judiciário.

A morosidade na entrega da tutela jurisdicional é fenômeno que pode levar à insustentabilidade do Estado e, por isso, precisa ser combatida por meio de ações positivas, no sentido de notabilizar possibilidades de uma tramitação processual célere que respeite, contudo, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O presente estudo não defende a mitigação do devido processo legal e muito menos a desvalorização dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pelo contrário, essa pesquisa tenta deixar claro que a lentidão do Poder Judiciário na resolução de conflitos gera flagrantes inseguranças jurídicas e injustiças intra e intergeracionais, vez que o jurisdicionado passa a não mais

acreditar no modelo jurisdicional monopolizado pelo Estado.

Tem-se que a morosidade do Poder Judiciário precisa ser devidamente enfrentada e combatida pelos poderes constituídos, visto que o Estado Democrático de Direito pressupõe que o poder soberano emane do povo mediante o livre exercício do acesso à jurisdição para soluções de conflitos.

Nessa linha, se não combatido o fenômeno da morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional, de modo a efetivar o princípio fundamental da razoável duração do procedimento, não será possível evidenciar o desenvolvimento do plexo da sustentabilidade, por falta de efetivação de sua dimensão jurídico-política.

Assim, é necessário compreender que o desenvolvimento pautado na sustentabilidade, somente se dará mediante o avanço conjunto de todas as dimensões: social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, pois o atraso de qualquer uma delas consistirá em flagrante insustentabilidade.

Concluindo, é possível considerar que a dimensão jurídico-política da sustentabilidade precisa ser desenvolvida em sua integralidade, de modo a consubstanciar a efetivação do direito à longevidade digna, do direito à alimentação adequada, do direito ao ambiente limpo, do direito à educação de qualidade, do direito à democracia, do direito à informação, do direito à razoável duração do procedimento, do direito à segurança, do direito à renda oriunda do trabalho, do direito à boa administração pública e do direito à moradia digna, pois do contrário estar-se-á a evidenciar a completa insustentabilidade.



O Estado, para se tornar sustentável, segundo o modelo de sustentabilidade duradoura que permita a continuidade da vida para as presentes e futuras gerações, precisa, antes de tudo, combater o fenômeno da morosidade do Poder Judiciário, com vistas a produzir segurança jurídica, bem estar social e a efetividade da dimensão jurídico-política da sustentabilidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. **Diário Oficial**, Brasília, 18 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial**, Brasília, 05 out. 1988.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Iuris Tantum**, Lomas Anáhuac, n<sup>o</sup> 25, p. 367-387, dez. 2014. Disponível em: <[http://app.vlex.com/#WW/vid/589184090/graphical\\_version](http://app.vlex.com/#WW/vid/589184090/graphical_version)>. Acesso em: 09 jul. 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: dimensões e métodos de mensuração de resultados. **Revista de Gestão do Unilasalle**, Canoas, v. 3, n<sup>o</sup> 2, p. 151-168, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316/1182>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. **Energia, meio ambiente e desenvolvimento**. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8864>>. DOI: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAFRA, Juliete Ruana. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 10, n<sup>o</sup> 1, p. 547-566, jan. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7182/4080>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 355-380, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473/428>>. Acesso em: 09 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS. **Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD)**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

POZZETTI, Valmir Cesar; FONTES, Gustavo Rosa. Rastreabilidade de organismos geneticamente modificados (OGMs): instrumento de proteção ao consumidor e ao meio ambiente. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 21, p. 31-52, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/420/396>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. A efetivação de direitos fundamentais: a relação entre o desenvolvimento e o plexo constitucional. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 199-223, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/449/436>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental**: uma proposta de razoabilidade na duração do processo. Curitiba: Juruá, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

# PAPÉIS FEMININOS A ESTRATIFICAÇÃO SEXUAL DA MULHER E O SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE ESCOLHA LABORAL

*Vanessa Alexsandra de Melo Pedrosa*<sup>45</sup>

## **Introdução**

É fato que o legado de explicar a história da humanidade sempre coube aos homens e, talvez por isso, a história que se aprende na academia é aquela referente às façanhas dos bravos heróis homens. Cabendo, portanto, às mulheres uma visão reducionista que, por sua vez, divide as mulheres em duas classes sociais, quais sejam, aquelas mulheres consideradas casaduras, isto é, as que podiam procriar, dando continuidade ao patrimônio dentro de determinada classe; e na outra ponta, as mulheres as quais estava permitido depositar os instintos sexuais masculinos que o dinheiro podia pagar. (KAHN, 1937, p. 226 *Apud* PATIÑO, 1979, p. 26). Determinada circunstância, somente, evidencia que, seja para as mulheres casaduras ou não, sempre existiu um abandono do corpo feminino em razão do capital.

Neste sentido, cabe-nos, inicialmente, esclarecer a dificuldade de desenvolver o tema ora proposto, pois ao nos dedicarmos ao discurso feminino, percebemos que sempre se parte de uma história contada pelo outro que não a própria mulher e, por isso, muitas vezes esse discurso está maculado dos conceitos morais, sociais,

---

<sup>45</sup> Universidade Católica de Pernambuco

políticos e econômicos do patriarcado que, por sua vez, compreende a mulher e a sexualidade dessa mulher em uma condição de subjugação.

Enfim, o que se observa é que o discurso em torno da mulher e, principalmente, da mulher prostituída está pautado por padrões demasiado acadêmicos – e por acadêmicos, entenda-se, basicamente homens – que com a chegada dos anos 70 assume um viés feminista, idealizador do rompimento de padrão, mas que na verdade se digna, na maioria das vezes, ao estabelecimento de conceitos e ditames concebidos em razão de valores sócio-moral-políticos daquela sociedade considerada “dos bons”. Prova disso, é a ausência ou pouca visibilidade que temas como a prostituição possuem na academia ou, ainda, nos programas de governo através de políticas públicas que visem a sua regulação no Estadobrasileiro.

Neste sentido, o trabalho apresentado se afasta dos conceitos e ideias fundamentados nos velhos discursos misóginos da prostituição feminina e busca

aproximar-se de uma discussão fundamentada na propriedade e consumo, ou seja, o poder econômico como elemento de estratificação e consumo sexual da mulher.

Para tanto, o trabalho é basicamente dividido em três partes, quais sejam, a primeira, referente a um recorrido sobre a estratificação feminina; a segunda, faz menção às classes sociais femininas separadas em razão da divisão sexual do trabalho e; por fim, a terceira fase que trata da ofensa à liberdade de escolha de uma profissão. A execução do trabalho está fundamentada em uma metodologia de análise qualitativa, onde empregou-se o método hipotético-dedutivo e dialético de análise histórico-lógico. Assim, a autora considera que o tema

em pesquisa está diretamente relacionado à ideia do capital dos Estados e, também, ao preconceito que norteia, ainda hoje no caso brasileiro, a temática em discussão.

## **1. Considerações iniciais em torno da estratificação sexual da mulher**

Embora posicionamentos em contra, a autora concorda com a doutrina que admite que historicamente tem-se o clã matriarcal como primeira organização social. Nele, a mulher era a matriz determinante do bem e, também, do mal, pois que era justa e força decisória e não, somente, pelo simples fato que, na época, acreditava-se ser a única capaz de gerar vida, de dar perpetuidade a espécie, mas, também, pelo seu papel no desenvolvimento econômico desta sociedade através da coleta dos alimentos, domesticação dos animais, domínio do fogo e outros tantos aspectos que ajudariam no desenvolvimento de referida sociedade. (ROBERTS, 1992, p. 19/20).

Toda essa construção histórica em torno da mulher entra em declínio quando o homem toma conhecimento de sua importância na perpetuidade da espécie. O homem, com auxílio da religião assume o papel de chefe, já que é o mais forte.

A perpetuação da espécie era importante para dar continuidade as atividades laborais econômicas dos grupos sociais, gerando, assim, as linhas de herança (idem,

p. 22) que por sua vez, exigiam uma estratificação social formada por grupos ainda menores, unidos pela

continuidade de patrimônio herdado ou, em outras palavras, as famílias que passam, mais tarde, a serem asseguradas pelo casamento.

Cumprido destacar que referido instituto – é dizer, o casamento -, segundo Lévi- Strauss é a mais fundamental forma de troca de presentes entre grupos, na qual as mulheres são os mais preciosos dentre eles. (*Apud* RUBIN, 1993, p. 09). Gayle, inclusive, parafraseando Marx, demonstra como uma mulher pode ser matéria-prima, ou melhor, produto de um sistema que permite sua negociação, comércio, troca, quando aduz:

O que é uma mulher domesticada? Uma fêmea da espécie. Uma explicação é tão boa quanto outra: uma mulher é uma mulher. Ela só se torna uma doméstica, uma esposa, uma mercadoria, uma coelhinha, uma prostituta ou ditafone humano em certas relações. Retirada dessas relações, ela não é mais companheira do homem do que o ouro, em si mesmo, é dinheiro (...). (Idem,p.

02) Por isso, é passível de ser trocada, negociada nas relações maritais.

Neste sentido, toma-se como ideia de base o “sistema sexo/gênero” idealizado por Gayle Rubin (p. 02) que compreende a sexualidade biológica, ou seja, aquela própria da natureza humana, dentro de um emaranhado de normas sócio-político- culturais previamente determinadas que, por sua vez, terminam por domesticar



a sexualidade feminina, pois que a transforma em um produto das necessidades de sua época.

É neste momento que a mulher passa – para os acadêmicos de visão clássica

– a ser uma mera coadjuvante no desenvolver da atividade de procriar. Já para outros, os feministas, por exemplo, a mulher era, neste tempo, um objeto sexual para procriação. Fato é que seja sob o ponto de vista dos acadêmicos, seja sob o ponto de vista dos feministas a mulher passa, então, a ser marginalizada do processo sócio- político e também, econômico, agora traçado por padrões patriarcais.

## **2. Mulher sim, mas de que classe?**

Em parte, é possível afirmar que já compreendemos como e porque se chegou até esse momento de estratificação da mulher em razão de sua condição de gênero e, por isso, importante é, agora, compreender uma segunda fase da estratificação feminina, qual seja, aquela fundamentada na classificação da mulher em razão de suas práticas sexuais, ou seja, compreender por que as mulheres ditas de “má fama” estão consideradas a partir de uma relação que as estabelece como subordinadas às “boasmoças”?

Neste sentido, compreendemos que a resposta possivelmente segue fincada na ideia de continuidade da propriedade privada orientada para os desejos masculinos. Ora, a mulher já marginalizada pelo fato de ser mulher passa a ser classificada em dois grandes grupos, quais sejam, aquelas mulheres destinadas as atividades domésticas – as “mulheres honestas” e/ou

“mulheres puras” – a quem estava concebido o direito de continuar a espécie e aquelas utilizadas para o divertimento. É dizer, as “mulheres putas”, as quais estava proibido ter filhos, procriar. (PATIÑO, 1979, p.32).

Entre estas últimas cumpre destacar que incluíam-se, em tempos remotos, as concubinas, pois o que se repugnava era o a possibilidade de mulheres “respeitáveis” praticassem o sexo extra-marital. Com o passar dos tempos, o concubinato chega a categoria de um tipo inferior de matrimônio e a posição social da prostituição continuou sendo considerada degradante (BRUNDAGE, 2003, p. 52/53).

Surge, então, a primeira estratificação sexual da mulher ou, melhor dizendo, a primeira estratificação em razão das práticas sexuais da mulher e, com ela, a necessidade da sociedade imperante estabelecer valores morais por meio de uma normatização de comportamentos feminino para aquelas abastadas, ou seja, para as “boas moças”, uma vez que “a prostituta já estava „perdida“, enquanto aquela considerada „normal“ podia ser preservada”. (RAGO, 1995, p. 90/91.).

Determinada circunstância termina por subordinar as mulheres em condição de prostituição às casadouras, colocando aquelas – as prostituídas – em uma condição de marginalidade, já que se encontram fora do que define o código moral de conduta feminina, o qual teria, curiosamente, sido estabelecido pelos padrões de um capital patriarcal.

Para alguns tal fundamento pode não encontrar respaldo em tempos atuais, haja vista que encontramos mulheres de classe social estável no exercício da

prostituição. Porém, cumpre identificar que mesmo no grupo social das mulheres em exercício da atividade da prostituição é possível encontrar duas camadas sociais hierarquicamente definidas, quais sejam, as “garotas de programa” ou, também chamada, “prostituta de luxo” e a prostituta propriamente dita.

Curioso é perceber que a própria designação separa essas mulheres em condição de prostituição. Se não, note-se que para aquelas – as garotas de programa

– resta a designação de “garotas” e “luxo”. Como se às mulheres em prostituição de rua não pudessem ser garotas e/ou até mesmo mulheres de alto luxo. Circunstância que demonstra uma condição de superposição/subordinação do que é igual. A ideia de “prostituição propriamente dita” está imposta àquelas mulheres que exercem a prostituição em condições adversas, já que para as ditas “garotas de programa” não resta tal caracterização.

É como se restasse estabelecido que as mulheres devem estar separadas em duas classes sociais iniciais, quais sejam, as “boas moças” ou “pra casar” e as de “má fama”. Estas, por sua vez, são novamente separadas entre as de “luxo” e as de “rua”.

Ora, desta feita resta, nesse primeiro momento, duas considerações. A primeira referente à construção de uma ideia em torno de uma nova estratificação sexual da mulher, e a segunda, faz menção à dupla marginalização da mulher prostituída. Estratificação e marginalização que encontram-se fundamentadas na perpetuação de valores de dominação sobre a condição sexual em razão do poder de capital.

Se não é assim, note-se que sempre que se fala da prostituição se percebe que o tratamento dispensado ao

tema é mais um produto de fantasia social que um discurso fundamentado na realidade a que um determinado grupo social está submetido. Fato que, por sua vez, nos permite afirmar que o tema da prostituição feminina quase nunca é tratado de maneira a respeitar uma classe social que em quase toda a sua história foi submetida aos ditames da força que o capital pode pagar.

### **3. O papel do Estado na proteção da mulher “pura” e da mulher “puta”**

As relações de poder existem em todos os núcleos sociais e, por conseguinte, relações de forças de pequenos enfrentamentos ou, como diria Foucault “micro lutas” são comuns na vida em sociedade (20013, p. 231). Neste sentido, faz-se necessário a existência da legislação no intuito de dirimir as possíveis contendas e necessidades sociais.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, menciona que todos – homens e mulheres – são iguais em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza.

Neste talante é possível identificar a primeira desigualdade, qual seja, aquela representada pelos postos de trabalho. Se não é assim, note-se o que aduz o relatório *Global Gender Gap Report 2017*, divulgado em 02 de novembro:

Apesar de igualdade de condições nos indicadores de saúde e educação e de „modestas melhorias“ em termos de paridade econômica, as mulheres brasileiras ainda enfrentam acentuada

discrepância em representatividade política, o que empurra o índice do Brasil para baixo. (...) No subíndice „Empoderamento Político“, o Brasil caiu da 86ª posição para 110ª. Dos 513 deputados federais, apenas 51 são mulheres (10% do total). No Senado, elas representam 13 das 81 cadeiras (16%). Já no governo do presidente Michel Temer, somente 2 dos 28 ministérios são ocupados por mulheres (7%).(...) A média salarial em 2017 é estimada em US\$ 11.132 (R\$ 36.330) para mulheres e US\$ 19.260 (R\$ 62.860) para homens. O curioso é perceber que para cada estudante homem do ensino superior brasileiro, a mulheres ocupam 1,4 vaga e a expectativa de vida feminina é de 67,8 anos, frente a 63,1 anos da masculina, ou seja, estudamos mais, vivemos mais, mas temos menos postos de trabalho e ganhamos menos. (ALVARENGA, 2017).

Voltando ao art. 5º da Constituição Federal, mas agora em seu inciso XIII averiguamos que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a Lei estabelecer.

Tem-se, neste item, uma segunda diferença, pois, embora, a atividade da prostituição tenha sido reconhecida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, no ano de 2002, que incluiu a categoria “Profissionais do

Sexo” no grande grupo de “Prestadores de serviços” da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO)<sup>46</sup>, o Direito brasileiro, em qualquer dos seus ramos, não trata efetivamente da questão, pois que não existe Lei que estabeleça as referidas qualificações que devem ser atendidas pelos profissionais do sexo.

E daí é possível, então, afirmar que os instrumentos processuais, neste caso, não concretizam a garantia do direito fundamental à liberdade de consciência para uma livre escolha da atividade laboral.

É como se a atividade da prostituição se mantivesse em um limbo onde se reconhece sua existência e a sua efetiva realização, mas não está justificado estabelecer seus direitos e garantias através da sua regulação. Basta, no entanto, considerá-la lícita.

Licitude, que por sua vez, encontra-se marginalizada pelo próprio ordenamento jurídico penal que torna impossível o exercício profissional da prostituição. Se não, note-se que aquele que empresaria, agencia os serviços dessa profissional pode ser incurso no crime de favorecimento à prostituição (art. 228 CP) ou, ainda em rufianismo (art. 230 CP). Já a manutenção de um local para o exercício da atividade sexual consiste no crime de casa de prostituição (art. 229 CP) relegando tal atividade à insegurança das ruas e becos. Circunstância que, por sua vez, também é criminalizada por meio do art. 233 do Código Penal referente ao crime de ato obsceno.

---

<sup>46</sup> O CBO é o documento normatizador do reconhecimento, da nomeação e codificação dos títulos e conteúdos das ocupações do mercado de trabalho brasileiro. Recebendo o código nº 5198, os profissionais do sexo (garoto ou garota de programa, meretriz, messalina, mulher da vida, michê, prostituta, trabalhador do sexo) tiveram estabelecidas as condições gerais de seu exercício, formação, experiência, competências pessoais e recurso de trabalho.

Desta forma compreende-se a prostituição como uma ocupação lícita, mas que sujeita, e por que não dizer, que condena a cidadã prostituída a uma total condição de vulnerabilidade no que se refere a sua liberdade para o exercício de uma ocupação lícita e reconhecida pelo Estado brasileiro.

Ora, “o Estado não é a fonte central do poder, mas sim uma matriz de individualização sobre a qual cada um tem construída a sua subjetividade, vive sua vida e pratica suas ações. O poder se exerce no Estado, mas não deriva dele, pelo contrário, o poder se estatizou ao se abrigar e se legitimar sob a tutela das instituições estatais” (VEIGA NETO, 2003, p. 145) e, por isso, a dificuldade do Estado em regular, em estabelecer parâmetros de funcionamento, pois embora lícita, a prostituição está à margem do discurso social da sociedade considerada “honesta” – como se as pessoas prostituídas não pudessem ser consideradas honestas – e, por isso, mantém-se o exercício social da tolerância ao referido tema.

Em um segundo plano, mas em decorrência do anterior é possível afirmar que a contradição antes posta é possível de ser observada, também, nas políticas públicas que tem como principal intenção, a proteção da mulher prostituída frente sua condição de marginalidade e invisibilidade.

Na verdade, as políticas públicas em torno da prostituição mais parecem tratar de uma higienização social e urbana, pois, como é possível observar nas ações sanitárias em torno das doenças sexualmente transmissíveis não se exige ou, pelo menos, solicita nenhum tipo de controle daqueles que demandam dos serviços sexuais, concentrando-se, somente, nas revisões da saúde da mulher prostituída. (CUENCA, 2007, p.51).

Tradicionalmente no Brasil, a prostituição tem sido entendida como fenômeno semicriminoso. Se não é crime em si, é certamente visto como uma questão de ordem pública, cuja análise, ordenação e (ocasional) repressão cabem propriamente às autoridades instituídas do Estado. (...) A preocupação principal desses agentes tem sido limitar os supostos contágios do “vício” do sexo comercial para que estes não infectassem a família idealizada (...). (BLANCHETE, 2011, p. 193).

Ora, a mulher prostituída não é uma delinquente, nem uma vítima. Muito menos uma pessoa conflitiva e, sim, uma trabalhadora (HERRERO, 2007, p. 120.) que para trabalhar necessita, a exemplo de qualquer outro trabalhador, que o exercício de sua atividade seja reconhecido a partir do Princípio da dignidade da pessoa humana, pois é em razão dele que se torna possível tutelar a liberdade, a igualdade e a promoção da justiça social.

Fato é que independente dos motivos que levaram essa mulher a prostituição ela tem direito a sua liberdade de consciência e por liberdade de consciência entenda-se a faculdade de um indivíduo em estabelecer opinião e julgamento sobre si mesmo e sobre o mundo onde se encontra inserido. Circunstância que permite aos diferentes cidadãos determinar os valores morais e éticos que deseja perseguir.



Desta feita, minha escolha não pode ser considerada imoral pelo simples fato de contrariar os ditames e impulsos da sociedade considerada dos bons. Se assim fosse, poderia, então, o Estado interferir no pensamento do indivíduo a ponto de impor-lhe condições das mais diferentes classes, é dizer, religiosas, financeiras, entre outras.

Por outro lado, ainda que seja considerada imoral pelo simples fato de contrariar a vontade de uma determinada classe social, é, necessário lembrar que refere-se ao meu direito de escolha, ou seja, um Direito fundamental constitucionalmente garantido e que por isso, possui aplicação imediata não se fazendo necessário, portanto, qualquer que seja a regulamentação para que sejam exercidos.

Ora, importante que se diga, que qualquer pessoa tem o direito de escolher a atividade laboral que deseja realizar, desde que essa seja lícita. Assim, se não há Lei proibindo a atividade da prostituição, não se faz necessária a publicação de uma Lei que permita o seu exercício.

## **Considerações finais**

É inegável que a estratificação sexual da mulher caminha em paralelo ao fenômeno da prostituição e, ainda, também não pode restar dúvidas no sentido que referidos fenômenos encontram-se diretamente relacionados aos padrões éticos e morais da sociedade que, por sua vez, estão pautados em valores patrimoniais de consumo defendidos por uma sociedade machista.

Desta feita, é possível, então, afirmar que o discurso em torno de todas as dificuldades que envolvem o tema da estratificação sexual da mulher e o reconhecimento da mesma como sujeito de direitos e garantias está diretamente relacionado a ideia da construção e consolidação de poder sobre o outro, de forma a corporificar uma política sobre as mulheres.

Política que, por sua vez, é evidenciada nos clássicos textos normativos, nas políticas públicas sobre referida temática e, ainda, nos clássicos estudos acadêmicos sobre a mulher.

Tal circunstância, possivelmente, encontre fundamentação no fato que qualquer estudo sobre a mulher não pode desprezar o estudo sobre o homem. O simples ato de reconhecer a marginalização feminina sem entender o porquê de tal invisibilidade, apenas vitimiza, ainda mais, a mulher.

Faz-se necessário, então, compreender por que tal marginalização? Qual a motivação da separação dos sexos e pior, o porquê da subjugação do feminino em detrimento do masculino?

É fato que tais provocações não encontram uma resposta exata e genérica o bastante para explicar todas as relações sociais e manifestações da sexualidade humana, mas também não é correto afirmar que as relações entre os sexos são desiguais, simplesmente, porque é assim e sempre será assim.

Ora, referido tema exige um verdadeiro desacorrentar de amarras morais que, por muitas vezes, nos são apresentadas, ainda, no berço. Sem contar o fato que nossa história sempre foi escrita pelos homens que, por sua vez, possuíam o poder de decisão e mando sobre a mulher, a criança, o negro, o idoso, enfim... ao que lhe é

diferente do que o fez “senhor” e detentor dos padrões reconhecidos e determinados pelos valores morais e éticos de uma sociedade considerada “dos bons” e detentora do capitaleconômico.

Sendo assim, não é difícil compreender a estratificação feminina quando se realiza o exercício de reconhecer o outro sem as especulações comuns de uma sociedade fundamentada no poder do capital, cuja máxima se exerce em “eu quero, eu pago, eu posso”.

Circunstância que prejudica o sentimento de pertença e consubstancia um modo simplificado de aceitação do outro e de suas opções de escolha. Diz-se simplificado porque, de maneira velada, passa a segregar o que lhe parece diferente e, por isso esquecido pelos instrumentos formais de concretização de direitos fundamentais.

Necessário, então, um posicionamento do Estado brasileiro no sentido de reconhecer ou não a atividade do exercício da prostituição, pois enquanto se exercita a tolerância social por meio da justificativa de mal necessário, muitas são as mulheres prostituídas que são vítimas de abusos e, porque não dizer violência, por parte das autoridades instituídas do Estado.

Ora, não se pode continuar marginalizando o exercício laboral da prostituição pela simples necessidade de preservar a família idealizada. É necessário garantir o direito fundamental de escolher o exercício da prostituição como atividade laboral, pois que é através desta que o cidadão se apresenta e se reconhece na sociedade.

## Referências

ALVARENGA, Darlan. Brasil cai para a 90ª posição em ranking de igualdade entre homens e mulheres <<<https://g1.globo.com/economia/noticia/brasil-cai-para-a-90-posicao-em-ranking-de-igualdade-entre-homens-e-mulheres.ghtml>>>

BLANCHETE, Thaddeus Gregory e DA SILVA, Ana Paula. Amor, um real por minuto: A prostituição como atividade econômica no Brasil urbano. In. PARKER, R. e CORREA, S. (orgs). Sexualidade e política na América Latina: Histórias, intercessões e paradoxos. Rio de Janeiro: SPW, 2011.

BRUNDAGE, James A. *La Ley, el sexo y la sociedad Cristiana en la Europa medieval*.

D. F. - México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

CUENCA, Encarna Carmona. “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). *Prostitución y trata: Marco jurídico y regimen de derechos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

HERRERO, Sylvia Gay. “Formulas jurídicas reconocedoras de los derechos profesionales de las trabajadoras sexuales”, en SERRA CRISTÓBAL, Rosario. (Coord.). *Prostitución y trata: Marco jurídico y regimen de derechos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

KAHN, Frédéric. Notre vie sexuelle (12ª edition). Bruxelles: Editions N. Studer, 1937. *Apud*. PATIÑO, Rafael Acosta. *Criminología de la prostitución, realidad*

*actual*: Análisis de 46 entrevista a prostitutas em vías de rehabilitación, psicoanálisis del rufián. Formas y técnicas de prostitución. Psicología de las prostitutas. Perfil del cliente. Madrid: Universal Gráfica, 1979.

LEVI-STRAUSS, Claude. *The Family: in man, culture, and society*. Org. H. Shapiro. London: Oxford University Press, 1971 *Apud*. RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo*. Trad. Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.

RAGO, Margareth. *As mulheres na historiografia brasileira*. In: SILVA, Zélia Lopes da (org.). *Cultura histórica em debate*. São Paulo: UNESP, 1995.

ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na historia*. Rio de janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres: notas sobre a “economia política” do sexo*. Trad. Christine Rufino Dabat, Edileusa Oliveira da Rocha e Sonia Corrêa. Recife: Edição SOS Corpo, 1993.

SCOTT, J. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação & Realidade, 1995.

# A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E AS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita*<sup>47</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é demonstrar que a teoria da argumentação jurídica vem sendo utilizada como ferramenta e fundamento das decisões judiciais apesar das críticas o novo código de processo civil prevê expressamente a sua utilização .

**Palavras-Chave:** Argumentação jurídica; fundamentação; decisão judicial

**Abstract:** legal argumentation; grounds ; judicial decision

**Keywords:** The objective of this article is to demonstrate that the theory of legal argumentation has been used as a basic judicial decisions despite the criticism the new procedure cod expressly provide for is use.

## 1. Introdução

Uma das questões mais importantes no mundo do direito situa-se no processo de elaboração de uma decisão judicial, daí porque, a sentença é um ato jurídico que contempla uma norma jurídica individualizada.

---

<sup>47</sup> Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

O mero raciocínio silogístico e o simples enquadramento da norma ao caso concreto por certo não é suficiente para resguardar toda complexidade que permeia o deslinde de um processo judicial.

Por muitos anos o distanciamento entre direito e moral foi uma opção elaborada pelo positivismo, contudo, a tentativa de se esvaziar a ciência jurídica de elementos éticos tornou a aplicação do direito burocrática e anacrônica, além do mais, a técnica da subsunção legal fez do julgador um singelo aplicador da lei – “*juiz boca da lei*”.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, pode-se dizer que houve uma mudança paradigmática com a reaproximação entre direito e moral, tendo como centro gravitacional a dignidade da pessoa humana e a consequente constitucionalização dos direitos.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, foram incorporadas técnicas de julgamento para auxiliá-la fundamentação jurídica do julgador no momento da prolação da decisão judicial, mormente, no caso de colisão de normas, deverá o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as

razões e as premissas fáticas que fundamentam a sua conclusão.

Denota-se claramente, que a teoria da argumentação jurídica atribuiu uma melhor abertura do sistema; permitindo ao magistrado uma margem maior de poderes nas decisões judiciais.

A par desta pequena introdução, o presente estudo tem por objetivo analisar o alcance da teoria da argumentação jurídica como ferramenta de elaboração e fundamentação dos comandos judiciais, inclusive, os seus desdobramento .

Obviamente neste estudo torna-se inviável uma análise mais aprofundada das diversas correntes filosóficas que permeiam o tema, pois o que se dispõe a analisar neste trabalho é o método argumentativo como aporte teórico de uma decisão judicial e o novo modelo processual implementado pela Lei 13.105/15.

## **2. Dos Direitos fundamentais aos princípios**

É sabido que o divisor de águas para a consagração dos direitos do homem ocorreu com a Revolução Francesa; graças ao iluminismo que se estabeleceu uma nova



diretriz para a sociedade contemporânea - retirando do rei o poder absoluto e conferindo aos indivíduos o básico para se viver com integridade, ou seja, reconheceu-se ao indivíduo, os direitos mínimos como a vida, a liberdade e a igualdade.

Posteriormente, já num segundo momento histórico, as constituições passaram a disciplinar sistematicamente direitos e princípios relacionados com a ordem social e econômica, sendo a Constituição Mexicana de 1917 a percussora, e no Brasil a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição Alemã de Weimar de 1919, passou a inserir os direitos sociais e econômicos, o que continuou nas constituições brasileiras posteriores inclusive na Constituição de 1988.

No escólio de (MAZZUOLI,2014, p.20), sobre o conceito de direitos fundamentais ressalta que:

“ Trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligado os aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas, são direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

No que tange ao princípio liga-se a ideia de começo, ou na conceituação pura e simples para o dicionário (AURÉLIO,2008, p.654), princípio é o “ momento ou local ou trecho em que algo tem origem, causa primária, origem, preceito, regra”, ou seja, há muitas definições do termo mas todas traduzem o mesmo significado.

Atualmente não restam dúvidas sobre a aplicabilidade dos princípios como força normativa, contudo não foi sempre assim. Durante o passar dos anos, os princípios foram automaticamente se incorporando à norma, conforme destaca ( BONAVIDES, 2006 p.259-264), a evolução da teoria dos princípios ocorreu em três fases distintas; a saber:

Primeiramente a mais antiga – fase jusnaturalista; reconhecia os princípios apenas na sua dimensão “ético-valorativa” e sem qualquer normatividade, já a segunda fase é a juspositiva, adoção pelos códigos e tendo os princípios função de fonte subsidiária, por fim, a terceira fase, acentuando aos princípios sua condição normativa no qual assenta todo o ordenamento jurídico e os novos sistemas constitucionais.

Para (BARROSO, 2009, p.254) “ em síntese sumária, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial da personalidade humana, tanto na dimensão fática como moral”, a dignidade da pessoa humana funcionaria como núcleo da constituição.

Comentando o princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2016, p.79/81), ressalta que na condição de fundamento da ordem jurídica desempenha um papel hermenêutico como critério para a ponderação entre interesses conflitantes servindo de parâmetro e ferramenta para reduzir o arbítrio do intérprete e para que não seja utilizado para enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Enfim, o princípio da dignidade humana é uma conquista jurídica e moral para toda e qualquer democracia.

### **3. Breves comentários acerca da Teoria da Argumentação jurídica**

A técnica da argumentação deita suas raízes nos sofistas da Grécia antiga, desde aquela época Protágoras no

seu Tratado de Antilogia (Marcondes,2007, p.45)<sup>48</sup>, já trabalhava com a ideia do discurso argumentativo no campo da retórica e oratória, posteriormente o processo de argumentação foi melhor sistematizado por Aristóteles no estudo da lógica no seu conjunto de obras denominado – *Organon*.

A partir dos anos setenta, a teorização da argumentação jurídica foi estudada sob a ótica da sociologia do Direito, tendo como percussores: Chaïn Perelman, Stephen E. Toulmin, Habermas, Dworkin, Alexy, dentre outros.

Desde já, é oportuno esclarecer que dentro da teoria da argumentação existem vários modelos argumentativos, tendo apenas alguns aspectos comuns na elaboração como o resgate da ética em defesa da igualdade e justiça das decisões.

---

<sup>48</sup> - A técnica argumentativa de Protágoras se encontra sobretudo em seu tratado de Antilogia, em que desenvolve a antilógica como tentativa de argumentação pró e contra determinada posição, sendo ambas igualmente verdadeiras e indispensáveis. Isso pode constituir uma técnica de desenvolvimento de argumentos opostos, pode ter um sentido de preparação para o discurso e debate - em que aquele que argumenta deve procurar antecipar todas as possíveis objeções à sua posição -, mas também pode partir da concepção de que há sempre contradições latentes nas crenças comuns dos indivíduos que podem ser explicitadas por meio desta técnica argumentativa.

A teoria da argumentação é uma espécie de *plus* em relação a teoria da interpretação jurídica, visa moldurar uma decisão judicial com elementos racionais propiciando ao julgador uma maior sistematização no seu *decisium*; pois muitos problemas intransponíveis com o métodos de interpretação tradicional, como por exemplo: interpretação literal, histórica, axiológica; mostraram-se insuficientes, até porque a aplicação do direito nem sempre poderá ser deduzida exclusivamente com substrato na lei, mas nos fatos, valores e escolhas.

(ALEXY, 2008,p.144-153) desenvolveu uma teoria dos direitos fundamentais e sua estrutura. A norma representa a conjugação de regras e princípios, onde o conflito entre regras situa-se no campo da validade e a colisão de princípios deve ser resolvida com o uso da ponderação/sopesamento e o critério para solucionar os casos difíceis teria por balizamento o princípio da proporcionalidade como fio condutor.

Além do mais. entre regras e princípios não existe hierarquia e a opção de um princípio em detrimento do outro não provocaria a sua exclusão do sistema.

Alexy, realiza uma ponte entre direito e moral, estendendo aos direitos fundamentais uma argumentação jusfundamental, o discurso de sua argumentação é o mesmo do discurso jurídico em geral, conquanto com algumas peculiares mormente pela supremacia dos direitos fundamentais na condição de vértice do ordenamento de um Estado Democrático de Direito.

Por outro prisma a aplicação da teoria da argumentação jurídica e conseqüente utilização como mecanismo da ponderação proposta por Alexy; não fica imune às críticas, conforme adverte (STRECK, 2017, p32), que:

De todo modo, o problema principal da ponderação e sua dependência da discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vagas e ambigüidades de linguagens dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o mecanismo” que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Ao contrário a ponderação não deixa de ser repristinção – agora de forma sofisticada – da discricionariedade própria das posturas normativistas e de suas variações. Veja-se : a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir o

velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy.

Na verdade a constitucionalização dos direitos e as novas perspectivas evolutivas servem como mecanismos de aprimoramento do sistema, não se trata de excluir ou de aplicar essa ou aquela teoria; a questão de fundo não é essa, vez que a superação das deficiências detectadas no positivismo é um fato e cabe aos cientistas do direito fornecer soluções, apresentando alternativas.

De resto, não há como negar que a teoria da ponderação e sua aplicação nos casos de difícil solução é uma ferramenta auxiliar do julgador, motivo pelo qual a legislação infraconstitucional – novo Código de Processo Civil, (lei 13105 de 16 de março de 2015), atento a nova realidade incorporou a teoria da argumentação jurídica expressamente em seu bojo.

#### **4. Premissas do novo Código de Processo Civil**

O capítulo I do novo código trata das normas fundamentais do processo civil ( artigos 1º ao 12), já no seu artigo 1º, estatui que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as

normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste Código”. Na sequência são enumerados uma gama de elementos basilares a serem observados pelas partes e pelo juiz.

Por exemplo; os artigos 5º e 6º, enunciam que a aquele que participa do processo deve se comportar de acordo com a boa-fé devendo haver a cooperação para que se obtenha em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva.

A boa-fé é um conceito jurídico indeterminado, nota-se assim, que o espírito do código se traduziu na adoção de um sistema aberto. Cabe aqui destacar que fenômeno idêntico aconteceu no Código Civil de 2002, que foi concebido sob o enfoque dos princípios da eticidade, operabilidade e sociabilidade, sendo repleto de dispositivos jurídicos de conteúdos indeterminados, cláusulas gerais; como por exemplo se infere do artigo 422 “ *Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.*”; observa-se que o legislador deixou o preenchimento do conteúdo jurídico para o aplicador do direito.



Ao comentar tais questões (TARTUCE, 2015, p. 38/39), registra o seguinte:

“O aumento de poder do julgador nos parece saudável. Isso tem sido incrementado pelas legislações contemporâneas não só pelo Brasil, como na Europa baseado em conceitos abertos, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. O propósito do Código de Processo Civil de 2015 confirma essa tendência, o legislador reconhece que não pode prever tudo, resolver tudo, e atribui um pouco de poder ao julgador”.

Ademais, a nova temática reconhecida pela legislação processual consagradora de vários princípios constitucionais e o alargamento dos poderes do juiz com a adoção de técnicas para julgamento, como exemplo a técnica da ponderação, passou a ser solução expressa com grande incidência e relevância para os conflitos entre direitos fundamentais.

## **5. Da sentença Judicial**

O texto constitucional determina que toda a decisão judicial deve ser fundamentada sob pena de nulidade<sup>49</sup>, nesse contexto, ao proferir toda e qualquer decisão judicial cabe ao julgador prolatá-la com elementos racionais.

Em linhas gerais o novo Código de Processo Civil – Lei 13105/2015, no artigo 489, manteve os mesmos moldes para sentença –relatório, dispositivo e fundamentação, tendo acrescentando alguns casos de ausência de fundamentação, e no parágrafo segundo<sup>50</sup>, no caso de colisão entre normas, o juiz deverá justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

---

<sup>49</sup> - Art 93, inciso IX- Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, ou quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>49</sup> § 2º - No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Observando o texto da lei em comento denota-se que o legislador não se valeu da melhor técnica na redação do §2º artigo 489, na elaboração da frase: “ colisão entre normas”, pois conforme é sabido o significado do termo norma engloba as regras e os princípios, em havendo conflito entre regras a solução se dá pelo critério da subsunção legal, já em relação aos conflitos entre princípios o critério a ser utilizado é a técnica da ponderação.

Ultrapassada esta pequena digressão é preciso verificar como a técnica da ponderação pode ser utilizada. À guisa de exemplo, o ministro Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2010, p75/76), decidiu uma questão que envolvia o direito à saúde -STA Agravo Regimental 178, com a seguinte ementa: Medicamento- Fornecimento- Judicialização do Direito àSaúde – Audiência Pública – Políticas existentes – Implementação deficitária.

O Ministério Público Federal ajuizou uma ação contra a União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza, pleiteando o medicamento Zavesca para um doente. O Poder Público arguiu que a espécie de medicação não possuía registro na Anvisa, por isso não havia obrigação em fornecê-lo. Por seu turno, demonstrou o paciente que

era portador de patologia grave Niemann – Pick tipo C), e a falta de medicação causava movimentos involuntários e paralisia progressiva, ao fim e ao cabo, o Poder Público foi obrigado a fornecer a medicação .

Observa-se que a fundamentação foi calcada na teoria da ponderação, segundo Mendes, foi levado em consideração todas as perspectivas envolvendo o caso e, um juízo de ponderação seria inevitável em razão da relação conflituosa entre princípios e diretrizes políticas, inclusive para ilustrar o seu volto o referido ministro trouxe à baila transcrições do próprio Alexy acerca da teoria da ponderação.

Em outras palavras, o que se extrai do julgado é óbvio, ou seja, o reconhecimento do Direito pátrio alijando a vestuta premissa positivista segundo a qual, a lei seria a única fonte primária, repise-se, atualmente tal assertiva é totalmente ultrapassada, por isso, não há motivação plausível no sentido de que a aplicabilidade da técnica ponderação poderia comprometer a ordem e a segurança jurídica.

Tal como foi ressaltado os princípios fundamentais especialmente a dignidade da pessoa humana é uma

garantia para todo o sistema jurídico, melhor ainda, como expressamente prevê a Constituição Brasileira, é o fundamento da república e o ser humano é principal destinatário e como tal deve lhe ser conferido um tratamento totalmente protetivo.

## **6. Conclusão**

O protagonismo judicial é uma realidade premente sobretudo no contexto atual, onde uma gama enorme de direitos fundamentais sejam individuais, sociais ou supraindividuais, vêm sendo alijados pelo poder público.

No afã de minimizar tal questão, uma grande maioria de necessitados, se socorrem do poder judiciário para terem os seus direitos, mormente com a chamada judicialização das políticas públicas como alternativa indireta de ter os direitos respeitados; sejam eles direitos `igualdade, saúde, moradia, etc.

Outrossim, no que tange ao viés do modelo formalista de aplicação da lei com base na subsunção à luz do sistema jurídico, mesmo sendo a lei considerada injusta não haveria espaço para questionar o fundamento de sua validade, pois segundo o positivismo o único caminho de um modelo garantidor para a segurança

jurídica seria a lei e os princípios como fontes formais do direito.

Cabe enfatizar que aplicação da técnica da ponderação no novo Código de Processo Civil, traduziu um puro reflexo derivado da constitucionalização dos direitos, talvez a menção no texto infraconstitucional seja um preciosismo do legislador, pois a lei nada mais reconheceu aquilo que de fato já estava consolidado pela jurisprudência.

Portanto, a aplicação da técnica da ponderação em sede legal e infraconstitucional possui risco de desvirtuamento em sua aplicação caso seja mal interpretada, em especial, pelos juízes de primeira instância, não obstante, a tendência natural não é esta pois conforme já foi salientado trata-se de instituto que já faz parte da rotina forense.

Em linhas gerais a utilização da argumentação jurídica e a ponderação de valores é uma importante via para se corrigir as deficiências da lei, neste interim há uma linha tênue que deve ser traçada com cuidado para não desvirtuar sua aplicação e atrofiar a função judicante transformando o julgador em legislador.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo. Malheiros 2008.

ALEXY, Robert Silva. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 4ª ed, Forense 2017

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo. Saraiva. 2009.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo Malheiros. 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

DANILO. Marcondes. **Iniciação à História da Filosofia**, 13ª ed. Rio de Janeiro Zohar, 2007

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda de. **Dicionário de Língua Portuguesa**, 7ª ed. Positivo, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução CRETELA JR. J; CRETELA, Agnes. 5ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo 2007.

LEITE, George Salomão (org). **Neoconstitucionalismo Avanços e retrocessos**, 1ª ed. Belo Horizonte, 2017

MAZZUOLI. Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**, ed. Método, São Paulo 2014

MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**, 1ª edição, 2ª tiragem, ed. Saraiva, São Paulo 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. **Processo Constitucional**, 3ª ed. Fórum, Belo Horizonte, ed. Fórum, 2016

SARMENTO, Daniel Sarmiento. **Dignidadeda Pessoa Humana**, Belo Horizonte: ed. Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros,2014.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Comentário Textual à Constituição**,3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE. Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**, ed. Método, São Paulo, 2015



# **A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA**

*Denise Maria Soares  
Rafaela Cândida Tavares Costa*

## **RESUMO**

A presente pesquisa pretende analisar a efetivação do direito fundamental de propriedade através da usucapião administrativa, como um importante instrumento extrajudicial, por meio do qual, o interessado, desde que preencha os requisitos legais, terá seu direito tutelado, através de um procedimento mais célere e menos oneroso. Este instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil e regulamentado em Minas Gerais pelo TJMG em 2016. A pesquisa, do tipo bibliográfica e documental, adotou como método de inferência, o crítico-dedutivo, através de uma concepção microanalítica, estudando especificamente a usucapião administrativa. Com relação aos resultados, percebeu-se a efetivação do direito fundamental de propriedade para a sociedade, através de um procedimento extrajudicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Usucapião Administrativa; Função Social da propriedade; Segurança Jurídica; Princípios Constitucionais.

## **ABSTRACT**

The present research intends to analyze the effectiveness of the fundamental right of property through administrative misappropriation, as an important extrajudicial instrument, through which the interested

party, provided that he fulfills the legal requirements, will have his right protected, through a faster procedure and less burdensome. This instrument was inserted in the Brazilian legal system by the New Code of Civil Procedure and regulated in Minas Gerais by the TJMG in 2016. The research, of the bibliographic and documentary type, adopted as a method of inference, the critic-deductive, through a microanalytical conception, specifically studying administrative mismanagement. With regard to the results, the realization of the fundamental property right for the company was verified through an extrajudicial procedure.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; Administrative “Usucaption”; Social function of the property; Legal Security; Consitutional Principles.

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro atendendo aos anseios sociais, e, buscando efetivar o direito fundamental da propriedade, com vistas a proporcionar aos possuidores de imóveis que preenchem os requisitos da usucapião, estabelece um procedimento mais célere, menos oneroso, por meio da via extrajudicial, denominado usucapião administrativa.

Constata-se que diante da situação fática vivenciada por muitos possuidores, que já cumpriram os requisitos da usucapião, agora têm a possibilidade de regularização registral de seu imóvel, de forma rápida,

com custos reduzidos e sem a intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público. Percebe-se, então, um avanço na atividade extrajudicial, uma vez que caberá ao registrador de imóveis adotar todas as cautelas para efetivar o direito fundamental de propriedade e proporcionar segurança jurídica que o registro imobiliário gera, sendo esse assunto de interesse de magistrados, advogados, titulares de serviço extrajudicial, enfim, quaisquer pessoas interessadas na regularização da propriedade.

Nesse contexto, a usucapião administrativa, como forma de aquisição da propriedade, é um direito fundamental consagrado na Constituição da República de 1988, e, por ser um instituto recente no ordenamento jurídico brasileiro justifica-se o desenvolvimento deste trabalho, com a análise das condições e requisitos para sua efetivação. Note-se que o instituto da usucapião administrativa não representa afronta injustificada ao direito de propriedade, ao contrário, insere-se nesse contexto para possibilitar ao possuidor que preencheu os requisitos legais, a formalização do título de propriedade, dentro de reduzido lapso temporal com toda a segurança registral inerente ao tema.

Importante também destacar que aplica-se ao presente tema a inovadora Teoria Tridimensional do Direito, criada pelo jurista Miguel Reale, na década de 1990. Segundo essa Teoria, as normas jurídicas nascem a partir de três aspectos: fato, valor e norma. Tem-se então que os fatos sociais, praticados de forma reiterada, aliados à importância das relações vividas no meio social, tonam-se necessárias as discussões sociais e legislativas desses temas. De igual importância, os valores que esses fatos acarretam para a sociedade também são fundamentos para a discussão legislativa. E, por fim, os fatos sociais, somados aos seus valores para a sociedade fazem com que as normas jurídicas sejam discutidas, aprovadas e promulgadas pelos poderes constituídos.

A usucapião administrativa enquadra-se, assim, perfeitamente, na Teoria Tridimensional do Direito, acima referida, uma vez que a sociedade passou a demandar um procedimento mais célere e simplificado para concretizar o direito fundamental de propriedade, que propiciasse efetividade, celeridade e segurança na seara registral imobiliária.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE**

Direitos humanos e direitos fundamentais não se confundem. Segundo Marmelstein (2014), os direitos humanos são direitos inerentes ao homem, reconhecidos e positivados no plano internacional. Já os direitos fundamentais, por sua vez, são normas jurídicas ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder estatal, positivadas no âmbito constitucional. Nesse contexto, a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais está em compatibilidade com o texto constitucional. Se o direito objeto de análise estiver previsto em Tratados Internacionais, isto é, estiver previsto no âmbito internacional, fala-se em “direitos humanos”. Por outro lado, quando a Constituição tratar de direitos que ela própria reconhece os valores como inerentes à condição humana, denomina-se “direitos fundamentais”.

Tem-se, portanto, que em sede constitucional, os direitos fundamentais são normas jurídicas ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder estatal, positivadas no âmbito constitucional de determinado Estado Democrático, e, em razão da importância desses direitos, são fundamentos para todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido,

(...) Os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (material). Eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para vida digna. (MARMELSTEIN, 2014, p.15 e 16).

Desta forma, os direitos fundamentais que possuem relação direta com a dignidade da pessoa humana permitem a afirmação no sentido de que, o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

E quanto ao direito à propriedade? Esta, quando privada, sempre recebeu atenção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro. Vista pelo legislador de 1916, com caráter absoluto, o que demonstrava a importância desse tema ao meio social, que por muito tempo, esse direito só poderia ser atingido em casos extremos, com intervenção judicial. Nesse sentido:

A propriedade privada é, sim, um valor importante. Sem ela, o ser humano se despoja de sua individualidade e, de certo modo, até mesmo de sua personalidade. É

difícil existir um ser humano que não tenha o interesse de proteger o que é seu e até mesmo o desejo de melhorar o seu padrão de vida através da aquisição de bens de consumo. Quando a propriedade de um indivíduo lhe é subtraída coercitivamente, seja pelo Estado seja por outras pessoas, o sentimento de revolta daí decorrente atinge o âmago de seu ser, afetando, inclusive, uma esfera relevante de sua dignidade. Daí por que praticamente todos os países civilizados consideram a propriedade como um direito fundamental, (MARMELSTEIN, 2014, pág.155).

Uma análise semântica do tema relacionado ao direito de propriedade permite uma conclusão no sentido de que o direito de propriedade, deveria enquadrar-se no capítulo do Código Civil publicado em 2002, denominado - Dos Direitos Reais.

Ocorre que o constituinte originário inseriu o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais, isso devido à importância que esse tema representa e sempre representou para a sociedade. Justifica-se essa escolha porque, a propriedade privada está intimamente ligada à liberdade individual, conferindo também poder e dignidade ao seu titular, o que justifica, portanto, sua inclusão no campo dos direitos fundamentais, com toda a

proteção jurídica inerente aos direitos elencados no rol desses direitos.

Para demonstrar a valoração que o ordenamento jurídico confere ao termo “propriedade”, é importante mencionar que a Constituição da República do Brasil de 1988, por diversas vezes, faz alusão ao tema no artigo 5º que trata dos direitos individuais, e, este artigo, inserido dentre os institutos elencados pelo constituinte originário que compõem a temática das *clausulas petreas*, não pode, portanto, sofrer limitação de direitos pelo legislador derivado, conforme aponta o artigo 60, §4º, da Constituição da república Federativa do Brasil.

As *cláusulas pétreas* mereceram toda a proteção do legislador constituinte originário, e, por consequência, o respeito dessas regras pelo legislador derivado, havendo proteção constitucional quanto a essa matéria, incluindo os direitos fundamentais, que não podem sofrer alterações que tenham por objeto matéria tendente a abolir os direitos fundamentais, dentre eles, o direito de propriedade.

Como já relatado, o artigo 5º da Constituição da República de 1988 refere-se ao instituto da propriedade em diversos momentos, demonstrando a importância do tema e a necessidade geral de preservação desse bem como



forma de garantia de estabilidade e um mínimo de dignidade para as pessoas humanas.

Percebe-se desta forma, a menção ao tema relacionado à propriedade no artigo 5º da Constituição da República de 1988, inicialmente no *caput*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no território nacional a inviolabilidade dos direitos inerentes à propriedade, e ainda no inciso XXII, que confere à pessoa o direito de propriedade; também no inciso XXIII, ao afirmar que a propriedade atenderá a sua função social; assim como no inciso XXV, ao permitir o uso da propriedade privada pela autoridade pública, no caso de iminente perigo público; bem como no inciso XXVI, ao vedar que a pequena propriedade rural seja objeto de penhora, em razão de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, desde que seja trabalhada pela família.

Corroborando com as afirmações acima, o civilista Reinaldo Moreira Bruno afirma que:

Os Estados de Direito retiraram o caráter de direito puramente subjetivo do detentor de riqueza ou do bem, restringindo seu exercício e condicionando-o ao bem-estar da sociedade, o que, no caso brasileiro, encontra-se estabelecido no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. Assim, o uso e o gozo dos bens e riquezas particulares submetem-se a limites estabelecidos pelo

Estado, visando assegurar o interesse público. (BRUNO, 2008, p. 349).

O que se percebe é que o direito de propriedade ultrapassa a esfera do direito individual ganhando dimensões no sentido de que traz uma relação direta com a dignidade da pessoa humana, na perspectiva de impor ao homem a conscientização de dar destinação adequada ao imóvel para preservar um meio ambiente saudável, bem como para garantir a sobrevivência de todas as modalidades de vida que se pretenda manter no universo.

Permite-se afirmar, portanto, que a função social da propriedade impõe restrições ao seu titular, exigindo um aproveitamento racional e eficiente do solo, bem como, a adequada, utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

### **3. PROTEÇÃO AO DIREITO SOCIAL DE MORADIA E O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE**

O Código Civil de 2002 estabelece as modalidades e prazos para que o interessado cumpra os requisitos para aquisição da propriedade por meio da

usucapião, atentando-se para a redução do prazo sempre que houver o cumprimento da função social da propriedade pelo possuidor, seja através de obras de caráter econômico ou moradia sua ou da família.

O direito social de moradia foi prestigiado pelo legislador de 2002, ao estabelecer que se o possuidor utilizar a propriedade para sua moradia ou de sua família, haverá redução dos prazos para aquisição da propriedade por meio da usucapião. É uma demonstração clara do cumprimento da função social da propriedade, previsto como princípio fundamental da Constituição da República de 1988.

Para ilustrar esse ato, utiliza-se a análise da usucapião ordinária prevista no artigo 1242 que confere o direito de propriedade àquele que possuir o imóvel por dez anos, contínua e incontestada, com justo título e boa-fé. Veja que este prazo será reduzido em cinco anos, isto é, haverá uma redução de cinquenta por cento do prazo, se o possuidor houver estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico e houver adquirido o imóvel, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente.

Ressalta-se que a ideia de posse-trabalho e destinação econômica da propriedade foram privilegiadas,

pelo legislador, em 2002, com redução significativa do tempo para aquisição da propriedade, sendo utilizada essa mesma redução, para aquisição da propriedade, pela via judicial ou por meio da usucapião administrativa.

#### **4. CONCEITO DE USUCUPIÃO E PRAZO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCUPIÃO**

A usucapião sempre foi aceita pela doutrina como prescrição aquisitiva da propriedade conjugada à inércia de seu titular somada ao cumprimento da função social da propriedade. Segundo Scavone Junior (2015), a usucapião consiste na prescrição aquisitiva, regulada pelo Direito das Coisas, é definida como modo originário de aquisição de propriedade e direitos reais que podem ser exercidos continuamente pelo decurso do tempo na posse. A usucapião representa, então, uma forma jurídica para o reconhecimento do perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso de seu titular, fazendo com que o tempo associado à função social, reconheçam o direito de propriedade àquele que demonstrou melhor uso do bem. Isso porque, o ordenamento jurídico valoriza a posse como

uma situação fática de poder exercido por uma pessoa sobre um bem, transformando-a em direito.

A usucapião também é definida pela doutrina como forma originária de aquisição da propriedade, extinguindo-se todos os gravames que incidam sobre o imóvel. Ocorre que o reconhecimento extrajudicial de usucapião de imóvel matriculado não extingue eventuais restrições administrativas, como exemplo, tombamento e reserva legal, nem gravames judiciais regularmente inscritos, devendo o pedido de cancelamento, quando for o caso, ser formulado pelo interessado diretamente perante a autoridade que emitiu a ordem. Há, assim, uma mitigação do conceito relacionado ao tema “forma originária de aquisição da propriedade” no sentido de que, quando se tratar de usucapião administrativa, haverá a manutenção de ônus e gravames judiciais que existirem sobre o imóvel. Todavia, a usucapião administrativa torna-se mais um instituto a ser utilizado pelo interessado por meio do procedimento registral imobiliário concretizando os princípios constitucionais da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

Como dito acima, o Código Civil de 2002 estabelece que a posse é formada pelo conjunto de *corpus*, poder de fato sobre a coisa, mais a intenção de dono que se

concretizam pela função social da propriedade, teoria subjetiva de Savigny. O referido diploma estabelece no artigo 1238, normas acerca da usucapião extraordinária, ao dispor de regra no sentido de que aquele que por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu, imóvel, adquirir-lhe-á a propriedade independente de título e boa-fé. Esse prazo será reduzido para dez anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. O mesmo Código prevê também a usucapião constitucional rural prevista no artigo 1239, que garante o direito de propriedade àquele que não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possua como sua, por cinco anos ininterruptamente, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia.

A usucapião constitucional urbana prevista no artigo 1240 do Código Civil de 2002, que garante o direito de propriedade àquele que não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possua como sua, por cinco anos ininterruptamente, sem oposição, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizando-a como sua moradia ou de sua família.

Foi inserida no sistema jurídico brasileiro em 2011, a usucapião familiar prevista no artigo 1240-A do Código Civil de 2002, possibilitando àquele que exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Por fim, o Código Civil de 2002, trata da usucapião ordinária prevista no artigo 1242 que garante o direito de propriedade àquele que contínua e incontestamente, com justo título e boa-fé, possuir o imóvel por dez anos. Esse prazo será reduzido em cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores, nele estiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Como visto, o Código Civil de 2002 atento ao cumprimento da função social da propriedade pelo possuidor, seja através de obras de caráter econômico ou moradia sua ou da família, reduziu os prazos para a

aquisição do direito de propriedade, conforme relatado acima. Desta forma, qualquer modalidade de usucapião extraordinária, ordinária, constitucional, ou familiar poderá ser utilizada pela via extrajudicial, em detrimento da via judicial, a fim de ter-se um processamento mais célere, menos oneroso e burocrático.

## **5. USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA**

O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de regularização do direito fundamental de propriedade por meio da usucapião administrativa, possibilitando ao detentor da posse, a formalização do título de propriedade, proporcionando-o dignidade ao obter o título que lhe possa conferir os direitos decorrentes do registro imobiliário.

### **5.1 Legislação aplicável à usucapião administrativa**

Quanto ao direito fundamental da propriedade, que pode ser efetivado por meio da usucapião administrativa, essa possibilidade foi inserida no sistema jurídico brasileiro, com a publicação do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, em vigor a partir de 18.03.2016, que trouxe importante norma no artigo 1071,



ao acrescentar o artigo 216-A no capítulo III “Do Processo de Registro”, que faz parte do Título V, Do Registro de Imóveis, da Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73.

E, em razão da importância do tema, em 11 de julho de 2017, O Congresso Nacional publicou a Lei n. 13.465/2017, adaptando as normas a serem adotadas no procedimento de usucapião administrativa com a realidade fática, para se possibilitar o reconhecimento do direito, àquelas pessoas que preencheram os requisitos legais.

E, em Minas Gerais, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio do Provimento n. 325 de 08 de maio de 2016 alterou o Código de Normas do Serviço Extrajudicial do Estado de Minas Gerais, Provimento n. 260/CGJ/2016, e regulamentou o procedimento junto ao serviço de registro de imóveis, possibilitando ao interessado utilizar a via administrativa para processar o pedido de reconhecimento de usucapião.

## **5.2 Procedimento da Usucapião Administrativa**

Diante da possibilidade de se utilizar a usucapião pela via administrativa, todo o procedimento tramita por meio extrajudicial, não havendo, desta forma, a

intervenção do Poder Judiciário nem do representante do Ministério Público.

Em Minas Gerais, o Provimento nº 325/CGJ/2016, expedido pela Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, alterou o Provimento n. 260/CGJ/2013 que instituiu o Código de Normas do Serviço Extrajudicial do Estado de Minas Gerais, e regulamentou toda a matéria, como será visto a seguir.

Nesse contexto, o requerimento e o processamento transcorrerão diretamente perante o ofício de registro de imóveis da circunscrição da situação do imóvel usucapiendo, por meio de requerimento do interessado, representado por advogado, devidamente representado por procuração, passando esse profissional a ser o legitimado a receber todas as notificações envolvendo todo o procedimento. O requerimento a ser remetido ao SRI – Serviço do Registro de Imóveis conterà todos os requisitos da petição inicial, observando às disposições previstas no artigo 319 do Novo Código de Processo Civil, que indicará a modalidade de usucapião pretendida. O requerimento será assinado pelo advogado que deverá instruir o pedido com ata notarial, lavrada por tabelião de notas, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, circunstâncias da posse,

como interveniência dos confrontantes e testemunhas que possam comprovar o tempo de posse exercida pelo pretense titular do direito objeto do requerimento. O requerimento será instruído também com a planta do imóvel e memorial descritivo assinados por profissional legalmente habilitado, com prova de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional - CREA.

Para resguardar direitos de terceiros, a planta deverá ser assinada também pelos titulares e respectivos cônjuges de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo bem como pelos titulares e respectivos cônjuges de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula de imóveis confinantes. Caso a planta do imóvel não apresente as referidas assinaturas, o oficial do SRI deverá notificar essas pessoas para se manifestarem. A inércia de qualquer notificado não prejudicará o prosseguimento do procedimento de usucapião administrativa. (Lei n.13.465/2017).

As assinaturas das pessoas acima mencionadas lançadas na planta do imóvel deverão ter suas firmas reconhecidas por tabelião de notas de qualquer serventia

notarial, para conferir autenticidade e segurança quanto à manifestação das referidas pessoas.

No procedimento de usucapião administrativa serão anexadas, também, certidões expedidas pelos distribuidores da Justiça Estadual e da Justiça Federal oriundas do local da situação do imóvel e do domicílio do requerente, expedidas em nome do requerente e requerido e respectivos cônjuges e ainda de todos os demais possuidores e dos respectivos cônjuges, em caso de sucessão de posse, que será somada à posse do requerente possibilitando que se complete o período aquisitivo de usucapião. As certidões negativas dos distribuidores da Justiça Estadual justificam-se em razão da necessidade de comprovação de que se houver alguma discussão judicial que envolva a posse ou propriedade do imóvel, será demonstrada por meio das certidões expedidas pela justiça comum. As certidões emitidas pela Justiça Federal também são necessárias uma vez que se houver interesse da União, suas autarquias ou fundações também serão comprovadas por meio da emissão dessas certidões. Soma-se a isso que se houver penhora em execução da dívida ativa da União, suas autarquias ou fundações, essa penhora acarreta a indisponibilidade do bem, o que demandará uma análise mais detalhada, pelo registrador de imóveis da situação do

bem, acerca dos dados fáticos em relação ao tempo de posse e a data da penhora.

Outro documento a ser anexado refere-se ao justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, como o pagamento dos impostos (IPTU ou ITR), das taxas que incidirem sobre o imóvel, ou ainda contas de energia, telefonia ou água em nome do requerente que demonstrem início de prova que possa comprovar ter cumprido o lapso temporal como um dos requisitos que comprovem a aquisição da propriedade por meio do decurso do tempo e inércia do titular. Para dar segurança ao procedimento, os documentos anteriormente mencionados serão apresentados no original ou em cópia autenticada.

Após a prenotação do requerimento no Serviço do Registro de Imóveis, proceder-se-á ao seu registro no Livro 1- Protocolo, para formalizar o interesse e materialização do pedido do mencionado requerimento do interessado no reconhecimento do seu pretense direito.

Quanto à participação do Ministério Público, em matéria que discuta a posse de imóvel, o Código de Processo Civil prevê a intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, quando se tratar de ações possessórias, que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural ou

urbana, em conformidade com o disposto no artigo 178 do Novo Código de Processo Civil. Desta forma, não há previsão determinando a intervenção do representante do Ministério Público nas ações relacionadas à usucapião. Tem-se, portanto, que se não houver conflito pela posse de terra rural ou urbana, dispensável, a oitiva do representante do Ministério Público no procedimento de usucapião administrativa.

### **5.3 Tramitação do Requerimento da Usucapião Administrativa**

Durante a tramitação do requerimento de usucapião administrativa, todas as intimações destinadas ao requerente serão feitas na pessoa de seu advogado, sendo que o não atendimento às referidas intimações, cumulada com a paralisação do procedimento por mais de 30 (trinta) dias, poderá caracterizar omissão do interessado em atender às exigências que lhe forem formuladas, acarretando a rejeição e o arquivamento do pedido, com o cancelamento dos efeitos da prenotação. Por outro lado, o pedido rejeitado por inércia do interessado poderá ser renovado, iniciando-se novo procedimento e nova análise da documentação.

Se o requerimento estiver regularmente instruído, o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado e ao Município, pessoalmente, para que se manifestem sobre o pedido no prazo de quinze dias. A inércia dos órgãos públicos relacionada à notificação encaminhada pelo titular do Serviço de Registro de Imóveis não impede o regular andamento do procedimento e o eventual reconhecimento extrajudicial da usucapião. Em seguida à notificação dos órgãos públicos, federal, estadual e municipal, com ou sem manifestação, o oficial de registro de imóveis expedirá edital, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão manifestarem também nos quinze dias subsequentes à publicação do respectivo edital.

Ao final do prazo definido na publicação editalícia, se a documentação não estiver em conformidade com o previsto na legislação, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido mediante nota fundamentada, podendo o interessado reiterar o pedido extrajudicial, que ensejará novo procedimento para análise das novas razões apresentadas.

Transcorridos os prazos previstos no edital de cientificação para quaisquer interessados, se não houver pendência no procedimento e achando-se em ordem a

documentação e se não houver impugnação, o oficial de registro de imóveis emitirá nota fundamentada, reconhecerá o direito de propriedade em nome do requerente e registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas no memorial descritivo. Com o reconhecimento do direito de propriedade, o oficial ou seu preposto averbará no Livro 1 – Protocolo o reconhecimento da propriedade em nome do requerente e cancelará o registro efetivado no Livro de Protocolo, encerrando todo o procedimento com arquivamento na respectiva serventia extrajudicial de toda a documentação que instruiu o procedimento administrativo.

Importante mencionar que, se houver impugnação relacionada a pedido envolvendo reconhecimento extrajudicial de usucapião, o oficial de registro de imóveis tentará promover a conciliação entre as partes. Sendo esta infrutífera, o referido oficial remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum em conformidade com o disposto no artigo 319 do NCPC. Diante da impugnação, e tentativas frustradas, deverá o oficial do elaborar relatório detalhado antes de encaminhá-lo à autoridade judiciária para instruir o processo judicial de usucapião.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação do direito fundamental de propriedade encontra-se em constante evolução para proporcionar às pessoas a garantia constitucional no sentido de se adaptar às mudanças sociais e buscar segurança jurídica para as pessoas. Essa evolução mantém correlação com o princípio da historicidade aplicável aos direitos humanos, uma vez que esses direitos não são estacionários, ao contrário, estão em constante mudança, de acordo com as necessidades dos novos tempos e o desenvolvimento das relações humanas, que por sua vez estão em sintonia também com direito social de moradia previsto na Constituição da República de 1988, reconhecido também entre os direitos fundamentais.

O sistema jurídico brasileiro visando proporcionar aos possuidores de imóveis que preencham os requisitos da usucapião, a possibilidade de se valer de um procedimento mais célere, menos oneroso, possibilitando a utilização da usucapião por meio da via extrajudicial para efetivação do direito de propriedade.

Esse direito torna-se importante porque se a detém a posse tem uma certa segurança protegida pelo

ordenamento jurídico, mas, sem tem o título que lhe confira a propriedade imobiliária, tem o direito real com eficácia erga omnes, isto é oponível contra todos.

Assim em razão da possibilidade da utilização desse procedimento extrajudicial com a segurança jurídica necessária ao registro, o proprietário obterá um título extrajudicial com eficácia para o registro no fôlio real, o que lhe possibilita usufruir de todos os poderes e segurança jurídica que o registro da propriedade oferece.

Destaca-se ainda que a usucapião administrativa cumpre vários princípios constitucionais, dentre eles a função social da propriedade, o princípio da igualdade material, o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório, ampla defesa, o da razoável duração do processo, da celeridade em concomitância com o reduzido custo em razão da desjudicialização dessa atividade.

Portanto, o procedimento para a regularização da propriedade por meio da usucapião administrativa traz diversos benefícios ao interessado, como custo reduzido, celeridade, ausência de intervenção do poder judiciário e representante do ministério público, com toda segurança registral emanada da atividade extrajudicial, proporcionando ao interessado dignidade, com eficácia

registral e autenticidade decorrentes do registro público imobiliário.

## REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa de acordo com o novo código de processo civil*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código Civil*, Lei n. 10.406, de 01 de janeiro de 2002. Disponível em:<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLe gislacao.action>>. Acesso em 05 mar. 2017.

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 02 mar. 2017.

BRASIL. *Estatuto das Cidades*, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em:<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLe gislacao.action>>. Acesso em 03 jul. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.465*, de 11 de julho de 2017. Disponível em:<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLe gislacao.action>>. Acesso em 19 jul. 2017.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*, Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em:<<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLe gislacao.action>>. Acesso em 05 jul. 2017.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Constituição e Direitos Fundamentais: Um enfoque sobre o mundo do direito*: tradução: Carolina Machado Cyrillo da Silva, David Leal da Silva. – Porto Alegre: Linus, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 13. ed., 2011.

MASTRODI, Josué. Direito Fundamental Social à Moradia: Aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade. *Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 17, n. 17, p. 168-187, janeiro/junho de 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed., – São Paulo: Editores Atlas S.A., 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 10. ed. São Paulo: Editores Atlas S.A., 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed., – São Paulo: Editores Atlas S.A., 2014.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário*. Teoria e prática. 9. ed., – Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Banco de Dados*. OnLine. Brasília, Distrito Federal. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Banco de Dados*. OnLine. Brasília, Distrito Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 07 out. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Banco de Dados*. OnLine. Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 07 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6 ed., atualizada de acordo com Código Civil de 2002. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

# A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE TRABALHO: EXIGÊNCIA PRÉ-CONTRATUAL DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E A DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO

## THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE EMPLOYMENT CONTRACT: PRE-CONTRATUAL REQUERIMENT OF CERTIFICATION OF CRIMINAL RECORDS AND DISCRIMINATION IN HIRING

*Virgínia Lara Bernardes Braz  
Laís Freire Lemos*

**RESUMO:** Com a globalização e uma conjuntura capitalista, as atividades laborativas são uma das fontes de lucro para o mercado, tratadas como mercadoria. As práticas discriminatórias vêm crescendo, havendo uma contraposição à ideia da sociedade democrática, uma vez que esta passa por processo de inclusão social e não de exclusão como era feito em tempos passados. A discussão sobre a caracterização de discriminação ilegal por parte do empregador na fase pré-contratual ainda é divergente, pois há conflito entre os princípios da livre iniciativa do empregador e os da dignidade, da vida privada e da igualdade do trabalhador.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Contrato de Trabalho; Fase Pré-Contratual; Certidão de Antecedentes Criminais; Discriminação.

**ABSTRACT:** With globalization and a capitalist conjuncture, work activities are one of the sources to the market, treated as merchandise. Discriminatory practices have been growing, there is an opposition to the idea of democratic society, once it goes through the process of social inclusion and not of exclusion as was done in times past. The discussion on the characterization of illegal discrimination by the employer in the pre-contractual phase still divergent, because there is a conflict between the principles of free enterprise of the employer and of dignity, private life and worker equality.

**Keywords:** Fundamental rights; Employment Contract; Pre-contractual phase; Certification of Criminal Records; Discrimination.

## **1. INTRODUÇÃO**

Em decorrência da globalização e da conjuntura capitalista em que vivemos, as atividades laborativas são uma das fontes de lucro para o mercado, sendo tratadas como mercadoria. Diante disso, as práticas discriminatórias nas relações laborais vêm crescendo em decorrência da adoção pelos empregadores de tratamentos diferenciados desfavoráveis aos empregados.

A relação entre empregado e empregador é, por natureza, assimétrica, devido à hipossuficiência do empregado. Nesse contexto de assimetria, os empregadores têm adotado distinções injustificadas nas relações de trabalho, inclusive na fase pré-contratual. A

seleção de candidatos e a sua contratação, tem sido cada vez mais concorridos e complexos, envolvendo inúmeras fases, nas quais o empregador avalia aspectos e características dos candidatos, que vão desde questões psicológicas, comportamentais, às questões específicas, relacionadas à aptidão do candidato para preenchimento da vaga ofertada.

No contexto pré-contratual de seleção de candidatos, é que, muitas vezes, são praticados atos considerados discriminatórios, os quais, se forem desprovidos de justificativas legítimas e razoáveis sob a perspectiva constitucional, serão considerados ilícitos, atentando contra os direitos fundamentais do trabalhador. Ao fixarem critérios para a contratação de empregados, os empregadores não poderão promover discriminações ilícitas, como em razão do sexo, idade, orientação sexual ou religiosa, raça, portar doenças graves ou alguma deficiência, possuir antecedentes criminais ou estar inadimplente no mercado, bem como questões relativas à orientação política ou ideológica.

O empregador possui o direito de liberdade para contratar, além de ter garantida constitucionalmente à livre iniciativa, podendo conduzir o seu negócio na forma que entender mais acertada, já que assume os riscos de sua



atividade. Mas este direito não é absoluto. Se desfrutado de forma ilícita, pode caracterizar abuso de direito, em especial, quando caracterizada a prática de discriminação ilícita. É lícita a adoção de critérios que possuam pertinência com a avaliação da aptidão do trabalhador para exercer aquela atividade. Todavia, quando se avança para a esfera íntima e privada do candidato, é necessária cautela por parte do empregador para que não incorra em violação dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da correspondente proibição de discriminação.

Constata-se que não só o Estado se encontra vinculado aos direitos fundamentais e deve respeitá-los, bem como é capaz de restringir ou inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, mas, também, os particulares, no âmbito de suas relações privadas, inclusive nas relações trabalhistas. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho resta evidente em diversas situações em que há violação desses direitos, como no caso da discriminação na fase pré-contratual. Nesses casos deve haver uma ponderação entre a autonomia privada do empregador, com liberdade para estabelecimento de critérios para a contratação e o direito de igualdade, com a

correspondente proibição de discriminação, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho, a partir do estudo dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, em especial, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-trabalhistas, tem por objetivo precípua, com ênfase nos princípios da liberdade contratual, da igualdade e da proibição de discriminação, analisar a licitude da exigência da apresentação de certidão de antecedentes criminais na fase pré-contratual, como critério para contratação de empregados.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES**

Os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 09). Para Silva (2005, p. 178), a expressão mais adequada para designar referidos direitos é a de direitos fundamentais do homem, pois referem-se a princípios que resumem a concepção de mundo e

informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, como também designam as prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Esses direitos foram sendo conquistados pelos cidadãos ao longo da história em virtude da evolução e das novas necessidades. Assim, as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais referem-se à cronologia histórica destas conquistas. Demonstram o caráter cumulativo da evolução dos direitos no tempo, de forma que uma dimensão não substitui totalmente a outra, mas se complementam. Importante ressaltar que a doutrina abarca algumas outras dimensões, não havendo consenso no que tange às últimas.

A primeira dimensão ou geração se trata da dimensão de direitos individuais, aqueles relacionados à própria pessoa. São direitos contemporâneos às Revoluções Liberais. Surgiram com a ideia de Estado de Direito, momento em que os cidadãos se veem libertos frente ao Estado Liberal que os assegurava apenas a paz e a segurança. Segundo Bobbio (1992, p. 32-33), a primeira geração contempla direitos de liberdade, pois tinha como fundamento a limitação do Poder Estatal e a reserva para o particular, originando para o Estado uma obrigação

negativa, uma abstenção. Como exemplo tem-se o direito à vida, à intimidade, à igualdade perante a lei, dentre outros.

A segunda dimensão ou geração dos direitos aqui colecionados cuidam dos direitos sociais, culturais, positivos, conquistados após a Revolução Industrial (Estado Social). Neste período se passou a exigir do Estado uma obrigação de fazer frente aos cidadãos, com o fim de lhes garantir os direitos positivados, tais como, saúde, educação, alimentação, moradia, segurança pública. Exigiu-se a partir dali a promoção da igualdade por meio de uma justiça social. Para Mendes (MENDES; BRANCO, 2015, p.137) a igualdade ganha realce na segunda geração em razão dos direitos à prestação e reconhecimento das liberdades sociais, sendo estes chamados de direitos sociais, pois ligam reivindicações de titulares singularizados.

Por final, a terceira dimensão se trata dos direitos difusos e coletivos (supraindividuais) para proteção da coletividade. São exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos dos consumidores, direitos da criança e adolescente, idosos, conservação do patrimônio histórico e cultural. Para Bonavides (2004, p. 569-570), os direitos de terceira geração dizem respeito aos direitos daqueles que passam a integrar a titularidade

de grupos humanos, como a família, a sociedade e a coletividade.

Destaca-se ainda que os direitos fundamentais se divergem dos direitos humanos, na medida em que há confusão quanto às duas nomenclaturas. Sarlet (2009, p. 29) deixa claro nesse sentido que apesar de os termos serem utilizados como sinônimos, os direitos fundamentais se aplicam aos cidadãos de um determinado Estado, sendo reconhecidos e protegidos por este. Já os direitos humanos guardam relação com o ser humano em um âmbito internacional, independente da vinculação do cidadão com qualquer Estado ou ordem constitucional, revelando um caráter supranacional.

Portanto, os direitos fundamentais se encontram positivados tanto no texto constitucional quanto nos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, dando amparo a todos os titulares, como sendo seus valores ou fins que se propõe a concretizar.

### **3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Compreende-se a eficácia como a capacidade de uma norma produzir efeitos, a aptidão de adequar os elementos normativos para a produção de efeitos

concretos. A eficácia dos direitos fundamentais é a forma que os cidadãos e o Estado se vinculam a esses direitos, sendo que estes produzem efeitos tanto nas relações entre o cidadão e o Estado e nas relações entre particulares. Quanto aos efeitos dos direitos fundamentais sob as relações jurídicas estabelecidas entre particulares, esses ainda podem ser de forma direta ou indireta.

Quando analisados os efeitos dos direitos fundamentais sob a produção legislativa é possível notar a vinculação direta da atividade do legislador ordinário, criador de dispositivos de direito privado, aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Tanto é que a CR/88, em seu art. 5º, §1º, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, vinculam todos os poderes públicos (SILVA, V., 2005, p. 68-70).

A omissão do constituinte em prever expressamente a vinculação dos poderes públicos e dos particulares aos direitos fundamentais, não significa que estes não estejam vinculados a eles (SARLET, 2009, p. 365 e 366). Assim, para além de vincularem os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações entre particulares (SARLET, 2009, p.

374), conforme será exposto a seguir, pois diferentes teorias tratam destas vinculações.

### **3.1 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais**

A eficácia vertical dos direitos fundamentais se refere às relações instituídas entre Estado e cidadão. No âmbito do Estado Liberal havia concepção unidirecional dos direitos fundamentais, de forma que esses direitos eram oponíveis apenas ao poder estatal. Para Novellino (2008, p. 407) a relação jurídica é “hierarquizada e de subordinação”, em que Estado era o destinatário exclusivo das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais, por isso denominada de eficácia vertical. Na relação existente entre cidadão-Estado, somente uma das partes é titular de direitos fundamentais. Assim, é ampla e geral a aceitação de que o Estado deve respeitar e assegurar, de forma eficaz, aos cidadãos direitos e garantias fundamentais.

### **3.2 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**

Manifesta-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, aquelas instituídas entre cidadãos. Houve uma mudança de paradigma com o advento do constitucionalismo moderno

que, ao reconhecer a supremacia da Constituição e, consequente constitucionalização do direito, rompeu os limites de produção de efeitos somente entre Estado e cidadão (SILVA, V., 2005, p.52). A partir de então, percebeu-se que não apenas o Estado era o agente capaz de restringir ou inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, mas também os particulares em suas relações privadas, nas quais ambos os sujeitos são igualmente detentores desses direitos. Explica Martins (2016, p. 24) que com a mudança de paradigma, surgiram diversas teorias explicativas, como a teoria dos deveres de proteção, a qual expõe que “os direitos fundamentais além de imporem abstenções ao exercício do poder estatal, lhe impõe o dever de proteger seus titulares de lesões e ameaças provindas de outros particulares, no âmbito das relações jurídicas privadas”.

Com a consolidação do Estado Social de Direito, a visão de que os direitos fundamentais teriam somente o Estado como destinatário, ou seja, para proteger os cidadãos da ingerência estatal, restou insuficiente, pois além do dever de respeitar os direitos fundamentais nas esferas pessoais, passou a ter que promover e garantir os direitos dos particulares contra atos de outras pessoas nas relações interprivadas (MENDONÇA, 2013, p. 32). A



partir deste entendimento, cita-se duas teorias que buscam esclarecer se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se dá de forma direta/imediata, ou se prevalece a vinculação indireta/mediata.

### **3.2.1 Eficácia direta ou imediata**

Teoria dominante na Espanha, Portugal, Argentina e Itália, sustenta a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Nesse modelo, que possui como um de seus maiores defensores, Hans Carl Nipperdey (1895-1968), são desnecessárias manobras interpretativas para a aplicação direta da norma de direito fundamental (efeito absoluto) nas relações entre particulares (SILVA, V., 2005, p.90-91). Isso significa que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais nas relações entre particulares emana diretamente da Constituição, independentemente de qualquer mediação pelos poderes públicos, seja pela atividade legislativa, seja pela jurisdicional (MARTINS, 2016, p. 50).

A doutrina brasileira é majoritariamente favorável a este tipo de vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 239). Mendonça

(2013, p. 38) sustenta que a concepção de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se fundamenta na unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, que impõe que os valores inerentes a referidos direitos devem reger todas as relações jurídicas, incluindo entre particulares, não sendo cogitada a exclusão desses valores do Direito Privado.

Diversas são as críticas a esse tipo de vinculação direta, sendo que uma delas aduz que a autonomia privada, princípio básico do direito privado, é vulnerado ao se considerar que os particulares não podem, em suas relações, contornar disposições de direito fundamental.

### **3.2.2 Eficácia indireta ou mediata**

O modelo de aplicabilidade indireta é o dominante na Alemanha, pioneiramente defendida por Günther Düring e preconiza a influência das normas de direitos fundamentais na interpretação das normas infraconstitucionais e por meio de mediação legislativa infraconstitucional (SILVA, V., 2005, p. 58 e 89). Para tal, o ponto de partida é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, em que admite aos participantes da relação jurídica privada afastarem disposições de direitos fundamentais, relativizando-os a favor da autonomia

privada e da responsabilidade individual (NOVELINO, 2012, p. 408).

Para Virgílio (2005, p. 78-79), a mediação legislativa se dá por meio de uma valoração baseada no sistema de valores consagrados pela Constituição, e não em valores morais, extra ou supraleais. Aqueles valores, tidos como conceitos abertos por Novelino (2012, p. 408), configuram-se cláusulas gerais, portas de entrada dos direitos fundamentais no direito privado.

A esta teoria também são apresentadas diversas críticas, sendo uma delas a que expõe que a ideia de ordem de valores ameaçaria a certeza do direito, pois não impõem deveres incondicionais e inequívocos aos seus destinatários. Ademais, os valores pautam-se em preferências e, por estarem sob constante tensão, são flexíveis. Tal recurso de valores poderia significar uma indevida substituição dos juízos deônticos (“o que deve ser”), por juízos axiológicos (“o que é bom”) (SILVA, V., 2005, p. 84);

#### **4. CONTRATO DE TRABALHO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Para Leite (2016, p. 338), o contrato individual de trabalho é um negócio jurídico celebrado entre empregado e empregador, de forma escrita ou verbal, no qual se estabelecem direitos e deveres, sendo regulado pelo direito do trabalho, mediante o pagamento de uma contraprestação, gerando subordinação jurídica do primeiro para com o segundo. Sabe-se que dessa subordinação jurídica se depreende que a relação privada existente é assimétrica, sendo notória a desigualdade entre as partes, uma vez que o empregador é o detentor do poder empregatício e o empregado hipossuficiente e vulnerável. Assim, há possibilidade de violação de direitos fundamentais, por algum abuso do empregador (LEITE, 2016, p. 129). Virgílio Afonso da Silva, em resenha da obra de Sarmento (2005, p. 176), também esclarece que, por assimetria, entende desigualdade fática entre os envolvidos.

O que se depreende é que nessa relação há uma sujeição da parte mais fraca da relação jurídica ao contrato de trabalho e, por muitas vezes, por possuir necessidade financeira, bem como diante da urgência de conseguir um emprego, acaba se submetendo a todas as cláusulas do contrato de trabalho sem ao menos discuti-las, gerando um desequilíbrio. Ademais, a crise empregatícia e o excesso

de mão-de-obra contribuem para que o empregador atue de forma excessivamente discriminatória quando da realização de uma contratação, sem avaliar a formação do candidato e a capacidade para exercer a atividade ofertada.

A CLT, a CR/88 e algumas leis esparsas, preveem garantias em favor do empregado, sendo esta a parte considerada hipossuficiente da relação contratual. Nesse sentido, expõe Sarmiento (2010, p. 323) que o Estado e o Direito assumem novas funções promocionais, sendo que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família. Ademais, Lenza (2009, p. 677) destaca que “sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (‘eficácia horizontal’), especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo ‘caráter público’, por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc.”

No campo das relações de trabalho, que se iniciam mediante a contratação, há espaço para a adoção da vinculação dos particulares de forma direta aos direitos fundamentais, ante a desigualdade de fato entre empregado e empregador, havendo a possibilidade de violação desses direitos. Portanto, há particulares vinculados por uma

relação de emprego ao celebrarem um contrato de trabalho, no qual ambos são detentores de direitos fundamentais, mas de forma assimétrica. A eficácia privada dos direitos fundamentais resguarda os particulares de atos ou lesões que atentem contra os direitos de seus pares, no caso, a proteção do empregado frente às liberdades e à supremacia do empregador.

## **5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

O princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, I, da CR/88, veda a diferenciação de pessoas que estão em mesma situação fática e jurídica, sendo aplicável a várias situações, dentre elas as relações de trabalho. Ferrajoli (2011, p. 105 e 106) aduz que a igualdade é um princípio complexo, apresentando dupla finalidade: exige a proteção das diferenças e a redução das desigualdades. Impõe o respeito das diferenças por meio das garantias dos direitos sociais, opondo-se às discriminações, independente de opiniões e vontades das partes envolvidas.

Mendonça (2013, p. 70) afirma que a igualdade não pode ser vista sob uma ótica reducionista, uma vez que o direito geral à igualdade implica reconhecer que não é na maioria das vezes que se deve ter um tratamento igual e

que nem sempre há de se proibir um tratamento desigual. Citando a obra de Alexy, referida autora descreve que (2013, p. 71):

Nesse mesmo sentido, Alexy expõe que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade das características naturais e das condições fáticas e que essa igualização de todos seria inclusive indesejável, até mesmo porque (...) a igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado (ALEXY, 2008, p. 397).

Sob outra ótica, a igualdade ainda possui como um preceito magno o fato de que a norma deve ser voltada tanto para o aplicador da lei, tanto para o próprio legislador. Não somente sobre a norma posta deve nivelar os indivíduos, mas também na sua própria edição deve-se sujeitá-la ao tratamento de forma equânime (MELLO, 2011, p. 09). Não se pode olvidar que as pessoas, por sua natureza, possuem diferenças óbvias as quais não podem ser desconsideradas ou embargadas em nome do princípio da isonomia, dependendo da situação fática, surgindo daí o que se entende por discriminação legítima ou ilegítima, injusta (MELLO, 2011, p. 11). Celso Antônio (2011, p.

11), citando a obra de Hans Kelsen, descreve suas considerações nos seguintes termos:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Martins (2016, p. 130 e 131) expõe que a igualdade não é uma regra que impõe a proibição de estabelecimentos de distinções exigindo sempre a adoção de tratamentos igualitários, uma vez que a própria natureza humana pressupõe a natural desigualdade entre as pessoas. O que referido princípio proíbe é o arbítrio, em razão de tratamentos desiguais desamparados por justificativas razoáveis.

No âmbito do direito do trabalho, o artigo 6º da CR/88 prevê ser proibida qualquer forma de discriminação que tenha como finalidade reduzir as chances de acesso e continuidade em um emprego. Além deste, o seu artigo 7º,



XXX, prevê a vedação de adoção de critérios de admissão por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil, sendo garantida a igualdade de oportunidade. O tratamento isonômico na esfera trabalhista impede que o empregador proceda em discriminações negativas, baseado em critérios de diferenciação desfavoráveis.

Bobbio (1997, p. 30) trata da importância do princípio da igualdade de oportunidades ou de chances para o Estado de democracia social e o descreve como sendo aplicável como regra de justiça em uma situação que pessoas estão em concorrência ou competição para a obtenção de um só objetivo, o qual somente pode ser alcançado por um deles. Assim, o princípio da igualdade deve ser observado quando da pré-contratação pelo empregador, funcionando como limite à sua liberdade contratual, garantindo o acesso ao trabalho, preservando as características individuais e pessoais de cada indivíduo. É valioso instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana, da honra e dos valores sociais do trabalho, pois norteia ações de zelo pelos direitos dos trabalhadores, como expõe-se a seguir.

## **6. DISCRIMINAÇÃO NA FASE PRÉ- CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO**

## **– EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS**

Diante de todo o exposto, passa-se à tratar da possibilidade ou não de se exigir certidão de antecedentes criminais a um trabalhador como forma de avaliação de cumprimento de pré-requisitos para ser contratado por um empregador. Esta chamada fase pré-contratual é o período antecedente à formação do vínculo empregatício e o momento em que o empregador irá avaliar as aptidões do empregado para a pretensa vaga, como testes psicológicos, análise da experiência e da formação profissional na área. Quando da seleção, se iniciarão as tratativas e negociações preliminares entre o pretense empregado e o empregador (MENDONÇA, 2013, p. 120).

Neste momento, quando é iniciada a seleção ou, mesmo quando da divulgação da vaga, é que pode chegar a ocorrer a denominada discriminação pré-contratual, podendo ser legítima ou não. O empregador, ao fazer uso do seu poder de direção para a escolha do candidato que melhor se enquadre na atividade que pretende ocupar, pode praticar ofensas aos direitos fundamentais dos candidatos (MENDONÇA, 2013, p. 123).

Para Delgado (2010, p. 725), a discriminação é “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. A Lei n. 9.029/95 traz expressamente em seu artigo 1º que é proibida qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação empregatícia em função de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. A CR/88 também não admite a prática de discriminação por atentar contra os direitos e garantias fundamentais previstos nos artigos 3º, IV; 5º, X e XLI; 7º, XXX, XXXI e XXXII, que tratam da violação dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada do empregado. Ainda, a Convenção da OIT n. 111, promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 1968, define discriminação em seu artigo 1º.

No caso das relações de trabalho, principalmente no tratamento desigual durante a fase de contratação, qualquer diferenciação desqualificante, negativa e ilícita será considerada inaceitável e arbitrária. Expõe Barros (2006, p. 589) que o empregador, na direção das atividades em sua empresa, não pode deixar de levar em consideração os direitos básicos do empregado previstos na legislação

do trabalho, contratos de trabalho, regulamentos internos e, sobretudo, na CR/88, que prevê os direitos fundamentais enquanto cerne do ordenamento jurídico, aplicável a todas as relações humanas, dentre elas as relações jurídico-trabalhistas.

Existem discriminações que são consideradas absurdas e que por unanimidade admite-se que a atitude é ilegal. Mas, há casos em que é possível a restrição do princípio da igualdade, prevalecendo parte de posicionamentos, considerando a forma de escolha de um dos candidatos à vaga na empresa como sendo ofensiva ou não àquele princípio (MENDONÇA, 2013, p. 28).

Celso Antônio (2011, p. 17) expõe que as discriminações são compatíveis com a cláusula igualitária quando existe uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por estar presente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses previstos na Constituição. Ana Paula (2013, p. 154 e 155), fazendo referência a Virgílio Afonso da Silva e à sua teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais, descreve que:

A Lei 9.029/95 e a Convenção 111 da OIT possuem características de regras e devem ser observadas prioritariamente à aplicação direta dos direitos fundamentais da igualdade, do trabalho e da autonomia privada nas relações empregatícias para resolução dos casos concretos de discriminações na fase pré-contratual. Desse modo, quando se estiver diante de uma situação em que a discriminação é evidente, tratando-se de atitude incontestavelmente ilegal e inconstitucional, impõem-se a aplicação do disposto na Lei n. 9.029/95 e na Convenção 111 da OIT. Entretanto, nas situações fáticas mais complexas de diferenciações, em que há restrições aos princípios da igualdade e não se tem claramente definido se trata-se de discriminação ou de uma exigência lícita, faz-se necessário recorrer aos princípios fundamentais da igualdade, do trabalho e da autonomia privada e aplicá-los no caso concreto para se concluir algo a respeito do assunto. [...] O direito geral à igualdade do empregado não restará restringido se os tratamentos desiguais feitos pelo empregador possuírem justificativas racionais e argumentativas condizentes com valores constitucionais (MENDONÇA, 2013, p. 155).

O presente trabalho irá se ater à questão da discriminação pré-contratual no ato de o empregador, embasado em seu poder diretivo e na liberdade contratual, poder ou não exigir que os candidatos à vaga de emprego

que oferece, apresentem atestado de antecedentes criminais.

Nucci (2016, p. 454) apresenta como sendo os antecedentes criminais, “tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal”. Ressalta-se que as informações contidas em folhas de antecedentes criminais de uma pessoa são de interesse público e utilizadas na persecução penal. Por serem técnicas, não pode se valer o particular de alguma informação sigilosa para justificar a não contratação de um empregado, embasado no risco do empreendimento, “penalizando-o” por uma segunda vez, se colocando no lugar do Estado e estigmatizando o trabalhador.

Para reprimir a discriminação de pessoas que já foram condenadas criminalmente, a Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984), em seu artigo 22, estabelece que não se constará da folha de antecedentes fornecidas pelas autoridades competentes referências à condenação, a não ser que para instruir prática de nova conduta ou em outros casos legais. No caso da exigência de antecedentes criminais no ato da pré-contratação, há confronto entre a liberdade contratual do empregador, seu direito à informação e à segurança, em contraponto ao direito à

intimidade, a vida privada e à honra do trabalhador, bem como o seu direito à ressocialização.

Ana Paula (2013, p. 128), ao descrever as principais formas de discriminação pré-contratual, faz referência e critica a exigência de antecedentes criminais no ato da seleção de empregados de forma generalizada. Admite apenas quando o uso de tal instrumento se justifique na ponderação de direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e autonomia privada. Em certas atividades para as quais se é razoável a exigência de antecedentes criminais, pois guarda relação com a natureza da atividade que será exercida perante o empregador, como no caso de vigilantes (art. 16, VI, da Lei n. 7.102/1983) e dos empregados domésticos (LC n. 150/2015), não sendo, assim, considerado um ato discriminatório ilegítimo, enfatizando o princípio do amplo acesso à informação nestes casos essenciais (BRASIL, 2014).

Isso significa que os antecedentes criminais podem ser utilizados como parâmetro de seleção de candidatos à vaga de emprego quando está relacionado com a atividade que será desempenhada ou com a capacidade do trabalhador para exercer a função. Do contrário, o ato será desprovido de razoabilidade, sendo,

portanto, ilegal, prevalecendo o direito à privacidade do candidato à vaga de emprego (BRASIL, 2014). Conforme exposto por Ana Paula (2013, p. 148), havendo a discriminação pré-contratual, diferenciando o empregado por razões ilegítimas, pelo simples fato de ter uma certidão de antecedentes criminais positiva que não tenha nenhuma relação com função que será exercida, cabe a ele o dever de indenizar o empregado de acordo com a responsabilidade civil pré-contratual, com fundamento no art. 422 do Código Civil.

Portanto, o poder diretivo do empregador ao realizar a seleção e a contratação de empregados deve ser de forma que não reflita abuso de direito, respeitando a igualdade, a intimidade e a vida privada dos candidatos à vaga de emprego. A exigência de antecedentes criminais na pré-contratação é admissível, desde que seja razoável e que justifique, em razão a atividade que o empregado exercerá dentro da empresa. Do contrário, tratar-se-á de conduta arbitrária e abusiva por parte do empregador.

## **7. CONSIDERAÇÕES**

Por todo o exposto, a exigência pelo empregador de certidão de antecedentes criminais a um candidato à



vaga de emprego ofertada em sua empresa, exige cautela e que seja realizada embasada em fundamentos razoáveis, ou seja, condizente com a atividade que será desenvolvida ou com o exercício da função almejada. A partir do momento que a exigência passa a ser arbitrária e abusiva pelo empregador e, restando demonstrado que o trabalhador somente não foi contratado por ter uma certidão de antecedentes positiva, caracteriza-se a discriminação ilegal ou ilegítima, a qual não é admitida pelo ordenamento jurídico, podendo ser aplicada a responsabilidade civil por discriminação pré-contratual por parte do empregador.

Há hipóteses legais em que é possível a exigência de antecedentes criminais do trabalhador, como no caso de vigilantes e trabalhadores domésticos. Mas, se houver qualquer fuga desarrazoada por parte do empregador dos casos previstos em lei, bem como da importância para qualquer outra atividade que for desenvolvida na empresa, não será válida a exigência, quiçá a não contratação por tais razões.

Ao mesmo tempo em que há a necessidade do empregador de proteger a sua propriedade e a sua segurança, de seus familiares e de seus empregados, há a necessidade da ressocialização do trabalhador, proporcionando-o meios de se reinserir no mercado de

trabalho, evitando, assim, a prática reiterada de novos delitos. A atitude do empregador em exigir antecedentes criminais de um candidato à vaga de emprego de forma arbitrária e sem qualquer ligação relevante com a atividade que será desenvolvida, leva ao seu estigma social, sendo indiscreta a intromissão na vida pessoal do indivíduo.

Não se admite, todavia, a possibilidade de adoção de critérios discriminatórios alicerçados na raça ou origem étnica, haja vista que estes fatores são presumidamente odiosos e atentatórios a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, dificilmente será possível encontrar uma justificativa objetiva e razoável para tornar admissível diferenciação baseada na raça ou origem étnica de um dos contratantes. De igual modo, não são admissíveis tratamentos diferenciados desprovidos de justificativa, tratamentos caprichosos que tenham por objetivo tão somente discriminar a pessoa, de modo a reduzi-la, colocando-a em situação vexatória, degradante ou humilhante. Ademais, o princípio da igualdade deve ser observado quando da pré-contratação pelo empregador, funcionando como limite à sua liberdade contratual, garantindo o acesso ao trabalho, além de preservar as características individuais e pessoais de cada indivíduo. Portanto, a discriminação pré-contratual é um ilícito

trabalhista e precisa ser coibida pelo Direito de forma efetiva com o fim de seja abolida definitivamente conduta discriminatória que gera segregações e exclusão de grupo de pessoas dentro da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. 1351 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 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: 26 mai. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n. 150, de 01 de junho de 2015**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm#art46)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. 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: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR n. 102400-35.2013.5.13.0007. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Brasília, DF, 05 de maio de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 30 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010. 1373 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior;

Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 122 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematzado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 976 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2016. 795 p.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas Relações Contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 282 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 20ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 48 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2012. 1134 p.

MENDONÇA, Ana Paula Nunes. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2013. 174 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1.641 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 362 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. 924 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 279 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. Revista Direito GV 1, maio de 2005, v. 1, p. 173 – 180.

# **A GUERRA DO IRAQUE E O TRIBUNAL ESPECIAL IRAQUIANO**

*Cristiano Batista  
Patrícia Barbosa Nogueira*

## **RESUMO**

Desde antes da deflagração da Guerra do Iraque, em 2003, houve uma batalha jurídico-diplomática, travada pelos Estados Unidos, junto à ONU, numa tentativa de convencimento da Comunidade Internacional, com o objetivo de dar legalidade ou, ao menos, ares de legitimidade aos ataques. Veremos que nessa batalha, os Estados Unidos utilizaram-se de todos os meios possíveis a seu dispor para tentar justificar um ataque contra o Iraque, inclusive fazendo uso de informações sabidamente falsas.

Apesar de todo o esforço, as Nações Unidas não autorizaram o uso da força naquele caso. Mesmo assim, em total desrespeito às normas de Direito Internacional, os Estados Unidos, apoiado pela Inglaterra e outros países, invadiram o Iraque, sob o argumento de existência de armas químicas e de destruição em massa em poder de Saddam Hussein. Outro argumento seria a libertação do povo iraquiano, em afronta direta à soberania daquele país. Depois de anos de guerra e perda de vidas, nenhuma arma de destruição em massa foi encontrada, deixando mais evidente que as razões invocadas para a invasão eram falsas.

Todos os argumentos apresentados pelos Estados Unidos com o objetivo de justificar a ação armada contra o Iraque revelaram-se, ao final, falaciosos ou, no mínimo, incoerentes. Veja, por exemplo, a ocorrência de abusos e torturas praticadas pelos soldados americanos contra os iraquianos, fato que tornou sem sentido o discurso dos Estados Unidos de libertação do povo iraquiano. Ao fim,

discorreremos brevemente sobre a instituição de um Tribunal Híbrido para o julgamento dos crimes de Saddam Hussein e a rejeição deste Tribunal pela sociedade iraquiana.

A metodologia utilizada no presente artigo é a lógico-dedutiva, com pesquisa em amplo material bibliográfico e análise teórica do tema direito internacional. A técnica a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e fontes da Internet.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Guerra do Iraque; USA; ONU; Tribunal Especial Iraquiano.

### **ABSTRACT**

Since before the outbreak of the conflict, in 2003, there was a legal-diplomatic battle, fought by the United States, with the United Nations, in an attempt to convince the International Community, with the objective of giving legitimacy or, at least, . We will see that in this battle the United States used every possible means at its disposal to try to justify an attack against Iraq, including by making use of information known to be false.

Despite all the effort, the United Nations did not authorize the use of force in that case. Even so, in total disregard for the rules of international law, the United States, backed by Britain and other countries, invaded Iraq on the grounds of the existence of chemical weapons and mass destruction in the hands of Saddam Hussein. Another argument would be the liberation of the Iraqi people, in direct affront to the sovereignty of that country. After years of war and loss of life, no weapons of mass destruction were found, making it more evident that the reasons invoked for the invasion were false.



All the arguments put forward by the United States to justify armed action against Iraq have in the end proved to be either fallacious or at least incoherent. Take, for example, the occurrence of abuses and torture committed by American soldiers against Iraqis, a fact that made the United States' speech of liberation of the Iraqi people meaningless. Finally, we will briefly discuss the establishment of a Hybrid Court for the trial of Saddam Hussein's crimes and the rejection of this Tribunal by Iraqi society.

The methodology used in this article is logical-deductive, with research in extensive bibliographic material and theoretical analysis of international law. The technique to be used will be the bibliographic search in books, articles and sources of the Internet.

### **KEYWORDS**

Iraq War; USA; UN; Iraqi Special Court.

### **INTRODUÇÃO**

Antes de adentrarmos o tema principal deste artigo, falaremos, sucintamente, sobre dois conflitos anteriores, envolvendo também o Iraque, tendo em vista que tais acontecimentos são importantes para melhor compreensão da Guerra do Iraque.

Estes conflitos estão, de certa forma, interligados, tanto que alguns autores falam até em primeira, segunda e terceira guerra do golfo, referindo-se com estas expressões

à Guerra Irã-Iraque, Guerra do Kwait e Guerra do Iraque, respectivamente.

Em seguida, discorreremos sobre a Guerra do Iraque, as razões alegadas para o conflito, a disputa diplomática na tentativa de se conseguir uma autorização do Conselho de Segurança da ONU e as dramáticas consequências desse conflito, levado a cabo pelos USA e aliados em total desrespeito às normas internacionais e às diretrizes da ONU.

Ao final, falaremos sucintamente sobre a instalação de um Tribunal Híbrido para o julgamento do ditador Saddam Hussein e algumas críticas à forma como foi estabelecido tal tribunal, no Iraque.

## **1) Antecedentes da Guerra do Iraque**

Antes de abordarmos especificamente a Guerra do Iraque, é necessário uma breve retrospectiva de duas guerras anteriores, ocorridas na mesma região, também envolvendo o Iraque, pois ambas são de fundamental importância para uma melhor compreensão das razões e consequências da última destas três guerras.

### **1.1) A Guerra Irã x Iraque (1ª Guerra do Golfo)**

Na década de 1970, o Irã era governado pelo Xá Reza Pahlevi, um governo alinhado com os países ocidentais. Um grupo de predominância religiosa xiita organizou um forte movimento de oposição com o objetivo de lutar contra o processo de ocidentalização das práticas e instituições do Irã. No ano de 1977, esse movimento conseguiu promover o retorno do conservador aitaolá Ruholá Khomeini, que viria a transformar o país em um Estado teocrático.

A consolidação do governo do aitaolá Khomeini veio a representar uma ameaça aos interesses políticos e econômicos dos Estados Unidos e do Iraque, seu país vizinho. Tal oposição se iniciou quando, o próprio governo iraniano decidiu cortar suas relações diplomáticas e econômicas com os Estados Unidos.

Com isso, o governo norte-americano perdia um de seus mais importantes aliados e fornecedores de petróleo em todo Oriente Médio. Diante de tal impasse, os EUA passaram a estreitar relações com o Iraque visando à deflagração de uma guerra que pudesse derrubar o regime islâmico iraniano.

Na época, Saddam Hussein usou de uma injustificada disputa pelo controle do canal de Shatt-al-Arab, por onde ambos os países realizavam o escoamento

de seus produtos. Ante a negativa iraniana em ceder os territórios, Saddam decidiu invadir o Irã, em Setembro de 1980.

Enquanto os iranianos realizavam ataques contra a ação intervencionista do regime de Saddam Hussein, os EUA e outras nações árabes de orientação sunita apoiaram militarmente as forças iraquianas. Nesse meio tempo, a minoria curda que vivia no Iraque aproveitou do período instável para guerrear contra o ditador Saddam Hussein na esperança de estabelecer um governo independente na região. Contudo, o reforço bélico estrangeiro serviu para promover o genocídio dessa famigerada minoria étnica.

A deflagração desse conflito paralelo permitiu que os iranianos resistissem durante oito anos contra as intenções políticas e econômicas de seus principais inimigos. O prolongamento das lutas acabou desgastando os dois lados do conflito.

Em 1987, a ONU editou a resolução 598, a qual expressava a preocupação pelas violações ao direito humanitário, o bombardeio a centros civis e o uso de armas químicas; Ademais pedia um cessar-fogo e intercâmbio de prisioneiros.

Inicialmente houve uma resistência do Irã em aceitar os termos dessa resolução, mas em 1988,

finalmente, o Irã aceitou os termos da resolução 598. Nestes termos, Irã e Iraque assinaram um cessar-fogo que preservou os mesmos limites territoriais anteriores à guerra e cessaram as hostilidades.

Nesse conflito armado mais de 700 mil (há quem fale em mais de 1 milhão) vidas foram ceifadas, sem que houvesse, ao final do conflito, nenhum tipo de alteração de fronteiras. Depois do cessar-fogo, vários países árabes decidiram se reaproximar do governo iraniano, respeitando seu regime e seus governantes.

Por outro lado, Saddam Hussein acabou perdendo o apoio militar dos EUA que também declaravam deixar de intervir diretamente no cenário político do Oriente Médio. Alguns anos depois, o projeto intervencionista de Saddam viria a entrar em conflito com os interesses dos próprios norte-americanos.

## **1.2) A Guerra do Kwait (2ª Guerra do Golfo)**

O Iraque se encontrava muito enfraquecido, em virtude da longa guerra contra o Irã (1980-1988). O Kwait havia nascido por decisão inglesa. Tratado assinado em 1913, por ingleses e Otomanos definiu o Kwait como região autônoma do Império Otomano. Após a primeira

guerra mundial, com a queda do Império Otomano, a Inglaterra declarou o Kwait um território independente, mas sob proteção britânica.

Em 1922, por determinação da Inglaterra (Protocolo de Uqair), foram definidas novas fronteiras para o Kwait. Em 1923, o governo britânico impôs novas fronteiras para o Kwait, ampliando o território kwaitiano em prejuízo do Iraque. Houve prejuízos no acesso do Iraque ao Golfo Pérsico. O rei iraquiano não reconheceu os novos limites, mas como o Iraque, nessa época, encontrava-se sob o controle inglês, nada pôde fazer.

Nas palavras de Tarek Aziz<sup>51</sup>, ex-ministro das Relações Exteriores do Iraque:

*Quando olhamos para as fronteiras entre o Iraque e o Kuwait vemos que são fronteiras artificiais. O Kuwait até 1920 era só uma pequena cidade. Quanto às duas ilhotas, Boubian e Warba, o problema é o mesmo. Warba está mais próxima das costas iraquianas e, sobretudo não tem nenhum valor para o Kuwait; em contrapartida é vital para o Iraque, que quase não tem acesso ao mar.*

Para a recuperação do Iraque, era importante manter o preço do barril do petróleo em alta. Entretanto, por pressões do mercado ocidental, especialmente dos

---

<sup>51</sup> DENAUD, Patrick. Iraque: a guerra permanente, p. 38

USA, Kwait e outros países produtores aumentaram a produção, gerando a queda nos preços.

O Iraque pediu, por isso, compensações do Kwait:

- a) cancelamento da dívida de empréstimos (feitos para a guerra contra o Irã);
- b) cessão de duas ilhas que permitiriam ao Iraque melhor saída para o mar;
- c) ajuda de US\$10 bilhões;
- d) indenização de US\$2,4 bilhões pela exploração, pelo Kwait, do campo petrolífero de Rumailah, considerado iraquiano.

Estas reivindicações não foram aceitas e, em total desrespeito às leis internacionais, Saddam Hussein inicia uma invasão ao Kwait.

Apesar do apoio militar dos americanos, durante a guerra Irã-Iraque, Saddam Hussein não era mais um governo alinhado com os interesses americanos no Oriente Médio. Dois anos após o fim da Guerra Irã-Iraque, em 02/08/1990, este último invadiu o Kwait. Nos meses seguintes houve uma intensa campanha de demonização de Saddam Hussein em todas as mídias, internacionais e nacionais.

Em razão da invasão, os USA, com o respaldo legal da ONU e o apoio da opinião pública mundial, começaram a bombardear Bagdá em 17/01/1991. Autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU, tropas de 34 países, liderados pelos USA, lutaram a guerra do

Golfo Pérsico, com o objetivo de expulsar as tropas iraquianas e restabelecer a soberania do Kwait sobre o seu território.

Foi uma guerra rápida. Em 23/02/1991, as tropas aliadas removeram as tropas iraquianas do Kwait. Em 27/02/1991 o Iraque se rendeu. O número estimado de mortos durante a guerra foi de 100 mil soldados e 50 mil civis iraquianos, 30 mil Kwaitianos e 510 homens da força de coalizão (números bastante desiguais). Houve desastres ambientais com derramamento de óleo no golfo e incêndio de vários poços de petróleo.

## **2) Guerra do Iraque (3ª Guerra do Golfo)**

Segundo Peter Singer<sup>52</sup>, para a deflagração da Guerra contra o Iraque, em março de 2003, os USA apresentaram dois argumentos principais:

- 1-) Existência de armas de destruição em massa, em poder de Saddam Hussein, o que violaria os termos do cessar-fogo estabelecido após o fim da Guerra do Kwait. Por esse motivo, segundo os Estados Unidos, a coligação que lutara no Iraque em 2001 poderia dar novo início às hostilidades.
- 2-) Libertação do povo iraquiano de um tirano que fora, durante os longos anos da seu governo, responsável pelas mortes de centenas de milhares

---

<sup>52</sup> SINGER, Peter. **A GUERRA DO IRAQUE.**



de pessoas. Enquanto Saddam canalizava as receitas petrolíferas para projetos militares e palácios extravagantes que satisfaziam o seu desejo de luxo, muitos iraquianos permaneciam numa pobreza miserável.

Destes, o principal argumento a favor da guerra era que o Iraque não teria acabado com as armas de destruição em massa, em flagrante violação ao que ficou estabelecido em resoluções anteriores do Conselho de Segurança da ONU.

Apesar de uma relutância inicial, o Iraque estava cooperando com os inspetores da ONU no trabalho de fiscalização das instalações e dos armamentos. O relatório dos inspetores apontava para a não existência de armas químicas ou biológicas e as armas encontradas, que estavam fora dos limites estabelecidos nos termos do cessar-fogo, estavam sendo destruídas. Mais da metade delas já havia sido destruída, na data do ataque norte-americano.

Os Estados Unidos, porém, buscavam uma justificativa qualquer para a ação militar contra o Iraque e para isso, até documentos grosseiramente falsos foram apresentados na tentativa de justificar a guerra. Falando sobre uma das alegações norte-americanas, a alegada

compra de urânio pelo Iraque no Níger, Seymour Hersh<sup>53</sup>, afirmou que:

*Tal informação, no entanto, caiu por terra, quando o diretor da AIEA (Agencia Internacional de Energia Atômica), Mohamed El Baradei, afirmou ao Conselho de Segurança da ONU que aqueles documentos eram falsos. E que, aliás, tratava-se de uma fraude grosseira. Um dos documentos apresentados como prova e datados de 2000 era assinado por um ministro das relações exteriores de Níger, que deixara o cargo em 1989. Em outro documento a assinatura do presidente de Níger Tandja Momodu fora falsificada.*

Um segundo argumento utilizado pelos americanos era a libertação do povo iraquiano contra o autoritarismo de Saddam Hussein. Nada mais falso. Será que haveria mesmo motivos éticos ou humanitários para libertar o povo iraquiano?

É bem verdade que Saddam Hussein era um ditador cruel e responsável pela morte de muitos iraquianos. Mas este argumento ético não constitui uma justificação legítima para um ataque ao Iraque ou a qualquer outro país. Ora, a soberania dos Estados é reconhecida pelo Direito Internacional, independentemente

---

<sup>53</sup> HERSH, Seymour. Cadeia de comando, p. 230.

da forma como são constituídos os seus governos, seja democracia ou ditadura.

A Carta das Nações Unidas, inclusive, estabelece em seu artigo 2º, 7, de forma expressa, que: *“Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII”*.

Em casos extremos, porém, tem sido reconhecido um direito de base ética à intervenção humanitária quando da ocorrência de genocídios ou de graves violações aos direitos humanos, com repercussão a nível internacional. Não obstante as atrocidades cometidas contra os curdos, em 1988 ou contra os xiitas, em 1991, Saddam não se encontrava, em 2003, envolvido em qualquer forma de massacre generalizado que justificasse uma intervenção humanitária.

O governo americano esforçava-se para aprovar uma nova Resolução para declarar que o Iraque não se desarmara e, com isso, autorizar o uso da força contra este país. Tornou-se, evidente, porém, que a França e talvez a

Rússia e a China utilizariam o veto para impedir a aprovação de tal resolução.

Ademais, para surpresa de Bush, Saddam aceitou a presença dos inspetores da ONU, que se revelaram incapazes de apresentar provas da existência de armas de destruição maciça no Iraque. Se as inspeções prosseguissem, os Estados Unidos não teriam mais quaisquer motivos para atacar Saddam.

Vendo que não conseguiriam a aprovação formal de uma Resolução e nem de uma maioria na ONU que apoiasse a ação militar contra o Iraque, os Estados Unidos deixaram de recorrer a Resoluções das Nações Unidas para afirmar a legitimidade de um ataque.

Não obstante seus esforços, os USA não lograram convencer a ONU da existência de justificativa para a invasão do Iraque. Nesse sentido, Andrew Patrick Traumann<sup>54</sup> afirmou que:

*[...]precisava convencer o mundo e a ONU de que o Iraque ainda possuía as armas químicas e biológicas que usara na guerra contra o Irã, além de um programa nuclear em estágio avançado. Apenas conseguiu convencer a opinião pública interna. No mundo todo, foram feitos gigantescos protestos contra uma guerra, cujos objetivos econômicos e*

---

<sup>54</sup> TRAUMAN, Andrew Patrick. *Oo Falcões pousaram: o papel da ONU no conflito USA-Iraque (1990-2003)*

*estratégicos eram evidentes. Bush não conseguiu convencer a ONU."*

Bush já tinha decidido a agir, independentemente do que fosse decidido pelo Conselho de Segurança. Havia ficado claro que os USA agiriam por conta própria, ainda que sem autorização do Conselho de Segurança, em frontal violação das normas de Direito Internacional e em total desrespeito à ONU.

Na verdade, todas as alegações apresentadas pelos americanos para justificar o ataque armado ao Iraque não se sustentavam em fatos, senão vejamos:

- Existência de armas químicas, biológicas, de destruição em massa; *(Antes do início da guerra, já havia informações da não existência de armas químicas, biológicas e de destruição em massa no Iraque. Mesmo depois de oito anos, ao fim da guerra, não foram encontradas referidas armas no território iraquiano).*
- Não aceitação, por parte do Iraque, de inspeção pela ONU, em atendimento à Resolução 1441 de 2002 do Conselho de Segurança; *(No início de 2003, antes do início da guerra, Saddam aceitou a presença dos inspetores da ONU, que não foram capazes de confirmar a existência de tais armas).*
- O Iraque teria comprado urânio do Níger (África) para fabricação de armas nucleares; *(Tal informação também se revelou falsa, antes mesmo do início do ataque. Os documentos apresentados para a comprovação da compra do urânio foram*

*grosseiramente falsificados. A Casa Branca retratou-se, finalmente, em julho, quando o ataque armado já se consumara).*

- Capacidade do Iraque de lançar um ataque biológico ou químico, em apenas 45 minutos após ser dada a ordem; *(Esta informação foi negada pelo órgão da aeronáutica norte-americana, responsável por este tipo de tecnologia).*
- Existência de uma ligação entre Saddam Hussein e a Al-Qaeda; *(Não foi encontrada prova alguma de relação conhecida, persistente e de alto nível entre o Iraque e a Al-Qaeda).*
- Libertação do povo iraquiano. *(Este argumento ético não constitui uma justificação legítima para o ataque ao Iraque. Na altura da invasão, Saddam não estava envolvido em qualquer forma de genocídio ou massacre generalizado).*

O Prof. Reginaldo Mattar Nasser<sup>55</sup> resume bem toda essa farsa da justificação da guerra, da seguinte forma:

*Como não tardou a ser demonstrado, tratava-se de uma grande mentira, uma das maiores falsificações na história da diplomacia fabricada pelo governo dos EUA e aliados e que contou com a colaboração da grande mídia, dos think tanks, de partidos políticos e de várias ONGs.*

De qualquer forma, mesmo se levando em conta o argumento ético de libertação do povo iraquiano, não se

---

<sup>55</sup> NASSER, Reginaldo Mattar. Iraque dez anos depois: a guerra é um grande negócio.

pode afirmar que a Guerra do Iraque foi uma guerra de último recurso. O próprio Saddam Hussein chegou a acenar com a possibilidade de realização de eleições, antes do início da guerra, mas nada disso foi levado em conta pelos Estados Unidos, na decisão de invasão do Iraque.

Além disso, o discurso contra a existência de armas químicas no Iraque perde o sentido, quando as tropas americanas fazem uso, contra os combatentes iraquianos, de armas químicas, a exemplo de uma forma melhorada de Napalm, um produto incendiário que provoca uma morte muito dolorosa. A utilização desse tipo de arma química, apesar de negado a princípio, foi confirmado posteriormente pelo Pentágono.

No artigo "Invasão do Iraque pelos EUA completa 10 anos de impunidade, Renata Nogueira<sup>56</sup> afirma que:

*[...] como já denunciado por várias organizações internacionais, o exército dos EUA também fez uso do que se pode chamar de “armas de destruição em massa”, como as bombas de rácimo, fósforo branco, urânio empobrecido e um novo tipo de napalm (substância que também usou na sua Guerra contra o Vietnã, na*

---

<sup>56</sup> NOGUEIRA, Renata. Invasão do Iraque pelos EUA completa 10 anos de impunidade.

*década de 1970), em áreas urbanas densamente habitadas.*

Apesar da ONU nunca ter condenado, formalmente, a invasão do Iraque pelos USA e aliados, a ilegalidade de tal conduta é indiscutível. Nesse sentido, Leandro Guerreiro C. Pinheiro<sup>57</sup>, em artigo sobre análise da legalidade da guerra do Iraque, cita palavras proferidas por Kofi Annan, Secretário-geral da ONU à época, em conferência realizada no dia 10 de março de 2003: “*se os EUA e outros pretendem agir fora do Conselho e adotar uma ação militar, isso não estaria em conformidade com a Carta das Nações Unidas. (ANNAN, 2003)*”.

## **2.1) A verdadeira razão da guerra: O petróleo**

Os principais e verdadeiros objetivos norte-americanos na invasão do Iraque eram: a) garantia para eles das reservas de petróleo e do seu suprimento por muitas décadas; b) criação de um Estado visceralmente pró-americano no Golfo Pérsico; c) expansão geopolítica e econômica, baseada na submissão dos outros países pelo medo de sua força e pela certeza da impossibilidade de confrontá-los militarmente.

---

<sup>57</sup> PINHEIRO, Leandro Guerreiro C.. Guerra do Iraque: Análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional Contemporâneo.



O Prof. Michael Klare<sup>58</sup>, da Amhrest University afirma que: “[...] *as guerras no Oriente Médio tiveram como pano de fundo a disputa pelo controle do petróleo. Como exemplo, cita guerras como a do Yom Kippur (1973), Irã-Iraque (1980-1988) e a do Golfo (1991) [...]*”.

O custo financeiro do conflito para os países da coalizão foi tremendamente alto. Estima-se que o Reino Unido gastou, pelo menos, US\$9 bilhões de dólares e o governo americano reportou ter gasto US\$845 bilhões de dólares no esforço de guerra. Um estudo feito pela Universidade de Brown afirmou que a guerra custou US\$1,7 trilhões de dólares.

Os custos humanos da guerra são difíceis de calcular. Segundo artigo do Prof. Reginaldo Mattar Nasser<sup>59</sup>, da PUC/SP:

O número exato de civis iraquianos mortos ainda é desconhecido, mas as estimativas situam entre 150 a 500 mil e três milhões de pessoas deslocadas internamente. Há que se somar ainda as centenas de milhares de pessoas que morreram de doenças causadas por água contaminada, quando os EUA destruíram o sistema de tratamento de água do país.

---

<sup>58</sup> SCIARRETA, Toni. Petróleo: o combustível da guerra no Oriente Médio.

<sup>59</sup> NASSER, Reginaldo Nasser. Iraque dea anos depois: a guerra é um grande negócio.

Ainda sobre as perdas humanas, segundo Andrew Patrick Traumann<sup>60</sup>:

O número estimado de mortos durante a guerra é de cem mil soldados e sete mil civis iraquianos, trinta mil civis kuwaitianos e quinhentos e dez soldados da coalizão. Contudo, organizações independentes de direitos humanos afirmam que o número de baixas civis foi bem maior do que o admitido pelo governo Bush.

A guerra ainda provocou uma crise de refugiados e de deslocamentos humanos dentro do próprio território iraquiano. Sobre este tema, segundo Renata Nogueira<sup>61</sup>:

[...] de acordo com a base de dados sueca do Instituto Internacional de Pesquisas da Paz de Estocolmo (Sipri, da sigla em inglês), há também entre 2,3 milhões e 2,6 milhões de pessoas que foram forçadas a deslocar-se internamente (por isso, não são contadas como refugiadas), número reduzido a 1,3 milhão pelas estimativas da ONU, que só contabiliza os que foram inscritos pelas autoridades iraquianas desde 2006.

Além das mortes e dos ferimentos, a guerra provocou diversos outros prejuízos. Milhares de casas e

---

<sup>60</sup> TRAUMANN, Andrew Patrick. Os falcões pousaram: o papel da ONU no conflito EUA-Iraque (1990-2003).

<sup>61</sup> NOGUEIRA, Renata. Invasão do Iraque pelos EUA completa 10 anos de impunidade.

prédios bombardeados e longos períodos de privação de serviços básicos, tais como eletricidade, água corrente, proteção policial. O Prof. Reginaldo Mattar Nasser<sup>62</sup> afirma que:

No que se refere aos custos econômicos da guerra, as cifras são assustadoras. Segundo J. Stiglitz (Premio Nobel de economia) beira os 4 trilhões de dólares. A Dívida dos EUA subiu de \$ 6,4 trilhões em março de 2003 para US\$ 10 trilhões em 2008 (antes da crise financeira), sendo que pelo menos 25% de montante é diretamente atribuível à guerra.

Soma-se a todas estas consequências, diversos desastres ambientais tais como a dispersão de material radioativo e de produtos químicos perigosos. Registre-se ainda que houve uma grande perda cultural, com ocorrência de saques em Museus com perdas irreparáveis de artefatos antigos, estátuas, jóias, vasos e moedas. Incêndio de bibliotecas que teve como resultado a perda de centenas de milhares de documentos, incluindo manuscritos islâmicos com mais de nove séculos.

Apesar de ter conseguido eliminar Saddam e destruir seu governo, a ocupação anglo-americana levou o

---

<sup>62</sup> NASSER, Reginaldo Mattar. Iraque dea anos depois: a guerra é um grande negócio.

Iraque a uma onda de violência sectária de enormes proporções. Após a invasão, uma nova constituição foi escrita, apoiando os princípios democráticos, desde que estes não ferissem as tradições islâmicas. O país tornou-se uma república parlamentarista, após as eleições de 2005.

A região do Curdistão permaneceu autônoma e a estabilidade trouxe uma certa prosperidade econômica à região, o que atraiu muitos dos refugiados iraquianos. Facções de fundamentalistas reiniciaram a campanha de violência contra o governo pró-ocidente. Em junho de 2014, os insurgentes chegaram a conquistar grandes cidades como Mossul e Tikrit, enquanto marchavam rumo a Bagdá. O conflito sectário entre xiitas e sunitas reacendeu com toda intensidade.

Em agosto de 2014, já sob a presidência de Barack Obama, os USA voltaram a realizar ataques aéreos contra alvos dos insurgentes, na região noroeste do país. As Nações Unidas também colocaram um pequeno contingente (quase 900 capacetes azuis) no Iraque para proteger o pessoal da ONU e as suas instalações.

Mesmo após muitos anos da ocupação do Iraque, o país permanece em guerra civil, com um governo fraco e sem legitimidade, imposto pelas forças de ocupação. O

país se encontra em ruínas e dividido em facções sectárias (árabes, sunitas, árabes xiitas e curdos) e milícias, além da ocupação de parte de seu território pela organização terrorista Estado Islâmico.

De acordo com a Anistia Internacional, cerca de 8 milhões - quase um terço de uma população de 27 milhões - precisam de ajuda humanitária. Tudo isso agravado por décadas de guerras e sanções internacionais que provocaram falta de investimento em saúde e saneamento. Toda essa situação de caos, possibilitou e até facilitou o crescimento da Al-Qaeda e, posteriormente, do Estado Islâmico no território iraquiano.

### **2.3) O Tribunal Penal Supremo Iraquiano**

Pouco tempo depois da invasão, a coalizão internacional criou a APC - Autoridade Provisória da Coalizão, como governo de transição, até o estabelecimento de um novo governo. Fazendo referência à Resolução 1483/2003 do Conselho de Segurança da ONU e às leis de guerra, a APC revestiu-se de autoridade legislativa, executiva e judicial, a partir de 21 de abril de 2003 até sua dissolução em 28 de junho de 2004.

Nesse período, estabeleceu-se a necessidade de criação de um Tribunal Especial Iraquiano, com competência material internacional. Assim, sob o governo da Autoridade Provisória da Coalizão, foi instituído o referido Tribunal.

É bem verdade que, após o estabelecimento do Governo Transitório do Iraque em 30 de junho de 2004, este emendou o Estatuto de criação do Tribunal Especial Iraquiano, integrando-o na legislação nacional e renomeando-o para Tribunal Penal Supremo Iraquiano.

O fato deste Tribunal ter sido criado pelas tropas da coalizão que ocupavam o Iraque deixou grandes dúvidas sobre a sua conformidade com o direito internacional humanitário e não foi aceito, por óbvio, pela sociedade iraquiana.

A criação destes tribunais híbridos, por possuírem elementos de natureza diversa em sua formação, tanto da legislação interna, quanto de normas internacionais, tem como objetivo dar legitimidade ao seu estabelecimento e, ao mesmo tempo, a transparência e segurança das normas de direito internacional. Nesse sentido, segundo a Profa.

Renata Mantovani<sup>63</sup>: “A idéia, portanto, é conjugar os benefícios da experiência da comunidade internacional com a legitimidade dos atores locais”.

Apesar da rejeição da sociedade iraquiana, o Tribunal Penal Supremo Iraquiano foi criado com jurisdição sobre crimes internacionais e nacionais. Conforme ficou estabelecido no estatuto de criação deste Tribunal, sua competência estaria limitada aos atos cometidos entre 17 de julho de 1968 e 1º de maio de 2003.

Quanto à competência *ratione loci*, o Tribunal Supremo poderia julgar os crimes cometidos no território do Iraque, bem como aqueles cometidos no território do Irã e do Kwait, desde que abrangidos pelos critérios materiais e temporais.

Ademais, a competência *ratione personae* limitava a atuação do Tribunal Supremo ao indiciamento e ao processo de cidadãos e residentes iraquianos, voltada principalmente à punição de pessoas que ocupavam altos cargos no comando político-militar.

Segundo a doutrinadora Maria João Dias Carapêto<sup>64</sup>:

---

<sup>63</sup> LIMA, Renata Mantovani de. A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento da justiça internacional penal. Tese de doutorado, p. 164.

*O âmbito jurisdicional dos crimes cometidos nos art.ºs 11º a 14º, 5 compreendia cidadãos nacionais iraquianos ou residentes no Iraque e no âmbito temporal eram compreendidos os crimes cometidos entre 17 de Julho de 1968 e 1 de Maio de 2003. Por sua vez, eram compreendidos no âmbito territorial os crimes que tivessem sido cometidos no território da República do Iraque ou noutro lugar, incluindo os crimes cometidos em conexão com as guerras do Iraque contra a República Islâmica do Irão e o Estado do Kuwait e a jurisdição dos crimes previstos nos arts. 12º e 13º, 6 cometidos contra o povo iraquiano (incluindo árabes, curdos, turcomanos, sírios, xiitas e sunitas) e que tivessem sido cometidos ou não, em conflito armado.*

Desde sua criação, o Tribunal Especial Iraquiano sempre foi muito contestado juridicamente por ter sido criado por forças de ocupação. Em artigo sobre este tema, Maria João Dias Carapêto<sup>65</sup> assim se manifestou:

*O TEICH (Tribunal Especial Iraquiano para Crimes contra a Humanidade) padecia de graves problemas de legitimidade e de conformidade com o Direito Internacional Humanitário porque os seus Estatutos foram promulgados na*

---

<sup>64</sup> CARAPÊTO, Maria João Dias. A criação do Supremo Tribunal Iraquiano

<sup>65</sup> Idem.



*vigência da ocupação e não pelo próprio Governo Iraquiano. Por outro lado, a Lei Penal iraquiana não previa crimes como o Genocídio e os Crimes contra a Humanidade e os ETEICH (Estatutos do Tribunal Especial Iraquiano) previam-nos expressamente, numa efetiva mudança ao regime de Direito Penal existente (contrariamente ao previsto na IV CV de Genebra relativa às obrigações das potências ocupantes).*

Por esse motivo, o Governo Transitório do Iraque emendou o Estatuto de criação deste Tribunal, integrando-o na legislação nacional e renomeando-o para Tribunal Penal Supremo Iraquiano, com vistas a dar-lhe maior legitimidade.

Apesar de todas estas críticas, o Tribunal Supremo foi instalado em Bagdá e iniciou o julgamento de Saddam Hussein. O julgamento foi tumultuado, inclusive com o assassinato de três advogados de defesa e a substituição de três juízes do caso, sem motivo aparente, o que acabou por reacender as críticas àquele tribunal.

A sentença de Saddam foi lida em 5 de novembro de 2006. Após julgamento rápido do recurso, Saddam Hussein foi condenado à pena de morte, por enforcamento e foi executado no dia 30 de dezembro de 2006.

A ideia da criação de Tribunais híbridos é dar legitimidade e transparência aos processos por crimes de guerra e contra a humanidade, em países que se encontram em situação de fragilidade e sem estrutura suficiente para fazê-lo. Estes tribunais, porém, devem ser criados em total conformidade com as normas de direito internacional, de forma legítima e de modo a dar uma resposta ao desejo de justiça daquela comunidade, contribuindo para a reconstrução da unidade nacional.

No caso do Iraque, somos forçados a concordar com Maria João Dias Carapêto<sup>66</sup>, quando na conclusão de seu artigo afirma que:

*Se o objetivo era a criação de um tribunal inovador e com o estrito respeito pelas normas do direito internacional, não nos parece que tal meta tenha sido alcançada, atendendo a que o STI (Supremo Tribunal Iraquiano) acabou por afastar as cautelas tidas na elaboração dos ETEICH (Estatuto do Tribunal Especial Iraquiano para Crimes contra a Humanidade). A razão de ser de um tribunal interno é a legitimação de um novo regime face ao anterior e o restabelecimento do respeito pela Lei e pelo Direito, através do julgamento dos infratores nesse Estado soberano onde ocorreram as*

---

<sup>66</sup> Ibidem.

*violações. A intenção da criação do STI foi essa, mas a verdade é que as principais críticas que lhe foram apontadas, como a ilegitimidade e falta de independência dos juízes puseram em causa a sua neutralidade e racionalidade. [...] No caso iraquiano, consideramos que os objetivos de imparcialidade não foram atingidos, atendendo à percepção internacional que designou os julgamentos como «Justiça dos Vencedores».*

## **CONCLUSÃO**

No presente artigo, apresentamos, sucintamente, os conflitos armados entre o Irã e o Iraque e a invasão do Kuwait pelo Iraque, como antecedentes históricos da Guerra do Iraque. Quando da invasão do Iraque, em 2003, pelas forças de coalizão, o Iraque se encontrava em uma situação deplorável, totalmente destruído após anos de guerra e de desmandos de um governo tirano. Ainda assim, os USA alegavam que o Iraque possuía armas de destruição em massa e representava um perigo à humanidade e à segurança nacional norte-americana. Com o discurso de guerra ao terror, os USA e aliados invadem o Iraque em uma total afronta às normas de Direito Internacional e em desrespeito flagrante à autoridade da ONU, como

organização internacional, responsável pela segurança e paz mundial.

Com o desenrolar da guerra do Iraque, ficou cada vez mais claro para a comunidade internacional que o objetivo da guerra não era a existência de armas químicas em poder de Saddam Hussein e muito menos a libertação do povo iraquiano de um governo autoritário e violento. Os USA visavam, na verdade, o controle de uma região rica em petróleo e estratégica do ponto de vista geopolítico e econômico. Para alcançar esse objetivo, promoveu uma guerra evidentemente ilegal, com consequências trágicas, principalmente para o povo iraquiano, e contrária a todos os mais básicos princípios que fundamentam o Direito Internacional.

Restou evidente para toda a comunidade internacional que os USA violaram descaradamente as leis internacionais ao promover a Guerra do Iraque. E, não obstante os diversos e evidentes crimes e violações do direito internacional, praticados pelas forças norteamericanas e aliadas, nenhuma sanção foi imposta aos USA. Tal fato põe em xeque a própria estrutura das organizações internacionais, que se apresentam incapazes

de agir quando o infrator é a maior superpotência militar e econômica do planeta.

José Saccheta<sup>67</sup>, citando o Prof. David Chiang, sintetiza bem esse sentimento de que os governos e as organizações internacionais são incapazes de impor sanções às grandes potências mundiais, nos seguintes termos:

Provavelmente não acontecerá nada, do ponto de vista dos outros governos. Quem irá propor sanções aos Estados Unidos? Seria suicídio. O que temos agora é uma situação em que a opinião pública mundial se coloca contra o governo de Washington, mas seus governantes não expressam esse sentimento", diz o norte-americano David Chiang, especialista em direito internacional da Universidade de Princeton.

## REFERÊNCIAS

BROWN, Nathan J. **IRAN-IRAQ WAR** Disponível em [http://web.archive.org/web/20090406234844/http://encarta.msn.com/encyclopedia\\_761580640\\_2/Iran-Iraq\\_War.html](http://web.archive.org/web/20090406234844/http://encarta.msn.com/encyclopedia_761580640_2/Iran-Iraq_War.html). Acesso em 14/12/2016.

CARAPÊTO, Maria João Dias. **A criação do Supremo Tribunal Iraquiano.** Disponível em: [http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/05/CEDIS-Working-Paper\\_DSD\\_a-cria%C3%A7%C3%A3o-do-](http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/05/CEDIS-Working-Paper_DSD_a-cria%C3%A7%C3%A3o-do-)

---

<sup>67</sup> SACCHETTA, José. Guerra no Iraque viola leis, dizem especialistas.

supremo-tribunal-iraquiano.pdf. Acesso em 15 de dezembro de 2016.

DENAUD, Patrick. **Iraque: a guerra permanente**. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2003.

HALLIDAY, Denis. **Porque renunciei ao meu posto em protesto contra as sanções**. Disponível em: <<http://ibnkhaledoun.net.br/embargo.htm>>. Acesso em: 08.Nov.2016.

HERSH, Seymour. **Cadeia de comando**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro. 2004.

LIMA, Renata Mantovani. **Tribunais Híbridos e Justiça Internacional Penal**. Belo horizonte: Arraes Editora, 2012.

McCARTHY, Andrew C. **It's a pity somebody has to win**. Artigo publicado em 3 de março de 2012, National Review Online [S.l.: s.n.]. Disponível em: <<http://www.nationalreview.com/article/292496>>. Acesso em 15 de dezembro de 2016.

NASSER, Reginaldo Mattar. **Iraque dez anos depois: a guerra é um grande negócio**. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Iraque-dez-anos-depois-a-guerra-e-um-grande-negocio-/6/27750>>. Acesso em: 08.Set.2016.

NOGUEIRA, Renata. **Invasão do Iraque pelos EUA completa 10 anos de impunidade**. Folha Online, São Paulo, 18 de março de 2003. Disponível em: <[http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id\\_noticia=208778](http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_noticia=208778)>. Acesso em: 10.Set.2016.

PINHEIRO, Leandro Guerreiro C. **Guerra do Iraque: análise de sua legalidade frente ao Direito Internacional Contemporâneo.** Disponível em [http://www.soleis.com.br/artigos\\_guerra\\_iraque.htm](http://www.soleis.com.br/artigos_guerra_iraque.htm). Acesso em: 08.Set.2016.

SACCHETTA, José. Guerra no Iraque viola leis, dizem especialistas. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Iraque-dez-anos-depois-a-guerra-e-um-grande-negocio-/6/27750>>. Acesso em: 08.Nov.2016.

SCIARRETA, Toni. **Petróleo: o combustível da guerra no Oriente Médio.** Folha Online, São Paulo, 18 de março de 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2003/guerranoiraque/0019.shtml>>. Acesso em: 08.Set.2016.

SINGER, Peter. **A guerra do Iraque.** Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn Disponível em: <[http://criticanarede.com/eti\\_bush9.html](http://criticanarede.com/eti_bush9.html)>. Acesso em: 08.Nov.2016.

TRAUMANN, Andrew Patrick. **Os falcões pousaram: o papel da ONU no conflito EUA-Iraque (1990-2003).** Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/015/15traumann.htm>>. Acesso em: 10.Set.2016.

VIEIRA, Pedro Guimarães. **De 11 de setembro à morte de Osama Bin Laden: uma análise da "Guerra ao Terror" à luz do Direito Internacional.** Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiscentegy/article/view/23838>>. Acesso em: 08.Dez.2016.



**A MANUTENÇÃO DO CONFLITO DE  
COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO  
CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA  
PRATICADOS POR MILITAR CONTRA CIVIL  
FRENTE A LEI 13.491/17.**

*Paulo Henrique Brant Vieira  
Mariel Rodrigues Pelet*

**INTRODUÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988 e denominada pela doutrina de Constituição Cidadã, tratou em seu texto da competência dos órgãos do Poder Judiciário, dentre estes, a Justiça Militar, a qual possui previsão de jurisdição tanto em âmbito federal como Estadual.

Após o ano de 1988, a Constituição passou por diversos aperfeiçoamentos por meio de Emendas Constitucionais onde, a de número 45, no ano de 2004, trouxe mudanças significativas no que tange à competência do judiciário. Dentre estas mudanças é possível verificar a competência da Justiça Comum, precisamente pelo Tribunal do Júri, para julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civis,

mandamento normativo este que está inserido no art. 125, § 4º na carta magna.

A modificação da competência inserida pela EC/45 buscou acertar uma má construção legislativa ocorrida no ano de 1996, quando legislação ordinária alterou o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, onde, dentre estas alterações, retirou a competência da Justiça Militar, matéria de ordem constitucional, provocando no contexto doutrinário e jurisprudencial diversas manifestações a respeito da temática.

Apesar desta tentativa do legislador constitucional em afastar qualquer possibilidade de dúvida quanto a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis, ao fazê-lo na seção que regula os Tribunais e Juízes dos Estados (art. 125, § 4º) oportunizou tratamento diferenciado para o julgamento de tais crimes quando cometidos por militares federais (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou por militares dos Estados (Policiais Militares e Bombeiros Militares).

Em 13 de outubro de 2017 o legislador infraconstitucional mais uma vez demonstrou inabilidade para legislar sobre matéria especial militar ao promover alteração no Decreto- Lei 1.001/69 que regulamenta o

Código Penal Militar (CPM) por meio da Lei 13.491/17 dando uma nova roupagem ao conceito de crime militar, ampliando com esta alteração as regras de competência da Justiça Militar Estadual e Federal, contudo, mantendo tratamento desigual quando o assunto é os crimes militares dolosos contra a vida em que a vítima é civil.

A pesquisa apresentou como problema a manutenção da desigualdade de tratamento nos crimes doloso contra a vida em que militares federais, na execução de mesma atividade que os policiais militares dos estados, restando de suas atividades resultado morte, não se deparam com um mesmo órgão julgador. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, ou seja, a partir das hipóteses formuladas deduz a solução do problema. Quanto aos objetivos, é uma pesquisa bibliográfica, para a elaboração do embasamento teórico, e quanto aos procedimentos é uma pesquisa do tipo documental, para coleta de dados.

## **2. A COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR MILITARES CONTRA CIVIS.**

## **2.1 As alterações inseridas pela Lei 9.299/96 no Código Penal Militar e Processual Militar como marco da insegurança jurídica.**

O Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, faz previsão de três tipos penais que atentam contra a vida, sendo o Homicídio em sua forma dolosa e culposa, a Provocação direta ou auxílio a suicídio e o Genocídio, diferentemente da legislação comum que possui tipos penais mais abrangentes de proteção à vida, como, por exemplo, o aborto.

No ano de 1996 fora sancionada a Lei 9.299/96 que alterou dispositivos do Decreto-Lei 1001, Código Penal Militar e Decreto-Lei 1.002, Código de Processo Penal Militar, momento em que fez inserção de dispositivo de Lei que alterava a competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e cometidos contra civil, os quais passavam a ser da competência da Justiça Comum, especificamente, Tribunal do Júri. Sobre a alteração pontuou Jorge Cesar de Assis<sup>68</sup> que:

---

<sup>68</sup>ASSIS, Jorge Cesar de. Direito Militar: Homicídio: Aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito\\_militar\\_homicidio\\_aspectos\\_penais\\_e\\_processuais\\_em\\_face.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_militar_homicidio_aspectos_penais_e_processuais_em_face.pdf)>. Acesso em: 07nov17>

a promulgação da lei 9.299/96, se deu em face da pressão gerada por fatos envolvendo policiais militares que culminaram com mortes de civis, de repercussão nacional, como as chamadas chacinas do Carandiru e da Candelária, Vigário Geral, Favela Naval, Eldorado dos Carajás, etc. (ASSIS).

Quando da mudança implementada, foi possível verificar que a mudança das regras de competência para o julgamento dos militares pela via da legislação ordinária não fora a mais precisa, pois se utilizou do caminho mais curto, alterando a legislação infraconstitucional quando o correto seria a alteração da própria constituição por meio de emenda constitucional, esclarecendo Jorge Cesar de Assis que “a bem da verdade, a Lei 9.299/96 operou, pela via ordinária, verdadeiro deslocamento de uma competência estabelecida pela própria constituição”.

Após as mudanças trazidas pela lei em comento, passou o Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar a reger sobre o tema com as seguintes regras:

**CPM**

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

**Parágrafo único.** Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil,

serão da competência da justiça comum

**CPPM**

Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos em tempo de paz.

(...)

§ 2º. Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar a justiça comum.

A nova regra estabelecida pela lei 9.299/96 provocou discussões diversas a respeito das regras de competência de ordem processual, buscando a ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.299/96, tendo impetrado Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, questionando a ilegalidade de possível instauração de inquérito policial militar para apuração dos crimes dolosos contra a vida, pois, as alterações demonstravam sendo a competência da Justiça Comum para o julgamento de tais delitos, não poderia ser diferente a inversão da investigação que deveria se transferir para a autoridade de polícia judiciária e não se mante nas mãos da autoridade de polícia judiciária militar. Sobre o assunto o Egrégio Supremo Tribunal Federal emitindo a seguinte decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES – CPPM, ART. 82, § 2º, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.299/96 – INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M – APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL – VOTOS VENCIDOS – MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal – Vencidos os Ministros CELSO DE MELO (Relator), MAURICIO CORREA, ILMAR GALVÃO E SEPULVEDA PERTENCE – entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de **aparente** validade constitucional. (STF, ADI 1494 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/06/2001, Tribunal Pleno).

A confirmação da aparente validade constitucional do dispositivo legal em análise, conforme julgamento, manteve a competência da polícia judiciária militar para a *investigação* dos crimes dolosos contra a vida, praticados por militares e policiais militares contra civil, afirmando

assim o disposto no art. 82, § 2º<sup>69</sup>, contudo, os votos dos Ministros que indeferiram a liminar não inviabilizaram uma possível investigação paralela pela polícia judiciária civil, julgamento este que causou perplexidade ao considerar apenas o caráter inquisitorial do inquérito mas esquecendo-se da condição humana daqueles militares que estavam sob investigação.

O Promotor de Justiça Fabiano Ferreira Furlan<sup>70</sup> em uma análise da decisão proferida apontou os seguintes pontos negativos:

Primeiro: representaria um incentivo ao gasto público, viabilizando a instauração de dois procedimentos apuratórios distintos com a mobilização de agentes públicos de órgãos diversos para fazerem a mesma coisa. A consideração do valor da hora trabalhada, mais os gastos com papeis, energia, combustível etc corroboram a acertiva formulada.

Segundo: acirrar a dicotomia, o distanciamento existente entre Polícia Civil e a Militar ao invés de

---

<sup>69</sup> Brasil. Lei 9.299/96. § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

<sup>70</sup>FURLAN, Fabiano Ferreira. Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e o inquérito policial militar. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.1, n.3, p. 54-55, dez, 2005/jan., 2006.



estimular a atuação conjunta, a união de esforços.

Terceiro: inviabilizaria a realização de uma investigação na busca de uma apuração eficaz. A possibilidade de mais uma autoridade dispor sobre a linha de investigação a ser trabalhada vai comprometer, inclusive, a colheita de prova.

Quarto: afetaria a formação da *Opinio delicti*. Os membros do Ministério Público que atuam na Justiça Militar e na Justiça Comum podem ter posicionamentos diferentes sobre o destino do caso concreto.

Quinto: geraria a possibilidade concreta de serem proferidas duas decisões distintas para o mesmo caso concreto, em flagrante *bis in idem*. (FURLAN, 2006, p. 55)

Ainda sobre as controvérsias geradas pela Lei 9.299/96, no que diz respeito a declaração de uma possível inconstitucionalidade, o Superior Tribunal Militar – STM, ao julgar Recurso Inominado em que se buscava a incompetência da Justiça Militar Federal para o Julgamento de crimes militares dolosos contra a vida tendo como vítima cidadão civil afirmou que:

RECURSO INOMINADO –  
DECLARAÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE  
“INCIDENTER TANTUM” –  
“EXCEPTIO INCOMPETENTIAE”

I – Exceptio incompetentiae da Justiça Militar da União, para processar e julgar crime doloso contra a vida de civil, em face da Lei nº 9.299, de 07.08.96, oposta pelo MPM e rejeitada, sem discrepância de votos, pelo Conselho Permanente de Justiça, para o Exército.

II – Em decorrência da rejeição da exceção oposta, o Parquet Militar interpôs Recurso Inominado.

III – Declarada, incidentalmente, pelo Tribunal, a inconstitucionalidade da Lei 9.299, de 07.08.96, no que se refere ao parágrafo único do art. 9º, do CPM e ao caput do art. 82 e seu § 2º, do CPPM, na forma do art. 97, da Constituição Federal, do art. 6º, III da Lei nº 8.457/92 e dos art. 4º, III e 65, § 2º, I do RISTM.

IV – Recurso Ministerial improvido.

V – Decisão Uniforme.  
**(Recurso Inominado nº 1996.01.006348-5/PE, julgado em 12/11/1996)<sup>71</sup>.**

Todavia, o STF divergiu do posicionamento do STM, quando da apreciação da matéria em controle

---

<sup>71</sup> BRASIL. **Superior Tribunal Militar**. Processual Penal Militar. Acordão. Recurso Inominado nº 1996.01.006348-5. UF: PE. Decisão : 12/11/1996. Ministro Relator José Sampaio Maia. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/filed/own/dev0/files/JUS2/STM/IT/RCRIMFO\\_6348\\_PE\\_12.11.1996.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filed/own/dev0/files/JUS2/STM/IT/RCRIMFO_6348_PE_12.11.1996.pdf). Acesso em: 23jan2013.

concentrado, ADI nº 1494 MC/DF, declarando a norma de aparente validade constitucional. Em mesmo sentido, caminharam as decisões RE nº 260.404/MG<sup>72</sup>, HC nº 78.320/SP, HC nº 76.510/SP também apreciadas pelo Supremo.

---

<sup>72</sup> STF. RECURSO EXTRAORDINARIO Nº 260.404-6 MINAS GERAIS. EMENTA: Recurso Extraordinário. Alegação de Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996.

- No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido a Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça Comum”.

- Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e neste preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 9ª ed., nº 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que “sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da Lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina”, não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o art. 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o dispositivo no “caput” do artigo 124 da Constituição Federal.

- Corroborar essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o “caput” do art. 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes “a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum”. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um código - o Penal Militar - que não é o próprio para isso e noutro de outro código - o de Processo Penal Militar - que para isso é o adequado.

## **2.2 A (in)competência da Justiça Militar para o julgamento do crimes dolosos contra a vida quando a vítima for civil frente a Emenda Constitucional 45**

Desde as alterações introduzidas pela Lei 9.299/96, vários foram os entendimentos de sua inaplicabilidade no que diz respeito ao julgamento de militares federais, quando da prática de crimes dolosos contra a vida em desfavor de civis, entendimento este que foi afirmado no Recurso Inominado nº 1996.01.006348-5/PE, julgado em 12/11/1996 pelo STM, quando se entendeu pela inconstitucionalidade da lei.

No ano de 2004, com a edição da *Emenda Constitucional 45*, buscando o legislador dar melhor definição ao que se buscava alcançar, ou seja, afirmar a incompetência da Justiça Militar para julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civis, fez inserir no capítulo destinado aos Tribunais e Juízes dos Estados, o § 4º do art. 125 com o seguinte dispositivo:

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a**

**vítima for civil**, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (grifo nosso).

Pautado em interpretação conforme a Constituição, o Superior Tribunal Militar, ao analisar fato que se traduziu em crime doloso contra a vida praticado por militar em desfavor de civil, após a EC/45 assim se pronunciou:

EMENTA: Competência da Justiça Militar da União. I - O parágrafo único, do art. 9º, do CPM e o § 2º do art. 82, do CPPM possuem "interpretação conforme" a vontade do Poder Constituinte reformador (Emenda Constitucional nº 45) no sentido de que as regras, contidas nos artigos retromencionados, só se aplicam à Justiça Castrense Estadual. II - O Constituinte Reformador inseriu no art. 125 o § 4º, da Carta Maior, dando competência ao Tribunal do Júri, quando a vítima for civil e não o fez com relação ao art. 124 da mesma constituição que trata da competência da Justiça Militar da União. III - Negado provimento ao recurso do MPM e mantida inalterada a Decisão recorrida,

determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem para prosseguimento do feito. IV - Decisão unânime. **(STM. Plenário. Recurso em Sentido Estrito – 0000249-56.2010.7..05.0005/PR)**

O entendimento exarado pelo STM, ainda mantido naquela casa, traz a lógica de que em conformidade com o atual texto constitucional alterado conforme EC/45 não houve nenhuma alteração da competência da Justiça Militar Federal, mas tão somente da Justiça Militar dos Estados e ainda, que a alteração conduzia a possível entendimento de revogação tácita do parágrafo único do art. 9º CPM, debate jurídico este que provocou a manifestação do professor Alexandre Reis de Carvalho (2011, p. 34) o qual defendeu que:

a não alteração da competência e estrutura de funcionamento da Justiça Militar da União por meio da EC nº 45/2004 não pode (nem deve) ser compreendida como revogação tácita do artigo 9º, parágrafo único, do CPM, ou, pela lógica reversa, como autorização (tácita) para que os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, nos termos do art. 9º do CPM, voltassem à competência da

Justiça Militar da União (ou continuassem sob tal competência)

A tese defendida pelo autor se sustenta em atual reforma inserida no parágrafo único do art. 9º CPM, norma utilizada pelo legislador para remeter exceção aos casos de crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica, ou seja:

Se tal raciocínio exético – defendido por alguns doutrinadores do Direito Militar – fosse plausível, as novéis alterações legislativas promovidas pelo Congresso Nacional, no último dia 24 de maio de 2011, com a aprovação do Projeto de Lei 6.615-C, de 2009, teriam o condão de renovar a validade e a eficácia do parágrafo único do art. 9º do CPM, haja vista que o legislador pátrio deliberou, novamente, acerca dessa matéria, realizando pequena alteração à mencionada norma.

Com efeito, ratificou-se, pela via democrática representativa, a vontade popular de se manter a competência da Justiça comum para processar e julgar os militares (federais e estaduais) que

praticuem crime doloso contra a vida de civil, exceção feita ao contexto de ação militar na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica. (CARVALHO, 2011, p. 34)

Em mesmo sentido estava o professor Cicero Neves (2005)<sup>73</sup> para quem, com o advento da EC/45, no que tange ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, perpetrado por militares das Forças Armadas, não tendo o art. 124 da CF/88 sofrido alterações, não há que se falar em transferência da competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida, quando praticados por militares federais, ou seja:

Felizmente, no âmbito da Justiça Militar Federal prevaleceu a racionalidade técnico-jurídica, afastando o Superior Tribunal Militar a aplicação do dispositivo reconhecendo sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*, posição que deve ser mantida, salvo se a reforma do Poder Judiciário, que ainda

---

<sup>73</sup>NEVES, Cícero Robson Coimbra. Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 834, 15out.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7416>>. Acesso em: 8 nov. 2017.



continua em curso, alterar o cenário constitucional.

Neste contexto, se verifica que o legislador constitucional derivado, ao trazer alterações atinentes a Justiça Militar, no que tange ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, somente os fez introduzir no art. 125, §4º da CF/88 e, não o fazendo de igual modo, no art. 124 do mesmo diploma legal, atinente aos militares federais, provocou entendimentos no sentido de ter sido tais delitos militares, dolosos contra a vida, praticados por militares em desfavor de civis, da competência da Justiça Militar da União e não mais da Justiça Comum, em especial o Tribunal do Júri conforme parágrafo único do art. 9º do CPM.

### **3 A LEI 13.491/17 COMO AFIRMAÇÃO DO PROCESSO DE DISCRIMINAÇÃO PARA O JULGAMENTO DOS MILITARES ESTADUAIS FRENTE AO COMETIMENTO DE CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA EM QUE A VÍTIMA FOR CIVIL**

O promotor de justiça Jorge Cessar de Assis<sup>74</sup>, ao comentar as alterações da Lei 9.299/96 afirmou haver uma tendência discriminatória contra a Justiça Militar Estadual e Polícias Militares Brasileiras, e, sobre possível revogação do crime militar doloso contra a vida, ou seja, de alteração da natureza do crime militar diante o sujeito ativo, afirmando o processo discriminatório aventado, alegando que se “fosse essa a intenção do legislador, melhor teria sido simplesmente retirar o art. 205 do CPM. Por isso, ela não é exclusória da condição militar do crime de homicídio doloso”.

Apesar do apontamento ora demonstrado, ainda quando das discussões sobre as alterações inseridas no ano de 1996, o legislador novamente vem inovar o texto normativo penal militar e com isto afirmar o que poucos acreditariam, ou seja, que sua intenção é realmente tratar de forma desigual os militares federais e estaduais, mesmo estando estes no exercício de uma mesma atividade que é a prestação do serviço de segurança pública, em que pese

---

<sup>74</sup> ASSIS, Jorge Cesar de. Direito Militar: Homicídio: Aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito\\_militar\\_homicidio\\_aspectos\\_penais\\_e\\_processuais\\_em\\_face.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_militar_homicidio_aspectos_penais_e_processuais_em_face.pdf)>. Acesso em: 07nov17>

para o emprego das forças armadas se dê sobre a nomenclatura de garantia da Lei e da Ordem.

Tem-se então com a alteração do Código Penal Militar pela Lei 13.491/17 o seguinte texto:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II- os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I - do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II- de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III - de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no

art.142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

- a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;
- b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
- c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e
- d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

Dentre as alterações do texto penal militar, a que mais está atraindo a atenção da doutrina diz respeito ao alargamento da competência da Justiça Militar uma vez que no inciso II do Código Penal Militar o qual descreve os crimes militares impróprios, faz inserir no conceito de crime militar, por exemplo, condutas em que o militar (federal ou estadual) em serviço ou atuando em razão da função<sup>75</sup> venha a torturar pessoa com intuito de obter confissão que agora estará sob a competência das justiças militares.

Sobre o impacto desta mudança Rodrigo Victor Foureaux menciona a perda de validade das súmulas 06,

---

<sup>75</sup>Brasil. Código Penal Militar. Art. 9, inciso II, c - por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

75, 90 e 172 do Superior Tribunal de Justiça - STJ uma vez que diante inserção dos crimes previstos nas demais legislações penais como também crime militar, estarão estes sob a competência da Justiça Militar e ainda:

Assim, todos os processos no país que estejam tramitando na Justiça Comum, quando tiverem sido cometidos por militares em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º, do Código Penal Militar devem ser remetidos, imediatamente, à Justiça Militar.

Caso o processo já esteja sentenciado, o recurso a ser interposto deverá seguir a competência já disposta. Isto é, se houver sentença proferida pela Justiça Comum, o recurso deverá ser interposto para o Tribunal de Justiça comum. Essa observação se faz necessária somente para os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, pois possuem Tribunal de Justiça Militar. Nos demais estados o recurso a ser interposto já será para o Tribunal de Justiça comum. (FOUREAUX, 2017, p.1)

Apesar do instigante debate que advém somente desta alteração, o questionamento a se fazer também está no tratamento desigual para o julgamento de militar, seja ele Estadual ou Federal, quando da execução de atividade de manutenção da ordem pública.

#### **4 O CONTRA-PONTO DE EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI NOS CASOS DE CRIMES MILITARES COMETIDOS POR MILITARES FEDERAIS QUANDO DA ATIVIDADE DE NATUREZA MILITAR DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM.**

As regras quanto ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil prevista no parágrafo primeiro do art. 9º do CPM manteve-se inalterada, tendo apenas se aperfeiçoado com as alterações da Lei 13.491/17.

Nos casos de crimes militares dolosos contra a vida, é importante que se diga que a competência do Tribunal do Júri provocou também discussões acerca de ter sido alterada a natureza do crime militar de homicídio, que deixaria de ser crime militar e sim crime comum e sobre este ponto defende Jorge Cesar de Assis (2009, p. 190) ao dizer que “nem a Lei 9.299, nem a EC/45 retiraram a natureza militar do crime de homicídio, operando apenas um deslocamento de competência de questionável técnica jurídica”.

Em sentido contrário Felipe Augusto Fonseca Viana (2016) exara o entendimento de que a considerar o objetivo da alteração de competência e a considerar que esta mudança se resumiria apenas a esta tarefa, é deixar de levar em conta na interpretação outros aspectos como o teleológico, sistemático e histórico, e com isto que os crimes de homicídio, por exemplo, quando dolosos em desfavor de civis passaram a ter natureza civil.

Com a nova regra estabelecida, no caso de emprego de militares federais quando da ocorrência de crimes dolosos contra a vida contra civil, no contexto de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 97, afastaria a competência do Tribunal do Júri, cabendo a Justiça Militar tais julgamentos.

Sobre a Lei Complementar nº 97, a qual dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego da Forças Armadas e, em seu artigo 15, que regulamenta especificamente o emprego de tal força, disciplina em seu § 2º que a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as

diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

Ao exemplificar o que seria garantia da lei e da ordem, o Ministério da Defesa menciona o emprego de tropas em operações de pacificação do Governo Estadual em diferentes comunidades do Rio de Janeiro e recentemente no Espírito Santo devido o esgotamento dos meios de segurança pública, para preservação da ordem e da incolumidade das pessoas<sup>76</sup>.

Na aplicação do texto normativo em análise, questiona-se qual o embasamento a sustentar a diferença de tratamento frente ao seguinte exemplo: dois militares, um federal (Exército) e outro militar (Policia Militar) em atividade de preservação da ordem e da incolumidade das pessoas, em determinado Estado, atuando em conjunto, cometem o crime de homicídio. Militar federal será julgado pela Justiça Militar (art. 9º, § 2º, inciso III, aliena

---

<sup>76</sup>Brasil. Ministério da Defesa. Garantia da Lei e da Ordem. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/exercicios-e-operacoes/garantia-da-lei-e-da-ordem>.



“b” do CPM), por outro lado, militar Estadual julgado pelo Tribunal do Júri (art. 9º, § 1º).

O que se tem aqui é flagrante ameaça ao princípio constitucional da igualdade. A igualdade conforme previsão constitucional para a qual afirma Pedro Lenza (2010, p. 679) que deve-se buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim, como afirmar que a Lei 13.491/17 vem obedecer o princípio constitucional de isonomia a militares que no desempenho de mesma atividade, terão um juízo diferente a julgar suas ações e ainda, advindo de tais julgamentos decisões contrárias e sentenças diferenciadas em possível condenação.

Sobre tais inconsistências e a possibilidade de ter-se inconstitucionalidade no texto da lei e o posicionamento de Eduardo Cabette que:

Não há inconstitucionalidade na alteração, vez que a Constituição Federal, quanto aos Militares da União, apenas dispõe em seu artigo 124 que cabe à Justiça Militar “processar e julgar os crimes

militares definidos em lei”. Assim sendo, no campo da Justiça Militar Federal, a competência está atrelada ao conceito do que seja “crime militar” e esse conceito é atribuído, pela própria CF, à lei ordinária. Quando o Código Penal Militar define como crime militar, mesmo o homicídio de civil por militar em dadas circunstâncias, apenas cumpre o mandamento constitucional de proceder à definição de crime militar e, por reflexo, delimitar a competência da Justiça Militar Federal. Observe-se que quando se trata na CF da competência da Justiça Militar Federal, não existe previsão de ressalva quanto aos crimes dolosos contra a vida de civil (vide artigos 122 a 124, CF).

Todavia, o posicionamento do autor vem reforçar apenas o velho argumento da alteração constitucional que tocou apenas a competência da Justiça Militar Estadual e, com isto, seria o § 1º do art. 9º do CPM, a considerar os militares federais, letra morta na lei.

Quanto a este posicionamento é necessário discordar uma vez que não é possível a compreensão de tratamento diferenciado a servidores que estão no exercício de mesma atividade apenas por estarem submetidos a um ente federativo diferente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ora apresentado nesta pesquisa demonstrou a necessidade de profundas reflexões sobre a recente alteração no Código Penal Militar e seus reflexos no que tange a competência da Justiça Militar, especialmente quanto ao julgamento dos crimes dolosos praticados por militares contra civis e do tratamento desigual quando o agente seja militar federal ou militar estadual diante as inovações trazidas pela Lei 13.491/17 que alterou o Código Penal Militar e com isto, ampliou a competência da justiça castrense.

É necessário que se faça uma leitura do tratamento diferenciado que está legalizado quando da ocorrência dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis considerando não somente o texto constitucional que demonstra ser o direito a igualdade um direito fundamental, mas também que há no ordenamento jurídico brasileiro regras de direito internacional que de mesma forma ampliam a proteção do indivíduo.

Desconsiderar que uma regra constitucional de competência que atinge apenas os tribunais militares estaduais como incompetentes a julgarem os crimes

dolosos contra a vida e, por outro lado, que desta regra não se alcança os tribunais militares federais é fechar os olhos para a desproteção ao indivíduo e, a considerar os militares, se federais ou estaduais, estando ambos em mesma atividade, não se pode conceber uma regra que trate com diferença diante ao direito de um julgamento justo e imparcial.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. Código de Processo Penal Anotado: (artigos 1º a 169). Vol. 1. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar: Homicídio: Aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional.** Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito\\_militar\\_homicidio\\_aspectos\\_penais\\_e\\_processuais\\_em\\_fac\\_e.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_militar_homicidio_aspectos_penais_e_processuais_em_fac_e.pdf)>. Acesso em: 07nov17>

CARVALHO, Alexandre Reis de. **Parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar: 15 anos de existência, validade e eficácia.** *Revista do Ministério Público*, v. 01, p. 23-42, 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes militares praticados contra civil - Competência de acordo com a Lei 13.491/17.** Disponível em: <https://jus.>

com.br/artigos/61211/crimes-militares-praticados-contracivil-competencia-de-acordo-com. Acesso em: 9/10/2017.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em 07 nov 17>

FURLAN, Fabiano Ferreira. Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e o inquérito policial militar. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.1, n.3, p. 54-55, dez, 2005/jan., 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7416>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. **Crimes Dolosos Contra a Vida Praticados por Policiais Militares Contra Civis: Atribuições para a investigação.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56696&seo=1>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

# **A MEDIAÇÃO COMO MEDIDA (IN) EFICAZ PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SUBMETIDOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

## **MEDIATION AS A MEASURE EFFECTIVE/INEFFECTIVE FOR THE SOLUTION OF CONFLICTS SUBMITTED TO THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS**

*Alisson Alves Pinto  
André dos Santos Gonzaga*

### **Resumo**

Este estudo trata da crise do poder judiciário e da utilização de métodos extrajudiciais como forma de solução amistosa dos conflitos, no âmbito nacional e internacional, mais precisamente na Comissão Interamericana de Direitos Humanos(CIDH). A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica que se utiliza de fontes primárias e secundárias, sendo utilizado o método dedutivo, com o objetivo de analisar a aplicabilidade da mediação como via alternativa de soluções dos conflitos. A proposta de desenvolver um estudo sobre a aplicação da mediação teve como motivação a verificação da efetividade da prestação pretendida pelas partes, por uma via não jurisdicional, mas capaz de gerar consideráveis avanços e impacto positivo na ampliação da estrutura do acesso material à justiça. Atingidos esses objetivos, foi possível constatar a relevância e a aplicabilidade da mediação como meio de solução dos conflitos submetidos à CIDH.

**Palavras-chave:**Mediação; Comissão Interamericana; Efetivação; Acesso à Justiça

## **Abstract**

This study deals with the crisis of the judiciary and the use of extrajudicial methods as a way of amicably resolving conflicts, both nationally and internationally, specifically in the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). The methodology used was the literature review that is used from primary and secondary sources, using the deductive method, with the objective of analyzing the applicability of mediation as an alternative way of conflict resolution. The proposal to develop a study on the application of mediation was motivated by the verification of the effectiveness of the services intended by the parties, in a non-jurisdictional way, but capable of generating considerable progress and positive impact in expanding the structure of the material access to justice. Having achieved these objectives, it was possible to verify the relevance and applicability of mediation as a means of resolving the conflicts submitted to the IACHR.

**Keywords:**Mediation; Inter-American Commission; Effectiveness; Access to justice

## **INTRODUÇÃO**

O Direito fundamental ao acesso à justiça, consagrado na Constituição Federal de 1988 e em diversos diplomas internacionais, tem sido constantemente questionado quanto à sua efetividade. Aumenta-se a cada dia o número de demandas submetidas ao poder judiciário,

proporcionalmente cresce o descontentamento da sociedade com a morosidade em receber uma resposta para seus conflitos, passando a reinar, neste contexto, a insatisfação e a insegurança que comprometem severamente a concretização da paz social.

A norma constitucional não busca garantir apenas o direito de ação, como ensina Marinoni (1999, p. 218), mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Para o autor, não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garantisse ao cidadão que sofreu uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão somente a uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Nesse diapasão, continua Marinoni (1999, p. 218), se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclamasse apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz.

É neste contexto, que a mediação se apresenta como uma solução extrajudicial por meio da qual a sociedade passaria a ter efetivo acesso à justiça, com a ajuda de um mediador imparcial que pacificaria os



conflitos existentes e com a participação das partes envolvidas encontrariam um desfecho aceitável.

Com a utilização dos meios extrajudiciais, como afirma Bettini (2013, p. 197) chega-se à proteção dos direitos fundamentais de maneira mais célere e com a sensação da efetiva realização dos mesmos, pois houve lugar privilegiado de atenção aos envolvidos no conflito interpessoal que puderam participar na construção da decisão ou foram auxiliados por conciliador com a intencionalidade da resolução.

Embora a mediação, como meio extrajudicial de solução de conflitos, tenha um papel importante para resolver as demandas, pois compete às partes envolvidas encontrar a melhor solução para o litígio, verifica-se que os métodos extrajudiciais são pouco utilizados, seja no plano nacional ou internacional.

O problema da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça poderia ser minimizado se a sociedade compreendesse e aceitasse a mediação como forma alternativa de solução dos conflitos.

## **2 METODOLOGIA UTILIZADA**

A técnica de pesquisa adotada para a consecução dos objetivos propostos é a análise bibliográfica, que

abrange a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, entre outros.

Para se alcançar os objetivos propostos, com maior segurança e economia, através de conhecimentos válidos e verdadeiros, é necessária a adoção de um método, conjunto de atividades sistêmicas e racionais, para traçar o caminho a ser seguido. O método adotado é o da indução, que pode ser definido, Marconi e Lakatos (2003), como o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam. Assim, com base na pesquisa bibliográfica e no método indutivo pretende-se alcançar os objetivos propostos na presente pesquisa.

### **3 A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO**

Nas últimas décadas, podemos notar uma insatisfação crescente no que tange ao desempenho das atividades inerentes aos poderes do Estado como um todo.

Contudo, não se pode negar que a ineficiência do Poder Judiciário no que concerne ao dever de dizer o direito para os cidadãos que lhes submetem suas demandas está cada vez mais notória.

Com o monopólio estatal, o Estado não consegue gerir todas as atividades e serviços que se propôs a prestar, gerando insatisfações por parte de seus cidadãos. No judiciário não é diferente. Apesar de o acesso à justiça ser um direito fundamental, previsto na Constituição brasileira, em via de regra, o processo judicial é caro, moroso e em alguns casos apresenta decisões judiciais pautados na política e não na legislação.

Dessa forma, considerar o acesso à justiça como componentes da dignidade humana significa presumir como direito subjetivo a viabilidade de provocar o Judiciário e obter uma resposta dele acerca da controvérsia posta em discussão. Essa presunção, contudo, como afirma Barcelos (2011, p. 341-343) não é absoluta, pois o direito a ver uma contenda resolvida não implica necessariamente ter de submetê-la judicialmente à análise. Pode-se também recorrer às soluções extrajudiciais, por vezes tão convenientes, céleres e satisfatórias. Ou seja, a crise do Poder Judiciário, em especial, a morosidade em resolver as

demandas provocadas fez com que as Autoridades pensassem formas alternativas de resolução dos conflitos.

Na lição de Luís Alberto Gómez Araújo (1999, p. 127), é possível abstrair que foi necessária uma crise no sistema de administração de justiça latino-americano, para começarmos a pensar em desenvolver na sociedade sua capacidade de resolver seus próprios problemas sem precisar recorrer às vias judiciais.

No mesmo sentido, Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 100-101) asseverou que o poder judiciário ainda que seja um lócus tradicional de controle e de resolução de conflitos é de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos, favorecendo, o crescimento e o reconhecimento de outras agências alternativas não institucionalizadas ou instâncias judiciais informais (juizados ou tribunais de conciliação ou arbitragem extrajudiciais) que conseguem, com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125/2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Por meio da resolução o CNJ reconheceu a necessidade de dar

tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

O CNJ também reconheceu que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos e necessários à pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Ainda sobre o tema, o CNJ (2010) percebe a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.

Corroborando com o entendimento do CNJ, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, traz pela primeira vez

em um diploma legal, parâmetros para a regulamentação da prática da mediação no âmbito nacional, ao destinar o capítulo V para tratar da audiência de conciliação ou de mediação.

Os mecanismos informais, como ensina Boaventura de Sousa Santos, tendem a formalizar o senso comum jurídico que lhe serve de suporte e profissionalizado através de ações de formação de mediadores e de muitas outras formas. Por outro lado, as partes, que detêm a titularidade da representação dos seus interesses, vão a pouco a pouco confiando a representação a outros com mais experiência e com mais conhecimentos sobre os modos de atuação do tribunal. Por estes e outros processos, a justiça informal vai duplicando, se não as formas, pelo menos, a lógica das formas da justiça formal. Em suma, em vez de dicotomia, duplicação. (SANTOS, 1990, p. 28).

É nesse cenário que surge a mediação como possível forma de minimizar a crise do poder judiciário.

#### **4 A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE AMENIZAR A CRISE DA EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

Apesar da existência de meios formais, diga-se toda a estrutura do Poder Judiciário, para a proteção dos direitos

e liberdades, é necessário pensar em meios alternativos extrajudiciais, que busquem garantir o acesso eficaz aos direitos fundamentais. Essa necessidade surge no momento em que o Poder Judiciário encontra-se hipertrofiado, com *“um acúmulo cada vez maior, de processos nas pautas já superlotadas de audiências, o que acarreta o descontentamento das partes e dos seus respectivos procuradores”* (PEREIRA, 2008, p. 74). Para o autor, é neste sentido, que se ergue a mediação como um facilitador do acesso democrático à efetivação de direitos.

A mediação é uma das modalidades de resolução de conflitos, utilizada na maioria das vezes extrajudicialmente, na qual uma terceira parte, desinteressada, se esforça para por fim ao conflito existente entre as partes, de forma a chegar a uma solução pacífica para o empasse. A mediação também pode ser utilizada no âmbito do processo judicial, caso em que o resultado depende de homologação judicial para que surta todos os seus efeitos.

Para que a mediação seja realizada de forma satisfatória e legal, como ensina Ricardo Goretto Santos (2012), é desejável que o mediador tenha domínio das técnicas de negociação.

Para Garcez (2002, p. 53), a tarefa do mediador é apenas a de aproximar e fazer as partes refletirem sobre as circunstâncias do problema, aliviando as pressões irracionais e o nível emocional elevado que impossibilitam uma análise equilibrada e racional do caso concreto.

Uma grande problemática que envolve a prática da mediação é a possibilidade de utilizá-la em conflitos nos quais as partes não estejam em situação de igualdade ou em casos que versem sobre direitos indisponíveis. Sobre o assunto Freitas Júnior (2009, p. 191-193) esposou seu entendimento no sentido de que, se em relações entre pessoas desiguais não fosse possível aplicar a técnica da mediação, esta não teria lugar em nenhuma outra relação intersubjetiva concreta. Para o autor, é a intervenção direta do mediador no equilíbrio entre as partes em conflito que permite o tratamento mais igualitário na confecção de uma pauta justa e equilibrada.

Quanto aos direitos indisponíveis, a mediação pode ser um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da democracia participativa, como assevera Freitas Júnior (2009, p. 191-193).

A mediação não deve ser entendida apenas como técnica, mas como instrumento para a construção da



cultura de direitos, como ensina Monteiro (2009, p. 27-28), levando em consideração o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos. Para Monteiro (2009) o reconhecimento integral da dignidade humana passa pela efetividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, se os sujeitos forem capazes de resolver seus conflitos por meio da tolerância e da não-violência, mais aptos estarão para serem sujeitos de direito.

Por outro lado, Muller adverte que a mediação pode ser sugerida, aconselhada, recomendada, mas não poderá haver imposição. Escolher a mediação, como ensina Muller (2007, p.152), significa para cada um dos adversários, compreender que o desenvolvimento das hostilidades só poderá prejudicá-los e, em virtude do próprio interesse, irão tentar, mediante um acordo amigável, um desfecho positivo do conflito que os opõe.

Em uma visão otimista, André Luis Nascimento (2007, p.22), afirma que a mediação é uma boa forma para administrar conflitos, diminuir a violência, criar uma cultura de paz, melhorar as relações humanas, gerar possibilidades de crescimento individual e comunitário, garantir direitos, enfim, tornar efetivo o acesso à justiça, em seu mais amplo sentido.

Além dos aspectos já descritos, a mediação apresenta um caráter transformativo, pois *“atribui ao mediador o encargo de tentar transformar as relações dos mediados, contribuindo para a legitimação e o reconhecimento entre os mesmos, ou seja: a valorização enquanto pessoas.”* (SANTOS, 2012, p. 164).

Ainda na lição de Ricardo Goretti Santos (2012, p. 166), o modelo transformador de mediação tem como objetivo imediato levar os mediados à transformação enquanto pessoas, para que aprendam a se colocar no lugar do outro e a administrar seus próprios problemas, sempre de forma colaborativa. O acordo seria uma consequência do processo de transformação pessoal dos mediados, que se faz consagrado a partir do empoderamento e do reconhecimento desses indivíduos.

A mediação tem sido considerada como uma das formas eficaz de resolução de conflitos, onde os sujeitos envolvidos, com a colaboração de um mediador imparcial, tentam construir um acordo a fim de chegar a uma solução não litigiosa. No entendimento de Vezulla (2006), essa abordagem é marcada pela informalidade e, por estar baseada no diálogo, na cooperação e no respeito entre os participantes, diferencia-se do procedimento judicial, pois promove a autonomia da vontade dos envolvidos. Nesse

modelo, a horizontalidade, a imparcialidade, o respeito, a confidencialidade e a celeridade são caracterizados como princípios fundantes da mediação.

Os problemas enfrentados pelos órgãos judiciais para solucionar efetivamente os conflitos entre os litigantes não é percebido apenas no plano nacional. O número de demandas apresentados a Organizações Internacionais tem aumentado a cada ano. Muitas dessas Organizações Internacionais, sejam regionais ou mundiais, têm se socorrido da prática de soluções amistosas para resolver as denúncias que lhes são apresentadas, sem a necessidade de submetê-las a seus Tribunais.

Este tem sido um dos caminhos adotados pela Convenção Americana de Direitos Humanos por meio da sua Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

## **5 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH E SEU PAPEL DE MEDIADORA DE CONFLITOS**

O Direito Internacional tem se destacado nas últimas décadas na promoção da efetivação dos Direitos Humanos. Após a criação oficial da Organização das Nações Unidas (1945), o número de Organizações Internacionais teve um aumento considerável, este fato se

deve ao processo constante de institucionalização das Relações Internacionais (Varela, 2012).

O marco de internacionalização dos direitos humanos é sem dúvida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1948. A Declaração serviu de inspiração para o desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, dos quais se pode destacar o sistema traçado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com a Convenção Americana de Direitos Humanos aprovada em 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. (BOCCATO, 2015).

A Convenção Americana, para a proteção e monitoramento dos direitos nela prevista é integrada por dois órgãos autônomos e independentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi instituída no sistema regional de proteção dos Direitos Humanos em 1979, na Costa Rica, é órgão jurisdicional do sistema interamericano que tem como objetivo analisar e julgar os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham

ratificado a Convenção Americana. Como bem ensina Mazzuoli (2015), a Corte, trata-se de um tribunal supranacional interamericano, capaz de condenar os Estados-partes da Convenção Americana por violação de Direitos Humanos, desde que estes tenham aceitado a competência contenciosa do Tribunal.

A Corte compreende duas jurisdições: consultiva e contenciosa. A jurisdição consultiva, como ensina Afonso (2009), tem como objetivo interpretar a convenção e outros tratados internacionais referentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos. Trata-se de uma função preventiva, de persuasão e colaboração. Por outro lado, a jurisdição contenciosa foi criada para resolver controvérsias referentes às violações dos direitos humanos e aplicar a Convenção Americana em casos individuais.

A jurisdição consultiva é estendida a todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) independentemente de fazerem parte ou não da Convenção. Já a jurisdição contenciosa deriva de cláusula facultativa e, portanto, apenas se estende aos Estados partes da Convenção que tenham reconhecido tal jurisdição, como é o caso do Brasil.

Por outro lado, temos a Comissão Interamericana, órgão principal e autônomo da Organização dos Estados

Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, sediada em Washington, D.C., como ensina Carvalho e Alvarenga (2014) se originou de uma resolução e não um tratado, a saber, a Res. VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago (Chile) em 1959, que deu início apenas ao ano seguinte, conforme determinado pelo seu primeiro estatuto, com a função de promover os direitos estabelecidos tanto na Carta da OEA quanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

À comissão cabe exercer o juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, conforme determina o artigo 44 da Convenção Americana:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

A Comissão é imprescindível na estrutura do sistema, conforme ressalta Rosa (2015, p.131), pois funciona como uma porta de entrada, tendo como função

principal promover a observância e defesa dos direitos humanos (art. 41, Convenção). Para tanto, pode analisar casos individuais, formular recomendações aos governos dos Estados-partes, solicitar informações a estes, promover verificações in loco etc. Suas recomendações e decisões, todavia, não são de cumprimento obrigatório por parte dos Estados.

A própria Convenção Americana de Direitos Humanos (2016), ao tratar do processo no âmbito da Comissão, mais precisamente em seu artigo 48, estabelece que a Comissão ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados na Convenção, entre as diversas possibilidades de como deverá proceder, encontra-se a de pôr-se à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto, fundada, sempre, no respeito aos direitos humanos.

Desse modo, a CIDH intermediou soluções amistosas, sobretudo desde o início dos anos 1990. Até o mês de setembro de 2011, a Comissão aprovou 97 relatórios de solução amistosa.

## **6 SOLUÇÃO AMISTOSADA CIDH RELACIONADOS AO BRASIL**

## 6.1 Caso José Pereira

Em 16 de dezembro de 1994, as organizações não governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram uma petição à Comissão contra a República Federativa do Brasil na qual alegaram fatos relacionados com uma situação de trabalho “escravo”, e violação do direito à vida e direito à justiça na zona sul do Estado de Pará. A denúncia foi recebida sob o nº. 11.289, gerando o relatório nº. 95/2003. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

A denuncia se referia a José Pereira de 17 anos, que foi gravemente ferido, e a outro trabalhador rural que foi morto quando ambos tentaram escapar, em 1989, da Fazenda “Espírito Santo”, onde tinham sido atraídos com falsas promessas sobre condições de trabalho, e terminaram sendo submetidos à trabalhos forçados, sem liberdade para sair e sob condições desumanas e ilegais, situação que sofreram juntamente com 60 outros trabalhadores dessa fazenda (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).



Na denúncia foi alegado, ainda, que essas práticas eram comuns nessa região, e que era permitido pelas autoridades a sua persistência. Afirmava também que as autoridades demonstravam notório desinteresse e ineficácia nas investigações e nos processos referentes aos assassinos e os responsáveis pela exploração trabalhista (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

Na denuncia constava que o caso de José Pereira e seus companheiros não era um caso isolado; e que no biênio 1992-93, anos imediatamente anteriores à denúncia, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), organização de direitos humanos da Igreja Católica, registrou 37 casos de fazendas onde imperava o trabalho em condições de escravidão, que afetavam 31.426 trabalhadores (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

As partes envolvidas assinaram um acordo de solução amistosa, no qual o Estado reconheceu a responsabilidade internacional e estabeleceu uma série de compromissos relacionados com o julgamento e punição dos responsáveis, medidas pecuniárias de reparação, medidas de prevenção, modificações legislativas, medidas de fiscalização e punição ao trabalho escravo, e medidas

de conscientização contra o trabalho escravo (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

Antes da celebração do acordo, em novembro de 1995, a CIDH realizou uma visita *in loco* ao Brasil. Uma delegação da Comissão percorreu a zona de Xinguara e a cidade de Belém, acompanhada por representantes dos Ministérios da Justiça e de Relações Exteriores brasileiros. Nessa oportunidade, receberam depoimentos de advogados, defensores de direitos humanos, trabalhadores rurais, promotores de justiça, juízes locais, do Tribunal de Justiça Estadual e do representante do Ministério Público Federal a respeito de trabalhadores em condições análogas à escravidão em geral e sobre este caso em particular (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

No acordo celebrado o Brasil se comprometeu a buscar o julgamento e punição dos responsáveis individuais, bem como tomar medidas pecuniárias de reparação à vítima, tornar mais efetiva as medidas de prevenção ao trabalho escravo, e realizar modificações legislativas capaz de coibir a sua prática (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

## **6.2 Meninos Emascarados do Maranhão**

Os casos 12.426 e 12.427, conforme relatório nº. 43/2006 tiveram soluções amistosas no âmbito da Comissão. Em ambos os casos o Estado Brasileiro foi acusado de violação de suas obrigações à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Declaração Americana, por não adotar medidas eficazes para conter as práticas de tortura e homicídio de diversas crianças no Estado do Maranhão e pela omissão na investigação dos fatos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

As denúncias foram realizadas pelas organizações não-governamentais Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini e o Centro de Justiça Global (CJG). Na denúncia foi narrado o desaparecimento das crianças Raniê Silva Cruz, Eduardo Rocha da Silva e Raimundo Nonato da Conceição Filho, na cidade de Paço do Lumiar, sendo seus corpos encontrados com marcas de tortura e emasculação nos órgãos genitais (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Uma das acusações foi a alegação de que houve um atraso injustificado por parte das autoridades locais na busca pelas crianças e que os inquéritos policiais sobre a responsabilidade pelos crimes foram demasiadamente morosos e ineficazes. Destacaram que tal fato se deu à imperícia da polícia do Estado do Maranhão e à omissão da Polícia Federal ao intervir de forma extemporânea nas investigações (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Nas denúncias foi relatado que os dois casos denunciados eram parte de um repertório de casos de crianças mutiladas e assassinadas no Estado do Maranhão, divulgados pela imprensa brasileira como “Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão”. Salientaram que somente em abril de 2003, doze anos após o primeiro crime, designou-se uma Força Tarefa composta por autoridades da Polícia Civil, Polícia Federal e Ministério Público para investigar os fatos. Em março de 2004, a Força Tarefa apresentou o provável autor dos crimes, o qual confessou ter assassinado 30 crianças em São Luis do Maranhão e outras 12 em Altamira, no Estado do Pará (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Em 15 de dezembro de 2005, as petionárias e o Brasil assinaram um acordo de solução amistosa no qual o Estado reconheceu a responsabilidade internacional nos casos em comento e estabeleceu uma série de compromissos relacionados ao julgamento e punição dos responsáveis pelo homicídio e emasculação de crianças no Estado do Maranhão, medidas de reparação pecuniária aos seus familiares e medidas de prevenção à violência sexual contra crianças e adolescentes (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

O acordo celebrado abrangeu os casos 12.426 (Raniê Silva Cruz) e 12.427 (Eduardo Rocha Silva e Raimundo Nonato da Conceição), em tramitação na Comissão Interamericana, bem como o homicídio e mutilação de outras 27 crianças mortas em circunstâncias similares entre 1992 e 2002 em São Luis do Maranhão (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Em ambos os casos (José Pereira e meninos emasculados do maranhão) a Comissão Interamericana reitera que, de acordo com os artigos 48(1) (f) e 49 da Convenção, este procedimento tem como finalidade chegar a uma solução amistosa do assunto baseada no respeito aos

direitos humanos reconhecidos na Convenção. A aceitação de levar a cabo este trâmite expressa a boa-fé do Estado para cumprir com os propósitos e objetivos da Convenção em virtude do princípio *pacta sunt servanda*, pelo qual os Estados devem cumprir de boa-fé as obrigações assumidas nos tratados. Também deseja reiterar que o procedimento de solução amistosa contemplado na Convenção permite a conclusão dos casos individuais de forma não-contenciosa, e demonstram, em casos relativos a diversos países, um veículo importante de solução, que pode ser utilizado por ambas as partes (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

## **CONCLUSÃO**

A insatisfação com a demora das soluções de conflitos está generalizada tanto no contexto nacional como internacional.

No plano nacional, o descontentamento com a crise vivenciada no poder judiciário com a demora da prestação jurisdicional acaba por desacreditar o Estado na sua função de órgão detentor do monopólio judicial. No mesmo passo, o direito fundamental ao acesso à justiça acaba por perder sua eficácia, visto todos os problemas enfrentados pelo poder judiciário como morosidade, altos custos dos

processos judiciais, falta de pessoal capacitado, número elevado de demandas, sentenças calcadas em fundamentos políticos e não legais.

Neste contexto, aos métodos extrajudiciais surgem como uma sonhada alternativa para desafogar o poder judiciário e efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça, trazendo paz e estabilidade para as relações entre as partes.

Como visto, a mediação é uma forma satisfatória para resolver diversas demandas tanto no plano nacional como no âmbito das organizações internacionais.

Diversos são os momentos e casos onde a mediação poderia ser utilizada como uma ferramenta de efetivação de direitos e solução de conflitos, mas na prática percebemos que esse método tem sido muito pouco utilizado.

Percebe-se uma resistência, um desconhecimento dos benefícios que poderiam ser usufruídos com a utilização da mediação. A mentalidade da sociedade é, ainda, a de que somente o Poder Judiciário é capaz de efetivar o acesso à justiça e à paz social.

No plano internacional, no que tange à relação do Estado Brasileiro com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, verifica-se que a situação não é

diferente, tendo em vista que dos 97 relatórios de solução amistosa celebrados até setembro de 2011, apenas 02 casos foram protagonizados pelo Brasil.

É necessário que o Estado Brasileiro realize junto à sociedade um movimento de conscientização que incentive a população a utilizar meios extrajudiciais na soluções de seus conflitos. É preciso um empoderamento da sociedade, para que o cidadão se sinta capaz de resolver por si só os seus problemas.

## **REFERÊNCIAS**

AFONSO, Livia de Paiva Ziti. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Brasil). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Ano XXV, n. 28, jan./jun. 2009, p. 207-226.

ARAUJO, Luís Alberto Gómez. **Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz**. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



BETTINI, Lúcia Helena Polleti. Mediação e Conciliação como Instrumental de Efetividade da Razoável Duração dos Processos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol.85. Ano 21. p. 193-200. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2013

BOCCATO, Esdras. Direitos Humanos e cumprimento das decisões internacionais no Brasil: instrumentos de execução interna das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 23, v. 91, abr.-jun./2015, p. 387-406.

CARVALHO, Marco Cesar de; ALVARENGA, Fabiana Cristina da Silveira. Direitos Humanos: A recepção dos tratados internacionais pela Constituição Brasileira e sua proteção através do Sistema Regional Interamericano. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 89. Ano 22. P. 11-40. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2014

**COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Questionários sobre processos de solução amistosa da CIDH. 2012. Disponível em <http://www.cidh.org/Cuestionarios.soluciones.amistosas.P0.htm>. Acesso em 10 julho de 2017.

**COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Relatório n°. 43/2006. Casos 12.426 e 12.427 - Meninos Emascarados do Maranhão. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/amistosas.asp>. Acesso em 10 julho de 2017.

**COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Relatório n°. 95/2003. Caso 11.289 – José Pereira. Disponível em

<http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>.  
Acesso em 10 julho de 2017.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ.**

Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acessado em 10/05/2017.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em:

[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em 23/06/2017.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação.** In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de Negociação. Resolução alternativa de conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

LUCAS, Douglas César. **A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada**. In. MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, Luiz Guilhermme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999. p. 218.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

MONTEIRO. Valdênia Brito. **Mediação de conflito: contribuição para a cultura de Direitos Humanos**. In: MONTEIRO. Valdênia Brito. Justiça Cidadã: uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos. Recife, 2009.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

NASCIMENTO, André Luis. Et al. **Guia de mediação popular**. Salvador: Juspopuli, 2007. p. 22.

ROSA, Lucas Costa da. Liberdade de manifestação do pensamento – O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 92. Ano 23 p.129-148. São Paulo: Ed. RT, jul-set/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum.

**Revista Crítica de Ciências Sociais.** Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, n. 30, 1990, p. 13-43. Disponível em: [www.boaventuradesousasantos.pt](http://www.boaventuradesousasantos.pt). Acesso em: 14 jul. 2017.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de Conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VARELLA, Marcelo D., **Direito Internacional Público.** 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

**A MUDANÇA DE PARADIGMA NA LEGISLAÇÃO  
BRASILEIRA SOBRE PROTEÇÃO AOS  
MIGRANTES: ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.445  
DE 24 DE MAIO DE 2017.**

**THE CHANGE OF PARADIGM IN BRAZILIAN  
LEGISLATION ON MIGRANTS: ANALYSIS  
CONCERNING THE LAW No. 13.445 OF MAY 24,  
2017**

*Aparecida Dutra de Barros Quadros  
Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende*

**Resumo:** A Lei de Migração, Lei nº 13.445 aprovada em 24 de maio de 2017, substituiu o Estatuto do Estrangeiro da época da ditadura militar, quando prevalecia a doutrina de segurança nacional. A nova lei surge com uma perspectiva voltada para os direitos humanos, no sentido de integração dos migrantes à sociedade brasileira como sujeito de direitos e deveres. Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar se a nova legislação realmente estabelece uma mudança de paradigma na proteção efetiva dos direitos humanos dos migrantes, diante dos desafios atuais da mobilidade humana e da complexidade dessa problemática no mundo. Nesse sentido, utilizou-se como metodologia o levantamento de dados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, adotando-se o método indutivo para análise específica da nova Lei e o método dedutivo no restante do estudo.

**Palavras-chave:** Estatuto do Estrangeiro; Nova Lei de Migração; Direitos Humanos.

**Summary:** The Migration Law, Law No. 13,445, approved on May 24, 2017, replaces the Foreigner's Statute which traced back to the military regime, when the doctrine of national security prevailed. The new law emerges with a human rights perspective, seeking to integrate immigrants into Brazilian society as subjects of rights and duties. The aim of this article is to analyze whether the new legislation actually establishes a paradigm shift in the effective protection of the human rights of migrants, given the current challenges of human mobility and the complexity of this problem in the world. In this sense, the methodology used was collecting data through bibliographic and documentary research, adopting the inductive method for specific analysis of the new Law and the deductive method in the rest of the study.

**Keywords:** Foreigner's Statute; New Migration Law; Human rights;

## **Introdução**

A preocupação com os direitos humanos dos migrantes tem ganhado um espaço cada vez maior diante dos grandes desafios atuais e na complexidade da problemática no mundo. O Direito Internacional Público tem-se dedicado em estabelecer padrões mínimos de proteção, tanto no sistema global como nos sistemas regionais, além disso a sociedade internacional, principalmente através da ONU, tem buscado, cada vez mais, implementar possíveis soluções na busca pela efetiva

proteção dos direitos humanos. Assim, os Estados-membros são convocados em adotar uma resposta mais abrangente, previsível e sustentável sobre a proteção dos direitos humanos dos migrantes. (ONU, 2016)

A denominada Lei de Migração, substituiu o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6815/1980, da época da ditadura militar (1964-1985), em que o estrangeiro era visto como uma ameaça à segurança nacional. Em síntese, entre as principais mudanças introduzidas estão a simplificação nos procedimentos de regularização, a institucionalização de políticas públicas, como políticas de vistos humanitários, entre outras medidas para proteção e integração dos migrantes.

Assim a nova lei tem um tratamento do migrante como sujeito de direitos e deveres, garantindo, entre outros, direitos sociais, culturais e econômicas, acesso a serviços públicos de saúde, assistência, previdência social, acesso à justiça e educação, garantindo ainda liberdades civis, como a associação sindical. Além disso, cabe destacar que a nova lei também acaba com a criminalização por razões migratórias, assim nenhum migrante poderá perder sua liberdade por simplesmente estar em situação irregular, garantindo contraditório e ampla defesa.

Alguns especialistas já consideram a nova lei de migração um importante marco jurídico sobre o tema, colocando o Brasil em vanguarda desses direitos. Ao passo, que outros argumentam, que os vetos presidenciais no texto original descaracterizaram a importância da lei, argumentando, ainda, que tais propostas na prática não serão efetivadas.

Dentro desse contexto, o presente estudo tem por finalidade analisar se a nova lei brasileira de migração, Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, passa a ser um importante marco jurídico, já que foi aprovada com o intuito de estabelecer uma mudança de paradigma, em uma nova perspectiva voltada para a proteção dos direitos humanos desse grupo de pessoas social e historicamente tão vulneráveis.

Assim, pretende-se com o presente estudo analisar a nova Lei de Migração, seus aspectos positivos e negativos, diante do contexto atual na busca pela proteção dos direitos humanos e efetiva integração dos migrantes. Para tanto, o presente artigo será dividido em dois momentos, primeiramente será delimitado o objeto de estudo, com o intuito de contextualizar a temática proposta, o que permitirá, especificamente, adentrar no segundo momento, em que será realizado um estudo



analítico da nova Lei de Migração diante dos desafios atuais na proteção dos direitos humanos do migrantes.

Em virtude da extrema atualidade da nova Lei de Migração, e principalmente pela relevância do assunto dentro do contexto contemporâneo, o presente estudo torna-se de fundamental importância, além disso, justifica-se a pesquisa pela relevância social do problema e o renovado interesse. Nesse sentido, utilizou-se como metodologia o levantamento de dados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, adotando-se o método indutivo para análise específica da nova Lei e o método dedutivo no restante do estudo.

## **1. Delimitando e situando o objeto de estudo: Migração**

Dados recentes divulgados pelas Nações Unidas revelam que o número de migrantes aumentou 41%, totalizando em 2016 aproximadamente 244 milhões de migrantes pelo mundo e a tendência é que o número ganhe mais proporções nos próximos anos (ACNUR, 2016). Nesse sentido, a sociedade internacional tem enfrentado grandes desafios na busca pela proteção efetiva dos direitos humanos (ONU, 2016).

O desequilíbrio econômico internacional, a pobreza, o subdesenvolvimento, a falta de oportunidades, a má governança, fatores ambientais, ausência de paz, segurança e à falta de gozo dos direitos fundamentais estão entre os motivos que levam, a cada dia mais, o crescente fenômeno da migração. Atualmente, a migração irregular de pessoas nos grandes movimentos são problemas complexos. (ONU, 2016)

### 1.1 Proteção Internacional dos Migrantes

A preocupação com direitos humanos se desenvolveu, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, em que se concretizaram inúmeros tratados e declarações internacionais com o objetivo de estabelecer normas para a proteção dos direitos humanos. Dentro desse mesmo contexto, destaca-se a preocupação da sociedade internacional com a proteção das minorias e grupos vulneráveis. (PIOVESAN, 2016)

Segundo Antonio Augusto Cançado Trindade:

Na atualidade, a questão da proteção internacional dos direitos das minorias ressurge em nova e ampla dimensão, em suas relações tanto com a prevalência dos direitos humanos e da democracia, quanto com a preservação da própria paz

internacional. As notáveis transformações têm efetivamente caracterizado os nossos tempos como um momento na história marcado por uma profunda reflexão sobre as próprias bases do ordenamento jurídico internacional em geral, e da agenda internacional dos direitos humanos em particular (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 311-312).

Minorias são categorias de pessoas que não possui a mesma representação política que os demais cidadãos de um Estado, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por possuírem entre si características essenciais à sua personalidade que demarcam a sua singularidade, como nacionalidade, etnia, língua, religião ou condição pessoal. Pode-se destacar alguns exemplos: povos indígenas, LGBTI, refugiados, migrantes etc. Já os Grupos vulneráveis são coletividade mais ampla de pessoas que, também, necessitam de uma proteção especial tendo em vista a fragilidade ou indefensabilidade, como mulheres, idosos, crianças, adolescente, pessoas com deficiência, consumidores etc. (MAZZUOLI, 2016)

Apesar da maioria da doutrina conceituar e classificar minorias e grupos vulneráveis distintamente é comum os conceitos serem confundidos, tendo em vista, que a condição de vulnerabilidade pode ser identificada

tanto nas minorias como nos grupos vulneráveis. No entanto, conforme salientado por Valerio de Oliveira Mazzuoli, essa questão conceitual não é o mais importante, o que interessa, realmente, é a implementação de instrumentos que possibilite uma efetiva proteção aos direitos humanos dessas categorias de pessoas. (MAZZUOLI, 2016)

Migração deve ser compreendida como processo voluntário, em que as pessoas cruzam uma fronteira em busca de melhores condições de vida, por motivos diversos, como oportunidade de emprego, melhoria na educação, fome ou extrema pobreza. Os migrantes passam por grandes violações de direitos humanos, como discriminações, prisão arbitrária, exploração de trabalho, tráfico de pessoas, menores separados ou desacompanhados, dentre outras. Dessa forma, é preciso que a sociedade internacional garanta a proteção efetiva dos direitos humanos dos migrantes, pois há ainda muito que se desenvolver sobre essa questão.

## 1.2 Avanços internacionais sobre o tema

A migração internacional é uma realidade multidimensional, assim é imprescindível que se

desenvolva respostas coerentes e mais abrangentes diante do contexto atual e dos grandes desafios na proteção efetiva, levando-se em conta os fatores e os resultados que tem gerado esse fenômeno crescente de migração, que é facilitada em virtude da globalização, meios de transportes e comunicação.

Cabe destacar, inicialmente, que não há um tratado internacional específico sobre migração e nem uma definição uniforme para o termo “migrante”. Assim, os migrantes são protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, proteção que deriva de sua dignidade fundamental enquanto seres humanos, pois todas as pessoas, independente do seu status devem ser protegidas.

Dessa forma, pode-se destacar que a ausência de um tratado específico sobre a matéria em âmbito internacional, o que pode ser considerada como um dos principais desafios no que se refere a problemática na proteção dos migrantes. Nesse sentido, a sociedade internacional tem-se preocupado cada vez mais em desenvolver medidas capazes de atender à essa nova demanda, em que se possa oferecer condições dignas de subsistência e integração de forma efetiva na proteção dos direitos humanos no contexto atual.

Em âmbito internacional, há alguns documentos com relação ao tema, como a Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, Convenção da OIT de 1975 sobre Migrações em Condições Abusivas e Proteção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, Convenção da OIT de 1979 sobre Trabalhadores Migrantes, além da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

Dentro desse contexto, cabe destacar, o importante papel da Organização Internacional para as Migrações (OIM), que é a principal agência mundial em matéria de migração, além do Grupo Global de Migração para desenvolver princípios e orientações práticas sobre a proteção dos direitos humanos dos migrantes em situação de vulnerabilidade.

A ONU tem desenvolvido alguns progressos sobre o tema, como o Diálogo de Alto Nível sobre Migração Internacional e Desenvolvimento em 2013. Recentemente, destaca-se, também, a Reunião de Alto Nível sobre Respostas aos Grandes Movimentos de Refugiados e Migrantes, que foi realizada no dia 19 de setembro de 2016, na sede da ONU em Nova York,

contando com a presença de chefes de Estados e Governos e altos representantes, que aprovaram um documento político que ficou conhecido como Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes. Entre os vários compromissos da Declaração encontra-se como destaque a concretização em 2018 do Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular.

Conforme já analisado, os direitos dos migrantes carecem de normatização adequada e específica, principalmente diante do contexto atual, portanto, tal compromisso foi uma grande conquista. O lançamento de negociações para adoção do Pacto é, com certeza, um momento histórico, tendo em vista que possibilita, finalmente, uma discussão sobre a regulação internacional das migrações, o que ainda nunca tinha sido feito. Oportuna manifestação do porta-voz da Organização Internacional para as Migrações, Leonard Doyle, sobre a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes:

Migração é a estratégia de adaptação mais antiga do mundo” e que historicamente costumava ser vista como uma “zona proibida”, e que já estava passando da hora de todos os países reconhecerem com maturidade a situação atual em que aproximadamente 244 milhões de migrantes precisavam de proteção e que questões envolvendo o tema devem ser

discutidas o mais rápido possível.  
(ACNUR, 2017)

Outro grande conquista que merece destaque no cenário internacional com relação ao tema, foi o acordo assinado em setembro de 2016 entre o secretário-geral da ONU e o diretor-geral da Organização Internacional para as Migrações, em que a OIM passa a ser uma organização relacionada às Nações Unidas, possibilitando o fortalecimento de uma abordagem global para as migrações.

Cabe destacar ainda, a relevância no fortalecimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, pois os direitos dos migrantes encontram-se nessa vertente, o que seria a tentativa ideal, pois isso evitaria as causas que ocasionam o fenômeno da migração, além de tantas outras violações.

Tem-se, assim, que propugnar pela efetivação dos padrões mínimos de direitos humanos acordados internacionalmente, para que a proteção à dignidade dos seres humanos seja constante e não um simples paliativo, em situações em que a violação é tão grave que faz com que o indivíduo perca o que, nas palavras de Hannah Arendt, o torna humano: a sua comunidade. (JUBILUT, 2007, p. 217)



Apesar dos atuais avanços, diante da complexidade do assunto, é preciso que todos os Estados assumam suas responsabilidades, colaborando cada vez mais no sentido de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada, além do aprofundamento da matéria de migração, buscando uma reposta mais abrangente para o contexto atual, de forma efetiva.

A busca pela maior participação possível dos Estados, por meio da ratificação dos documentos internacionais e a elaboração de leis nacionais tem sido, com certeza, imprescindíveis para se alcançar os fins desejados de proteção. Assim, o maior desafio tem sido garantir que os Estados venham a cumprir as normas de proteção aos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2016). Essa preocupação é de extrema relevância, uma vez que cabe aos Estados criar leis e políticas públicas capazes de atender de forma efetiva essa crescente demanda de pessoas em busca de acolhimento, no sentido de atendimento as necessidades básicas, mas, também, de uma verdadeira integração.

Assim, é preciso, urgentemente, que sejam adotadas providências mais eficazes para que os Estados atuem de maneira efetiva na aplicação de tais mecanismos, que esses instrumentos não fiquem apenas no papel, mas

que façam parte da realidade prática dos migrantes e da sociedade acolhedora. É, realmente, necessário que tanto os sistemas internacionais, assim como os internos, dialoguem como forma de efetivar cada vez mais a proteção dos migrantes. Segundo, a doutrina do esgotamento dos recursos interno os Estados são os principais responsáveis pela implementação da proteção dos direitos humanos, assim a responsabilidade se volta para a ordem jurídica e política interna. (PIOVESAN, 2016)

Nesse sentido, é preciso que os Estados aperfeiçoem suas medidas internas para estabelecer uma efetiva integração, principalmente com relação ao acesso à educação, saúde, à justiça e à formação linguística, com objetivo de reduzir os riscos de marginalização e proporcionar uma vida mais digna para os migrantes. Dentro desse contexto, percebe-se que é necessário que as políticas públicas internas sejam desenvolvidas em conjunto com as organizações pertinentes da sociedade civil, organizações trabalhistas e religiosas, setor privado, e outras partes interessadas. (ONU,2016)

## **2. Proteção Interna dos Migrantes e a Nova Lei de Migração**

Diante da atual crise migratória, é preciso compreender qual o papel dos Estados no acolhimento, na garantia de direitos das pessoas migrantes e analisar o arcabouço jurídico e institucional sobre o tema. As migrações sempre fizeram parte da história do Brasil, exercendo um papel fundamental no desenvolvimento do país, nada mais justo então, que houvesse uma proteção jurídica consistente aos migrantes. No entanto, não foi isso que aconteceu até então, pelo contrário, a legislação específica sobre o tema, o denominado Estatuto do Estrangeiro, tinha uma perspectiva voltada para o interesse e segurança nacional, em que o estrangeiro era visto como uma ameaça ao país.

## 2.1 Desafios atuais no Brasil

Em 2011 e 2012, em virtude do terremoto no Haiti, o Brasil acolheu um grande número de migrantes, que depois com o tempo, devido à falta de emprego, crise econômica e discriminação, acabaram migrando para outros países. Atualmente, tem-se constatado que a maioria dos migrantes vem de países vizinhos, da América Latina. Recentemente o país acolheu um grande número de

venezuelanos, para tanto foi criada uma força tarefa para assistência nessas fronteiras.

Apesar desses episódios, o Brasil, contudo, possui um índice muito baixo de migração em relação a outros países da América do Sul. Segundo a Polícia Federal há cerca de 1,2 milhões de migrantes no Brasil, o que representa menos de 1% da população do país, ao passo que o número de brasileiros vivendo no exterior é bem maior, aproximadamente 3 milhões (ACNUR,2016). Assim a urgência de aprovação de uma nova legislação não está relacionado com a quantidade de migrantes no país, mas sim pelas lacunas legislativas, deixadas pelo Estatuto do Estrangeiro, diante dos desafios atuais, principalmente na efetiva integração.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6815/1980, elaborado na época da ditadura militar, contraria aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como os próprios princípios democráticos e às garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Cabe destacar, ainda, que tal legislação criminalizava a migração ao considerar o migrante como “ameaça à segurança nacional”, restringindo liberdades, como a vedação aos direitos de associação para atividades sindicais e o direito à manifestação, além de dificultar os

processos de regularização e não estabelecer mecanismos de integração. Havia uma verdadeira lacuna legislativa bem significativa com relação a situação de migração atual do país.

O receio de “abrir as portas do país”, a perda de oportunidades de empregos e a sobrecarga no sistema de saúde fazem parte das inúmeras justificativas de um discurso xenofóbico e egoísta que há muito tempo faz parte do contexto da migração no Brasil. É preciso compreender que regularizar a migração e criar mecanismos de efetivação de proteção são direitos humanos desse conjunto de pessoas social e historicamente tão vulneráveis.

No entanto, o que tem-se constatado é que essa conscientização é um grande desafio, com os problemas sociais enfrentados pelos Estados atualmente, agravados pelo fenômeno da globalização, é raro encontrar pessoas dispostas a flexibilizar os seus direitos para contemplar uma maior gama de titulares, residindo nesse fato um dos grandes entraves no que concerne a integração (JUBILUT, 2007).

Assim, é preciso compreender o verdadeiro sentido da nova Lei de Migração, que não é mecanismo para atrair migrantes, mas sim uma lei que veio com o

intuito de regularizar a situação dessas pessoas no Brasil, em proteção dos direitos humanos. A justificativa de muitos na sobrecarga na saúde é falha, no sentido de que esse fato já ocorre independentemente do número de migrantes no país, que como já salientado é bem pequeno. Essa sobrecarga já é uma realidade brasileira, além disso o migrante, também paga impostos e portanto contribui da mesma forma que o brasileiro, a sobrecarga não tem relação com os migrantes, mas sim com governança.

A outra justificativa de que os migrantes são uma ameaça à segurança nacional também é um argumento falho, pois tanto brasileiros como migrantes cometem crimes, além disso a regularização dos migrantes com a nova lei não demonstrar uma abertura para criminoso, pois pessoas assim não estão preocupadas em estar em situação regularizar no país, pelo contrário, ficam as margens da legalidade. Não há nenhuma ameaça, pois com a regularização eles passam por um controle migratório, podendo ser multado (penalidade administrativa) por entrar e permanecer no Brasil por vias ilegais. A lógica que mobilizam os movimentos são bem diversas da criminalidade.

Assim, a questão de segurança não corresponde a mesma lógica, a nova legislação vem pra regulamentar, o

que não é uma atitude de um potencial criminoso, tendo em vista que atuam as margens da qualquer legalidade. Assim, é importante compreender que negar direitos, gerar entraves burocráticos na regularização migratória, atuar com arbítrio e sem coerência, são condutas que não reduzem o deslocamento de pessoas, mas sim violam os direitos humanos.

A Lei 13.445 de 24 de maio de 2017 institui a Lei de Migração, revogando expressamente o Estatuto do Estrangeiro. O projeto original é do senador Aloysio Nunes Ferreira (do PSDB-SP) e foi aprovado com 125 artigos. Durante todo o trâmite houve ampla participação da academia, sociedade civil e partidos políticos, retratando um consenso pluripartidário em torno do projeto. Ocorre que depois de um processo democrático, a Presidência da República vetou alguns dispositivos, fato que gerou algumas críticas por especialistas. Ao todo, vinte trechos do texto foram vetados, contrariando o amplo consenso que havia sido construído no Congresso ao longo da tramitação da proposta.

Com a entrada em vigor da Lei de Migração, o novo desafio é efetivar as propostas estabelecidas no texto legal. Assim, é preciso aguardar o decreto que vai regulamentar tal lei, no sentido de verificar como serão

implementados os mecanismos de proteção e integração no Brasil.

## 2.2 Principais características da nova Lei de Migração

Inicialmente, é importante destacar que realmente a nova Lei de Migração é uma mudança de paradigma na legislação brasileira sobre o tema, tendo como principal característica a proteção de direitos humanos, podendo afirmar que a nova lei tem um caráter de solidariedade e receptividade, em conformidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A lei avança ao prever uma série de princípios e diretrizes voltados para a efetividade dos direitos humanos. Assim o artigo 4º, caput e inciso I, estabelece que ao migrante é garantida, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurando-lhe também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos. Assim, a lei reconhece os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como princípio de regência da política migratória brasileira (artigo 3º, I) é decorrência da proteção da dignidade humana, vetor axiológico da



Constituição (artigo 1º, III) e dos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

Além disso, o art.3 da nova Lei de Migração estabelece como princípios: combater a xenofobia, não criminalização da migração, promover o acolhimento humanitário, igualdade de direitos e oportunidades e acesso igualitário a serviços públicos, como saúde, educação e trabalho. O novo marco jurídico estabelece uma regra geral de vedação da discriminação e proibição do arbítrio na entrada, permanência e saída compulsória do migrante, com várias menções ao direito de ser informado e de obter assistência jurídica integral. Essas normas serão valiosos instrumentos para orientar a ação de agentes públicos envolvidos nas questões migratórias e deverão pautar a interpretação do Poder Judiciário, quando provocado para coibir abusos e discriminações.

Na nova lei, assegurou-se o acesso igualitário e livre dos migrantes a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (artigo 3º, XI). A retirada compulsória também foi regulamentada, com destaque para novas regras sobre os institutos da repatriação, deportação e expulsão, além da previsão para atuação da Defensoria

Pública da União nos procedimentos, o que inibe atos arbitrários ou discriminatórios.

A Lei traz temas importantes que já eram disciplinados em tratados internacionais, na Constituição Federal e em normativos infraconstitucionais, como por exemplo em Resoluções do Conselho Nacional de Migração e Resoluções do Comitê Nacional para Refugiados, mas que agora passam a fazer parte, juntamente com outros direitos, de uma legislação específica. A proteção do Apátrida está em entre um desses exemplos, uma vez que é a primeira vez que o Brasil tem uma proteção específica sobre a matéria. A nova lei estabelece sobre a Proteção dos Apátridas, através de uma simplificação do procedimento, o que, com certeza, é um grande avanço legislativo. O mesmo acontece com o tema asilado que já era protegido em tratados internacionais em que o Brasil é signatário e agora passa a ser normatizado na nova lei brasileira.

Entre as novidades, a nova lei traz uma mudança de nomenclatura, o Estatuto estabelecia apenas normas para estrangeiros, agora o brasileiro também é contemplado, assim a lei tem como destinatários os migrantes que vivem no Brasil, mas também os brasileiros que vivem no exterior, emigrado. Cabe destacar que essa

proteção, com documentação e assistência consular, já eram realizadas há anos pelo Itamarati, mas agora passa ser regulamentada em lei específica.

Outra novidade é o estabelecimento de varias novas hipóteses de visto temporário, como para tratamento de saúde, ensino, pesquisa ou extensão acadêmica. A lei também estabelece sobre o visto para questões humanitárias, que se aplica quando o estrangeiro precisar de uma acolhida humanitária, que surgiu no Brasil com a vinda dos haitianos, com a resolução 27/2012 do Conselho Nacional de Migração, mas que até então não era disciplinado em outro documento.

O migrante passa a ter tratamento legal igual ao brasileiro, com direito ao acesso a serviços públicos, como educação e saúde. Tais direitos já eram estabelecidos pela CF, mas agora passam a ser disciplinados de forma mais clara em norma específica sobre o tema. Assim, os migrantes passam a ser equiparados aos brasileiros, com algumas exceções como artigo 12 da CF, que estabelece sobre cargos privativos de brasileiro nato. No âmbito dos direitos dos migrantes que estão no país, foram eliminadas proibições constantes do Estatuto do Estrangeiro, como a proibição de associação para fins lícitos e expressão

política, o que já estava totalmente contrário aos ditames da Constituição Federal e aos direitos humanos.

Com relação aos procedimentos de repatriação e deportação, a lei garante aos migrantes ampla defesa e contraditório, além da necessidade de comunicação ao Defensoria Pública da União. Com isso, passa agora a ter um procedimento mais cuidadoso. Dentro contexto, também foram ampliadas as causas impeditivas de expulsão, como a proibição de expulsão de migrantes que tem filhos brasileiros.

No contexto do tema extradição, houve restrições contra as prisões automáticas que eram feitas de acordo com o antigo Estatuto Estrangeiro, agora antes da determinação de prisão será necessário avaliar cada caso, verificar os antecedentes, o tipo de migração irregular, assim houve um abrandamento para garantir os direitos humanos dos migrantes. Outro fator importante, é que o migrante passa a ter opção de concordar com a extradição, nessa hipótese não precisa ficar aguardando preso. Podem-se destacar algumas medidas novas como a possibilidade de transferência da execução da pena, a transferência da pessoa condenada, nesse caso se for de seu interesse, tendo como justificativa a importância da reunião familiar.

Cabe destacar, que de acordo com a nova lei os integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica ficarão isentos do pagamento de taxas e emolumentos consulares para concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória. Foi assegurado que ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política, possibilitando-se a responsabilização dos responsáveis pela prática de atos arbitrários na zona primária de fronteira.

Com esse novo marco jurídico, o Brasil dá importante passo para tratar as migrações como verdadeiros ganhos (materiais e imateriais) para nossa sociedade, até hoje escondidos pelo discurso xenófobo. Deve-se destacar o papel de fundamental importância exercido pelas sociedade civil, ONGs, pastorais, na busca constante de possibilitar aos migrantes a efetiva integração no Brasil. Nesse sentido, a nova lei traz propostas de políticas pública que devem ser realizadas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, de foram coordenada para se alcançar a proteção dos direitos humanos.

### 2.3 Vetos presidências

O projeto da Lei de Migração tramitou por um certo tempo, com ampla participação da sociedade cível e do Governo, tendo um alto grau de consenso e depois o texto passou por muitos vetos da Presidência da República, fato que foi muito criticado pelos especialistas. O que aconteceu foi uma mudança de orientação do próprio governo, de pessoas, que passaram a ter posição contrária a algumas disposições da lei. A maioria dos vetos vieram de solicitações do Ministério da Justiça, Gabinete de Segurança Nacional, Ministério de Defesa, com a principal justificativa de resguardar a segurança nacional.

Entre os vetos mais criticados, destaca-se o do art. 118, que estabelecia sobre a autorização de anistia aos migrantes que estavam no Brasil até julho de 2016. Nesses casos, os estrangeiros indocumentados no Brasil, em situações como de permanência por mais tempo do que era permitido, ou porque entrou sem visto, ou ainda porque usou de forma diversa daquela que o visto permitia, poderia se regularizar independente da situação migratória. O veto a esse dispositivo foi altamente criticado, pois essa possibilidade seria uma forma de regularização simplificada para as pessoas que já se

encontrasse em território nacional até a data fixada, além disso esse procedimento não seria indiscriminado, pois o decreto que vai regulamentar a lei de migração ficaria com a competência de definir tais critérios.

Outro veto bastante criticado foi o referente à garantia do direito à livre circulação dos povos indígenas em terras tradicionalmente ocupadas que estava previsto no artigo 1º, § 2º, tendo em vista que os índios tem um vínculo com as terras, independente de divisões geográficas ou divisas políticas, circulam livremente pelas fronteiras. Então esse livre acesso garantiria que essas pessoas não fossem levadas enquanto fazem esse transito que geralmente é circular, vão de um lugar para o outro, mas voltam para seu território, pois tem uma ligação com suas terras, suas vidas e tradições. Cabe destacar, que na prática, os índios não são barrados nessas fronteiras com frequência, pelo contrário acontece muito pouco, tendo em vista que na prática é complicado essa fiscalização nas fronteiras brasileiras, em virtude da imensa faixa fronteira, principalmente no Brasil em que tais fronteiras são naturais.

Destaca-se, também, o veto com relação ao parágrafo único do art. 37, dispositivo que ampliava o parentesco com a proposta de estimular a Reunião

Familiar, assim a concessão de visto ou de autorização de residência para fins de reunião familiar poderia ser estendida, por meio de ato fundamentado, a outras hipóteses de parentesco, como dependência afetiva e fatores de sociabilidade.

Cabe destacar que alguns dos vetos podem ser contornados pela via interpretativa, como o que eliminou o dispositivo sobre possibilidade de acesso a serviços públicos de saúde ao visitante, que pode ser superado pela previsão constitucional de universalização do direito à saúde. Já outros vetos simplesmente não gerarão efeito, como o que eliminou a definição de "migrante" contida no artigo 1º, §1º, I, mas manteve, ao longo da lei, o uso do termo.

Apesar dos vetos, organizações de direitos humanos que acompanham o tema acreditam que a versão sancionada ainda representa um avanço importante de paradigma para a política migratória brasileira, tendo em vista a revogação do Estatuto do Estrangeiro, uma norma da ditadura militar incompatível com a Constituição e com os compromissos internacionais na proteção dos direitos humanos.



## **Conclusão**

Ao cabo desta exposição é possível concluir que há, ainda, um caminho a seguir para verificar a aplicação das propostas da nova legislação, sendo muito cedo para se chegar a conclusões sobre a efetividade na proteção dos direitos humanos dos migrantes no Brasil. A nova Lei de Migração é uma mudança de paradigma, principalmente tendo em vista o contexto histórico. O Estatuto do Estrangeiro, foi elaborado na época da ditadura militar, em que o migrante era visto como uma potencial ameaça a segurança nacional, ao passo que a nova Lei de Migração foi elaborada dentro de um contexto atual em que a sociedade internacional conclama aos Estados a efetiva proteção dos direitos humanos.

Não há como negar a importância do documento, tendo em vista o momento e representatividade de sua emissão, além disso, mesmo após alguns vetos presidenciais, de acordo com o presente estudo, a nova Lei de Migração possui um conteúdo excelente. O que se espera é que com o decreto regulatório a lei seja aplicada no sentido de proteger de forma efetiva os direitos humanos dos migrantes.

A nova lei de migração é uma atualização da legislação brasileira que coloca o Brasil na vanguarda em

um momento de tantas discussões de endurecimento, como fechamento de fronteiras, construção de muros, negativa de embarque. O Brasil se coloca em uma posição diferente, adotando uma legislação que procura garantir uma proteção aos direitos humanos dos migrantes, diante da atual mobilidade humana e a complexidade dessa problemática no mundo. A partir de agora o Brasil assume suas responsabilidades com os migrantes, não apenas pelas obrigações internacionais, mas também por meio de sua própria normativa, o que demonstra um grande avanço, podendo ser considerada um marco jurídico na proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Pode-se salientar, ainda, que a nova lei de migração veio para completar o ordenamento jurídico brasileiro que já é modelo no que concerne a proteção dos direitos humanos dos refugiados, com legislação específica para o tema, Lei nº 9.474/97. Assim, com o advento da nova Lei de Migração, as duas leis fazem com que a normativa brasileira estejam de acordo com as obrigações internacionais e com a própria Constituição Federal, no sentido de proteção dos direitos humanos.

Portanto, de acordo com o presente estudo a Lei de Migração representa uma mudança de paradigma estabelecendo um sistema de governança para as

migrações baseado na proteção dos direitos humanos. Por fim, cabe destacar que todos tem um papel fundamental na aplicação efetiva dessa lei que veio com o intuito de conceder direitos e resguardar uma dívida para com os migrantes, que tanto contribuíram ao longo da história para o desenvolvimento do Brasil.

## Referências

BRASIL. Confira as principais mudanças trazidas pela Lei de Migração. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/confira-as-principais-mudancas-trazidas-pela-lei-de-migracao>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

BRASIL. Consulta pública sobre regulamentação da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração). Disponível em: <<http://www.participa.br/migracao/consulta-publica-sobre-a-regulamentacao-da-lei-n.o-13.44517-lei-de-migracao>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

BRASIL. *Lei de Migração atenderá melhor estrangeiros em busca de oportunidades no Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/05/lei-de-migracao-atendera-melhor-estrangeiros-em-busca-de-oportunidades-no-brasil>> Acesso em 18 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

BRASIL. *Presidente sanciona a Lei de Migração com vetos*. Disponível em: <[www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/05/presidente-sanciona-a-lei-de-migracao-com-vetos](http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/05/presidente-sanciona-a-lei-de-migracao-com-vetos)> Acesso em 18 de junho de 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra, APOLINÁRIO, Silvia Menicucce . O. S. *A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração*. Disponível

em: <[https://www.academia.edu/25702193/A\\_necessidade\\_de\\_prote%C3%A7%C3%A3o\\_internacional\\_no\\_%C3%A2mbito\\_da\\_migra%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/25702193/A_necessidade_de_prote%C3%A7%C3%A3o_internacional_no_%C3%A2mbito_da_migra%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Cursos de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Método, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; PIRES JR., Paulo Abrão; GRANJA, João Guilherme de Lima; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Lei de migração propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Nova York sobre refugiados e migrantes*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/71/1](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1)>. Acesso em: 25 de março de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Nova York sobre migrantes e refugiados tem “força política e ressonância sem precedentes”, diz ACNUR. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/declaracao-de-ny-sobre-migrantes-e-refugiados-tem-forca-politica-e-ressonancia-sem-precedentes-diz-acnur/>>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Organização internacional para as migrações fortalece vínculos com a ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/organizacao-internacional-para-as-migracoes-fortalece-vinculos-com-onu/>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos são eixo da nova Lei de Migração. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. Ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva 2016.

UNICEF, Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes. Disponível em : < [https://www.unicef.pt/18/site\\_unicef-declaracao\\_nova\\_iorque\\_refugiados\\_e\\_migrantes\\_2016-09-20.pdf](https://www.unicef.pt/18/site_unicef-declaracao_nova_iorque_refugiados_e_migrantes_2016-09-20.pdf)> Acesso em 02 de maio de 2017.

**A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA E A  
DEMOCRATIZAÇÃO DO  
PROCESSO CRIMINAL EM UMA  
PERSPECTIVA RESTAURATIVA**

***THE PARTICIPATION OF THE VICTIM AND THE  
DEMOCRATIZATION OF THE CRIMINAL PROCESS  
IN A RESTORATIVE PERSPECTIVE***

*Álison Thiago de Assis Campos  
Pedro Henrique Carvalho Silva*

**Resumo:** A Justiça Restaurativa se refere à implementação de sistemas que permitem a participação do ofendido e ofensor na construção de soluções democráticas para conflitos oriundos do crime. Nesse sentido, ela pode exercer um papel relevante, posto que versa sobre a implementação de métodos para a construção participativa de soluções para divergências oriundas do crime, onde a vítima tende a deixar de ser mero objeto do processo, passando a ter o direito de atuar mais ativamente da solução da controvérsia. A metodologia do presente trabalho é baseada na revisão de literatura e, partindo do método descritivo e analítico, objetiva demonstrar que as práticas restaurativas podem significar o aumento da democraticidade dentro da sistemática processual penal.

**Palavras-Chave:** Justiça Restaurativa; Processo Penal; Vítima; Democracia; Resolução de Conflitos;

**Abstract:** Restorative Justice refers to the implementation of systems that allow the offended and offender to participate in the construction of democratic solutions to criminal conflicts. In this sense, Restorative Justice can play a

relevant role since it deals with the implementation of methods for the participatory construction of solutions to divergences arising from crime, where the victim tends to stop being a mere object of the process, having the right to play an active role in the solution of the controversy. The methodology of the present paper is based on the literature review and on the descriptive and analytical method. The aim of the project is to demonstrate that restorative practices can increase of democraticity in the criminal procedural system.

**Keywords:** Restorative Justice; Criminal Procedure; Victim; Democracy; Conflict Resolution;

## INTRODUÇÃO

A participação da vítima na solução de controvérsias penais é um tema que preocupa processualistas ao redor do mundo, marcando diferenças significativas no sistema de resolução de conflitos. Se nos Estados de tradição saxônica a participação do ofendido é menos acentuada, nos países ibero-americanos tem-se buscado outorgar à vítima um papel mais ativo, assegurando-lhe uma maior participação.

O propósito do presente trabalho se insere dentro deste contexto, buscando contribuir para o estudo da temática envolvendo a atuação das vítimas na composição dos conflitos criminais, analisando a importância das

práticas restaurativas para a construção de um processo penal democrático.

Conforme se pretenderá demonstrar ao longo da pesquisa, a Justiça Restaurativa pode exercer um papel relevante na democratização do processo, posto que almeja a implementação de métodos para a construção participativa das questões oriundas da prática de um crime, permitindo que todos os afetados pelo provimento jurisdicional possam discutir uma solução mais adequada ao caso.

Para alcançar o objetivo acima estipulado, será feita uma revisão de literatura e análise de doutrinas que se dedicam a estudar a Justiça Restaurativa e o Processo Penal, notadamente no que diz respeito à possibilidade de inclusão democrática e efetiva das vítimas dentro da sistemática de resolução de conflitos.

O trabalho será dividido em tópicos, onde se buscará, primeiramente, analisar a posição assumida pelas vítimas dentro do processo penal, identificando a necessidade de proteção às expectativas do ofendido através de mecanismos eficazes e que também atendam a seus interesses. Após, apresentaremos a denominada Justiça Restaurativa como uma possibilidade para garantir a participação do ofendido na construção do provimento



final, garantindo uma dialogicidade ao processo penal e, conseqüentemente, tornando-o mais democrático.

Do ponto de vista metodológico a pesquisa se baseará no método descritivo e analítico que permitirá a abordagem, análise e conceituaçãodas categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento dos temas relativos à democratização do processo penal e à implementação da Justiça Restaurativa.

Partindo de uma revisão de literatura calcada na releitura de doutrinadores que versam sobre a temática proposta e, ainda, mediante uma análise do arcabouço jurídico que incentiva a proteção/participação da vítima na resolução dos conflitos e a implementação da Justiça Restaurativa, pretende-se conceituar os aspectos relacionados ao tema. Nesse sentido,o levantamento bibliográfico forneceráas bases teóricas necessárias para a elaboração adequada do trabalho, posto que informamos conceitos de ordem dogmática a serem utilizados.

## **2. BREVE ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL**

A inserção da vítima no processo penal marca diferenças significativas nos sistemas processuais

existentes ao redor do mundo. Conforme ensina Teresa Armenta Deu (2012, p. 100), o papel assumido pela vítima é um dos temas que ilustram as diferentes orientações dos códigos de processo penal atuais, sendo que

a posição da vítima é um dos temas que ilustram a diferente orientação dos códigos de processo penal continentais (mistos) e os modelos norte-americano e anglo-saxão, assim como uma das figuras que mais têm sofrido mudanças nas últimas reformas ibero-americanas. Tradicionalmente, e sem prejuízo dos relevantes matizes da exposição que agora se inicia, nos sistemas mistos se outorga um papel ativo à vítima, inclusive representada por seu advogado e em alguns casos com faculdades equiparáveis às de um fiscal, enquanto nos Estados Unidos, cuja tradição é justamente a oposta, o avanço consiste em permitir à vítima participar da leitura da sentença, na Inglaterra sequer há participação. (DEU, 2012, p. 100 - tradução livre)

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro permita que os ofendidos lancem mão de instrumentos recursais<sup>77</sup>, reparatorios<sup>78</sup> e representativos<sup>79</sup>, o que se verifica na prática é que ainda existe uma lógica binária imperante no processo penal pátrio, sendo que o acusador oficial (Promotor de Justiça) é quem atua em face do

---

<sup>77</sup> Artigos 201 e 598 do Código de Processo Penal,

<sup>78</sup> Artigo 62 da Lei 9.099/95 e Artigos 63, 140, 387, IV do Código de Processo Penal

<sup>79</sup> Artigo 5º, inciso LIX da Constituição Federal

acusado<sup>80</sup>, o que acaba mitigando a participação das vítimasno desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, na construção de uma decisão que atenda aos seus interesses.

Embora as modificações legislativas acima referenciadas acabem refletindo uma tendência mundial de valorização do papel das vítimas - quase sempre esquecidas dentro do sistema processual de resolução de conflitos -, percebe-se que ainda há muito a ser feito a esse respeito. Isto porque a participação dos ofendidosna construção do provimento final ainda é relegada a um segundo plano, notadamente porque seus interesses não são levados em conta no momento de fixação de eventual sanção decorrente da prática ilícita.

É preciso lembrar que a mitigação da importância da participação das vítimas na resolução de conflitos se deu com o fortalecimento do poder central e a conseqüente burocratização do Estado Moderno, que passou a limitar as possibilidades de vingança privada, tomando para si o *ius puniendi*. Esse movimento foi responsável pela substituição da vingança privada (aqui compreendida

---

<sup>80</sup> Artigo 129, inciso I da Constituição Federal

como emprego da força individual em resposta a uma ofensa) por sanções previamente estabelecidas.

Diz-se, então, o “direito penal moderno que efetivamente se torna responsável pelo apagamento da vítima” (FRADE, 2011, p. 09), posto que, nesse contexto, a agressão do ofensor contra a vítima deixou de ser encarada como uma afronta de um indivíduo contra o outro, passando a ser interpretada como um atentado à autoridade e a legitimidade do próprio poder soberano.

A partir do momento em que se conferiu ao Estado a prerrogativa absoluta de processar, julgar e punir os desviantes da maneira como o seu ordenamento jurídico estipulasse, a vítima perdeu relevância e seus interesses e perspectivas acabaram sendo relegadas a um segundo plano.

A vítima passou a ser no campo penal meramente um sujeito passivo, que quando procura as autoridades para relatar seu infortúnio corre o risco de ser tratada com frieza profissional. Em determinadas ocasiões pode vir a ser alvo da desconfiança acerca das informações que presta sobre as circunstâncias em que foi vitimizada. Em outras ocasiões pode vir a ser objeto do desprezo por sua demonstrada fraqueza. E no decorrer da persecução penal espera-se dela um comportamento que não diminua as chances de sucesso da persecução penal,

sem que tenha oportunidade de manifestar sua vontade.

A relação entre Estado e vítima passou a ser pautada pelos seus deveres de comparecer quando convocada para os atos processuais, colaborar com a instrução probatória e apoiar a acusação, mesmo que não entenda ser relevante para seus interesses e ainda quando a tenha o temor de sofrer retaliações. (FRADE, 2011, p. 10).

O paradigma que concedeu ao Estado o poder/dever de punir em desconsideração à vontade da vítima acabou transformando os ofendidos em verdadeiros objetos a serem utilizados de maneira indiscriminada em favor da máquina punitiva estatal. A perspectiva da vítima e seus interesses foram deixados de lado na solução dos conflitos e o exercício do *ius puniendi* ficou concentrado na mão de atores estatais, dificultando a participação daqueles que estão diretamente envolvidos no conflito.

No modelo punitivo quem sofre a lesão é deixado de lado, isto é, que não é considerada pessoa lesionada, mas como um sinal da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervém quando ele quer e trabalha sem levar em conta a vontade do lesionado). O pretexto para limitar a vingança da vítima ou complementar sua fraqueza serve para governar sua personalidade, jogar para baixo a humanidade. A invocação à dor da vítima é apenas uma oportunidade para o exercício de um poder cuja seletividade

estrutural lhe torna arbitrário e caprichoso". (ZAFFARONI, p. 230, 2002)

Para Vanessa de BiassioMazzutti (2012, p. 67), “diversas críticas ao sistema penal surgiram a partir da constatação de que as necessidades e expectativas da vítima não eram levadas em consideração, fazendo com que o conflito fosse despersonalizado, vez que o sistema penal o subtraía das partes”. Conclui-se, pois, que a evolução e modernização do sistema penal fez com que a relação entre o Estado e a vítima fosse reduzida ao simples comparecimento nos atos processuais, à colaboração na produção das provas e ao apoio à acusação (que em muitos casos se desenvolve independentemente de sua vontade).

Eugenio RaúlZaffaroni ensina que os modelos de solução de conflitos que não contam com a participação efetiva da vítima acabam dificultando a vocação estatal para promoção da paz social.

O Poder punitivo não resolve os conflitos, porque deixa uma parte (a vítima) fora do seu modelo. No máximo, pode aspirar a suspendê-los, deixando que o tempo os dissolva, o que está longe de ser uma solução, porque a suspensão fixa o conflito (o petrifica) e a dinâmica social, que continua seu curso, o corrói até dissolvê-lo. Um número exagerado de formações rochosas, postas no caminho da dinâmica social, têm o efeito de alterar o seu curso e gerar barragens perigosas. O

volume de conflitos suspensos por um Estado, manterá uma relação inversa com a sua vocação como provedor da paz social. (2002, p. 6)

Em contraposição ao arquétipo acima apresentado, o surgimento do movimento vitimológico representou um inegável avanço na compreensão do fenômeno da criminalidade e no reconhecimento da vítima como parte fundamental da lide penal.

Se a princípio as pretensões das vítimas estavam relegadas a um segundo plano, o estudo da vitimologia foi responsável por trazer os ofendidos novamente para o centro dos debates processuais penais, fazendo com que uma série de medidas fossem adotadas no sentido de se garantir a proteção das vítimas e a efetivação de seus interesses dentro dos procedimentos de construção das decisões, permitindo um certo grau de consenso e democraticidade ao palco de solução dos conflitos.

Após o martírio sofrido por judeus nos campos de concentração durante a 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, a comunidade internacional voltou seus olhos novamente às questões envolvendo os interesses das vítimas, sendo que a relação havida entre o ofendido e o ofensor passou a ser analisada de um ponto de vista mais abrangente, o que reclamou

uma normatização internacional acerca da temática. Nesse contexto, o surgimento da Organização das Nações Unidas em outubro de 1945 exerceu grande influência no sentido de permitir a normatização dos direitos das vítimas em escala mundial.

Com o fim da 2<sup>a</sup> Guerra Mundial e o Julgamento de Nuremberg, a vítima passou de uma posição em que atuava como suporte da estratégia de acusação (informante ou testemunha) para atuar de maneira mais ativa dentro da sistemática processual penal. Como nos ensina Ana Sofia Schmidt de Oliveira, as iniciativas em favor dos direitos das vítima

surgiram diante de uma nova visão dos direitos das vítimas que, ignoradas pelo sistema penal, durante tanto tempo direcionado unicamente para o criminoso, e desamparadas pelo poder público, reivindicavam uma maior atenção ao reconhecimento de seus direitos, assunto permanente em todos os simpósios internacionais de vitimologia. (1999, p. 115)

Com o avanço da vitimologia o ofendido voltou a ser visto como um ser capaz de identificar e garantir seus próprios interesses, o que proporcionou a sua revalorização dentro da sistemática processual de resolução dos conflitos penais. Dessa forma, desde a segunda metade do Século



XX, tem aparecido diversas tendências dentro do processo penal que dirigem não apenas à aplicação do Direito Penal, mas também busca a reparação dos danos ocasionados às vítimas, fornecendo a elas direitos mais amplos dentro do processo.

Essas tendências, por certo, sofrem influência do movimento vitimológico que, de acordo com Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes,

A vítima não reclama compaixão, senão respeito a seus direitos. O Estado “social” não pode ser insensível aos prejuízos que a vítima sofre como consequência do delito (vitimização primária) e como consequência da investigação e do processo (vitimização secundária). A efetiva “ressocialização” da vítima exige um intervenção positiva dos particulares e dos poderes públicos, dirigida à satisfação solidária das necessidades e expectativas reais daquela. (2006, p. 82)

Dessa maneira, mais do que um mero estudo teórico da vítima, o movimento vitimológico está voltado à criação e implementação de mecanismos de proteção e efetivação de direitos humanos, centrando-se na busca de medidas para conferir apoio e segurança aos ofendidos. Além do mais, o referido movimento busca garantir à vítima a possibilidade de intervir e participar ativamente na construção e elaboração das decisões judiciais, o que

torna o processo mais democrático e causa uma sensação de satisfação muito maior, sobretudo porque atende aos interesses de todas as partes envolvidas direta e indiretamente no caso concreto.

Algumas das principais contribuições que a vitimologia ofereceu ao Direito foi a ideia de que a vítima, na condição de principal afetada pela ofensa ocasionada por alguém, deve ser atendida em suas expectativas. Surge, daí, a necessidade de fazer com que qualquer decisão judicial seja construída a partir da inclusão dos interesses e perspectivas vitimológica, levando-se em conta não só a vontade do Estado, mas também as preocupações do ofendido que, na verdade, é quem vê sua vida diretamente afetada pela ilicitude que dá ensejo a um processo criminal.

No contexto acima apresentado, a vítima deve ser encarada como sujeito detentor de direitos dentro da instrução do processo, razão pela qual surge a necessidade de se garantir meios de participação mais efetiva dentro da arquitetura normativa direcionada à composição das questões decorrentes da prática dos crimes.

Percebe-se até aqui que o fenômeno que retoma a importância do papel da vítima na resolução dos conflitos é relativamente recente e parece ter ligação com o

movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que impulsionado pela vitimologia, destaca a necessidade de atender aos interesses do ofendido, possibilitando sua efetiva participação dentro do processo de construção de uma solução ao litígio e protegendo sua dignidade através dos mais variados mecanismos de proteção, inclusive no plano internacional.

Outro aspecto importante e que merece o devido destaque nesse contexto foi a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH em 1948, que deu início a um processo de expansão das normas de caráter humanitário ao redor do planeta. Com a elaboração de diversos tratados internacionais voltados à proteção da pessoa humana e a constante preocupação dos Estados em evitar que minorias viessem a ser novamente martirizadas, iniciou-se uma expansão e internacionalização dos direitos humanos sem precedentes históricos.

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. (PIOVESAN, 2016, p. 202)

Percebe-se, pois, que o processo de internacionalização dos Direitos Humanos exerceu um papel fundamental no incentivo de práticas restaurativas que reclamam a participação do ofendido no plano de construção de soluções adequadas às questões penais mais complexas.

A partir desse processo, a comunidade internacional passou a exigir posições mais ativas dos Estados no sentido de se promover a defesa das vítimas em relação aos mais variados tipos de opressão, impulsionando uma ação global mais eficaz para proteção dos direitos das vítimas e tornando possível a responsabilização dos entes estatais quando as instituições nacionais se tornassem falhas ou omissas em seu dever de proteção.

... o conceito de responsabilidade no contexto internacional é muito mais coletivo que individual. Quando um agente ou funcionário do Estado erra e comete violação de direito de outrem, ou quando um tribunal interno deixa de aplicar um tratado vigente, negando eventual direito a um estrangeiro protegido por esse tratado, é o Estado para o qual o agente trabalha que, em princípio, responde pelo dano na órbita internacional (ainda que os indivíduos que o compõem nada tenham a ver com o ilícito cometido). (...)

A finalidade do instituto – também considerado por outros juristas como um princípio geral de Direito Internacional – é, em última análise, reparar e satisfazer, respectivamente, os danos materiais e éticos sofridos por um Estado em decorrência de atos praticados por outro. (MAZZUOLI, 2016, p. 613)

A expansão dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos é uma demonstração inequívoca de que a comunidade internacional vem buscando implementar medidas de promoção aos direitos das vítimas. Nesse contexto, tem-se notado um empenho da comunidade internacional no sentido de incentivar a criação de modelos que possam atender às expectativas e necessidades dos ofendidos que, anteriormente, eram deixados à margem das questões envolvendo conflitos criminais.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade para garantir o acesso mais democrático da vítima ao sistema processual penal, garantindo-lhe liberdade para expressar suas aspirações, angústias, desejos e temores durante a resolução do conflito.

### **3. A POSSIBILIDADE DE DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATRAVÉS DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS**

A sistemática vigente no atual sistema de análise e julgamento de crimes baseia-se em um modelo autocrático de processo, posto que determina a aplicação do Direito a partir da perspectiva estatal, deixando de lado os anseios das pessoas vitimadas pelo conflito. Nessa esteira, há uma tendência mundial que aponta para a necessidade de adoção de técnicas judiciais capazes de satisfazer os interesses de todos que foram atingidos - direta ou indiretamente - pelo fenômeno delitivo.

Uma das formas de abarcar o ofendido e atribuir-lhe um seu papel relevante na construção consensual e democrática da decisão, é permitir uma aplicação dialógica da norma, de forma a atender aos interesses de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, serão afetados pelo provimento jurisdicional.

Inserida nesse contexto, e buscando viabilizar soluções capazes de atentar para as ambições dos ofendidos, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade para a democratização do processo penal, na medida em que permite a construção de uma solução participada e democrática do mérito processual.

Historicamente as bases da expressão “Justiça Restaurativa” remontam à década de 1950, quando o

psicólogo norte-americano Albert Eglash deu início à implementação de um modelo diferenciado para reabilitação dos criminosos a partir da busca pelo perdão de sua vítima. (BIANCHINI, 2012, p. 88). Posteriormente, em 1977, Eglash publicou um ensaio denominado “BeyondRestitution: creativerestitution”em que apadrinou o termo ora analisado e, por essa razão passou a ser considerado como o grande precursor dos ideais restaurativos na forma como hoje é estudada no ambiente acadêmico.

Vale lembrar, entretanto, que muito embora a criação do termo “Justiça Restaurativa seja creditada a Albert Eglash,

a concepção de justiça a que ele se referia não era nova. A justiça restaurativa não é um movimento de "nova onda" à margem da prática jurídica. Suas concepções de justiça têm sido mais ou menos proeminentes durante a maior parte da história. Como diz o criminologista John Braithwaite, "a justiça restaurativa tem sido o modelo dominante da justiça penal em toda a história da humanidade para todos os povos do mundo". As concepções da Justiça Restaurativa reivindicam suas raízes nas tradições ocidentais e não-ocidentais. Assim, um movimento em direção a um modelo restaurador da justiça talvez seja melhor entendido como um retorno às raízes da justiça, e não como uma nova "cura" para um sistema

Muito embora o paradigma de Justiça Restaurativa ainda esteja em construção, ela pode ser conceituada como sendo “uma nova forma de resolução de conflito em que as próprias partes envolvidas num conflito específico (vítima, infrator e comunidade – primária e/ou secundária) se encontram e buscam, por meio do diálogo/consenso, e com a ajuda de um facilitador capacitado, a solução da divergência” (PRUDENTE, 2011, p. 42).

Adotando uma perspectiva semelhante, Deilton Ribeiro Brasil assevera que a Justiça Restaurativa trata-se de uma forma de ampliar “o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade” (2014, p.157).

Em razão de apresentar-se como um modelo participativo para resolução de questões criminais, a Justiça Restaurativa passou a ser trabalhada também no âmbito internacional, dando supedâneo ao surgimento de diversas propostas de implementação e estruturação desse novo paradigma. Nessa esteira, o Conselho Econômico e Social



da ONU (ECOSOC), através da Resolução nº 12/2002 definiu o processo restaurativo como sendo aquele “no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.” (ONU, 2002)

No referido instrumento, há um claro incentivo à adoção de programas de Justiça Restaurativa por parte dos países membros da ONU, fixando princípios básicos para sua implementação.

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional.

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade. (ONU, 2002)

Antes mesmo do advento da referida Resolução, a Assembleia Geral da ONU já havia editado a Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, por meio da qual “afirma a necessidade de adoção, a nível nacional e internacional, de medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder”, sublinhando, ainda, “a necessidade de encorajar todos os Estados a desenvolverem os esforços feitos com esse objetivo, sem prejuízo dos direitos dos suspeitos ou dos delinquentes” (ONU, 1985).

A Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU reconhece a necessidade de adoção de medidas, tanto a nível nacional como internacional, para garantir o reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder, sem que disto decorra prejuízo aos direitos dos suspeitos ou dos delinquentes.

Seu texto revela ainda que a Declaração objetiva auxiliar os Estados e organismos envolvidos na busca pela justiça para as vítimas, elencando uma série de ações a serem adotadas pelos Estados-membros, entre as quais destacam-se as seguintes:

- Adoção de medidas nas áreas da assistência social, saúde, educação, economia e prevenção da criminalidade, além de ajuda para vítimas carentes;
  - Incentivo dos esforços coletivos e de participação dos cidadãos na prevenção do crime;
  - Mudanças na legislação e nas práticas existentes visando proibir atos contrários às normas internacionalmente reconhecidas no âmbito dos direitos do homem e de outros atos de abuso de poder;
  - Estabelecimento e reforço dos meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados da prática de crimes;
  - Colaboração internacional nos campos judiciário e administrativo, em domínios como o da investigação e o da prossecução penal dos delinquentes, da sua extradição e da penhora dos seus bens para os fins de indenização às vítimas.
- (FRADE, 2011, p. 29/30)

A “Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de

Poder”, que conforme já mencionado foi adotada pela resolução em testilha “visa ajudar os Governos e a comunidade internacional nos esforços desenvolvidos, no sentido de fazer justiça às vítimas da criminalidade e de abuso de poder e no sentido de lhes proporcionar a necessária assistência”. (ONU, 1985) Além do mais, ela amplia o conceito de vítima e conclama os Estados a efetivarem medidas que garantam aos ofendidos os direitos de respeito à sua dignidade, à proteção integral, restituição, ressarcimento e à reparação dos danos porventura . Além disso, busca garantir o amplo acesso à informação, e o direito à indenização, inclusive por parte do Estado quando não for possível obtê-la do delinquente.

Como se vê, a maior parte das disposições constantes da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder tem por finalidade combater ou, quando menos, suavizar os efeitos das vitimizações secundária e terciária. (OLIVEIRA, 1999, p. 116)

As novas tendências até aqui apresentadas objetiva a criação de um *locus* capaz de possibilitar a interlocução das partes no intuito de permitir a construção de uma solução consensual para o litígio. Dessa forma, elas impõem uma maior participação da vítima dentro da construção do provimento final, sendo que ela deixa de ser

mero coadjuvante na sistemática de resolução de conflitos e passa a atuar de maneira ativa, expondo seus interesses e preocupações de maneira a auxiliar na implementação de uma resposta criminal que atenda a seus anseios.

Atuando ativamente dentro da resolução de um conflito, a vítima acaba ampliando a possibilidade de efetivação de suas pretensões dentro de um processo, legitimando a atuação do Estado com um enfoque mais voltado para a relação humana e proteção ao interesse de todos os indivíduos envolvidos com a questão.

Damásio de Jesus (2006) ensina que diante da prática de uma infração penal, a Justiça Restaurativa pretende reunir o ofendido, seus familiares, o ofensor e os representantes da sociedade com a intenção de debaterem e encontrarem uma forma de solucionar determinado conflito, de modo a satisfazer a vítima. Nesse sentido, algumas alternativas penais, tais como o acordo civil, a transação penal, a mediação e outras opções modernas podem integrar, como instrumentos eficazes, esse meio de evitar os percalços de um processo criminal e a eventual aplicação da prisão como clássica resposta penal.(JESUS, 2006)

É importante lembrar que a Justiça Restaurativa “Não se trata de uma alternativa à Justiça Criminal, pois

não pretende substituí-la. Cuida-se de um sistema auxiliar do Poder Judiciário, um meio de prevenção da criminalidade, apto a contribuir para a diminuição do número de infratores encarcerados.” (*Ibdi*, 2006).

## **2.1. Justiça Restaurativa e Processualidade Democrática:**

Para que possa exercer seu papel de proteção da cidadania, o processo de análise do caso deve permitir a liberdade e a igualdade do acusado perante a vítima e o Estado, reunindo garantias que permitam às partes a certeza de que serão julgadas de acordo com princípios e institutos juridicamente fundamentalizados na Constituição Federal.

Falar sobre processualidade democrática no âmbito da Justiça Restaurativa pressupõe que, enquanto garantia de ampla argumentação e defesa, o procedimento pode ser implementado em uma perspectiva mais ampla, ainda quando do exercício “de outras funções fundamentais do Estado que conduzem a provimentos de órgãos estatais diversos do juiz”. (FAZZALARI, 2006, p.705).

Independentemente de ser utilizada ou não dentro da sistemática do Poder Judiciário, ao que tudo indica, a Justiça Restaurativa criaria uma possibilidade para que haja uma verdadeira reformulação da persecução penal, a qual poderia viabilizar o fortalecimento dos direitos da vítima, aqui compreendidos como uma questão de Direitos Humanos, incentivando a obtenção de soluções democráticas a partir de um consenso que também atenda aos interesses do ofendido e da comunidade.

Segundo Baratta,

substituir parcialmente o direito punitivo pelo direito de reparação, outorgar à vítima e, geralmente, a ambas as partes dos conflitos entre particulares, maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contato perturbado pelo crime, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas, são algumas das mais importantes diretrizes para a realização de um direito penal de intervenção mínima e para conseguir diminuir os custos sociais da pena. (BARATTA, 2004, p. 316/317).

É nesse sentido que o diálogo entre a vítima e o autor, pautado na consensualidade, voluntariedade, flexibilidade, arrependimento e reparação, rompe com o paradigma punitivo e marca a inclusão desses sujeitos na justiça penal a partir de uma resolução de conflitos pautada

no coletivismo, respeitando e garantindo os direitos humanos e as liberdades individuais inerentes ao ser humano.

Ao tratar sobre a implementação de técnicas restaurativas no âmbito do Poder Judiciário, KayPranis propõe sua utilização ampla a fim de propiciar a solução de controvérsias nas esferas familiar e penal, onde a carga emocional é maior e acaba influenciando a tomada de decisão. De acordo com a autora, as técnicas restaurativas acabam por promover uma melhora qualitativa das relações interpessoais, permitindo que a resolução da controvérsia se de comprometedora e consciente. (2017, p. 13)

Ao possibilitar um diálogo entre ofendido e ofensor, a Justiça Restaurativa acaba possibilitando o exercício da democracia, dando voz a quem se interessa pela análise do caso concreto, possibilitando a construção de uma decisão judicial participativa e que atenda aos anseios e expectativas de quem acabou sendo, direta ou indiretamente, influenciado pela prática criminal.

É interessante notar que a Justiça Restaurativa acaba incluindo todos os envolvidos no sistema de resolução de controvérsia, o que inclui as vítimas do delito, os perpetradores e também a comunidade, o que



possibilita a criação de um processo de compreensão dos danos muito mais abrangente, permitindo a criação de estratégias para reparação e prevenção dos mesmos. (PRANIS, 2017, p. 21)

Embora seja fenômeno ainda incipiente, constata-se que aspectos relativos à justiça restaurativa já se fazem notar em nosso meio, inclusive por algumas modificações legislativas e pelo incentivo à implementação de práticas que sugerem a participação do ofendido no processo de construção de soluções para as mais diversas questões penais que possam vir a surgir.

A bem da verdade, a Justiça Restaurativa é uma possibilidade para democratização do processo penal porque concede voz à vítima, garantindo-lhe o direito de se expressar livremente, apresentando suas perspectivas e anseios em relação ao fato. Sem abandonar o viés garantista, a Justiça Restaurativa ocasiona uma humanização da causa, permitindo que a vítima se faça presente no processo como um ser humano por inteiro, capaz de revelar suas aspirações mais profundas de maneira pessoal, isto é, independentemente de órgão de representação.

## CONCLUSÃO

Conforme verificado ao longo da explanação, houve um período que se findou após o término da 2<sup>a</sup> Guerra Mundial onde as vítimas foram basicamente alijadas do processo de construção de soluções criminais, eis que a prática de qualquer delito era vista como um atentado ao poder do próprio Estado.

Por outro lado, após os estudos sobre vitimologia e o conseqüente movimento de internacionalização dos direitos humanos, foram celebrados uma série de tratados internacionais aptos a tutelar os interesses dos ofendidos no âmbito do processo criminal, incentivando a participação das vítimas na construção de decisões. Nesse contexto, é seguro afirmar que a ampliação das normas de caráter humanitário deram ensejo a uma verdadeira exortação à implementação de práticas restaurativas que atendam às conveniências e aos interesses das vítimas.

Aliando-se a essa nova percepção do Direito, a Justiça Restaurativa se apresenta como um novo paradigma que pode ser aplicado ao sistema penal na busca da criação de uma solução mais democrática para os conflitos ocasionados pelo crime. Seu principal objetivo é restaurar as relações eventualmente abaladas a partir do

evento criminoso, disponibilizando a participação de todos os envolvidos na construção do provimento jurisdicional.

Tem-se, portanto, que a implementação de práticas restaurativas afigura-se como sendo uma possibilidade para a criação de espaços normativos dentro da sistemática processual penal (ou até para além dela), ampliando seu espectro democrático e protegendo os interesses fundamentais inerentes às partes que figuram como vítimas de um fato criminoso.

O respeito ao interesse da vítima na busca por uma solução adequada às questões impostas pela prática de um delito não implica em deixar de lado os direitos e garantias que necessariamente devem ser assegurados ao ofensor. Pelo contrário, o que se espera da prática restaurativa é que todos os envolvidos com o caso possam compartilhar entendimentos, perspectivas e motivações, buscando um consenso restaurador, capaz de satisfazer a todos de uma maneira mais plena e eficaz. Essa busca pode se dar tanto no âmbito processual quanto administrativo, desde que haja o amparo dos princípios constitucionais que fixam as balizas para solução democrática de conflitos, como o contraditório e a ampla-defesa.

Muito embora ainda sejam pioneiras, as iniciativas que atualmente se desenham para a aplicação das medidas restaurativas levam consigo a responsabilidade de superar as dificuldades que inicialmente se apresentame impulsionar a implementação da Justiça Restaurativa como instrumento para efetivação de Direitos Humanos e construção de um processo penal condizente com os princípios que norteiam a construção de um Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro.** Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/II/I/18.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2017

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal.** Buenos Aires: Euros S.R.L., 2004.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica.** Campina: Servanda, 2012.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A justiça restaurativa como estratégia de tratamento de conflitos. In: **Athenas, Revista de Direito Política e Filosofia.** Disponível em:<[http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl\\_at](http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_at)

henas\_ano3\_vol2\_2014\_artigo11.pdf.>Acesso em 24 de nov. 2016

BRASIL, Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em 21 abr. 2017

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: Orientado para a Vítima de Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DEU, Teresa Armenta. **Sistemas processuais penais: La justicia en Europa y América**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas. Booksele, 2006.

FRADE, Edilson Vlademir de Almeida. **Direitos da vítima na criminalidade**. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

JESUS, Damásio de. **Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda a adoção da Justiça Restaurativa**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2006. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>. Acesso em 21 abr. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LLEWELLYN, Jennifer J. e HOWSE, Robert. **Restorative justice: a conceptual framework**. Disponível em: <<https://dalspace.library.dal.ca/>>. Acesso em 16 abr. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Processo penal sob a perspectiva da vítima: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder – 1985**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br.>> Acesso em 15 de abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ECOSOC resolution 2002/12**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf.>> Acesso em: 16abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 40/34 da assembleia geral da ONU**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>.  
> Acesso em: 16 abr. 2017.

ORTEGAL, Leonardo. **Justiça restaurativa**: um caminho alternativo para a resolução de conflitos. In.: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. V.1, n.21, 2008, p.121-132.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa**: um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TELLO, Nancy F. **A justiça restaurativa**: um programa integral de atenção e prevenção do delito. In: Revista IOB

de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 52, out./nov. 2008.

UNICEF. **Manual sobre o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil**. Disponível em: [https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional\\_protocol\\_por.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional_protocol_por.pdf). Acesso em 26 de nov. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal, parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.



## **A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE RESTRIÇÕES E ALCANCE DO PRINCÍPIO**

## **UN PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DEL PROCESO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE RESTRIÇÕES E ALCANCE DO PRINCÍPIO**

*Dalvaney Aparecida de Araújo  
Érica Patrícia M. Freitas Andrade*

**Resumo:** O artigo visa a discussão da publicidade dos atos processuais sob a perspectiva do Código de Processo Civil em 2015, analisando as restrições desse princípio nos casos assinalados como segredo de justiça. Busca-se verificar se as hipóteses legais de vedação à publicidade não constituem ofensa ao texto constitucional que expressa a imprescindibilidade de transparência e divulgação dos atos processuais. A pesquisa teórico-bibliográfica foi realizada por meio do método dedutivo-hipotético.

Palavras chave: publicidade; atos processuais; segredo de justiça, diploma civil; Constituição.

**Resumen:** O visa artigo a la discusión de la publicidad de los procesos en línea, una perspectiva del Código de Procesos Civiles en 2015, analizando las restricciones de nuestros casos assinalados como segredo de justiça. Busca verificar los son hipóteses leyendas de vedación a publicidade não constitui ofensa ao texto constitucional que expressa una imprescindibilidade de transparencia y divulgación dos atos processuais. Una pesquisa teórico-

bibliográfica realizada por meio do método dedutivo-hipotético.

Palavras chave: publicidade; atos processuais; segredo de justiça, diploma civil; Constituição.

## **1.INTRODUÇÃO**

A publicidade dos atos constitui um mecanismo de transparência do Judiciário pautado na possibilidade de fiscalização por qualquer cidadão. Mas, como nenhum direito fundamental é absoluto, a restrição a esse direito encontra-se no texto constitucional e processual civil, que ampliou as hipóteses de segredo de justiça.

A regra é a publicidade do processo no intuito deste ser acessível a todos. Isso porque esse princípio retrata os elementos democráticos que devem reger o processo de modo a se evitar abusos e arbitrariedades. Assim, por se tratar de elemento indissociável do processo, a restrição à publicidade dos atos só pode ocorrer quando houver uma exigência de interesse social ou de defesa de intimidade dos litigantes.

É que a participação efetiva das partes e de terceiros na condução do processo, tanto por meio de consulta de autos em secretaria quanto no pedido de certidões ou mesmo como ouvinte de audiências induz

veracidade e maior confiabilidade no Poder Judiciário. Com isso, a publicidade especial, em que se restringe o acesso do cidadão ao processo, somente se justifica para a preservação do direito fundamental das partes envolvidas.

Importa verificar de que maneira a acessibilidade a determinado processo será vedada ao grande público e se as inovações trazidas no Novo Código de Processo não violam as garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais, observando os limites das hipóteses de tramitação com publicidade restrita.

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises críticas e comparativas sobre o tema, delimitando-o por meio do método dedutivo-hipotético. Assim, partiu-se de um exame macro da publicidade em direção a uma análise micro das hipóteses legais em que se opera o segredo de justiça.

## **2. AS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS EM TORNO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

O texto constitucional expressa que os atos processuais são públicas, conforme artigos 5º, LX e 93, IX da CR (BRASIL, 2017) para se garantir aos cidadãos a correta aplicação do Direito, dando publicidade e

transparência aos atos processuais praticados pelos juízes durante o transcorrer do processo civil, trabalhista ou penal. Isso porque esse princípio representa uma garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição.

Os atos processuais devem ser públicos, para se garantir a proteção das partes contra juízos arbitrários e secretos e para permitir o controle da opinião pública sobre os trabalhos exercidos na esfera judicial, sobretudo o exercício da atividade jurisdicional (ABDO, 2011, p. 48).

Observe-se que as possibilidades de restrição à publicidade externa somente são admitidas pela Constituição “(...) quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, conforme artigo 5º, LX, CF/88 (BRASIL, 2016). Assim, salvo essas exceções regulamentadas por lei infraconstitucional, todos os atos processuais estão submetidos à regra da publicidade. Vale dizer, os atos processuais podem e devem ser objeto de controle por parte de pessoas estranhas ao processo, resguardada as limitações do princípio.

Com isso, a publicidade traduz-se em um mecanismo dissipador de quaisquer desconfianças que possam vir a ser suscitada sobre a independência e imparcialidade dos magistrados. Isso porque o fato de terceiros poderem analisar o processo e comparecerem à

audiências tornam possíveis uma eventual fiscalização popular sobre a atuação dos operadores do Direito (juízes, promotores públicos e advogados).

Note-se que não deixa de ser significativo o fato de que a doutrina e a jurisprudência se preocupem mais a justificar as razões das exceções à publicidade, a justificar o segredo, do que a necessidade da publicidade como exigência democrática. E por isso que se dá mais relevância à justificação do segredo do que à publicidade que é natural à transparência da justiça. (MARQUES, 2016).

Manifestando-se sobre o princípio da publicidade, Neves (2017, p. 163) sustenta que:

Segundo a melhor doutrina, a publicidade dos atos processuais é a forma mais eficaz de **controle do comportamento** no processo do juiz, dos advogados, do promotor, e até mesmo das partes. Ao admitir a publicidade dos atos, facultando a presença de qualquer um do povo numa audiência, o acesso aos autos do processo a qualquer pessoa que, por qualquer razão queria conhecer seu teor, bem como a leitura do diário oficial (em alguns casos até o acesso à internet), garante-se a aplicação do princípio.

A garantia dessa publicidade popular encontra-se consagrada no art. X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como na Constituição

Federal pátria, no art. 93, IX e X84. No processo, a publicidade é, ao menos em regra, geral (qualquer sujeito tem acesso aos atos processuais) e imediata (facultada a presença de qualquer sujeito no momento da prática do ato processual). Daí por que qualquer sujeito, ainda que absolutamente desinteressado na demanda, pode assistir a uma audiência, a uma sessão de julgamento no tribunal ou analisar os autos do processo em cartório. No tocante aos julgamentos, poderá até assisti-los ao vivo pela TV Justiça a depender da repercussão do processo.

Ressalte-se que, considerando o disposto nos artigos. 5.º, LX e 93, IX, CR/88 (BRASIL, 2016), o direito brasileiro adota, como regra, o regime de publicidade absoluta (ou externa), o qual é limitado pela manifestação do regime de publicidade restrita (ou interna).

A publicidade absoluta refere-se ao procedimento que autoriza o acesso, na realização dos respectivos atos processuais, não apenas das partes, mas também do público em geral ao passo que a publicidade restrita pauta-se em alguns ou todos os atos que se realizam apenas perante as pessoas diretamente interessadas e seus respectivos procuradores judiciais ou somente com a presença deles. (TUCCI, 2010).

Enquanto preceito constitucional, a publicidade dos atos processuais além de constituir uma regra, ela é uma

garantia de controle de atos processuais por qualquer integrante da sociedade. Tanto que, se os atos forem realizados sem a observância dessa garantia processual, com exceção das hipóteses de sigilo legalmente permitidas

A regulamentação da publicidade em será operacionalizada pela legislação infraconstitucional. No caso de matérias civis, o CPC (BRASIL, 2017) restringe as hipóteses de publicidade dos atos processuais em seu artigo 189, cuja análise passa a ser feita.

### **3. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS CIVIS: AS LIMITAÇÕES SOFRIDAS PELO SEGREDO DE JUSTIÇA**

Os atos processuais, em regra, são públicos, porém, alguns processos correm em segredo de justiça, sendo o acesso aos dados processuais limitados às partes e os seus advogados. Esse sigilo sob determinados atos processuais ocorrem por força de lei ou de decisão judicial. A justificativa para essa imposição ocorre em virtude das necessidades da investigação e a proteção dos direitos dos sujeitos e participantes processuais.

No novo Código de Processo Civil, a matéria é

regulada nos artigos 188 e 189 (BRASIL, 2017). Os atos e normas processuais não possuem uma forma específica necessariamente. Isso ocorrerá por imposição legal, de modo que todas as formas praticadas que resultem na finalidade essencial do ato são considerados válidos (artigo 188).

Entretanto, esses atos podem tramitar em segredo de justiça, segundo o artigo 189, quando a) o interesse público ou social exigir ou nas ações que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes. Também pode ocorrer nas hipóteses de dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade ou que versem sobre arbitragem, também no cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade seja comprovada em juízo. (BRASIL, 2017).

Assim, em todas essas hipóteses, o processo tramitará em segredo de justiça, sendo permitido apenas às partes e aos seus advogados a consulta dos autos e eventualmente um terceiro que demonstre interesse jurídico poderá requerer ao magistrado certidão do dispositivo de sentença, inventário ou partilha(artigo 189, §2º do CPC).



Note-se que o rol dos processos que tramitam em segredo de justiça, no caso os previstos no artigo 189 do CPC (BRASIL, 2017) é apenas exemplificativo, conquanto haja divergência sobre o tema. Isso porque pode o juiz, de acordo com o caso concreto, determinar o trâmite do processo em segredo de justiça em outros casos que não necessariamente envolvam matérias atinentes ao referido dispositivo. Como exemplo pode-se citar casos que contenha informações comerciais de caráter confidencial ou estratégico para fins de proteção em eventuais concorrências.

### **3.1 Interesse público ou social**

O conceito de interesse público remete aquilo que é comum a todos ao passo que interesse social implica aquilo que concerne a uma parcela da sociedade. Ambos referem-se a conceitos ambíguos, sem uma delimitação concreta por parte do legislador. Com isso há uma margem muito grande para interpretação do caso concreto ante a ausência de especificações legais para delimitar a amplitude do tema.

Nesse sentido, há que se ter cautela na aplicação

desse inciso. A conceituação deveria ser dada pelo legislador que, como não o fez, deverá ser analisado caso a caso pelos operadores do Direito o que será ou não considerado como interesse público ou social. Observe-se que o fator social somente consta como objeto de sigilo no CPC de 2015 (BRASIL, 2017), uma vez que o diploma antigo limitava-se ao uso da expressão “interesse público”.

Na verdade, a expressão remete tudo a interesse público, “(...) mas o legislador, em vez de substituir um termo por outro, quem sabe pensando numa compatibilidade com o texto constitucional, incluiu essas duas formas de interesses como motivo para restringir a publicidade dos atos processuais.” (NEVES, 2017, p. 164).

Nessa hipótese, o juiz, a requerimento das partes ou de ofício, decidirá acerca da relativa ocorrência ou não interesse público e/ou social. Assim, a análise pautar-se-á se aquela circunstância refere-se a um número indiscriminado de pessoas ou à sociedade geral ou a um caso de segurança nacional. Ou também se versa sobre relações institucionais ou externas.

Situações outras como as de decoro e eventuais motivos de interesse social que possam vir causar dano à

comunidade em geral ou a direitos coletivos ou de entes estatais também poderão ser objeto de limitação à publicidade. Casos relacionados à propriedade intelectual de programa de computador ou à intimidade. Nessa última hipótese, somente quando ela não se referir a dados.

Note-se que esses fatores analíticos que serão objeto de argumentação da parte fica a critério subjetivo do juiz ante a conceituação vaga e sem delimitação do legislador. Como reflexo disso, não se pode afirmar que a previsão legal refira-se a números fechados, uma vez que a lei enunciou um conceito vago. Assim, para veicular o segredo de justiça, há que se vislumbrar se se trata:

(...) de matéria que humilhe, rebaixe, vexee ou ponha a parte em situação de embaraço, que dificulte o prosseguimento do ato, a consecução da finalidade do processo, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao Estado, ou a terceiro. Interesse público é o interesse transindividual, tendo-se como individuais os interesses das partes e de outros interessados. (PONTES DE MIRANDA, 1996, p. 52).

Nesse contexto, há que se entender o interesse público e social numa perspectiva transindividual que abarca tanto o interesse das partes como de terceiros. Por

consequência, a decisão judicial que decreta o segredo de justiça deve ser fundamentada, sob pena de ser considerada nula, uma vez que limitou o acesso parcial ou total dos atos processuais. A decisão que decretará o segredo de justiça, por ser irrecorrível desafia a impetração de mandado de segurança.

### **3.2 Processos relacionados ao Direito de Família**

Essa hipótese versa sobre o segredo de justiça em feitos que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes. Trata-se de uma transcrição do diploma anterior em que o legislador enumerou, de forma taxativa os casos atinentes ao direito de família que serão objeto de publicidade restrita.

Observe-se que:

No inciso II vem o rol meramente exemplificativo de ações que seguem com publicidade mitigada, inclusive com a reinclusão da separação, que havia sido retirada nos textos originários do projeto. Assim, permanecem em “segredo de justiça” as ações que versarem

sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes. (NEVES, 2017, p. 164).

Os processos na área de família remetem a questões de foro íntimo das partes envolvidas. São ações cuja externalidade judicial já causa certo constrangimento às partes e, se for objeto de acesso de terceiros, poderá impor aos envolvidos eventuais dissabores desnecessários. Assim, os dados constantes nesses feitos serão limitados às partes e aos seus procuradores.

Ressalte-se que como o rol é taxativo não há margem para subjetividade do julgador em decretar ou não o segredo de justiça. É uma imposição legal, o que o difere da primeira hipótese em que o rol é exemplificativo e exige uma decisão judicial fundamentada (art, 93, X, CF/88). Contudo, o segredo de justiça não alcança eventuais apensos que não possuam menção específica no rol do artigo 189 do CPC (BRASIL, 2017).

### **3.3 Direito à Intimidade**

Essa hipótese retrata o segredo de Justiça nos casos

em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade. É uma inovação do novo diploma processual que visa a proteção da intimidade, honra e nome da pessoa que constituem garantias constitucionais. São situações amplas, que dependem de decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade.

Isso porque o rol é exemplificativo e será no caso concreto que se vislumbrará a aplicabilidade ou não da restrição à publicidade dos atos. Como forma de exemplo pode-se citar situações casos em um processo executivo para localizar bens penhoráveis, tenha havido necessidade de se solicitar à Receita Federal a declaração de bens e rendimentos do executado e, por conter dados financeiros dele, acaba por exigir o segredo de justiça. Outra hipótese seria aquela que a pessoa possua doença contagiosa como a AIDS ou alguma DST e requeira o segredo de justiça por não querer a divulgação desses dados.

### **3.4 Arbitragem e carta arbitral**

Essa hipótese legal versa o segredo de Justiça nos casos que atinentes à arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a

confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. Trata-se de uma inovação do Código de Processo de 2015. Nessa situação, observa-se que a confidencialidade deve ser expressa pelas partes, com a postulação em juízo de que o feito tramite em sigilo.

Os processos encaminhado às Câmaras de Arbitragem correrão em sigilo obrigatoriamente assim como o compromisso dos árbitros. Observe-se que o diploma civil vigente faz referência a tanto processos em geral, como as cautelares como à carta arbitral. Assim, eventuais pedidos que forem feitos pela Câmara de Arbitragem ao Poder Judiciário será submetido ao segredo de justiça.

Essa decretação de restrição à publicidade ocorrerá sobre os processos que versem sobre arbitragem e também sobre o cumprimento da carta arbitral, conquanto a confidencialidade seja comprovada perante o juízo. Contudo, esse requisito da confidencialidade deve ser estipulado de forma inequívoca entre as partes. (GOMES JUNIOR; FERREIRA, 2015).

Note-se, entretanto, que pautam-se dúvidas sobre a constitucionalidade desse preceito normativo, uma vez que a tramitação do processo de um processo em segredo de

justiça exclusivamente no interesse das partes, sem justificativa plausível. É que a restrição à publicidade constitui exceção nos sistemas constitucional e legal, não sendo adequado o sigilo por mera conveniência das partes. (GOMES JUNIOR; FERREIRA, 2015).

Explicando sobre eventuais acordos realizados pelas partes, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 111) ponderam que:

Seguindo uma tendência oriunda principalmente do direito francês, nosso legislador permitiu ainda a realização de *acordos processuais entre as partes* tendo por objeto o procedimento. De acordo com o art. 190, "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo". E claro que não é possível às partes, no entanto, acordar a respeito do exercício dos poderes do juiz - seria claramente afrontoso à cláusula que prevê o direito ao processo justo, devidamente conduzido pelo juiz, emprestar validade a acordos sobre, o exercício de poderes ligados ao exercício da própria soberania estatal no processo. E por essa razão que, além de controlar de ofício a validade dos acordos processuais nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em caso de manifesta



vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único), tem o juiz de controlar a validade dos acordos à luz do direito fundamental ao processo justo - do contrário, *o processo estatal corre o risco de se converter em uma simples marionete de interesses quiçá inconfessáveis, transformando-se a Justiça Civil e a pretensão de justiça a ela inerente em um pálido teatro em cujo palco representa-se tudo em detrimento de uma decisão justa fundada na verdade dos fatos. (grifos do autor)*

Desse modo, não se pode entender que a exceção se torne regra por mera liberalidade das partes. O segredo de justiça, por se uma restrição a direitos fundamentais não pode constituir fator de vontade de sujeitos processuais sob pena de comprometimento da imparcialidade e lisura do feito. A regra é a publicidade, logo o preceito normativo estipulado no inciso IV do artigo 189 (BRASIL, 2017) padece de vícios de constitucionalidade.

Ressalte-se que o sigilo não é pressuposto do processo arbitral, mas sim bem comum. Trata-se de uma restrição da publicidade externa, vez que refere-se à jurisdição não estatal advindas de processos cujos objetos envolvem situações jurídicas disponíveis relacionadas a pessoas capazes. Logo, esse sigilo advém da concretização do direito fundamental da intimidade, exceto nos casos em

que a arbitragem envolva entes públicos.

A esse respeito Didier (2015, p. 88) esclarece que:

O processo arbitral pode ser sigiloso . O sigilo não é pressuposto do processo arbitral, mas é bem comum . O sigilo do processo arbitral restringe-se à publicidade externa. Não há problema em relação a isso: trata-se de exercício da jurisdição por órgão não-estatal, cujo objeto envolve situações jurídicas disponíveis titularizadas por pessoas capazes. O sigilo do processo arbitral é concretização do direito fundamental à preservação da intimidade. A arbitragem que envolve entes públicos, porém, não pode ser sigilosa .

A execução de decisão arbitral não cumprida deverá ser objeto de processo na Justiça Estatal, não sendo ela resguardada pelo segredo de justiça, já que a discricção advém do conflito entre as partes e, na execução, não existe mais a dúvida que justificava o trâmite sob segredo de Justiça.

#### **4. ACESSO DE TERCEIRO AOS DADOS DO PROCESSO**

**O texto constitucional enuncia que os atos**

processuais são públicos, nos termos do disposto no [art. 5º inc. LX, CR/88 \(BRASIL, 2016\)](#). Em virtude do conteúdo desse norma constitucional a publicidade para a defesa da intimidade ou interesse social será restrita. Vale dizer, muito embora o processo seja público e a todos é dado o livre acesso ao feito, em algumas situações, esse acesso será negado a terceiro devido o caráter sigiloso ali existente.

Em matéria civil, o Código de Processo enumerou nos incisos do artigo 189 (BRASIL, 2017), como mencionado alhures, algumas hipóteses enumerativas, de modo que o juiz, fundamentadamente determinará que o processo corra em segredo de justiça. Ressalte-se, contudo, que as hipóteses atinentes ao direito de família pautam-se em um rol taxativo, no qual o segredo deve ser imposto por lei.

Nos casos em que o processo tramita em segredo de justiça, somente as partes e os procuradores possuem acesso aos autos. Entretanto, se um terceiro tiver interesse em analisar os autos, ele deverá evidenciar a sua necessidade, demonstrando em que aquilo impactará na sua esfera jurídica. Nesse caso, em sendo deferido pelo juiz, será extraída certidão com o dispositivo da sentença

e/ou inventário e partilha.

Observe, contudo, que o relatório, com exposição de tudo o que foi objeto de discussão e, também, os fundamentos, não constarão dessa certidão para que não se exponham os fatos que correm sob o manto do segredo de justiça.

## **5. CONCLUSÃO**

O processo judicial em virtude do direito fundamental à publicidade deve ser público como forma de se garantir imparcialidade e evitar subjetivismo e abusos do Poder Judiciário. Esse resguardo ao cidadão pode se excepcionado por interesse público ou social ou para fins de garantir a intimidade e a honra do próprio.

Assim, a regra é a publicidade absoluta e geral dos atos processuais e o segredo de justiça constitui a exceção. Na verdade, a publicidade refere-se mais do que uma regra, ela é um mandamento-base para o cidadão, uma vez que, por meio dela, ele exercerá controle sobre os atos judiciais. Isso porque, se não observada a publicidade dos atos processuais, os atos serão considerados nulos, excetuando-se as hipóteses de sigilo legalmente permitidas

na Constituição Federal, artigo 93, IX, e Código de Processo Civil, artigo 189.

Nesse sentido, o princípio da publicidade será restrito, dando-se ensejo ao segredo de justiça quando (i) em que o exija o interesse público ou social; (ii) que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; (iii) em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e (iv) que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Note-se que as hipóteses de tramitação dos autos sob segredo de justiça são medidas excepcionais devidamente limitadas pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil. A novidade do Código de Processo de 2015 é que ele amplia essas possibilidades em relação ao direito constitucional à intimidade e à arbitragem, sendo esta última, ainda constitucionalmente questionada.

Isso porque a tramitação de determinado processo em segredo de justiça em virtude exclusivamente de conveniência das partes sem qualquer justificativa

constitucional ou processual civil não retrata a exceção a que se condiciona o segredo de justiça nas demais hipóteses e, sobretudo, não resguarda o zelo e cautela para imposição dessa medida. Contudo, poderá haver o pedido de tramitação em segredo de justiça na situação em que houver cláusula de confidencialidade cujo contrato seja objeto de ação judicial.

Nessa perspectiva, torna-se importante observar se as inovações trazidas pelo diploma civil vigente encontram-se em consonância com o texto constitucional, não se podendo fazer interpretações extensivas de modo a garantir segredo de justiça em ações por mera vontade das partes, sob pena de transformar a exceção em regra.

## **REFERÊNCIAS**

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16

de março de 2015. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm). Brasília, 2017. Acesso em: 25 fev. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*,. 17 ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *Segredo de justiça – aspectos processuais controvertidos e liberdade de imprensa - Trabalho publicado originariamente na Revista de Processo nº 156/2008 - Editora Revista dos Tribunais*.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *O segredo de justiça no Novo Código de Processo Civil - Análise das principais inovações - Revista de Processo, vol. 250/2015, p. 133 - 146 | Dez / 2015 DTR\2015\17062*.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Pedro Garcia. *O Segredo de Justiça*. Universidade Católica Editora, Coleção Argumento. Lisboa, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito*

*Processual Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspdvm, 2017. Volume único. 1808p.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. III.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC: Análise e proposta*. Revista de Processo, v. 190, p. 257, dez. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMANI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol I. 9 ed., São Paulo: RT, 2007.



# **A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE MORADIA COMO MEIO DE COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL**

## **THE URBAN LAND REGULARIZATION OF SOCIAL INTEREST FOR HOUSING PURPOSES AS A MEANS OF COMBAT THE SOCIAL INEQUALITY**

*Pedro Henrique Carvalho Silva  
Rayssa Rodrigues Meneghetti*

**RESUMO:** O artigo visa analisar a concretização do direito à moradia adequada, pressuposto para a dignidade da pessoa humana, por meio do instituto da regularização fundiária urbana de interesse social, como forma de combater às desigualdades social e econômica que assolam as cidades brasileiras, promovendo o desenvolvimento sustentável do ambiente urbano artificial. Neste sentido é possível justificar a importância do instituto, considerando que para proteger e garantir com eficácia os direitos das pessoas socioeconomicamente segregadas é necessário que eles sejam devidamente alcançados pela legalidade. A metodologia utilizada é teórico-bibliográfica e o método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regularização Fundiária Urbana; Interesse Social; Direito Fundamental; direito à moradia; Desigualdade Social.

**ABSTRACT:** The article aims to analyze the concretization of the right to adequate housing, as a prerequisite for the dignity of the human person, through the institute of urban land regularization of social interest, as a way to combat the social and economic inequalities that devastate Brazilian cities,

promoting the Development of the artificial urban environment. In this sense, it is possible to justify the importance of the institute, considering that in order to effectively protect and guarantee the rights of socioeconomically segregated persons it is necessary that they be duly achieved by legality. The methodology used is theoretical-bibliographic and the deductive method.

**KEY-WORDS:** Urban Land Regularization; Social Interest; Fundamental right; Right to housing; Social inequality.

## 1INTRODUÇÃO

O direito fundamental social à moradia está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos desde 1948<sup>81</sup> como pressuposto para a dignidade da pessoa humana. No ordenamento brasileiro o direito à moradia possui previsão constitucional trazida pela Emenda nº 26/2000, que modificou o artigo 6º<sup>82</sup> da Constituição Federal, inserindo-o no rol de direitos fundamentais de caráter imediato e indispensáveis para uma vida plena.

---

<sup>81</sup> Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (grifo nosso)

<sup>82</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

O seu conceito vai além da quantidade de imóveis habitáveis, ou seja, está intimamente relacionado a um padrão de vida adequado e à igualdade das moradias, que deve garantir o mínimo existencial necessário para assegurar este direito social basilar, visto que se trata de um bem jurídico indispensável à dignidade da pessoa humana.

Os estudos acerca da concretização destes direitos no Brasil estão em constante evolução nas últimas décadas e tem sido motivo de preocupação para legisladores e operadores do Direito e da Justiça, que buscam mecanismos capazes de combater a desigualdade social. O número de procedimentos com o fito de promover a concretização e a garantia das demandas populares tem aumentado e se aperfeiçoado. Contudo, observa-se que, na prática, ocorreram poucas melhorias e a realidade ainda é de favelização, ou seja, um enorme número de pessoas vivendo sem a dignidade humana e o mínimo existencial necessário para uma vida plena, previstos na seção de direitos fundamentais da Constituição.

É importante salientar o conceito de “direito da cidade” que já recebeu, inclusive, uma definição na Carta

Mundial pelo Direito à Cidade<sup>83</sup>. Trata-se de um direito coletivo de todos os habitantes, sobretudo dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, cujo conceito está diretamente relacionado aos Princípios da Sustentabilidade, da Democracia, da Justiça Social e da Equidade.

Vale lembrar que o direito à cidade não é um ramo isolado do Direito, mas um conjunto de ciências e conhecimentos interligados, como urbanismo, economia,

---

<sup>83</sup> ARTIGO I – DIREITO À CIDADE - 2. O Direito à Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes. O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural.

política e sociologia, que busca, de maneira interdisciplinar, garantir não apenas o direito à propriedade ou à posse pacífica por si só, mas também os benefícios e a qualidade de vida no espaço coletivo democrático. Insere-se nesse rol de conceitos o direito à moradia digna e adequada, em seus aspectos formal e material<sup>84</sup>, como um dos mais preciosos de todos os Direitos Fundamentais Sociais.

Atualmente, para garantir a acessibilidade e a disponibilidade da prestação de serviços públicos, bem como a infraestrutura adequada e a habitabilidade em boa localização, torna-se fundamental tratar, primeiramente, a questão da regularização dos espaços urbanos, através de processos específicos, uma vez que só é possível proteger e garantir os direitos das pessoas socioeconomicamente segregadas se eles forem devidamente alcançados pela legalidade. É nesse contexto que observamos a importância da Regularização Fundiária.

O problema que dá significado a presente pesquisa é o excesso de pessoas vivendo em situação de marginalidade e segregação, em imóveis não regularizados

---

<sup>84</sup> Os direitos fundamentais formais são aqueles previstos no texto da Constituição Federal, não em razão de sua matéria, mas pelo fato de serem sido aprovados. Os direitos fundamentais materiais, por sua vez, são aqueles cujas essências são dignas de status constitucional.

e sem qualquer garantia do mínimo existencial necessário para uma vida digna. É preciso pesquisar acerca da eficácia ou não dos mecanismos de regularização dos terrenos urbanos, como meios capazes de promover a devida concretização ao direito fundamental social à moradia, combatendo, sobretudo, as desigualdades existentes na sociedade.

## **2ASPECTOS GERAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

O direito fundamental à moradia é um direito basilar aos demais direitos sociais e um elemento essencial à dignidade da pessoa humana, consagrado e assegurado pela Constituição Federal do Brasil, que visa, entre tantas coisas, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Para Luciano de Souza Godoy “um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia, de uma sede física e espacial onde irá viver” (2006, p.48).

Insta salientar que, habitar é um direito primordial e religioso, no sentido literal da origem etimológica da

palavra religião<sup>85</sup>, isto é, “religa” o homem aos demais direitos fundamentais que gerem a vida individual e em comunidade. Todos os outros direitos fundamentais sociais estão diretamente relacionados ao direito à moradia, como os direitos à segurança, à alimentação, à educação, ao lazer e ao transporte público e coletivo. Só é possível concretizar os demais direitos se, antes, for garantido o direito à regularização da propriedade ou da posse do imóvel, como meio de acessibilidade e promoção dos direitos à moradia digna e adequada, à cidade sustentável e, sobretudo, ao bem estar e à dignidade da pessoa humana.

Ainda a esse respeito, Benacchio e Cassettari apontam que:

É preciso uma morada, uma habitação, uma casa, um local para a intimidade, o restabelecimento das forças exauridas no dia a dia e tantas outras providências basilares da condição humana. Essa situação é compreendida como o direito humano à moradia ou habitação adequada.

---

<sup>85</sup> De acordo com o dicionário etimológico, a palavra *religião* pode ter diversos sentidos. Muitos acreditam que tenha surgido a partir da junção do prefixo *re*, que funciona como um intensificador da palavra que o sucede, neste caso *ligare*, que significa “unir” ou “atar”. Assim, *religare* teria o sentido de “ligar novamente”, “voltar a ligar” ou “religar”. Neste caso, o termo era utilizado como um ato de “voltar a unir” o humano com o que era considerado divino.

Dessa forma, o direito humano à habitação é indivisível, interdependente e está intimamente ligado a um conjunto de outros direitos da personalidade conexos ao direito à moradia, por exemplo, o direito à vida, o direito à saúde, o direito à intimidade, o direito à propriedade, o direito ao sossego, o direito à liberdade (BENACCHIO e CASSETTARI, 2014, p. 56).

É importante demonstrar que existe uma obrigatoriedade por parte do Estado em promover a efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente, para o presente trabalho, do direito à moradia digna e adequada e, conseqüentemente, uma cidade sadia e sustentável. Assim, deve ser travada uma luta pela busca de um ambiente urbano igualitário para todos, sem a segregação dos hipossuficientes, na medida da desigualdade de cada pessoa e/ou comunidade, tomando as providências necessárias para assegurar a concretização desse direito coletivo.

Nos ensinamento de Robert Alexy, sobre o dever de igualdade:

Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a *todos* os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a *nenhum* caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas



jurídicas devem ser cumpridas. Mas o dever de obedecer às normas jurídicas é algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever-ser. Nesse sentido, o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas. Ele reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito. (ALEXY, 2008, p.394)

Isto significa que, a partir do momento que a Constituição Federal Brasileira prevê em seu artigo 5º, §1.<sup>o</sup><sup>86</sup> a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, chama para si o dever de cumprir a referida norma e satisfazer as demandas individuais de cada um, sempre de maneira igualitária, de modo que supra as necessidades de todos.

---

<sup>86</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:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (grifo nosso)

Portanto, restou demonstrado o dever do Estado diante da criação e da execução de medidas que garantam a concretização do direito à moradia digna e adequada, bem como da cidade sustentável. Ademais, é imprescindível que estes direitos, obrigatoriamente prestados pelo Poder Público, sejam baseados nos Princípios da Sustentabilidade, da Democracia, da Justiça Social e da Equidade.

Neste sentido, para que o Estado, juntamente com a sociedade, possa encontrar soluções eficazes ao problema da falta de moradia digna e adequada, bem como de ambientes urbanos igualitários e sustentáveis para todos, é importante entender as origens e as motivações do acelerado processo de urbanização, responsável pelo surgimento das favelas e comunidades em situação de risco no Brasil.

### **3PRINCIPAIS FATORES RESPONSÁVEIS PELO PROCESSO DE FAVELIZAÇÃOE DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL**

Apesar das vantagens do processo de urbanização, a relação do homem com o meio ambiente é injustamente desproporcional. Quanto mais desenvolvimento, maior a

degradação e o uso desregrado dos recursos naturais, que se tornam cada vez mais escassos. Assim, a partir do momento em que o homem começou a avançar rumo à criação de cidades, tal relação jamais conseguiu alcançar o equilíbrio, sendo que, para conseguir atingir os seus desejos e o ápice do seu conforto, o homem realizou inúmeras atividades que impactaram negativamente o sistema ecológico, gerando irreparáveis consequências<sup>87</sup>. Tais atividades até hoje não receberam plena atenção e não foram completamente controladas, e este fator foi determinante no aumento dos impactos, tornando a atual relação entre o homem e o meio ambiente uma das mais invasivas formas de interação já experimentadas.

Num passado relativamente recente, com o advento da globalização e do capitalismo, num contexto pós-revolução industrial, a população urbana cresceu desregradamente e sem o menor controle, tendo em vista que a *polis* se tornou o novo centro de produção, econômico e financeiro. Fugindo das políticas agrárias, que beneficiavam apenas os latifundiários e, em busca de uma nova realidade, fundada na esperança de conseguir

---

<sup>87</sup> Além da grande desigualdade socioeconômica e da favelização que assola o país, a ação do homem, sobretudo na produção industrial, gerou excesso de resíduos sólidos, acidentes industriais e outros desastres.

bons empregos e uma melhora na qualidade de vida, as pessoas migraram das zonas rurais para as cidades. Contudo, a demanda foi infinitamente maior do que o número de “postos de trabalho” existentes. O excesso de população desempregada e sem provimentos deu início ao surgimento das comunidades e favelas, caracterizadas pela hipossuficiência e vulnerabilidade.

No Brasil não foi diferente e, a partir da segunda metade do século XX, como resultado do crescimento da industrialização e do desequilibrado desenvolvimento de diversos setores, sobretudo o comércio, a urbanização se instaurou, criando um ágil movimento de construção de cidades, com o fito de responder as demandas da população recém-chegada e suprir a necessidade de moradia.

Sobre o processo de urbanização na América Latina, Edésio Fernandes ensina:

Como resultado desse processo de urbanização rápida ao longo de poucas décadas, a América Latina é hoje a região mais urbanizada do mundo em desenvolvimento, com 75% da população vivendo em cidades. Em que pese as muitas diferenças existentes entre os processos de crescimento urbano, verificados nos diversos países da região, de modo geral a urbanização tem gerado

processos renovados de exclusão social, crise habitacional, segregação espacial, violência urbana e degradação ambiental. (FERNANDES, 2009, p.01)

Assim, a maior parte dos problemas relacionados à efetividade dos direitos à moradia digna e adequada, à cidade sustentável e até à propriedade privada no Brasil decorre de fatores históricos, que concentraram a renda nas mãos de poucos e intensificaram a desigualdade social, levando a maioria da população a viver em enormes distritos periféricos em pontos isolados das cidades, muitas vezes até situados em áreas de risco ambiental, sem a infraestrutura mínima prevista na constituição, numa verdadeira situação de exclusão e segregação espacial.

Insta frisar que, conforme dito em parágrafo anterior, a má distribuição do capital é uma das principais consequências da desigualdade social, do processo de exclusão e da crise habitacional, que se faz cada vez mais forte e presente nos dias atuais. E, acerca da percepção subjetiva de cada um sobre o tema, o economista francês Thomas Piketty preleciona:

Na verdade, a questão da distribuição da riqueza é importante demais para ser deixada apenas para economistas, sociólogos, historiadores e filósofos. Ela

interessa a todo mundo, e é melhor que seja assim mesmo. A realidade concreta e orgânica da desigualdade é visível para todos os que a vivenciam e inspira, naturalmente, julgamentos políticos contundentes e contraditórios. Camponês ou nobre, operário ou dono de fábrica, servente ou banqueiro: cada um, a partir de seu ponto de vista peculiar e único, vê aspectos importantes sobre as condições de vida de uns e de outros, sobre as relações de poder e de dominação entre grupos sociais e, elabora sua própria concepção do que é justo e do que não é. Logo, sempre haverá uma dimensão subjetiva e psicológica na questão da distribuição da riqueza, e isso inevitavelmente leva a conflitos políticos que nenhuma análise que se pretenda científica saberia atenuar. A democracia jamais será suplantada pela república dos especialistas – o que é muito positivo. (PIKETTY, 2014, p.10)

Portanto, a desigualdade na distribuição de renda, foi e ainda é o principal fator de segregação populacional, forçando a criação de comunidades e de favelas, onde as pessoas constroem um estilo próprio de sobrevivência, sem o alcance da prestação de serviços públicos e de um mínimo necessário à dignidade humana, que deveria ser fornecido pelo Poder Público, por força constitucional.

Neste contexto, instaurado o problema, é que surge o instituto da Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social, como forma encontrada para dar solução

eficiente e direta ao problema da falta de moradia digna e adequada, promovendo a luta pelo combate à desigualdade social.

#### **4 LEGISLAÇÃO, CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA**

A falta de documentação que confere a titularidade dos imóveis aos seus posseiros é um problema encontrado em todos os municípios brasileiros. Assim, os mecanismos de regularização fundiária surgem como uma possibilidade de solucionar as diversas questões que envolvem tal problema.

Conforme conceituava o artigo 46 da Lei nº 11.977/09<sup>88</sup>, até muito pouco tempo, “a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam a regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à

---

<sup>88</sup> Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Ocorre que, este artigo, bem como vários outros da referida lei foram revogados pela Lei nº 13.465 de 11 de Julho de 2017<sup>89</sup>, decretada e sancionada pelo presidente da República, que trouxe no artigo 9º o termo “Reurb” como forma de se referir e conceituar a Regularização Fundiária Urbana como um conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”. Elencou, ainda, em seu artigo 10º, novos

---

<sup>89</sup> Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências.



objetivos a serem observados pela União, Estados e Distrito Federal, que não constavam na legislação anterior, entre eles o dever de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas.

A referida Lei é o resultado da conversão legal da medida provisória nº 759/2016 e trouxe, ainda, em seu texto, diversos conceitos<sup>90</sup> importantes sobre o tema, como

---

<sup>90</sup>Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se:

I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV - demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V - Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI - legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse; VII - legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

núcleo urbano, demarcação urbanística, legitimação de posse, certidão de regularização fundiária, entre outros.

O instituto da Regularização Fundiária possui várias modalidades, previstas em legislação específica, que visam ordenar o espaço territorial urbano brasileiro, concedendo qualidade de vida à população hipossuficiente e buscando melhorar as condições no meio ambiente artificial onde vivem.

Atualmente, encontramos na literatura brasileira muitos mecanismos de fiscalização e regularização das propriedades, públicas e privadas, para fins de moradia e habitação em zonas urbanas. Podemos citar, como base da análise do presente estudo, mas não como rol taxativo e esgotado, as Leis Federais nº 6.766/1979 (dispõe sobre o parcelamento do solo urbano), nº 10.257/2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana), nº 11.977/2009 (dispõe sobre o programa minha casa, minha vida), além da mais atual e relevante, supracitada, Lei nº 13.465/2017. As associações e os movimentos populares sociais, que lutam pela concretização dos direitos

---

VIII - ocupante: aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais.

habitacionais dos cidadãos, encontram resguardo nesse elenco de garantias.

O presente tópico propõe analisar alguns mecanismos de regularização fundiária urbana de interesse social como hipótese de garantia para tais direitos. Como possibilidade de solução para o problema teórico delimitado, alguns processos e procedimentos coletivos serão examinados, como possíveis respostas para a resolução das demandas habitacionais da população vulnerável e de baixa renda. O condão desses processos e procedimentos é justamente defender o direito social em tela, agilizando a prestação de serviços administrativos e das demandas do judiciário, por meio da redução do número de processos individuais e prolatando decisões que protejam os direitos transindividuais.

O Usucapião Especial Urbano Coletivo é um instrumento de suma importância. Este instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, com o objetivo de promover a regularização em massa de terrenos nos centros urbanos, ocupados por população social e economicamente vulnerável. Neste sentido, o legislador procurou tornar possível o acesso de moradores

de comunidades carentes na regularidade de suas moradias.

Seguindo este entendimento, Dalmo de Abreu Dallari assegura:

Assim, pois, a posse de um imóvel, que já recebia proteção e tinha efeitos jurídicos reconhecidos desde o advento do Código Civil, ganhou maior significação com a Constituição de 1988. Através do Usucapião, figura jurídica de antiga tradição, tem-se o meio legal para corrigir a prática anti-social de abandonar porções de terra, negando-lhes a função social que hoje é reconhecida e exigida pela Constituição. Desse modo não se afronta o direito de propriedade, pelo contrário, ele é reforçado e valorizado através de sua vinculação imediata ao atendimento das necessidades fundamentais dos indivíduos e grupos familiares que integram a sociedade. (DALLARI, 1992, p. 376)

Outro mecanismo de elevado valor é a ZEIS – Zona Especial de Interesse Social. Com previsão legal no artigo 4º, inciso V, alínea “f” do Estatuto da Cidade e trata-se de “parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”. Em resumo, é utilizado para

estabelecer parâmetros e regras de parcelamento, possibilitando a legalização dos terrenos, através de procedimentos baratos, fáceis e não-burocráticos. Nelson Saule Júnior diz que:

[...] a Zona Especial de Interesse Social deve ser aplicada pelos Municípios para atender a dois objetivos da política habitacional. O primeiro diz respeito a atender às diretrizes da política urbana, previstas nos incs. XIV e XV do Estatuto da Cidade, da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e da simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias. (SAULE JR., 2007, p.64)

Existem outros meios de tutelas com caráter coletivo, que devem ser utilizadas para dar efetividade aos direitos fundamentais habitacionais sustentáveis, tais como a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (Medida Provisória nº 2.220/2001 - Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências), além dos mecanismos administrativos, como a Desapropriação. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (MELLO, p. 711, 2001)

Diante do exposto, restando demonstrados os problemas de falta de moradia digna e desigualdade social, bem como algumas hipóteses de solução, o presente trabalho visa regularização as questões fundiárias, por meio de tutelas responsáveis, que satisfaçam as necessidades da coletividade, proporcionando cidades saudáveis e sustentáveis, onde todos estejam devidamente inseridos, sem possibilidade de segregação.

## **5A IMPORTÂNCIA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL NO COMBATE ÀS DESIGUALDADES**

Os direitos fundamentais à moradia adequada e à cidade sustentável, como pressupostos para a dignidade da pessoa humana, encontram no instituto da Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social uma importante e eficaz medida constitucional de solução para os problemas. Este valioso mecanismo de política pública é capaz de promover a redução das desigualdades sociais e econômicas, ultrapassando a esfera do cidadão beneficiado e atingindo o bem estar de toda coletividade, através da propriedade privada ou da estabilidade da posse.

Sobre o tema Mariana Chiesa Gouveia Nascimento esclarece:

[...] é necessário reconhecer a íntima relação do instituto com direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. [...] A regularização fundiária tem como finalidade, conforme o próprio termo indica, tornar regular uma situação fundiária que se apresenta juridicamente em desconformidade com o ordenamento jurídico. Isso significa trazer para a legalidade situações que, apesar de ilegais na sua origem, merecem ser harmonizadas com a norma jurídica, pelas mais variadas razões. (NASCIMENTO, 2013, p.18)

Assim, antes de tratar das questões referentes à materialização do Urbanismo e da Urbanização consciente

das cidades, de maneira interdisciplinar, é preciso promover e garantir a formalidade da regularização dos imóveis urbanos para que se tornem visíveis ao Estado e sejam atingidos pela prestação de serviços públicos. Para isso, é fundamental que os juristas procurem soluções para resolver a problemática dos direitos à moradia adequada e à cidade sustentável no Brasil, sobretudo, obtendo informações reais e pertinentes acerca da atual sistemática trazida pelo Estatuto da Cidade, bem como, promovendo à interação de todos no processo de gestão urbana.

Sobre as bases do novo marco jurídico-urbanístico, Edésio Fernandes ensina:

Esse desafio é especialmente significativo para os operadores do Direito: juízes, promotores, advogados, defensores públicos, registradores, estudantes de Direito, essa é uma categoria que está sendo veementemente chamada, ainda que tardiamente, para enfrentar esse enorme desafio que é materializar a ordem jurídico-urbanística consolidada pelo Estatuto da Cidade e, assim, contribuir com outros atores no sentido da promoção da reforma urbana no Brasil. Num primeiro momento, isso exige da parte dos operadores do Direito que obtenham informação objetiva sobre essa nova ordem jurídica, seus pressupostos, seus princípios, bem como seus institutos, mecanismos e processos. Em um segundo momento, é necessária a promoção de



debates que promovam uma análise crítica acerca das possibilidades dos novos institutos, estratégias e processos de gestão urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade. E, em um terceiro momento, talvez o maior desafio de hoje para os juristas brasileiro seja o de construir uma doutrina e uma jurisprudência consistentes, sólidas, construtivas e pró-ativas, permitindo que todos os princípios da nova ordem jurídico-urbanística sejam efetivamente materializados. (FERNANDES, 2009, p.3)

Torna-se, portanto, um desafio de todos que, conjuntamente, tem o dever de avançar no sentido de alcançar a plenitude da regularização fundiária, visto que isto é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, seja declarando a propriedade nas áreas privadas, ou a concessão de uso especial das terras públicas, sendo que toda propriedade ou posse deve ser registrada em cartório.

Portanto, para conseguir implementar e executar medidas que garantam a erradicação das desigualdades e o acesso de todos à moradias adequadas, bem como um modelo de cidade sustentável é preciso desburocratizar os processos e procedimentos de regularização da propriedade e da estabilidade posse para fins de moradia. Para o verdadeiro avanço do tema, é preciso contar com a contribuição e o diálogo entre a sociedade, o Poder

Público, o Poder Judiciário, os cartórios, o Ministério Público e os órgãos responsáveis pelo desenvolvimento ambiental e urbano.

## **6CONCLUSÃO**

É possível concluir que a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social para fins de moradia corresponde a um importante mecanismo na luta pela erradicação das desigualdades socioeconômicas, da marginalização e da segregação social, através da promoção de políticas de urbanização que sejam verdadeiramente efetivas na concretização dos direitos fundamentais à moradia adequada e à cidade sustentável.

Restou demonstrado que os direitos fundamentais sociais requerem aplicabilidade direta e imediata. A concretização do direito à moradia adequada e do direito ao ambiente urbano igualitário, como pressupostos da dignidade humana e meios de desconstruir o processo de favelização, é, portanto, obrigação do Estado, que chama para si este dever, com fulcro em previsão constitucional.

Neste sentido, torna-se possível alterar o atual quadro de desigualdade, segregação, geração de resíduos sólidos, desastres e demais problemas provenientes do

processo acelerado de urbanização e crescimento populacional desordenado, desde que o Estado se responsabilize por dar efetividade aos instrumentos existentes em favor da população, como é o caso da Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social para fins de moradia.

O resultado que se chega por meio da elaboração deste artigo, é a necessidade de aplicação dos instrumentos que favoreçam a concretização de moradia adequada, através da garantia de propriedade privada ou estabilidade da posse, bem como, a elaboração de métodos que garantam o acesso e a conscientização da sociedade sobre a ampla temática da urbanização. Tudo isto como forma de tentar resolver o problema da moradia sustentável nas comunidades brasileiras e garantir um ambiente urbano sadio e igualitário para as gerações presentes e vindouras.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BENACCHIO, Marcelo; CASSETTARI, Denis. *Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada*. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Org). *Regularização Fundiária urbana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 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: 13 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.766, de 19 de Dezembro de 1979*. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 1979. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm)> Acesso em: 15 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.257/01, de 10 de Julho de 2001*. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 2001. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)> Acesso em: 15 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.977/09, de 07 de Julho de 2009*. Dispõe sobre o programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Presidência da República. Brasília, 2009. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm)> Acesso em: 15 Jun. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Usucapião Coletivo*. R. Inf. Legisl. Brasília. a.29 n. 115 jul./set. 1992. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176057/000472196.pdf?sequence=3>> Acesso em: 20 Jul. 2017.

FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. Disponível em <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/A\_nova\_ordem\_juridico-urbanistica\_no\_Brasil.pdf> Acesso em: 15 Jul. 2017.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia, *Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social no Direito Brasileiro*. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-170104/pt-br.php>> Acesso em: 18 Jun. 2017.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POLICÊNTRICO, Fórum Social Mundial. *Carta Mundial pelo Direito à Cidade de 2006*. Disponível em <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>> Acesso em: 16 Jun. 2017.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito Urbanístico*. Porto Alegre: Safe, 2007.

VIEIRA, Eriton Geraldo e RAMOS JR. Othoniel Ceneceu. *O Processo de Urbanização e seus Reflexos em Prol de uma Cidade Sustentável*. Em: COSTA, Beatriz Souza (org.) *A cidade do futuro sem poluição: você faz parte deste projeto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

# **A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO AMBIENTAL**

## **THE RELATIVIZATION OF THE JUDGED THING AND THE GUARANTEE OF LEGAL SECURITY IN ENVIRONMENTAL LAW**

*Poliana Cristina Gonçalves  
Patrick Juliano Casagrande Trindade*

**RESUMO:** O artigo 225 da Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à sociedade o imperativo dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A degradação ambiental deve ser amplamente combatida pela sociedade, pelos entes estatais e pelo poder judiciário, pois ao assegurar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e como bem essencial à qualidade de vida, a Constituição apresenta a possibilidade de desconstituição da coisa julgada quando essa afrontar os seus preceitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relativização da coisa julgada; Meio Ambiente; Segurança Jurídica; Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The article 225 of the Brazilian Federal Constitution establishes that everyone has the right to an ecologically balanced environment, a common use of the people and essential to a healthy quality of life, imposing

on the Government and society the imperative duty to defend and preserve it, for the present and future generations. Environmental degradation must be largely combated by society, state bodies and the judiciary, because by ensuring the right to an ecologically balanced environment and as an essential asset to quality of life, the Constitution presents the possibility of deconstitution of *res judicata* when it confront its precepts.

**KEYWORDS:** Relativization of the thing judged; Environment; Legal Security; Federal Constitution.

## **INTRODUÇÃO**

O tema proposto procura analisar a proteção ambiental no contexto determinado pelo constituinte de 1988, enquanto direito fundamental e necessário também à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado à todos os cidadãos.

Objetiva-se ainda, a necessidade de se abordar uma nova perspectiva para o instituto da coisa julgada, no direito processual civil coletivo, tendo em vista que para aquela ser operada, importante ser observado o resultado da demanda, conquanto em se tratando de interesses coletivos há um bem maior a ser tutelado, que é o interesse da coletividade.



Nesse contexto será feita uma análise do instituto da coisa julgada e suas características para posterior aproximação com o Direito Ambiental, ressaltando a importância do instituto da coisa julgada relacionado ao princípio da segurança jurídica, ganhando especial destaque no que diz respeito ao direito material do meio ambiente, posto sua necessidade de relativização face a natureza de tutela específica na proteção ambiental, bem como, os aspectos da inovação científica e tecnológica.

Assim, justamente diante da natureza do direito pretendido, na tutela ambiental surge a pretensão de rediscussão da lide, posto que a causa de pedir e o pedido se mostram fungíveis, partindo o presente estudo da utilização de uma metodologia dedutiva, onde se analisará a coisa julgada e sua relativização no âmbito processual civil tradicional e coletivo para posteriormente se analisar a aplicabilidade do referido instrumento no âmbito do direito ambiental, valendo-se de uma pesquisa teórico-bibliográfica, através do exame de fontes de autores/pesquisadores que discutem o tema abordado de maneira direta ou indireta.

## **1. DA COISA JULGADA**

A coisa julgada está prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e também nos artigos 502 e 508 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

A coisa julgada se baseava como ainda se baseia na pacificação social e certeza de se chegar ao final do processo, gerando segurança jurídica, conforme muito bem descrito por Wambier:

Trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito. O homem sempre está a procura de segurança e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel. (2005, p. 547)

Chiovenda entendia que a coisa julgada decorria da eficácia da sentença:

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode,

daí por diante, contestar; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar ulteriormente o gozo. (1998, p. 117.)

Por outro lado, tem-se Liebman que superou a teoria de Chiovenda explanando que a declaração proveniente da sentença, bem como quaisquer outros efeitos, existem e são produzidos independentemente da coisa julgada, devendo ser esta entendida como a imutabilidade da sentença:

Nisto consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando: é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. (1981, p. 54.)

Dinamarco comunga do referido entendimento e procura justificá-lo, afirmando que *“a coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse”*. (2002, p. 304)

O direito brasileiro trata de duas espécies de coisa julgada: formal e material. A coisa julgada formal ocorre

quando a sentença não pode mais ser modificada dentro do mesmo processo, podendo, contudo, ser discutida em outra ação.

Neste diapasão, Humberto Theodoro Junior afirma:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição. (2006, p. 587)

Já a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser modificada em nenhum outro processo, estando sua definição estampada no artigo 502 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que: *“Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”*. (BRASIL, 2015)

Em outros dizeres a coisa julgada material advém de uma sentença de mérito, como nas hipóteses estabelecidas pelo diploma processual civil e a partir do trânsito em julgado material *“a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da*

*questão principal expressamente decidida*”, conforme previsão do artigo 503 do código processual civil (BRASIL, 2015), não podendo a mesma demanda ser submetida à apreciação do poder judiciário por mais de uma vez, diferentemente da coisa julgada formal.

Como observado, a coisa julgada sempre foi vista como uma espécie de dogma incontestável e imutável, de tal forma que, uma vez esgotadas as hipóteses de impugnação da sentença, seu cerne se tornaria imutável e indiscutível, como um imperativo, destinado a concretar as relações jurídicas, conferindo-lhes segurança de que com o passar do tempo, seu conteúdo jamais seria modificado, e a doutrina brasileira não inova, mantendo a mesma linha de pensamento de Liebman a respeito do conceito de coisa julgada.

A coisa julgada deve ser idealizada como simples técnica utilizada pelo legislador para assegurar a convivência social e a estabilidade de determinadas relações jurídicas, devido se mostrar apropriado que algumas decisões permaneçam imutáveis e tenham validade *erga omnes*, contudo a questão que se põe no presente estudo é o da reavaliação da coisa julgada suscitando a questão da relativização da coisa julgada a fim de garantir a segurança jurídica processual.

## 1.1 – Da Coisa Julgada no Processo Coletivo

Como visto, quando os efeitos da sentença se tornam imutáveis, significa dizer que estão acobertados pela autoridade da coisa julgada, a qual pode ser vista sob a perspectiva formal e material, sendo esta mais abrangente, e representando a impossibilidade de se rediscutir a lide dentro e fora do processo, e aquela quando a sentença não pode mais ser rescindida ou modificada em sede recursal em um determinado processo, seja pelo esgotamento ou decurso do prazo recursal.

No processo coletivo, a coisa julgada formal tem a mesma aplicabilidade dada ao processo tradicional, se diferenciando, contudo no que tange à coisa julgada material, já que imutabilidade da coisa julgada deve ter efeitos *erga omnes* e/ou *ultra partes*, e não tão somente *inter partes* dentro de um mesmo processo, sendo que o resultado final da decisão também influencia nos limites da coisa julgada.

Rompendo com tal limitação da coisa julgada referente às partes, vinda do processo tradicional, inicialmente surgiu o artigo 18 da Lei da Ação Popular, e

posteriormente, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, trazendo a coisa julgada *erga omnes*, e por fim o Código de Defesa do Consumidor, que elencou a coisa julgada *ultra partes* em seu artigo 103.

O alcance subjetivo do julgado nas ações coletivas ocorrerá de acordo com o interesse jurídico a ser tutelado: se difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Os direitos e interesses difusos são caracterizados pela impossibilidade de identificação de seus titulares, conquanto são indetermináveis por pertencerem à coletividade, já os coletivos, apesar de também pertencerem à coletividade, os titulares são plenamente identificáveis.

Os direitos individuais homogêneos “*são aqueles que, embora em essência não sejam propriamente coletivos, são tutelados processualmente como se o fossem, especialmente pela relevância social e grande número de sujeitos que atingem*”. (RODRIGUES, 2016).

No caso de direitos difusos e coletivos estabeleceu-se a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, “*que dita que, se o motivo da sentença de improcedência for a insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada material*”. (RODRIGUES, 2016)

Em resumo, nesses casos aplica-se a seguinte regra:

- Sentença de procedência: nesse caso, haverá coisa julgada material (*erga omnes*, no caso de direitos difusos; *ultra partes*, no caso de direitos coletivos). Isso implica que a matéria decidida na sentença não poderá ser rediscutida, pelo réu, contra qualquer colegitimado, ainda que ele não tenha feito parte do processo. Desse modo, qualquer dos colegitimados poderá executar o título judicial. Trata-se de verdadeira coisa julgada material.
- Sentença de improcedência por insuficiência de provas: se a sentença for de improcedência por não haverem sido produzidas todas as provas necessárias a um juízo de certeza, não haverá coisa julgada material. Qualquer legitimado – inclusive o que ajuizara a ação malograda – poderá propor outra, com o mesmo objeto litigioso (fundamento + pedido), valendo-se de nova prova. (...)
- Sentença de improcedência por pretensão infundada: se, em um processo no qual foram produzidas todas as provas necessárias à análise do mérito, a sentença for de improcedência (pretensão infundada), haverá coisa julgada material (*erga omnes* ou *ultra partes*, conforme se trate de direito difuso ou coletivo). A implicação prática é que, nessa hipótese, nenhum legitimado – ainda que não tenha participado do processo – poderá propor outra ação civil pública com o mesmo objeto litigioso. (ANDRADE, 2015)

Ressalta-se que em se tratando de interesses difusos e coletivos, a coisa julgada não prejudicará os



direitos individuais das pessoas lesadas, inclusive com previsão legal expressa nos §§ 1.º e 3.º do art. 103 do CDC.

Nas ações que versem sobre interesses individuais homogêneos, as vítimas e/ou seus sucessores beneficiam-se tanto com a sentença de procedência processo atinente à defesa de interesses difusos, bem como, com a sentença penal condenatória, bastando apenas que façam prova em sede de liquidação de sentença, que se encontram na situação fática reconhecida no processo judicial, demonstrando ainda o montante do prejuízo para promoção da execução.

Excetua-se dessa possibilidade, a parte lesada que fez parte do processo coletivo como litisconsorte, conquanto nos termos do § 2.º do art. 103 do CDC, a mesma será alcançada pela coisa julgada, por ter sido parte, ficando, pois, impedida de propor ação indenizatória individual.

Assim, *“nas ações civis públicas em defesa de qualquer espécie de interesse transindividual, a existência de coisa julgada erga omnes ou ultra parte depende de ser a sentença favorável (de procedência) ou desfavorável (de improcedência) ao autor”*, (RODRIGUES, 2016), e devido

a isso, estabeleceu-se a regra de que a coisa julgada material se dá *secundum eventum litis*.

- No caso de procedência, haverá coisa julgada material *erga omnes*. Isso significa, a exemplo do que se dá em relação às ações em prol de interesses difusos e coletivos, que a matéria decidida na sentença não poderá ser rediscutida, pelo réu, contra qualquer dos colegitimados, ainda contra aqueles que não tenham feito parte do processo. Ademais, como a matéria discutida nos autos eram os direitos individuais homogêneos, o conceito *erga omnes* aqui abrange todos os titulares desses direitos, que também serão atingidos favoravelmente pela coisa julgada.
- No caso de improcedência, seja qual for o fundamento, haverá coisa julgada, mas ela não será *erga omnes*. De fato, a coisa julgada impedirá a propositura de uma nova ação civil pública (defesa molecularizada) com o mesmo objeto litigioso, mas não obstará a que os interesses individuais homogêneos que ela visava a defender sejam tutelados fragmentadamente, por meio de ações individuais propostas por cada lesado (defesa atomizada), ou que as ações individuais já ajuizadas tenham prosseguimento. (ANDRADE, 2015)

Percebe-se que coisa julgada no processo coletivo, ocorre de acordo com o resultado da demanda, haja vista que, em se tratando de interesses coletivos há um bem maior a ser tutelado, que é o interesse da

coletividade, representando, pois, conforme o caso, uma verdadeira relativização da coisa julgada, já que a regra não é da imutabilidade da decisão.

## **2. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA**

A relativização da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tema controvertido doutrinariamente e jurisprudencialmente, seja negando a mesma com fundamento na violação do princípio da segurança jurídica, como defendido por Leonardo Greco (2004, p. 251-261); seja pela permissão da rescisão, a qualquer tempo, de sentenças transitadas em julgado desde que sejam objetivamente desarrazoadas, conforme defendido por Sérgio Gilberto Porto (2003, p. 5) e José Maria Rosa Tesheiner (2001, p. 11-17); seja pela orientação doutrinária que autoriza a relativização da coisa julgada independentemente de prévia desconstituição da sentença firme, ora seguindo entendimento que a coisa julgada material seria a imutabilidade dos efeitos da sentença, a qual é produzida fora do processo, alcançando a vida das pessoas (DINAMARCO, 2002); ora seguindo entendimento de que *“a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de*

*transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 1991).*

Um dos primeiros embates jurídicos discutidos relacionados à relativização da coisa julgada ocorreu no Direito de Família, especificamente nas ações de paternidade, em decorrência da inovação científica para produção da prova (exame de DNA), trazendo um fato novo, de confirmação ou negação da paternidade, sendo certo que a rediscussão da ação seria o único modo de garantir a dignidade da pessoa humana tanto do filho quanto do suposto pai.

Por outro lado, em sede de decisão inconstitucional, também não havia pacificação quanto à relativização da coisa julgada e seu *modus operandi*, e após diversos questionamentos o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário n. 730.462/SP em 28/05/2015, em sede de repercussão geral, decidiu que para reforma ou rescisão de decisões anteriores transitadas em julgado, que se baseiem em decisões declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade prolatadas pelo STF, se faz necessário ajuizamento de ação rescisória no prazo decadencial de dois anos, o qual é contado a

partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo. (LIMA, 2015)

Nesta esteira e com fundamento no julgamento do referido acórdão, o novo diploma processual civil, trouxe expressamente, a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória no prazo bienal a contar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado ou difuso, em que foi declarada a inconstitucionalidade da norma, e mais, o CPC/2015 considera inexigível a obrigação reconhecida nesse tipo de título executivo judicial, e ainda em sede de embargos à execução e impugnação no cumprimento de sentença.

Assim, verifica-se que na égide do CPC de 1973, não havia unanimidade sobre o remédio processual cabível para desconstituir decisão transitada em julgada inconstitucional, e atualmente o tipo processual a ser interposto pelo interessado depende do momento de declaração da inconstitucionalidade pelo STF: *“se anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda, permite-se o ajuizamento de embargos ou impugnação. Contudo, se posterior ao trânsito em julgado, admite-se a ação rescisória”* (LIMA, 2015)

Conclui-se, portanto, que a relativização da coisa julgada no âmbito processual é permitida, o que falta saber, é quando esta ocorrerá na seara ambiental.

## **2.1. Relativização da Coisa Julgada Ambiental**

A Constituição de 1988, especialmente por força da influência normativa do ordenamento internacional (tratados e convenções internacionais), consagrou, em capítulo próprio, o dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental da pessoa humana. Como consequência dessa apreciação constitucional, o ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como a doutrina pátria, passou a proceder a análise de regras e princípios sobre a matéria, na busca da proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como vital ao desenvolvimento humano e sua dignidade, tanto individual como coletivamente considerado.

A tutela ambiental, graças a esta inovação, não se encontra apenas no artigo 225 da Constituição Federal, mas pulverizada a partir deste em todo o ordenamento jurídico pátrio, pois tal artigo legitimou o

meio ambiente como um direito subjetivo público na medida em que garante às pessoas o equilíbrio ecológico do meio ambiente, para que todos dele façam uso a fim de garantir uma qualidade de vida saudável, fazendo com que tanto o poder público quanto a coletividade sejam responsáveis pela sua defesa e preservação para as gerações presentes e futuras. (PAULA, 2009, p. 32)

O processo, de forma inquestionável, é meio de pacificação dos conflitos sociais, assim, tem-se a necessidade que as decisões exaradas por órgãos competentes sejam pautadas na segurança jurídica. Inclusive, ao contemplar a coisa julgada em seu texto, o legislador constitucional pretende assegurar a estabilidade das relações jurídicas, preservando as decisões judiciais de alterações que pudessem, em um Estado Democrático de Direito, questionar a autonomia do sistema, impedindo que após o transcurso de determinado lapso temporal uma das partes litigantes pudesse novamente se insurgir contra o mandamento exarado, perpetuando no tempo a lide.

Neste sentido entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, ‘que a imutabilidade não é um

atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui' e que também para o Direito tal destino se revela inexorável, igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e - no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico - por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental. (2006, p. 5)

Assim, ainda que a coisa julgada seja necessária à segurança das relações jurídicas, bem como, à credibilidade das Instituições Públicas, deve-se admitir sua relativização, especialmente quando se fala do direito material de tutela ambiental, no caso, prestação jurisdicional em matéria de meio ambiente, que significa a própria vida ou qualidade de vida de uma coletividade, valor maior que deve fazer prevalecer.



O fenômeno da coisa julgada ocorre quando os efeitos decorrentes de uma decisão se tornam imutáveis e indiscutíveis no processo em que é proferida e em futuras demandas, não sendo mais possível discutir o que foi decidido (LIEBMAN, 1981).

Chiovenda já dizia “a *eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos*” (1998, p. 117).

Porém, o que era tomado por absoluto, de maneira consciente vem sendo repensado nos últimos anos, em razão do surgimento de novos ramos do conhecimento, bem como, das evoluções técnicas, em especial ao conteúdo voltado ao direito ambiental.

Se relacionando com o direito ambiental, equiparado pelo constituinte como direito fundamental, verifica-se a necessidade da discussão acerca da relativização da coisa julgada, pois, a decisão que foi suficiente razoável para aquele processo, com base naquela prova, ou naquele momento histórico, muitas vezes em um processo individual, em diferente momento no espaço e no tempo, vem colocar em risco a qualidade de vida da coletividade na busca de um ambiente ecologicamente equilibrado.

Pois bem, a tutela do bem ambiental não se esgota em um determinado momento temporal, não havendo que se falar em solidificação de julgado, pois, visando garantir a plena aplicação do conceito de ambiente ecologicamente equilibrado, a mudança fática temporal pode levar a alteração de mandamentos judiciais a qualquer tempo.

Assim, a de se concluir que a prestação jurisdicional, em matéria de direito ambiental, deve reger o futuro e não o passado, na busca da máxima efetividade da prestação jurisdicional, se libertando de forma definitiva das amarras da coisa julgada, neste sentido:

A Máxima Proteção Jurisdicional do Meio Ambiente consiste num conjunto de técnicas processuais destinadas a assegurar o desenvolvimento válido da relação processual apta a permitir o reconhecimento da existência de uma poluição ou degradação ambiental e assim permitir a concessão da tutela jurisdicional apta e específica para eliminar a ilicitude ou dano ambiental provocado pelo poluidor. (...) Exemplo disso é o da ação que obriga o réu a replantar árvores que foram indevidamente cortadas. Trata-se de tutela pelo resultado equivalente porque não há como “recolocar as árvores originárias” e ainda repor o microsistema ecológico que fora abalado e impossível de ser reintegrado na forma específica. (PAULA, 2013).

Portanto, nem sempre a decisão que pretende a proteção do meio ambiente terá sua finalidade atingida, de modo que passa a ser preponderante pensar na hipótese de tutela específica, posto que se refere a verdadeiro direito substancial carente de tutela.

Nota-se que os novos direitos, especialmente os direitos que podem ser definidos como difusos e coletivos, frequentemente não podem ser tutelados através das sentenças declaratória ou condenatória. Tratando-se de direitos difusos e coletivos, é imprescindível uma sentença que seja capaz de impedir a prática do ilícito, ou mesmo a sua repetição ou continuação. (MARINONI, 2000, p. 40)

A profunda análise da natureza do direito levado a juízo é de suma importância. Assim, a proteção do meio ambiente exige um procedimento diferenciado, de teor e forma mais apurada, e meios de execução que tornam possível a tutela do direito, a qualquer tempo, independentemente da vontade do demandado.

Dessa forma, ao direito cabe a tutela do meio ambiente a partir do momento que sua degradação, ou possibilidade da mesma, ameace os indivíduos no seu bem estar, qualidade de vida e sobrevivência.

O ordenamento jurídico pátrio não contempla uma definição explícita de dano ambiental. A referida

ausência se justifica pela extrema complexidade inerente aos danos ambientais em uma sociedade complexa e passível de grandes saltos evolucionais, sendo que, um eventual conceito restringiria o âmbito de incidência do direito ou, se amplo, gerar uma carga excessiva para o desenvolvimento socioeconômico, o que de ambas as formas traria prejuízos para a sociedade.

Isso implica reconhecer que o de dano existente no direito ambiental é aberto e dinâmico, e a sua definição ocorre por meio de elementos doutrinários e da interpretação dos tribunais, dinamizando sua efetiva aplicação.

Não obstante, o legislador ofertou os conceitos legais de degradação da qualidade ambiental e poluição, correlatos e necessários para a configuração de uma conceituação de dano ambiental, impedindo dessa forma interpretações demasiadamente ofensivas.

Assim, tem-se por degradação da qualidade ambiental a alteração adversa das características do meio ambiente (art. 3º, II, da Lei nº 6.938/1981). A degradação da qualidade ambiental ocorre normalmente a partir de uma atividade antrópica, sobretudo aquela que ocasione poluição. Contudo, é possível a ocorrência de degradação ambiental sem intervenções humanas, como a evolução de

um ecossistema, um abalo sísmico ou, ainda, uma erupção vulcânica.

Já o conceito de poluição possui amparo legal no inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/1981, que considera poluição a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente, assim elencados:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1981)

Deve ser ressaltado que a poluição advém da degradação da qualidade ambiental resultante de uma atividade humana. Por evidente, a poluição é sempre negativa e, no ordenamento jurídico brasileiro, é um ilícito penal (art. 54, Lei nº 9.605/1998) e administrativo (art. 61, Decreto nº 6.514/2008).

O Doutrinador Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira discorre sobre diversos conceitos de Dano ambiental na doutrina Brasileira:

O Ministro Herman Benjamin define “dano ambiental como a alteração, deterioração ou destruição, parcial ou

total, de qualquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza”. Édis Milaré, por sua vez, define dano ambiental como “a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação (alteração adversa) do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. De comum entre esses dois conceitos doutrinários é a caracterização, em regra, da dupla face do dano ambiental, afetando a natureza e o homem. Embora seja possível a ocorrência de danos que não afetam diretamente o homem, a dinâmica dos eventos danosos ambientais atualmente é uma clara demonstração dessa dupla face. Já Morato Leite & Ayala, após análise da legislação brasileira, apresentam o seguinte conceito: “dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e, indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macro bem”. (2014, p. 339-341).

A própria Constituição Federal ao assegurar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, permite concluir que a coisa julgada pode ser relativizada a qualquer tempo desde que as decisões judiciais violem normas constitucionais, notadamente através de propositura de ações judiciais de

reparação ou revisão de danos causados ao Meio Ambiente.

### **3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA NA SEARA AMBIENTAL**

Há quem defenda que a segurança está vinculada à intangibilidade da coisa julgada, contudo, em vista das peculiaridades do direito ambiental, a admissão da relativização da coisa julgada, se coaduna com o ideal de certeza e segurança, ao mesmo tempo em que persegue a justiça, sendo um disparate pensar que a coisa julgada poderia se sobrepor a garantia constitucional de um ambiente equilibrado e preservado.

Para Canotilho, a segurança jurídica, é elemento essencial ao Estado de Direito e se pauta em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro conceito, no que diz respeito às decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas *“não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorrerem pressupostos materiais particularmente relevantes”* (2000, p. 264). Quanto ao segundo conceito, refere-se à *“exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em*

*relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”* (op. Cit, p. 264)

Pois bem, há que se considerar que em virtude de inovação tecnológica ou de novidade científica, se reconheça a nocividade de uma atividade econômica anteriormente desconhecida como elemento preponderante para fundamentar uma ação ambiental e condicionar o exercício dessa atividade econômica aos padrões ambientais aceitáveis. Verifica-se assim que em matéria ambiental a relativização é totalmente cabível no intuito de tutelar o direito a vida e do meio ambiente visto que os avanços e descobertas da ciência trazem benefícios e o Direito ao tutelar um direito da coletividade podem sofrer qualquer mudança em prol do bem estar.

Questiona-se: a rediscussão da paternidade diante do resultado de um exame de DNA feriria o princípio da segurança jurídica? De certo que não, pois apesar de ser relativizada a coisa julgada, a segurança jurídica estaria atrelada ao direito que o filho tem de saber ao certo quem é seu pai e do pai de ter a certeza se a pessoa examinada é seu filho, coadunando com o princípio da dignidade da pessoa humana também direito fundamental.

O mesmo se aplica ao direito ambiental, representando a segurança jurídica não apenas a



manutenção irrestrita de mandamento sentencial, mas sim a possibilidade de posterior revisão, levando-se em consideração os anseios da garantia de um meio ambiente acessível à sociedade em sua totalidade.

Neste contexto, a segurança jurídica representa um dos princípios basilares de um sistema constitucional fundado em uma sociedade democrática, e consiste em assegurar ao cidadão a certeza e estabilidade das relações sociais, bem como trazer a paz e harmonia para a sociedade, visando ainda a um mínimo de confiabilidade do cidadão para com o Estado, pois uma decisão judicial manifestamente contrária a todos os fins de justiça esperados do Poder Judiciário não pode produzir validamente efeitos e não ser desconstituída.

#### **4. CONCLUSÃO**

A coisa julgada deve ser vista como mera técnica utilizada pelo legislador para assegurar a convivência social e a estabilidade de determinadas relações jurídicas, até porque é adequado que algumas decisões permaneçam realmente imutáveis e tenham validade *erga omnes*.

Por vez, a relativização da coisa julgada surgiu no direito brasileiro para rever a imutabilidade das decisões judiciais relativas à investigação de paternidade em face de

exame de DNA realizado posteriormente e da coisa julgada inconstitucional, com reconhecimento após o lapso temporal para propositura da ação rescisória.

Entretanto, a partir desses simples julgados, a relativização da coisa julgada foi ganhando novas vertentes, e tendo como fundamento a segurança jurídica, onde os direitos em conflito passaram a ser entendidos sob o prisma da segurança pelo processo e não só a segurança no processo, permitindo a revisão dos julgados a qualquer tempo, mesmo que haja coisa julgada.

Inclusive nas ações coletivas, via de regra, a coisa julgada ocorre de acordo com o resultado do processo, onde pela legislação brasileira, a mesma ação coletiva não pode ser proposta várias vezes, apenas a extensão subjetiva da coisa julgada será conforme o resultado do processo, e esta ocorrerá de acordo com o direito a ela referido: se difuso, coletivo ou individual homogêneo, ressaltando ainda, o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, que há imutabilidade da coisa julgada nas ações coletivas para os co-legitimados, afastando a ocorrência da coisa julgada contra os titulares de direitos individuais.

Se a coisa julgada nem mesmo no processo tradicional é imutável, essa imutabilidade se torna ainda

mais distante no processo coletivo, e especificamente no direito ambiental pode se concluir com clareza que a efetiva relativização da coisa julgada é primordial para o alcance da máxima efetivação jurisdicional na tutela ao meio ambiente, notadamente a fim de tentar combater a degradação ambiental que modifica o meio ambiente fazendo-o perder suas peculiaridades positivas em razão da ação do homem.

A decisão que outrora se demonstrou suficientemente razoável para determinado processo, com provas e momento histórico específico, muitas vezes em uma devida reanálise, vem, no contexto atual, no interesse transindividual posto em juízo, colocar em risco a qualidade de vida da coletividade na busca de um ambiente ecologicamente equilibrado.

O cuidado para com o bem ambiental não se esgota em um determinado momento temporal, sendo impensável nesta esteira de raciocínio a manutenção de sentença que não mais preenche os requisitos de defesa irrestrita do bem ambiental por simples requisito processual.

Assim, tem-se por bem que a relativização da coisa julgada, apesar do dogma lançado em seu núcleo, em termos de direito ambiental, se faz imprescindível para

efetiva prestação jurisdicional, sendo sinônimo de verdadeira segurança jurídica, pois visa à aplicação contínua e efetiva do estatuído no art. 225 de nossa Constituição federal, que garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser bem de uso comum de todos, devendo ser preservado para as presentes e futuras gerações, garantindo uma saudável qualidade de vida.

## 5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano, et al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 out. 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: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Brasília, **Diário Oficial da União**, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)> Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965. Lei de Ação Popular. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)> Acesso em: 01 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Brasília, **Diário Oficial da União**, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)> Acesso em: 02 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, **Diário Oficial da União**, 13 fev. 1998 e retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)> Acesso em: 02 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 6.514 de 22 de julho de 2008. Brasília, **Diário Oficial da União**, 23 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm)> Acesso em: 02 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 1, nº 77, Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol I, II e III. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. In: Didier JR., Fredie (coord.). Relativização da Coisa Julgada. Salvador: Juspodivm, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, João Paulo Monteiro de. **A coisa julgada inconstitucional no novo CPC**. Publicado em 11/08/2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-coisa-julgada-inconstitucional-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 10 jul.2017.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Método, 2014.

PAULA, J. L. M. de. **Direito Processual Ambiental**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos para o princípio da máxima proteção jurisdicional do meio ambiente. **Revista de**

**Direito Agroambiental e Teoria do Direito.** Vol. 01, n. 02, 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual e relativização da coisa julgada, in Síntese de Direito Civil e Processo Civil.** vol. 22. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental.** 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 57, p. 5, out. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, n. 23, p. 11-17, Ribeirão Preto, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizaçãodacoisajulgada>> Acesso em: 08 jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Vol. I. 45 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_ ; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais Para Seu Controle. **Revista do Ministério Público n. 47**, publicada no 3º trimestre de 1991. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/arquivos/>

revista\_artigo/arquivo\_1274905859.pdf> Acesso em: 08 jul.2017

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol.1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



# A RELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

## THE RELEVANCE OF PRINCIPIOLOGICAL APPLICATION IN THE BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM

*Bruno Barbosa de Oliveira  
Maria Teresinha de Castro*

### **Resumo**

Estudo viabilizado com o propósito de se buscar a relevância da aplicação dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram tecidas noções relativas à manifestação dos princípios gerais de direito, princípios fundamentais da organização administrativa e princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Destacou-se também a magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana e a utilização dos princípios constitucionais administrativos empregados para validar os atos praticados pela Administração Pública, imbuídos dos institutos de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência na gestão administrativa.

**Palavras-chave:** Princípios; Ordenamento Jurídico; Aplicabilidade; Administração Pública.

### **Abstract**

Feasible study with the purpose of seeking the relevance of applying the principles in the Brazilian juridical order. To this aim, notions were made regarding the manifestation of the general principles of law, fundamental principles of administrative organization and principles which rules Brazil in international relations. The magnitude of the dignity's principle of the human person was highlighted as well as the using of the constitutional administrative

principles used to validate the acts practiced by the Public Administration, imbued by the institutes of legality, impartiality, morality, publicity and efficiency in administrative management.

**Keywords:** Principles; Juridical Order; Applicability; Public Administration

## INTRODUÇÃO

Com o escopo de se buscar a distinção entre o justo e o injusto, assim como no estabelecimento de padrões de aplicação das diversas normas existentes no ordenamento legal brasileiro, mister se faz enaltecer a utilização dos princípios, que buscam orientar as relações jurídicas existentes.

Dada a diversidade de legislações, bem como sua amplitude, os princípios inspiram o caráter das normas que são utilizáveis e constituem um parâmetro para que possam ser efetivados em sua plenitude.

No que concerne aos princípios gerais de Direito, observa-se que podem ser utilizados em decorrência de um caso concreto e revelam, por si só, toda a axiologia envolvida durante sua aplicação, os quais se traduzem em mecanismos de auxílio aos operadores jurídicos.

Os princípios fundamentais do Estado brasileiro refletem o funcionamento da estrutura organizacional,

resumidos na República, na Federação e no Estado Democrático de Direito, como pilares essenciais do poder constituinte nacional.

As relações internacionais brasileiras também estão protegidas sob a égide de princípios fundamentais como a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos e outros previstos no artigo 4º da Constituição Federal. Tais dispositivos tratam da cooperação do país em relação à ordem interna e externa, com enfoque prevalente aos direitos humanos firmados diante das relações internacionais advindas.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio basilar do ordenamento pátrio, abarca as noções relativas ao tratamento que deve ser dispensado aos indivíduos, abrangendo conceitos éticos e morais previstos nas relações havidas na sociedade contemporânea.

Os princípios constitucionais administrativos operam de sorte a conduzir os atos praticados pela Administração Pública, os quais deverão ser amparados pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a fim de que a atuação dos gestores públicos seja transparente e proba, visando em especial, o bem comum dos administrados.

Diante das manifestações abordadas no presente artigo, há que se justificar que o conteúdo do trabalho não visa esgotar todos os princípios esboçados nas legislações brasileiras. Visa, outrossim, destacar a importância da manifestação desses institutos (princípios), ora mencionados, em relação à sua aplicabilidade e aceitação na seara jurídica, haja vista que constituem mecanismos de orientação, que refletem o bom funcionamento das instituições e de seus preceitos.

Na confecção do presente artigo, desenvolveu-se pesquisa teórico-bibliográfica, quando se trata da descrição direta e indireta de bibliografias relacionadas à temática caracterizada, assim como de artigo científico associado ao desenvolvimento do assunto tratado.

O procedimento metodológico é indutivo, pois o pesquisador parte de uma temática específica para uma concepção geral, aprimorada durante a realização do artigo.

Em relação ao procedimento técnico utilizado, enfoca-se uma análise temática, dado o conteúdo exposto que necessita de ser contextualizado ao longo da execução do trabalho científico. Aborda-se também uma análise crítica, uma vez que os apontamentos sugeridos e as

propostas desenvolvidas traduzem a percepção científica implementada.

## **2 JUSTIÇA E PRINCÍPIOS**

A sociedade moderna impõe preceitos ideológicos sobre o destino e a atuação da justiça, haja vista que existe um consenso em se delimitar o justo e o injusto nas relações humanas e as suas implicações decorrentes.

Falar de justiça é situar-se diante de uma “alteridade”, já que não se pode determinar isoladamente o que é considerado como justo; o outro e os outros estarão sempre presentes para questionar essa validade. É por isso que se pode considerar que a ordem da justiça é a ordem que respeita as diferenças entre os seres humanos. Nessa perspectiva, um comportamento é induzido pela justiça se ele visa a dar um outro (aos outros) o que lhe (lhes) é devido, independentemente da boa vontade de quem o propõe. A representação do justo é de ordem ideológica, no sentido de que é uma representação que motiva e legitima, variando de acordo com os interesses dos homens (FOUREZ, 1995, p. 283-284).

Em Direito e Poder, Bobbio (2008, p. 27-28), indaga se há um critério seguro para distinguir o justo do

injusto, vez que para o Direito Natural as máximas da justiça são tidas como fórmulas vazias preenchidas por qualquer conteúdo, por outro lado, se houver um conteúdo determinado o valor de universalidade se perde e se torna regras de ação com carga ideológica política e com justificativa histórica, afirmando dessa maneira que a doutrina jusnaturalista tende a se tornar positivista. Nesse contexto, as normas jurídicas seriam válidas segundo as crenças ou as ideologias das pessoas chamadas a aplicá-las.

Os teóricos juspositivistas clássicos, ao reconhecerem o caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso das normas, acabaram por fazer um giro decisionista ao conceder ao juiz a discricionariedade para dar uma resposta ao conflito que lhe é apresentado. Promovendo um ataque geral a essa postura, Dworkin introduziu a teoria dos princípios, alegando de forma sucinta que os juízes não possuem discricionariedade para decidir, devendo, ao se depararem com casos não cobertos pelas regras jurídicas, se utilizarem de princípios jurídicos (ALVES; MARCONDES, 2013, p. 135).

O alentado<sup>91</sup> trabalho de Tomaz (2014, p. 71-72), expõe que a obra de Dworkin, sem dúvida, constitui exemplo ilustre do alinhamento da experiência jurídica sob o viés da consideração empírico-analítica de tradição anglo-saxônica, prevendo o afastamento da redução normativista para alçar o direito a uma prática de interpretação, capaz de dar continuidade ao passado e se promover a um futuro que possua uma justificação coerente.

A segurança jurídica é a meta a ser alcançada nas relações jurídicas. Nesse sentido, Nader (2013, p. 121-122) esboça que para se atingir a justiça é indispensável, em primeiro lugar, que o Estado adote certos padrões de organização interna, como a clássica divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário. Assim, as garantias constitucionais são mantidas e os princípios são executados de forma a atingir seus objetivos concretos.

No dizer sempre expressivo de Robert Alexy, em Teoria dos Direitos Fundamentais, há que se considerar que:

---

<sup>91</sup> REIS, Whit Martins dos. **Operadores discursivos para redação de textos jurídicos e extrajurídicos: Coletânea de 1500 elementos de coesão textual.** Araguari: Sincope, 2002.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p. 90).

A utilização dos princípios requer uma apreciação histórica, dada sua representatividade para a justiça e o conteúdo ideológico neles presentes, a fim de que sejam assegurados aos seus destinatários a efetividade dos direitos neles encontrados.

## **2.1 Princípios gerais de direito**

O Direito brasileiro consagra esses princípios como sendo os últimos impostos pelos juízes na aplicação do caso concreto. Eles garantem, em última instância, o critério do julgamento, sendo destináveis ao Direito em geral.

Na concepção de Nader (2013, p. 199), os sujeitos de direito, necessitando conhecer os padrões jurídicos que disciplinam a matéria, devem consultar, em primeiro plano, a lei. Se esta não oferecer a solução, seja por um dispositivo específico, ou por analogia, o interessado



deverá verificar a existência de normas consuetudinárias. Na ausência da lei, de analogia e costume, o preceito orientador há ser descoberto mediante os princípios gerais de Direito. Na vida do Direito os princípios são importantes em duas fases principais: elaboração das leis e na aplicação do Direito, pelo preenchimento das lacunas da lei.

Com objetivo de clarear o entendimento da expressão e ainda dentro das aferições propostas por Nader (2013, p. 201), submeteu-a à interpretação semântica destacando, como notas dominantes, a principialidade, generalidade e juridicidade. Princípios trazem a ideia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa. Gerais denotam a ideia de distinção entre o gênero e a espécie e a oposição entre a pluralidade e a singularidade e o Direito, remete-se ao caráter de juridicidade; o que está conforme a reta; o que dá a cada um o que lhe pertence.

Ferraz Júnior (2013, p. 213), por sua vez, entende que a expressão princípios gerais é tomada como premissa maior sem especificações. A especificação ocorre na premissa menor que, esta sim, adquire o caráter de norma geral. Ou seja, os princípios gerais, em sua forma indefinida, compõem a estrutura do sistema, não seu repertório. São regras de coesão que constituem as

relações entre as normas como um todo. É possível dizer que os princípios gerais, enquanto designativos do conjunto de todas as regras estruturais do sistema, repousa a obrigatoriedade jurídica de todo o repertório normativo. Eles atuam sobre as demais fontes de modo semelhante como as regras de dedução atuam sobre a construção dos teoremas matemáticos.

Na amplitude do Direito existe uma gradação entre os princípios, como assevera Nader (2013, p. 201), que varia desde os mais específicos aos absolutamente gerais, inspiradores de toda a árvore jurídica. Embora tratados como gerais, a expressão abrange tanto os efetivamente gerais quanto os específicos, destinados a um ramo jurídico.

Nesse íterim, e ainda sob o tratamento dado por Nader (2013, p. 201), os princípios gerais de Direito, na ótica positivista, consagra-os que a sua aplicação, pelo juiz, deverá ater-se objetivamente ao Direito vigente, sem transmitir ou se basear no subjetivismo. Diante disso, a corrente positivista prevê que esses princípios expressam elementos contidos no ordenamento jurídico, que se identifiquem com o Direito Natural, que se vinculem aos princípios positivistas para favorecer a lógica do sistema e que os ordenamentos jurídicos possuam um grande poder

de expansão, que lhes permite resolver todas as questões sociais.

Princípios gerais do Direito são elementos normativos operantes nos casos concretos problemáticos, decorrentes de uma estimativa objetiva ética e social, possuindo a pretensão de abranger os elementos normativos antitéticos. Os subconjuntos axiológicos e fáticos que compõem o sistema jurídico se interseccionam, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes e aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico. Um grande grupo não pode ser regido primordialmente por diretrizes particulares dadas a cada indivíduo, mas sim ser comandado por regras gerais, padrões e princípios. Não é lógico nem razoável admitir que uma sociedade pluralista consiga se manter coesa apenas com base em regras particulares – isso leva à fragmentação e à destruição do corpo social (MERÍSIO, 2010, p. 23).

Os princípios gerais de Direito tornam-se, assim, mecanismos de auxílio aos operadores jurídicos, face às constantes inadequações legislativas e aos anseios sociais. A adoção correta e sua aplicação nas situações específicas e gerais devem observar o alcance da norma para a concretização e efetivação dos direitos a ela inerentes.

## 2.2 Princípios fundamentais

O Estado brasileiro, em sua estrutura organizacional, conforme mencionado no artigo 1º da Constituição da República, assenta-se nos princípios básicos da República, da Federação e do Estado Democrático de Direito.

Ser República, conforme apontamentos de Führer; Milaré (2013, p. 80), significa dizer que o país é dirigido por um Presidente, eleito por um período de quatro anos, com possibilidade de apenas uma reeleição. O Poder é exercido por três órgãos distintos, com funções definidas: o Legislativo, que é incumbido de fazer as leis; o Executivo, a quem cabe a administração do País; e o Judiciário, encarregado de aplicar as leis nos casos concretos.

Convém também ressaltar, ainda nas definições de Führer; Milaré (2013, p. 80), que ser federação, alcança o sentido de que o governo é repartido por esferas territoriais que se compreende pela União, que abrange todo o território nacional, os Estados-membros, que são circunscrições regionais e os Municípios, que constituem divisões dos Estados-Membros. Há que se considerar,

também, a existência do Distrito Federal, que é a capital da União, e que, como as demais entidades estatais, desfruta de autonomia em sentido amplo.

O Estado Democrático de Direito, também nos estudos promovidos por Führer; Milaré (2013, p. 81), admite o pressuposto de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, refletindo as propostas democráticas de exercício do poder, no regime democrático da representatividade popular, mediante a eletividade dos governantes, e, em alguns casos, através da participação direta.

Num autêntico Estado Democrático de Direito, as expectativas, quer cognitivas, quer normativas, não devem apontar somente para uma interferência tão nociva da economia e da política no direito. E a reprodução operacional do direito, que é própria da visão autopoietica (produzir-se a si próprio), desenvolve-se e se manifesta sob o binário lícito/ilícito seja tão bloqueado. Esses bloqueios existem, porém, não com a mesma força com que a política e a economia esmagam o sistema jurídico, em face da ingerência de seus códigos binários, como ocorre nos Estados periféricos modernos (TOMAZ, 2015, p. 86-87).

Inegável a contribuição de Lenio Streck, ao mencionar a expressividade do Estado Democrático de Direito enquanto princípio:

Positivação dos valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosófica da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem. (STRECK, 2012, p. 9)

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se nos valores eleitos como mais relevantes pela sociedade, os quais sustentam e alimentam todo o arcabouço jurídico de legislações e situações amparadas pelo Direito, visando consolidar os princípios que se tornam o sustentáculo da ordem jurídica vigente.

### **2.3 Princípios constitucionais que regem o Brasil nas relações internacionais**

A Constituição de 1988 foi a primeira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como

princípio fundamental que rege o Estado nas relações internacionais.

Conforme apontado por Führer; Milaré (2013, p. 81), nas suas relações internacionais o Brasil rege-se pelos seguintes princípios: (i) independência nacional; (ii) prevalência dos direitos humanos; (iii) autodeterminação dos povos; (iv) não intervenção; (v) igualdade entre os Estados; (vi) defesa da paz; (vii) solução pacífica dos conflitos; (viii) repúdio ao terrorismo e ao racismo; (ix) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e (x) concessão de asilo político, todos mencionados no artigo 4º da Constituição Federal do Brasil.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribui

substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 39-41).

Os princípios ora mencionados, tecem a interação do país entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica externa, relativa à efetividade dos direitos internacionais com prevalência nos direitos humanos.

## **2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e princípio, a dignidade humana funciona como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Esse princípio visa informar o



sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda: qualquer lei que viole a dignidade, abstrato ou concretamente, será nula (GUERRA; SILVA; DEL NERO, 2014, p. 48).

Nas observações de Guerra et. al. ainda pode-se informar que a dignidade da pessoa humana se sistematiza no valor intrínseco da pessoa humana (inteligência, sensibilidade, capacidade de comunicação, gestos, expressões), bem como na autonomia, que significa o poder de fazer valorações morais e escolhas sem imposições externas indevidas. Constitui também elemento de formação da dignidade humana o valor comunitário que constitui o elemento social do indivíduo perante o grupo em que vive, destinando-se a promover a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais.

A dignidade da pessoa humana é tida como um valor em si, revelado através da moral, oriunda do gênero humano, onde não há a existência de discriminações,

independentemente de cor, raça ou religião. Caracterizada como fundamento do Estado Democrático de Direito.

O respeito à dignidade implica, portanto, o respeito à diversidade das formas de vida. Que os próprios e individuais valores que tornam a própria vida valorosa e importante em si mesma podem ser diferentes dos valores de outros indivíduos que descobriram esse fio ao longo de suas vidas a partir de outros princípios. Aceitar o valor intrínseco da própria vida ou, a partir da reformulação do respeito em si mesmo, implica aceitar que a própria vida é importante e que todas as demais vidas são igualmente importantes (OMATTI, 2015, p. 34-35).

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como referencial principiológico, haja vista abarcar em seu conteúdo noções gerais sobre o tratamento que deve ser dispensado aos indivíduos, quer isoladamente, quer de forma coletiva. Sua extensão abrange preceitos éticos, morais e de padrões existentes na sociedade contemporânea.

### **3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS**

A Administração pública é calcada em valores, diretrizes e mandamentos gerais que orientam a atuação dos gestores, a fim de que as legislações administrativas direcionem seus objetivos de maneira a consolidar e validar os atos por ela praticados.

Todos os atos produzidos no âmbito administrativo devem ser calcados na ética, na honestidade e na satisfação dos interesses coletivos, para que, de forma transparente e eficiente, a gestão administrativa possa ser desenvolvida e conduzida por seus administradores.

Nas lições de Barchet (2016, p. 42), pode-se constatar a existência de princípios constitucionais administrativos expressos, que são aqueles taxativamente previstos em uma norma jurídica de caráter geral, seja a mesma de hierarquia constitucional, seja ela integrante da legislação ordinária. Assim, sempre que uma norma jurídica dessa natureza explicitamente consagra um valor, uma diretriz, está-se perante um princípio expresso. Alguns desses princípios encontram-se previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que trata especificamente da Administração Pública. A saber, são os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Há que se considerar também outros princípios existentes, a exemplo

dos princípios previstos no artigo 5º da Carta Magna, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, assim como o princípio do devido processo legal, que também colaboram com o sucesso das atividades desempenhadas no cerne da Administração Pública.

Nos ensinamentos propostos por Carvalho Filho (2016, p. 20), cabe destacar inicialmente, o princípio da legalidade, que certamente é diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Implica, portanto, que o administrador está em subordinação completa à legislação, significando dizer que somente poderá fazer o que a lei autorizar. Havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

A respeito, vale transcrever trecho da obra de Barchet:

Ao contrário dos particulares, a Administração está impedida de agir em determinada situação quando não há norma legal que lhe outorgue competência para tanto. Isso se deve ao fato de que a Administração não tem vontade própria, é autônoma e desvinculada da lei, constituindo a norma requisito indispensável para que os órgãos e entidades administrativas, por meio de

seus agentes, possam praticar qualquer ato com consequências jurídicas. A Administração Pública só atua a partir de expressa previsão legal.(BARCHET, 2016, p. 46).

A legalidade administrativa é subsídio basilar da atuação dos gestores públicos, tendo em conta que os instrumentos legais previstos nas legislações constitucionais e infraconstitucionais constituem requisitos de condução dos anseios sociais, frente à Administração Pública.

O princípio da impessoalidade, conforme Barchet (2016, p. 49), está relacionado diretamente com a finalidade pública que deverá dirigir toda a ação administrativa, compreendendo o interesse público e a finalidade específica prevista na lei para a consecução dos atos administrativos.

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados, que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em

detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 21).

Enfim, qualquer ato da administração pública deverá ser produzido objetivando a consecução do interesse público. A Administração tem que tratar isonomicamente todos os administrados, sem quaisquer discriminações favoráveis ou prejudiciais, salvo quando a lei, de forma razoável, estabelecer tratamento diferenciado. (BARCHET, 2016, p. 49-50).

No que toca ao princípio da moralidade administrativa, define Carvalho Filho (2016, p. 22), que este se impõe ao administrador público, a fim de que não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescenta-se que tal forma de conduta deve existir não

somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Para Barchet (2016, p. 53), a moralidade compreende três aplicações: dever de atuação ética; aplicação da lei visando à efetivação dos valores nelas consagrados; respeito aos costumes administrativos. O comportamento do gestor deverá ser ético, honesto, transparente, perante o administrado.

Como preceitua Barchet (2016, p. 53), o que se impõe é que o agente público não se valha de expedientes astuciosos, maliciosos, fraudulentos para com o administrado. Este, em regra, desconhecedor das peculiaridades do cotidiano administrativo, correria o grave risco de ser privado de seus direitos ou de sofrer agravos em suas obrigações ou limitações se o agente público, adotando uma postura formalmente legal, pudesse se valer de recursos ardilosos em seu desfavor.

Ainda nas concepções dos estudos propostos por Carvalho Filho (2016, p. 22-23), tem-se que a falta de moralidade administrativa pode afetar vários aspectos da atividade da Administração. Quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, que, como regra, causam

prejuízos ao erário, o diploma regulador é a Lei nº 8.429, de 2.6.1992, que prevê as hipóteses configuradas da falta de probidade na Administração, bem como estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis por esse tipo ilegítimo de conduta. Ao mesmo tempo, contempla os instrumentos processuais adequados à proteção dos cofres públicos, admitindo, entre outras, ações de natureza cautelar de sequestro e arresto de bens e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, sem contar, logicamente, a ação principal de perdimento de bens, ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa de direito público interessada na reconstituição de seu patrimônio lesado.

Carvalho Filho (2015, p. 23), também destaca que há que se citar, nesse contexto, a importância da ação civil pública, como um instrumento importante de proteção à moralidade administrativa. Ela se insere não somente no conceito de patrimônio social como também dentre os interesses difusos, e são de competência ministerial.

O princípio da publicidade indica que os atos produzidos pela Administração Pública devem ser notórios, vistos, divulgados, publicados amplamente, a fim de que tenham validade no sistema jurídico brasileiro.



Na significação traduzida<sup>92</sup> de Carvalho Filho (2016, p. 26), os atos administrativos devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento de propiciar a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. A publicação ocorre em órgãos da imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet.

Acertadamente<sup>93</sup>, o ilustre doutrinador Barchet (2016, p. 55), revela que a divulgação oficial dos atos praticados no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal é realizada mediante a publicação do ato nos respectivos Diários Oficiais. Para os Municípios, são duas as regras: aqueles que possuem Diário Oficial enquadram-se normalmente na primeira regra; os de menor porte, que

---

<sup>92</sup> REIS, Whit Martins dos. **Operadores discursivos para redação de textos jurídicos e extrajurídicos: Coletânea de 1500 elementos de coesão textual.** Araguari: Sincope, 2002.

<sup>93</sup> REIS, Whit Martins dos. **Operadores discursivos para redação de textos jurídicos e extrajurídicos: Coletânea de 1500 elementos de coesão textual.** Araguari: Sincope, 2002.

não possuem órgão de publicação oficial de seus atos, cumprem o princípio da publicidade mediante a afixação de seus atos na sede do órgão ou entidade que o tenha produzido. A divulgação oficial não constitui requisito de validade do ato, mas pressuposto de sua eficácia, condição para que se inicie a regular produção de seus efeitos jurídicos.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2016, p. 27), menciona que todas as pessoas possuem o acesso à informação, ou seja, o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, salvo as situações resguardadas por sigilo. O artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal prevê que à administração pública cabe dar cumprimento a esse dispositivo, como forma de observar o princípio da publicidade. Para tanto, foi promulgada a Lei nº 12.527, de 18.11.2011 (Lei de Acesso à Informação) com incidência sobre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que concerne ao princípio da eficiência, há que se considerar que esse fundamento foi impulsionado pela Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa. Ele pressupõe a adoção de formas mais simples, rápidas e efetivas de atuação administrativa, bem como uma razoável redução dos

controles realizados pela Administração Pública (BARCHET, 2016, p. 59).

Recorrendo novamente aos prestigiosos estudos de Barchet (2016, p. 59), o princípio da eficiência foi construído dentro de um novo modelo de gestão administrativa denominado administração gerencial, que busca superar o modelo até então adotado, a administração burocrática, alicerçada precipuamente nos princípios da legalidade e da moralidade. Ele torna jurídica a exigência de uma atuação administrativa mais planejada e transparente, dotada de mecanismos que facilitem a percepção de problemas estruturais e funcionais antes que estes causem reais prejuízos aos interesses públicos, possibilitando a tomada de medidas preventivas e corretivas dos desvios constatados.

Carvalho Filho (2016, p. 31) esboça que o núcleo do princípio é a procura de produtividade e de economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização.

Consoante Carvalho Filho (2016, p. 32), vale de igual forma, observar, neste diapasão, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Esses objetivos ensejaram a administração gerencial nos Estados modernos, onde se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.

A eficiência transmite o modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, relacionando-se intrinsecamente com a conduta dos agentes. Tem por corolário a boa qualidade e oferece à sociedade a forma de dispor e cobrar dos agentes públicos a efetividade dos direitos sociais e das prestações de serviços existentes.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se nesse trabalho a utilização de alguns princípios tratados no ordenamento jurídico, com o viés de sempre aplicados nas relações jurídicas havidas no cotidiano social.

Diante das manifestações ora apresentadas, destaca-se que o teor principiológico resulta na integração de seus preceitos, buscando, outrossim, sua validade para a ordem da justiça, a fim de que represente os interesses dos homens.

A segurança jurídica constitui-se em meta para se alcançar de forma adequada os anseios sociais, previstos nas relações jurídicas. Neste contexto, os princípios servem como sustentáculo teórico para que sua execução se torne condizente com os mandamentos de satisfação devidos nessas relações.

Considerando os princípios gerais de direito, há que se manifestar que suas variações vinculam a aplicação das normas, de forma a buscar o consenso social, articulado por padrões, ideologias e diretrizes. Visam auxiliar os operadores jurídicos face às constantes manifestações de interesse existentes nas diversas lides.

A estrutura organizacional do país, assentada na República, na Federação e no Estado Democrático de Direito, constitui-se como ferramenta indispensável para se entender o funcionamento da máquina administrativa constitucional, bem como sustenta e alicerça as legislações provenientes dessa estrutura.

No plano internacional, o Brasil está fundamentado nas relações internas e externas, com fulcro na prevalência dos direitos humanos, o que distingue o país de outros que não preveem no ordenamento pátrio tal dispositivo elementar.

A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio mencionado no presente texto, produz alcance de valoração dos indivíduos caracterizados na moral, na ética, na transparência e nos padrões de comportamento exigidos pela sociedade e pelas legislações.

A despeito dos princípios constitucionais administrativos, nota-se, de forma clara que seus preceitos devem ser seguidos pelos gestores públicos, a fim de serem observados os mandamentos previstos na Carta Magna, a fim de satisfazer os interesses coletivos de forma eficiente, moral, honesta e eficaz.

Embora os princípios ora tratados sejam de cunho geral e de aplicação imediata, há que se mencionar que o

rol não é exaustivo, mas sim extensivo, dado que existem outros diversos princípios aplicáveis na seara jurídica brasileira. Inúmeros são os princípios, os contextos e as aplicações desses institutos, que não se esgotam nessa pesquisa.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vigílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALVES, C. L.; MARCONDES, T. C. B. B. **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**; tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FOUREZ, Gérard. **A construção das ciências: introdução à filosofia e à ética das ciências**; tradução de Luiz Paulo Roanet. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

FÜHRER, Maximilianus C. A.; MILARÉ, Édís. **Manual de direito público e privado**. 19. ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA, R. F; SILVA, F. L. A; DEL NERO; P. A. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Ed. UFV, 2014.

MERÍSIO, Patrick. **Noções gerais de direito e formação humanística: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Os fundamentos constitucionais do direito à diversidade**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, v.2.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Whit Martins dos. **Operadores discursivos para redação de textos jurídicos e extrajurídicos: Coletânea de 1500 elementos de coesão textual**. Araguari: Sincope, 2002.

STRECK. Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio – Dilemas da**



**crise do direito.**<Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>>. Data de acesso: 01 de fevereiro de 2017.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Direito à Felicidade (pressupostos jusfilosóficos para compreensão do direito à felicidade como direito fundamental)**. Pará de Minas, VirtualBooks Editora, 2015.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Direito, Razão e Sensibilidade (construindo um modelo de juiz para a proteção dos direitos fundamentais)**. Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2014.

**A RESPONSABILIDADE ESTATAL PELAS  
VIOLAÇÕES E MORTES NO CÁRCERE EM  
CONSONÂNCIA COM A ORDEM  
CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO**

**THE STATE RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS  
AND DEATHS IN THE ACCOUNT IN  
ACCORDANCE WITH THE CONSTITUTIONAL  
ORDER OF THE RULE OF LAW**

*Laís Freire Lemos  
Virgínia Lara Bernardes Braz*

**RESUMO**

O sistema penitenciário brasileiro está em crise. Tantas mortes e violência no interior das penitenciárias nos fazem repensar o papel do Estado e das políticas públicas como detentor do *ius puniendi*. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor. Isso assusta, ao nos darmos conta que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados acima de qualquer ressalva. O Estado Brasileiro busca dar a sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos, porém, não tem aparato para fazer o preso cumprir com dignidade o que lhe é imposto. Não lhes propicia o mínimo existencial, como saúde, educação e principalmente, segurança, sendo largados a própria sorte e obedientes a lei do mais forte. Isso nos leva a questionar a eficácia da pena privativa de liberdade, se ela surte ou não ou efeitos almejados, a implementação das políticas públicas e a

efetiva responsabilização do Estado pelas violações do cárcere.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; normas constitucionais; sistema carcerário; responsabilidade estatal.

## **ABSTRACT**

The Brazilian penitentiary system is in crisis. So many deaths and violence inside the penitentiaries make us rethink the role of the State and public policies as the holder of *ius puniendi*. The state that should be the guardian of the rights and fundamental guarantees of those who imprison, is its first transgressor. This frightens us as we realize that we live in a Democratic State of Right, where human rights must be preserved above any qualification. The Brazilian State seeks to give society an answer that it is fulfilling its effective role and punishing the criminals, however, it does not have apparatus to make the prisoner fulfill with dignity what is imposed to him. It does not give them the existential minimum, as health, education and mainly, security, being left to own luck and obedient to the law of the strongest. This leads us to question the effectiveness of the custodial sentence, whether or not it has effects or not, the implementation of public policies and the effective accountability of the State for prison violations.

**Keywords:** Human rights; constitutional norms; prison system; responsibility.

## **1. INTRODUÇÃO**

O Estado Brasileiro enfrenta um grande caos na segurança pública. O Sistema Prisional funciona de forma ineficiente e não surte os efeitos almejados quando se propõe a aplicação de uma pena privativa de liberdade.

O Estado que deveria ser o primeiro na defesa dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, é o seu maior transgressor quando recolhe o indivíduo ao cárcere, não lhe propiciando mínimas condições de dignidade e de subsistência.

Temos no ordenamento jurídico brasileiro, por não admitir a autotutela, e, por ser um Estado Democrático de Direitos, a figura do *ius puniendi* – direito de punir – onde apenas o Estado pode punir o indivíduo que venha a transgredir qualquer norma de natureza penal.

Acompanhando o direito de punir do Estado, vem o seu dever de resguardar e assegurar a garantia dos direitos humanos - fundamentais – do indivíduo que se encontra sob sua tutela.

Dentro do Estado Democrático de Direito, o indivíduo busca ter segurança e seus direitos preservados e assegurados. Porém, não é isso que ocorre quando ele é preso e submetido ao ambiente carcerário.

Sob este enfoque, buscaremos analisar a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, as infringências

causadas pelo Estado aos direitos fundamentais e a responsabilidade estatal pelas violações do cárcere.

O problema que permeia a pesquisa é buscar descobrir como o sistema penitenciário, a partir do momento que não tem a infraestrutura mínima necessária oferecida pelo Estado, possa garantir ao preso custodiado condições mínimas de dignidade e como o Estado pode ser responsabilizado por suas infringências.

O objetivo da pesquisa é mostrar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro que vai de desencontro aos direitos fundamentais da pessoa humana e descumpre de sobremaneira os preceitos do Estado Democrático de Direito, as leis, tratados e convenções que versam sobre o tema.

Tudo isso é justificado pelo alto número de reincidência criminal, mortes e violência dentro dos presídios, dando maior destaque a falta de políticas públicas e investimentos do Estado no setor, a fim de garantir a segurança dos apenados e a efetivação da pena privativa de liberdade.

Feitos todos os apontamentos, baseia-se a pesquisa no método bibliográfico, onde no primeiro momento se faz os apontamentos acerca dos direitos humanos,

constitucionalismo, políticas públicas e responsabilidade do Estado.

## **2. DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO**

Falar de direitos humanos em nosso atual contexto, não é tarefa nada fácil. A regra seria sua prevalência, devendo ser eles assegurados, respeitando, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Porém a realidade é totalmente diversa do que se propõe.

Os direitos humanos são direitos legitimados, positivados em nosso ordenamento jurídico, tendo bases históricas remotas, que aos poucos foram sendo reconhecidas e ganhando força normativa ao longo dos séculos.

Conforme nos diz José Luiz Bolzan de Moraes, fazendo referência a Norberto Bobbio, os direitos humanos são produtos de processos históricos formulados por

circunstâncias sócio-histórico-econômicas, surgindo no entanto, as gerações ou dimensões de direitos<sup>94</sup>.

As gerações ou dimensões de direitos humanos, encontraram tutela jurídica no Estado Contemporâneo, que surgiu após as revoluções americanas e principalmente a Revolução Francesa, consagrando-se um Estado Constitucional de Direito, sendo elas referentes aos direitos políticos e civis; sociais, econômicos e culturais; solidariedade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos humanos, considerados também como fundamentais, diz respeito aos direitos civis e políticos que se traduzem em liberdades negativas, ou seja, um não fazer do Estado, abstendo-se de intervenção, a fim de garantir aos indivíduos o livre exercício de suas liberdades fundamentais, como os direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às formas ilegítimas de pressão. São vistos como indispensáveis à pessoa humana<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos direitos humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>95</sup> Nesse sentido, ALMEIDA: “Esses direitos foram consagrados a partir do século XVIII e XIX em decorrência da ideologia adotada pela classe burguesa. Os movimentos políticos, determinantes para a validação desses direitos fundamentais, foram as revoluções americana, de 1776 e francesa de 1789.” *In*

Essa dimensão de direitos ficou marcada por caracterizar um Estado Liberal de Direitos, passando a contar com um alicerce constitucional.

A segunda dimensão de direitos humanos, surge relacionada às liberdades positivas, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Englobam esses direitos, o direito a saúde, educação, trabalho, previdência, moradia, dentre outros assistencialistas. São caracterizados pela necessidade de assistência social pelo Estado ao indivíduo, surgindo no entanto, o Estado Social de Direitos.

Já conquistado o Estado Liberal de Direitos e o Estado Social de Direitos, surge, por sua vez, a terceira dimensão de direitos, que traz em foco questões atinentes à solidariedade e à fraternidade social em busca da promoção da paz, do meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento.

Com o decorrer da evolução dos direitos humanos e fundamentais e a evolução os Estados (Liberal e Social), passou a sociedade a evoluir para um Estado de Direito Constitucional, onde haveria uma lei maior capaz de

---

ALMEIDA, Gregório Assagra de - Direito Material Coletivo – Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada – Ed. Del Rey Belo Horizonte, 2008 p. 328



assegurar a eficácia dos direitos conquistados, e, esta lei teria primazia sobre as demais no ordenamento jurídico.

Ao lado do Estado Constitucional, foram surgindo os ideais democráticos, onde se estabelece que os direitos humanos devem ser preservados a qualquer custo.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, citado por GRECO (2015):

“A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de ‘democracia constitucional’, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de

controle e de reparação contra suas violações”<sup>96</sup>

Constitucionalismo nada mais é o que o movimento social, político e jurídico, cujo papel primordial é limitar o papel do Estado por meio de um Constituição.

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, destacamos o marco teórico da força normativa da Constituição e como objetivo a busca por sua maior eficácia e principalmente, dos direitos humanos e fundamentais.

Para Michel Villey<sup>97</sup>, os direitos humanos assegurados são produtos de uma época moderna e toda a ordem jurídica procede do Estado, e, este por sua vez, está fechado em suas leis.

Em âmbito interno, a atual Constituição Federal de 1988, que é considerada como o ápice do garantismo dos direitos humanos e fundamentais ao ser humano. Prevê os direitos sociais, as liberdades e garantias individuais, o

---

<sup>96</sup> GRECO – Rogério – *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas* – Niterói: Ed. Impetus, 2015 p.26 *apud* FERRAJOLI, Luigi

<sup>97</sup> VILLEY, Michel – *Os direitos e Direitos Humanos* – São Paulo: Martins Fontes, 2007

direito à vida, propriedade, saúde, educação, segurança, dentre outros primordiais a vida digna.

Temos também, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário que tem valor supra legal, prevendo inúmeros direitos fundamentais, os quais se aplicam também em nosso ordenamento jurídico.

Porém, mesmo diante de toda a previsão legal e luta por conquista dos direitos humanos, o que se vê na realidade atual de nosso país é um grave desrespeito por tudo o que fora conquistado no passado.

O Estado que assegura a existência e eficácia de tais direitos é o mesmo que o infringe, desrespeita, aniquila seus princípios. Não há o que festejar acerca das conquistas antepassadas se no presente só tem valor na codificação e não na prática.

Necessita-se com urgência da adoção e revisão das políticas públicas adotadas, concedendo efetivamente os direitos humanos assegurados, trazendo aos indivíduos não só os benefícios que lhe carregam, mas também os deveres, para que assim, se possa chegar mais próximo de um ideal de vida digna.

### **3. O SISTEMA PRISIONAL**

O direito penal brasileiro visa punir àqueles que violam ou violaram bens jurídicos e materiais de terceiros, tais como a vida, a honra, a integridade, a propriedade, liberdade, dentre outros. Porém, ao punir o transgressor, o direito penal não se atentou para as condições degradantes e a falta de infraestrutura do sistema carcerário, o que acaba indo ao desencontro do ideal de ressocialização pretendido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), estabelece em seu artigo V, que: “Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”<sup>98</sup>.

O Sistema Prisional brasileiro é o retrato da infringência da DUDH. Necessita-se com urgência de políticas públicas voltadas para a proteção e resguardo dos direitos humanos dos aprisionados, a fim de não lhes suprimir mais do que lhes é imposto, do que é devido à sociedade.

O ambiente carcerário é deplorável, com más instalações, má qualidade na alimentação, superlotação e ambiente favorável a maior prática de crimes, tonando-se uma verdadeira escola de transgressores. O cenário das

---

<sup>98</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: . Acesso em 15 de maio 2017.

rebeliões e fugas são em sua maior parte, resultados da situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

Não se deve eximir o preso de pagar sua dívida com a sociedade, porém, o Estado como detentor e aplicador da pretensão punitiva, deve fornecer as devidas condições para que o aprisionado seja reeducado e ressocializado, para que assim, a pena imposta tenha cumprido o seu devido objetivo.

Outro fato que merece destaque é a falta de segurança existente no interior dos presídios, propiciando frequentes brigas, rebeliões e mortes. O artigo III da DUDH estabelece que: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”<sup>99</sup>, o que é constante violado nos presídios.

É iminente o desrespeito pelas políticas públicas carcerárias brasileiras ao estabelecido na DUDH, uma vez que, o preso não conta com nenhuma segurança, o que deveria ser ofertado pelo poder público, uma vez que se torna o guardião de sua liberdade.

Não se idealiza um sistema carcerário perfeito, visto que, isto seria uma utopia, porém, deve-se ter em

---

<sup>99</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: . Acesso em 15 de maio 2017.

mente que o Estado deve colocar em prática seus objetivos e fazer valer as garantias humanitárias, propiciando assim, àqueles que se viram restritos de sua liberdade e sem esperança de voltar a exercer com dignidade o seu papel na sociedade, venha a resgatá-la e saiam do ambiente carcerário reabilitados a viver em sociedade.

#### **4. FINALIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL**

Quando se fala em cumprimento de pena e sistema prisional, muitos embates vêm à tona. De um lado os que defendem o cárcere como medida de repreensão e castigo ao mal causado pelo criminoso. Lado outro, os que defendem um fim utilitário da pena, devendo ser ela um meio de ressocialização, para que assim, possa retomar a convivência social de forma sadia.

Para Luigi Ferrajoli<sup>100</sup>, as discussões que envolvem as funções a serem atribuídas às penas, podem ser divididas em teoria absoluta e relativa.

A Teoria Absoluta da função da pena, nos remete aos primórdios da sociedade, onde a finalidade precípua da pena era castigar o apenado, fazer com que pagasse

---

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi – Direito e Razão – São Paulo, RT, 2002

severamente pelo injusto causado a outrem, independentemente da gravidade do delito.

Sob esse diapasão merece destaque a obra de Michael Foucault, *Vigiar e Punir*<sup>101</sup>, onde ele retrata o cumprimento da pena como a forma mais cruel possível, onde a finalidade era uma pena corporal, aflitiva e de suplício.

Mudou-se a forma de punição, porém, o caráter continua a ser desumano e desrespeitando os direitos fundamentais dos aprisionados. O corpo do condenado não sofre os mesmos suplícios como outrora narrado por FOUCAULT, mas há outros sofrimentos como o mental, material, moral e social.

O Estado, único detentor do direito de punir quem comete crimes, já que em nosso sistema jurídico não se admite a autotutela, é totalmente relapso ao cumprir o que prescreve e fazer valer a defesa dos direitos humanos e preservar a dignidade dos aprisionados, sendo que, deveria ser o primeiro a observá-lo, uma vez que vivemos sob a concepção de um Estado Democrático de Direito.

Sob esse aspecto, a Teoria Absoluta da finalidade da pena, preceitua que a finalidade do cárcere é fazer o

---

<sup>101</sup> FOUCAULT, Michael – *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão* – Ed. Vozes, 22 edição, Petrópolis, 2000.

indivíduo sofrer o máximo possível para que assim seja castigado pelo mal que causou. Por esta teoria não se busca reeducar e reinserir o indivíduo na sociedade, mas sim, dar uma efetiva resposta ao injusto praticado, desvinculando totalmente o efeito social almejado pelo cumprimento da pena.

Lado outro, a Teoria da função Relativa da Pena, preceitua que ela deve ter uma finalidade social, de modo que, o indivíduo ao ter sua liberdade restringida pelo poder estatal, deve contar com um aparato capaz de reeduca-lo e retomá-lo após o período adequado, ao convívio social.

Por intermédio da Teoria Relativa da Pena, buscase dar ao seu cumprimento um fim utilitário, visando, sobretudo, a repreensão de novos delitos e reintegração do indivíduo na sociedade, tendo portanto, um caráter futurista, ao contrário da Teoria Absoluta da Pena, que apresenta enfoque retrógrado.

Assim sendo, a Teoria Relativa da Pena exerce uma intimidação, sendo considerada como prevenção geral negativa, onde a sociedade, ao se deparar a condenação de um indivíduo pelo Poder Estatal, tende a tomar mais consciência de seus atos, e, assim, minimizar a prática de infrações penais, uma vez que estará ciente de que, se



delinquir, terá uma resposta condenatória do poder público.

Por seu turno, acompanhando a prevenção geral, vêm a esfera positiva, que considera a aplicação da pena como meio de exemplo aos demais indivíduos, servindo como medida sociopedagógica e pacificadora

Noutra esteira, temos outra dimensão da aplicação da pena: a prevenção especial, que também se subdivide em positiva e negativa.

A prevenção especial, segundo o entendimento de GRECO<sup>102</sup>, têm por escopo maior, não o caráter social e os reflexos sobre os demais indivíduos, mas sim, os efeitos que causará no apenado. Assim, a prevenção especial negativa visa a neutralização do agente, retirando-o do convívio social, impedindo-se assim de praticar novas infrações penais.

Segundo o entendimento, a prevenção especial positiva tem por finalidade exercer sobre o indivíduo infrator uma influência capaz de conscientizá-lo a não cometer mais crimes.

Assim, conclui-se que a prevenção geral fundamenta-se nos reflexos que a pena aplicada ao

---

<sup>102</sup> GRECO, Rogério- Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. Ex. Ímpetos Niterói, Rio de Janeiro, 2015 p. 222

indivíduo exercerá sobre a sociedade em que está inserido, ao passo que a prevenção especial leva em consideração a efetividade do caráter da pena sobre o indivíduo apenado.

## **5. POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA PRISIONAL**

No ordenamento jurídico Brasileiro, o que limita o poder do Estado é a força normativa de uma Constituição, uma vez que se vive em uma era democrática, onde tudo se resolve com base nas leis, não se admitindo a autotutela e o uso de suas armas pessoais para a imposição da vontade dos indivíduos.

Não se permite que o indivíduo realize sua justiça pessoal, utilizando seus próprios meios, ou que o Estado puna alguém sem ter tal fato previsão legal e as medidas adotadas estarem previstas como possíveis. Apenas o Estado é o detentor do *ius puniendi*, não sendo permitida a autotutela, de modo que apenas o Estado pode realizar a aplicação da lei penal e impor ao indivíduo as penas necessárias a reparação do mal causado.

Ao trazer para si o dever de punir, O Estado não se preparou para que ele fosse efetivado de forma

humanitária e que atingisse seu escopo primordial, que é a ressocialização e reinserção do indivíduo na sociedade, tornando o maior transgressor dos direitos humanos e fundamentais, vez que é negligente e ineficaz ao objetivo proposto pela aplicação da pena privativa de liberdade.

Não há infraestrutura ou políticas públicas voltadas para a área penitenciária, onde os presos são amontoados em grande escala, sem direito ao mínimo existencial, sujeitando-se a condições degradantes e humilhantes, o que faz com que se desencadeie rebeliões, agressões e revoltas, de modo que, o que era objetivo primordial do Estado – a ressocialização – vai de total desencontro à realidade.

O Estado já deu inúmeras provas de sua incompetência para gerir um sistema penitenciário. Ele não investe no setor, não busca recursos para reestruturá-lo e trazer ao apenado condições mínimas de dignidade.

Acontece hoje, no sistema prisional o que ocorria à época narrada por FOUCAULT<sup>103</sup>, porém, com uma pequena diferença. Os martírios ocorridos em praça pública com o intuito de prevenir novos crimes e punir o

---

<sup>103</sup> FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000

criminoso, ocorrem hoje dentro de qualquer ambiente ao qual estamos inseridos.

Para GRECO<sup>104</sup>, quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos amontoados em celas superlotadas suplicando por melhorias no sistema, tem o mesmo efeito espetacular dos suplícios ocorridos em praça pública, porém, com um detalhe: o cenário é trazido para dentro do lar do espectador.

Não é necessário sentir de perto o calor da situação, não se vivencia o suplício do apenado, apenas se assiste no conforto do lar, tendo aquela situação apenas como mais uma notícia comum do cotidiano.

O papel precípua da pena privativa de liberdade que é a ressocialização está longe de ser realizado. Não é oferecido condições mínimas de sobrevivência ao preso, quem dirá, condições de ressocializá-lo?

Outro fator que colabora de sobremaneira com a condição caótica do sistema penitenciário e demonstra mais um vez a ineficácia das políticas públicas – que por vezes são consideradas inexistentes – é a falta de separação dos presos, restringindo na mesma cela diversos indivíduos que cometeram crimes de toda sorte.

---

<sup>104</sup> GRECO – Rogério – *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas* – Niterói: Ed. Impetus 2015 p.136

Tal fato acaba por acarretar uma série de consequências catastróficas, como violência, contágio por doenças, estupros, maus tratos, contrariando o preceito de Estado de Direitos.

É iminente o desrespeito pelas políticas públicas carcerárias brasileiras ao estabelecido na Declaração de Direitos Humanos uma vez que, o preso não conta com nenhuma segurança, o que deveria ser assegurado pelo poder público, uma vez que se torna o guardião de sua liberdade, enquanto detentor do *ius puniendi*, tornando assim o sistema prisional o retrato da infringência da DUDH.

Urgente se torna a adoção de políticas públicas voltadas a proteção e resguardo dos direitos humanos no âmbito carcerário, cumprindo sua obrigação de punir e ressocializar, não impondo ao apenado mais do que lhe é imposto pela lei e devido à sociedade.

## **6. A RESPONSABILIDADE ESTATAL SOBRE O APRISIONADO**

Podemos dizer que com a Revolução Francesa e o as influências do iluminismo interferiram de sobremaneira no conceito de punição e na sua aplicação.

Ao não se admitir mais as penas aflitivas e corporais, o Estado trouxe para si a responsabilidade da punição. Porém, não cumpre seu devido papel de resguardo da liberdade e garantidor dos deveres e direitos do apenado.

Os problemas carcerários não parece preocupar as autoridades competentes, sobretudo a classe política que não veem no preso qualquer vantagem<sup>105</sup>, haja vista que, após serem encarcerados, perdem seus direitos políticos. Assim sendo, qual valor teria o preso para os políticos? Qual seria o interesse da classe política em trabalhar em prol de implementação de recursos para melhoria do sistema prisional? Nenhuma.

Existe no Brasil o DEPEN, que é responsável pelo Sistema Penitenciário Federal, cujos principais objetivos: são o isolamento de lideranças do crime organizado, cumprimento rigoso da Lei Execução Penal e custódia de presos condenados e provisórios sujeitos ao regime disciplinar diferenciado; líderes de organizações criminosas; presos responsáveis pela prática reiterada de crimes violentos; presos responsáveis por ato de fuga ou grave indisciplina no sistema prisional de origem; presos

---

<sup>105</sup> GRECO – Rogério – *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas* – Niterói: Ed. Impetus 2015 p.177

de alta periculosidade e que possam comprometer a ordem e segurança pública; réus colaboradores presos ou delatores premiados.<sup>106</sup>

Porém, a realidade é totalmente contrária ao estabelecido, principalmente aos presos encarcerados em celas comuns e em presídios estaduais, onde se têm graves problemas como superlotação, falta de separação dos crimes por tipo de crime, ambientes inabitáveis, com umidade, odor fétido, falta de iluminação, higiene precária.

Tais deficiências e infringências no cumprimento do dever do Estado em assegurar os direitos humanos e fundamentais do indivíduo aprisionado, geram a responsabilidade civil do Estado em indenizar, em virtude das violações oriundas do cárcere, conforme decisão recente do STF nos autos do Recurso Especial 580.232/MS datada de fevereiro de 2017.

Com o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, não se busca de forma alguma eximir o apenado de pagar sua dívida com a sociedade, porém, busca-se meios e recursos de que a função da pena seja efetivamente cumprida, trazendo ao condenado oportunidades de se

---

<sup>106</sup> Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1> Acesso em 09/02/2017

reeducar e poder ser reinserido na comunidade, aplicando-se assim, a Teoria da Prevenção Especial Positiva da Pena.

Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, datado em junho de 2014, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ<sup>107</sup>, existem no Brasil mais de 550 mil pessoas encarceradas, enquanto o número de vagas disponíveis abrange um pouco que 350 mil vagas.

Para minimizar um pouco os efeitos da superlotação, têm adotado, a depender das circunstâncias, prisão domiciliar, porém, mesmo assim, o déficit de vagas é imenso.

Fato que causa espanto é o somatório do quantitativo de presos encarcerados e em prisão domiciliar, que ultrapassa o montante de 715 mil pessoas, o que supera em mais o que o dobro o número de vagas disponíveis.

O Brasil encontra-se o *ranking* do 4º país com a maior população carcerária do mundo, estando atrás apenas de países como Estados Unidos, China e Rússia, sendo que sua colocação sobe para 3º lugar quando se considera os presos domiciliares.

---

<sup>107</sup> Conselho Nacional de Justiça – disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/impressao/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/impressao/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf) acesso em 01/07/2017



Considerando esse imenso contingente prisional, absurdamente 41% das pessoas submetidas ao cárcere estão em caráter provisório, sem ter seu julgamento definitivo, o que nos faz concluir pelo uso indiscriminado de privação provisória de liberdade, sendo que, ao final, em grande parte dos casos, o indivíduo é absolvido - seja por falta de elementos que comprovem sua autoria ou culpabilidade – ou, lhe é imposta medida menos gravosa, como pena restritiva de direitos ou pena de multa.

Outro fator que merece destaque, é a falta de aparato jurídico para fazerem a defesa dos apenados, que, por muitas das vezes, não possui condições de arcar com o pagamento de um profissional particular, tendo de recorrer às Defensorias Públicas, que estão assoberbadas de processos por carência de profissionais.

Muitos presos deixam de receber benefícios legais, como saída temporária, progressão de regime, livramento condicional, e, o que não é incomum, cumprem por período maior que o estipulado a pena imposta, por falta de assistência jurídica.

Com todas as deficiências e disfunções apontadas no Sistema Prisional, veemente se torna a responsabilização do Estatal, uma vez que é detentor do

direito de punir e tem o dever de assegurar condições mínimas de encarceramento e dignidade do cárcere.

## **7. CONCLUSÃO**

Os elevados índices de reincidências, mortes e violências no Sistema Prisional nos fazem repensar o papel do Estado e das políticas públicas. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor.

Isso assusta, ao nos darmos conta que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados acima de qualquer ressalva.

Com o caos na segurança pública, percebe-se que, com o decorrer dos séculos, o caráter da pena não mudou. Continuam sendo aflitivas, desumanas, sendo que, apenas foram revestidas de um manto do politicamente aceitável e correto.

Não há estranheza da situação vivenciada hoje, dos horrores narrados por FOULCAULT. A superlotação passou a ser regra dentro das penitenciárias, e, com ela, surgem as rebeliões, promiscuidade, trocas de experiências criminosas, prática de diversos crimes no interior das celas

e no complexo penitenciário, violência, contágio por doenças, dentre outras atrocidades.

O Estado busca dar a sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos, porém, não tem aparato para fazer o preso cumprir com dignidade o que lhe é imposto. Não lhes propicia o mínimo existencial, como saúde, educação e principalmente, segurança, sendo largados a própria sorte e obedientes a lei do mais forte.

Isso faz questionar se a pena privativa de liberdade cumpre efetivamente seu papel, que é de punir o infrator e reeduca-lo para o convívio em sociedade. Resta claro que não! O indivíduo ao ser levado ao cárcere tem em quase totalidade, seus direitos e garantias fundamentais suprimidos, o que vai de desencontro com o ideal de Estado Democrático de Direitos.

Do que adianta o Estado cercear a liberdade do indivíduo com o escopo de fazê-lo pagar pelo crime cometido e assim dar um a resposta a sociedade, se não oferece condições mínimas para que a pena cumpra efetivamente seu papel ressocializador?

Se houvessem realmente políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não teríamos

altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e absurdamente, os massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional. A pena privativa de liberdade não surte os efeitos almejados, uma vez que não conta com infraestrutura e aparatos a garantir o mínimo existencial ao indivíduo, resguardando seus direitos e sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2015, 2ª ed.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo – Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada* – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina. 1993, 6ª edição

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – disponível em:  
[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM – disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>

FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão* – São Paulo, RT, 2002

FOUCAULT, Michael – **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão** - Ed. Vozes, 22 edição, Petrópolis, 2000.

GRECO, Rogério- *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói: Editora Ímpetus, Rio de Janeiro, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de – *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 2ª Edição.

RAWLS, John – **Uma teoria da Justiça** – São Paulo, Editora Martins Fontes, 2000.

SANCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução de Ivo Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges; VICENTE, Maysa Calliman – **Controle Judicial de Políticas Públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/ngMWIkkGcx18sVI0.pdf> acesso em 10/07/2017.

SCHIMTT, Rosane Heineck – Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade – Tese de Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Rio Grande do Sul, 2006

VILLEY, Michel – **O direito e os direitos humanos** - Martins Fontes São Paulo, 2007 p. 3

# **AÇÕES COLETIVAS COMO MECANISMOS ADEQUADOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

## **COLLECTIVE ACTIONS AS MECHANISMS SUITABLE FOR THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES THAT AIM TO THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS**

*Stéphanie Nathanael Lemos  
Virgínia Lara Bernardes Braz*

### **Resumo**

A ineficiência do Estado na elaboração e no cumprimento de políticas públicas, dentre elas, as relacionadas à educação, vem se mostrando um problema social. Consagrado constitucionalmente o direito fundamental à educação, seu exercício pode ser exigido judicialmente por seus detentores. Nesse sentido, em face da inadequação e da insuficiência na prestação do respectivo serviço público, aliada à maior conscientização da populacional, é crescente a judicialização de demandas individuais acerca da matéria. Ocorre que tais demandas, julgadas procedentes na grande maioria dos casos, impactam na execução de políticas públicas, trazendo à tona discussões acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tanto, bem como sobre a eficácia da medida e suas consequências sociais. É nesse cenário que se insere o presente trabalho,

que tem por objetivo abordar esse tema, além de discutir o mecanismo judicial mais adequado à propositura de tais demandas, qual seja, as ações coletivas.

**Palavras-chave:** Ações Coletivas; Políticas Públicas; Efetividade; Direitos Sociais; Democracia.

## **Abstract**

The inefficiency of the State in the elaboration and fulfillment of public policies, among them those related to education, has been proving to be a social problem. Constitutionally enshrined the fundamental right to education, its exercise can be judicially demanded by its holders. In this sense, due to the inadequacy and insufficiency of the provision of the respective public service, together with the greater awareness of the population, the judicialization of individual demands on the subject is increasing. It occurs that these claims, judged to be relevant in the vast majority of cases, impact on the execution of public policies, bringing to the fore discussions about the legitimacy of the Judiciary to do so, as well as on the effectiveness of the measure and its social consequences. It is in this scenario that the present work is inserted, whose objective is to approach this theme, besides discussing the judicial mechanism most appropriate to the filing of such demands, that is, collective actions.

**Keywords:** Collective Actions; Public Policy; Effectiveness; Social Rights; Democracy.

## **1. INTRODUÇÃO**

O direito à educação é inegavelmente um direito fundamental à estrutura da sociedade. Em decorrência da



relevância do seu papel, foi consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), no artigo 6º, como direito fundamental social. Dos direitos sociais, a educação é um dos mais importantes, por ter como objetivo o desenvolvimento da sociedade, permitindo que os indivíduos adquiram o mínimo necessário para nela sobreviver (PESSOA, 2011).

Dentre outras constituições que vigoraram no país, destaca-se a CF/1988 pela gama de direitos garantidos em seu texto. Muito deles, assim como o direito à educação, são direitos que demandam ações positivas do Estado. Contudo, prestações positivas quase sempre implicam gastos públicos, sobretudo quando, em decorrência da desigualdade social, muito ainda se demanda do poder público com vistas à efetividade de direitos mínimos necessários à vida digna.

Uma vez constatada a ineficácia de políticas públicas educacionais, geralmente, em decorrência da escassez de recursos financeiros, vem sendo observado um aumento vertiginoso na judicialização de demandas para a criação ou efetivação de tais políticas. Aparentemente, essas demandas têm se intensificado em decorrência da maior conscientização da população acerca de seus direitos e dos mecanismos constitucionais postos à sua disposição,

bem como da forma de interpretação do texto constitucional, conferindo-lhe força vinculante.

Diante das críticas ao ativismo judicial, à legitimidade do Poder Judiciário para interferir em políticas públicas, e os limites da sentença judicial que nestas interferirá, pretende o presente artigo analisar qual o mecanismo mais adequado para a realização do controle judicial de políticas públicas que versem sobre o direito social à educação.

A definição de parâmetros, requisitos e mecanismos adequados para a discussão e o controle judicial de políticas públicas é de vital importância para o Poder Judiciário, o qual se vê diante de um sério problema decorrente do grande volume de demandas individuais. Também se justifica a análise e a definição dos mecanismos adequados de questionamento de política pública, por possibilitar à administração pública o cumprimento eficiente da decisão judicial, com menores gastos e menor mobilização de recursos humanos. Ademais, contribuirá para que o poder público corrija eventuais falhas em políticas por ele elaboradas, evitando, assim, novas demandas judiciais e contemplando a todos que dela necessitarem.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em 7 (sete) tópicos. O primeiro consiste neste item introdutório, que apresenta a discussão em que se insere a pesquisa, demonstrando de forma sucinta os contornos da problemática. No segundo e terceiro itens, discorre-se acerca da dimensão dos direitos fundamentais na CF/1988, destacando-se o direito fundamental social à educação como direito público subjetivo. No quarto item, apresenta-se um instrumento para a efetivação das políticas públicas. Ainda nesse item descortina-se o problema envolvendo a judicialização de tais demandas. No quinto, são apresentados os mecanismos jurídicos previstos na CF/1988, para a efetivação de direitos sociais, e os posicionamentos doutrinários mais recentes sobre a adequação das ações coletivas destinadas a esse propósito. Por fim, no sexto item, cuidou-se de trazer um dos principais casos em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a judicialização de políticas públicas.

No presente artigo utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, tendo em vista que a construção do debate teórico se embasa, em grande parte, em doutrinadores e pesquisadores que discutiram o tema ora posto. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método indutivo, haja vista partir-se de uma concepção

micro para uma concepção macro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

## **2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A relação do direito com a lei, pautada no positivismo jurídico, serviu de fundamento para os trágicos acontecimentos durante a Segunda Guerra Mundial. A partir daí, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo reconheceram a existência e a validade jurídica de princípios, bem como a necessidade de efetivar a supremacia da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais (CAMBI; MARGRAF, 2014).

Para Martins (2015), o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito, o neoconstitucionalismo, toma corpo após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de “constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade”. Para o autor, o neoconstitucionalismo consistiria no esforço de se garantirem os direitos fundamentais, representando um

salto de qualidade em relação ao período no qual vigou o constitucionalismo, quando a preocupação predominante era a limitação do poder estatal. Com a ascensão do Estado Democrático de Direito, este passa a assumir a posição de promotor de direitos.

Nesses termos, como bem destacado por Cambi, o neoconstitucionalismo, voltado à proteção dos direitos fundamentais, é caracterizado pela superação do positivismo jurídico e pela expansão da jurisdição constitucional (2015). Complementa Augusto e Andréa (2016) afirmando que a Constituição assume uma posição de centralidade e supremacia no ordenamento jurídico, posição essa entendida como a preponderância de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante de normas constitucionais.

### **3. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

No Brasil, após a promulgação da CF/1988, como reflexo do neoconstitucionalismo, nota-se uma maior atenção às normas constitucionais e à necessidade de se operar com princípios para assegurar a efetivação e a expansão dos direitos constitucionais. Esse novo olhar constitucional consagra o direito à educação como direito fundamental social no artigo 6º, *caput*, da CF/1988 e, nos

artigos 205 e 214, regulamenta-o de modo especial e diferentemente dos demais direitos sociais positivados.

Importante ressaltar que a educação, ao ser prevista no artigo XXVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 (ONU, 1948), assume a qualidade de direito humano universal e, portanto, fundamental no plano normativo nacional. A Constituição da República, ao incorporar tal declaração e ao inserir o direito à educação no capítulo III de seu texto, confirma ser a educação um direito fundamental social, destinado a proporcionar condições mínimas de dignidade e minimizar as desigualdades sociais, por meio de ações positivas, concretizando o princípio da igualdade. No mesmo sentido, afirma José Afonso da Silva:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado diretamente ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (SILVA, 2005, p. 286).

Destaca Pessoa (2011) a relevância dada ao direito à educação, “como sendo um dos mais importantes, por ter objetivos de criar para a nossa sociedade indivíduos

capazes de desenvolver, pessoas que adquiram o mínimo necessário para a sua sobrevivência em sociedade”. Destaca também o fato de que foi a primeira vez que uma constituição brasileira explicitou de modo detalhado uma declaração de direitos sociais, destacando-se o direito fundamental à educação.

Uma vez consagrada a educação como direito fundamental de segunda dimensão (BONAVIDES, 2004, p. 560-578)<sup>108</sup>, dada sua natureza social e prestacional, exige-se que o poder público implemente ações positivas que garantam, frente à sociedade, o acesso igualitário. Ao

---

<sup>108</sup>Estudiosos dos direitos fundamentais costumam fazer referência à existência de gerações ou dimensões de direitos para tentar explicar o processo de evolução dos direitos fundamentais no Estado Moderno. Se o modelo geracional ou dimensional de classificação dos direitos fundamentais traz consigo a vantagem de ser didático, ao facilitar a compreensão do fenômeno da evolução dos direitos fundamentais, salienta-se não sê-lo um modelo uniforme nem preciso, que nem sempre consegue explicar adequadamente a evolução dos direitos fundamentais em todos os Estados de Direito. Salienta MELLO que: “Com efeito, as classificações históricas valeram-se da categoria de gerações de direitos para explicar a evolução dos direitos fundamentais, concepção que poderá ser útil à historiografia do constitucionalismo, mas que passa a errada impressão de que uma geração de direitos substitui ou sucede a anterior, quando todo o fenômeno dos direitos fundamentais na história consiste num permanente acrescentar novas espécies jusfundamentais às já reconhecidas. A história dos direitos fundamentais é uma história de densificação e ampliação, não de sucessão” (2001, p. 239). No mesmo sentido GOMES: “Denota-se dessa interação expansionista dos direitos fundamentais a necessidade de uma abordagem holística, de modo que as distinções entre os mesmos baseadas nas gerações e nas dimensões individuais e coletivas figuram como partimentalizações inadequadas. Assim, além da reafirmação de que todos os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, a abordagem holística reconhece que todos eles são essenciais, estão sujeitos a violações, e à realização de cada um deles possui caráter instrumental na realização dos demais” (2003, p. 128).

se instituir um direito como fundamental, surge para o Estado um dever e, para o cidadão, um direito de exigir daquele a respectiva prestação de seu direito público subjetivo. Tal direito encontra-se expressamente declarado no artigo 208, §1º, da CF/1988<sup>109</sup>.

Duarte define o direito público subjetivo da seguinte forma:

De fato, a partir do desenvolvimento deste conceito, passou-se a reconhecer situações jurídicas em que o Poder Público tem o dever de dar, fazer ou não fazer algo em benefício de um particular. Como todo direito cujo objeto é uma prestação de outrem, ele supõe um comportamento ativo ou omissivo por parte do devedor (DUARTE, 2004, p. 113).

Para a autora, o legislador, ao prescrever expressamente no texto constitucional que determinado direito é público subjetivo, tem dois propósitos, quais seja, (1) afastar interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo e (2) esclarecer o potencial de efetividade dos direitos sociais. A autora afirma ainda “que a enunciação do ensino fundamental como direito público subjetivo traz consequências importantes e que não devem ser subestimadas”, como a

---

<sup>109</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:(...) § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.



contribuição “para a superação de certos preconceitos, notadamente aquele relativo ao reconhecimento da exigibilidade coativa e imediata perante o Judiciário desta categoria de direitos (2004, p. 117).

Sob essa ótica, o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve (DUARTE, 2004, p. 113). Dada a sua relevância, devem todos os poderes, no exercício de suas funções, buscar dar a máxima efetividade ao direito público subjetivo à educação, isso porque reflete tal direito na consecução dos objetivos fundamentais da República<sup>110</sup>.

Ademais, como reflexo da teoria constitucional neoconstitucionalista, a exigência de se buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais decorre de orientação expressa do texto constitucional, consubstanciada no §1º do artigo 5º, ao determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Para Thiago Lima Breus, apesar

---

<sup>110</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

da doutrina constitucional da efetividade, “os direitos de segunda dimensão (ou sociais) dependentes das ações positivas do Estado ainda têm a sua eficácia social, ou efetividade, extremamente limitada”. Para ele, isso ocorre porque:

os direitos sociais, voltados à realização das metas e objetivos designados pela Constituição, dependem de opções políticas que implicam o dispêndio de recursos, cada vez mais escassos, mas também em parte porque inexistem um maior aprofundamento teórico acerca das políticas públicas, que são os instrumentos de que dispõe o Estado, na forma da Administração Pública, para a realização dos Direitos Fundamentais resumidos na Constituição (BREUS, 2006, p. 167-168).

Da mesma forma, para Fábio Konder Comparato (2010, p. 77), os direitos fundamentais sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”. Assim, é a política pública o principal instrumento por meio do qual se dá efetividade ao direito fundamental social à educação.

#### **4. POLÍTICAS PÚBLICAS**

No rol de direitos fundamentais, os direitos sociais, ditos de segunda dimensão, são aqueles que só

concretizam por meio de prestações positivas do Estado, prestações essas que se realizam a partir da imposição de obrigações positivas consubstanciadas em políticas públicas.

Para Maria Paula Dallari Bucci (1997, p. 91), as políticas públicas consistem na coordenação dos meios à disposição do Estado, com vistas à harmonização das “atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Ada Pellegrini Grinover (2010, p.14) compartilha desse entendimento ao conceituar políticas públicas como um conjunto de normas (poder legislativo), programas e ações (poder executivo) e decisões (poder judiciário) que visam aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º da CF/1988), além de implantar os direitos fundamentais sociais (artigo 6º da CF/1988). Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (2009, p. 35) complementa dizendo que, nesse sentido, “as políticas públicas podem ser compreendidas como metas, programas e atividades estabelecidas pelas leis e pelos governantes”.

Duarte (2004, p. 114) sintetiza o objeto das políticas públicas e explicita tratar-se de processo

complexo, que envolve diferentes etapas até a sua concretização, passando pela formação e planejamento à execução e à avaliação.

A implementação dos programas constitucionalmente delineados, ou dos sistemas públicos necessários à efetivação dos direitos sociais, se faz por meio de um conjunto de atos que podem adquirir as mais diferentes formas de expressão jurídica. De fato, para dar concretude a uma política pública, são tomadas medidas que, embora unidas por objetivos comuns, têm natureza jurídica distintas, tais como: leis ordinárias ou complementares; medidas provisórias; emendas constitucionais; decretos; planos; atos administrativos; regulamentos; etc. (DUARTE, 2004, p. 114).

Por sua vez, dispõe o artigo 165 da CF/1988 que o planejamento e a elaboração do orçamento são de iniciativa do Poder Executivo, sendo o orçamento iniciativa privativa desse Poder. Apesar da vinculação de todos os Poderes na consecução dos objetivos fundamentais da República, complementa Guedes (2014, p.14) que a prerrogativa de formular e executar políticas públicas reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Em regra, a esses poderes compete escolher as prioridades conforme disposições orçamentárias, atentando-se à previsão legal ou à reserva econômica do possível.

Como expressão do plano de governo e por ser indissociável o reflexo financeiro da implementação das políticas públicas, estas deverão ser observadas e detalhadas quando da elaboração dos orçamentos públicos de cada governo (instrumentos que conterão a previsão legal e demonstrarão a reserva econômica). Os instrumentos de planejamento e orçamento materializam-se nas leis orçamentárias, quais sejam, Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA)<sup>111</sup>.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) também preconiza as leis orçamentárias como instrumentos para o planejamento e a execução do gasto público de que trata o artigo 163 da CF/1988, no que diz respeito à tributação e ao orçamento. Nessa lei, por exemplo, são definidos os limites mínimos de gastos com educação e saúde (artigo 212 da CF/1988 e 77, III, do ADCT).

---

<sup>111</sup>De um modo geral, o Plano Plurianual prevê a arrecadação e os gastos em programas e ações em um período de 4 anos. A LDO estabelece metas e prioridades para o exercício financeiro, orienta e elaboração do orçamento e faz, quando necessárias, as alterações na legislação tributária. Por fim, a LOA estima receitas e fixa as despesas para um ano, respeitando as prioridades contidas nas outras duas leis, fazendo o detalhamento de quanto será gasto em cada programa ou ação governamental.

Segundo Augusto e Andréa (2016), quanto à prerrogativa dos Poderes Executivo e Legislativo de formular e executar políticas públicas por meio das leis orçamentárias, “cabe ao Poder Executivo a formulação e planejamento de políticas públicas, com posterior submissão ao Poder Legislativo para a edição das normas competentes que instrumentalizarão a fruição concreta dos direitos”. No mesmo sentido, expõe Arellano (2017) que as políticas públicas caberiam precipuamente ao Poder Legislativo, que se incumbiria da fixação das políticas públicas, e, ao Poder Executivo, como o responsável pela implementação destas políticas. Sobre a atividade do Poder Executivo, afirma que:

o poder de condicionar a aplicação das políticas públicas acaba por tornar preponderante o papel do Poder Executivo, muitas vezes, sobretudo, em face da iniciativa do Poder Executivo para a proposição de leis orçamentárias, base material para a implementação das políticas públicas. Assim, costuma-se afirmar caber ao Poder Legislativo a definição de diretrizes e margens de atuação, de maneira a permitir diferentes possibilidades de ação do Poder Executivo na implementação das políticas públicas.

Obviamente, a atividade de formulação e planejamento de políticas públicas é limitada pela disponibilidade financeira do Estado, de forma que

escolhas estratégicas devem ser feitas para a definição de quais direitos fundamentais terão prioridade, em detrimento de outros, considerados em determinado momento. Não raro, por serem excludentes as escolhas a serem feitas, deve a própria sociedade fazê-las, no exercício de sua soberania, o que lhes garantirá legitimidade.

A soberania popular, por sua vez, é preservada no texto constitucional no artigo 1º, parágrafo único, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. O modelo de representatividade da vontade popular consagra a legitimidade e a liberdade dos Poderes Legislativo e Executivo (mandatos eletivos), no tocante às opções políticas.

Nesse sentido, Ângela Onzi Rizzi afirma:

De fato, tendo em vista a impossibilidade fática de o Estado fornecer todos direitos sociais prestacionais ao mesmo tempo, incumbe a ele definir a política pública a ser seguida, estabelecendo quais serão os direitos prestados prioritariamente. Nesse caso, demonstrada a real impossibilidade de atendimento de todos os direitos previstos constitucionalmente e efetuada, na definição das políticas, uma escolha razoável de quais serão prestados com primazia, a atuação do poder público será considerada lícita, na medida em que a

falta de meios para o atendimento de todas as necessidades existentes permitirá que mediante um juízo de conveniência e oportunidade seja fixado o plano de atuação do governo. Trata-se de decisão política, a ser tomada pelos representantes do povo democraticamente eleitos para tanto (RIZZI, 2014).

#### **4.1 A Judicialização de Políticas Públicas**

Como os recursos financeiros são limitados e as demandas sociais, crescentes, os poderes competentes, quando da opção política afeta à destinação de recursos, frequentemente, são questionados judicialmente. Como mencionado, aparentemente, esse fato se deve à conscientização da população de seus direitos e dos mecanismos constitucionais postos à sua disposição a partir do movimento neoconstitucionalista, consagrado na CF/1988.

Nesse contexto, diante da constatação da ineficiência das políticas públicas brasileiras relativas ao direito à educação, cresce a judicialização de tais demandas. Logo, o Poder Judiciário, impulsionado pela obrigatoriedade do provimento judicial consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, tem assumido postura cada vez mais ativa no que se refere ao controle das políticas públicas.



Augusto e Andréa (2016) destacam o fenômeno da expansão do Poder Judiciário como a substituição do sistema da administração pública pelo sistema judicial na realização das prestações sociais. Alertam ainda que, junto com a ascensão judicial, surgem críticas, como, por exemplo, a violação do princípio clássico da tripartição de poderes e da postura antidemocrática por parte do Judiciário.

Eduardo Cambi (2014) posiciona-se contrariamente à expansão do judiciário brasileiro para o cumprimento das promessas constitucionais. Para o autor, o distanciamento das funções típicas de cada Poder se mostra mais adequado à manutenção do equilíbrio necessário à separação e à harmonização dos poderes. Para Cambi, o uso da hermenêutica jurídica, baseada em princípios para justificar julgamentos conforme a consciência, igualmente violam a racionalidade do sistema e retiram a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Pela reforma política e consequente fortalecimento do Poder Legislativo, o Judiciário será recolocado na sua função típica de assegurar a ordem constitucional, sem ter de se colocar no papel de legislador.

Margraf (2017) também se posiciona desfavoravelmente à interferência do Poder Judiciário nos

demais Poderes, mesmo que para efetivar garantias constitucionais. Ressalta o autor que a judicialização da política foi um fator que impulsionou o ativismo judicial, e essa ação “ocorre quando o Judiciário legisla ou interfere na administração, tentando solucionar os problemas da sociedade, assim como garantir a proteção dos direitos fundamentais, gerando uma flexibilização tendenciosa e discricionária do raciocínio jurídico”. Ademais, pode o ativismo causar certa instabilidade no equilíbrio entre os três poderes, desvirtuando o sistema de freios e contrapesos.

A despeito das funções atípicas exercidas pelos três poderes, ainda são consistentes os argumentos que repudiam essa expansão do Poder Judiciário. Exemplo de argumentos são a necessidade de se evitar a concentração de poder e desequilíbrios entre eles (ARAÚJO, 2016) e a ilegitimidade democrática do Judiciário. Sob esse último aspecto, Arellano (2017) confirma ser essa a crítica mais frequente que se faz ao controle jurisdicional de políticas públicas, em virtude da ausência de eleição dos seus integrantes. Para o autor, diante da característica não eletiva do Poder Judiciário, careceria ele de legitimidade para a tomada de decisões que envolveriam “escolhas trágicas” entre diferentes alternativas.

Conforme Augusto e Andréa (2016), a legitimidade da atuação protagonista do Judiciário sustenta-se no fato de que a própria Constituição concedeu-lhe o dever de controle da interpretação das leis federais e normas constitucionais, impondo a atuação judicial como guardiã dos ditames da CF/1988, na proteção dos direitos fundamentais, ainda que se pronuncie de maneira contrária à deliberação democraticamente realizada pelos representantes do povo. Complementa Arellano (2017) que “o Judiciário retira a sua legitimidade do fato de que, em sendo inerte, apenas age por provocação de algum outro agente legitimado”.

Não obstante, são apresentadas como características que contribuem para tal legitimidade a independência do Poder Judiciário, a inafastabilidade da jurisdição, compreendida como livre acesso à justiça, assim como a sua menor sujeição a interesses político-eleitorais e a exigência de fundamentação das decisões judiciais em bases racionais, (ARELLANO, 2017).

Dessa forma, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Segundo

Augusto e Andréa (2016), pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade. Coaduna com esse entendimento Grinover (2011), ao afirmar que o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Grinover (2011) afirma ainda que o Judiciário pode intervir nas políticas públicas, quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas. No entanto, alerta a autora haver limites à intervenção do Judiciário, sendo eles a restrição à garantia do mínimo existencial, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público, bem como a reserva do possível.

## **5. MECANISMOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

Em decorrência do caráter prestacional dos direitos fundamentais de segunda dimensão, não há discussão quanto à responsabilidade do Estado por tal atendimento, de forma que o direito social à educação deve

ser garantido pela implementação de políticas públicas educacionais que possam efetivar o direito constitucionalmente garantido. Porém, é fato notório e incontroverso que a realidade brasileira evidencia inúmeras falhas na prestação desse direito fundamental, violando flagrantemente tal direito subjetivo.

Nesse contexto, para assegurar a efetividade do direito fundamental à educação, não basta a afirmação constitucional contida no §1º do artigo 208 de que a educação é um direito público subjetivo. É preciso haver a previsão de mecanismos e instrumentos que garantam a sua efetivação. Como instrumento de efetivação de direitos sociais, as políticas públicas são, por excelência, o principal instrumento por meio do qual se dá efetividade ao direito fundamental social à educação.

Ao discorrer de forma detalhada sobre o direito fundamental social à educação, os legisladores constituinte e infraconstitucional destacaram diversos instrumentos para promoção efetiva desse direito. São exemplos<sup>112</sup> desses instrumentos os incisos I e IV do o

---

<sup>112</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. §1º O acesso ao ensino

artigo 208 da CF/1988, que afirmam que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, bem como mediante garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.

Já quanto aos mecanismos de efetivação de direitos sociais, Andrea Nárriman Cezne afirma:

A obrigatoriedade da prestação estatal, remete aos mecanismos capazes de garantir os direitos presentes na Constituição de 1988, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública. A possibilidade de responsabilização da

---

obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. §2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...) §2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (...) §3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

Lei 9.334/1996 (Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional):  
Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

autoridade competente no caso de não-oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular pelo Estado soma-se a esses mecanismos, reforçando a previsão do parágrafo primeiro (CEZNE, 2006).

No que tange aos mecanismos jurídicos presentes na CF/1988 capazes de reverter a inefetividade da política pública e garantir o direito à educação, sem afastar o caráter individual desse direito, o legislador ordenou um sistema próprio para a tutela dos interesses oriundos dos conflitos inerentes às sociedades de massa. Isso porque os direitos de segunda dimensão destinam-se à proteção, não do homem isoladamente, mas das coletividades (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 4).

Luiz Manoel Gomes Júnior (2008, p. 14-66) afirma serem as ações coletivas o instrumento processual constitucional destinado à defesa jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo. Em sua obra, destaca que várias ações podem veicular pretensão de natureza coletiva, sendo as principais a Ação Popular, a Ação Civil Pública, Ação Coletiva do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Popular Ambiental, a Ação de Improbidade Administrativa, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Coletiva Passiva.

Consoante Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”, ou seja, às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade (2017, p. 36).

Destacam ainda o fato de a CF/1988 ter potencializado ao máximo o papel do Poder Judiciário e do Direito, criando, “para além, de ter reconhecido expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação destes direitos”, tais como as ações mencionadas. Com o mesmo propósito, “desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88), atribuindo à Advocacia Geral da União as atividades de representação dos entes estatais”, e, ainda em decorrência da subdivisão das “competências dos tribunais, de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa ‘precípua’ do texto constitucional” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 48).

Ressalta-se que as demandas coletivas se distinguem das demais por ressaltar o interesse público e o manifesto interesse social, a natureza e a relevância dos bens envolvidos, as dimensões ou características do ato



ilícito ou da lesão, ou em decorrência do elevado número de pessoas atingidas. Essas razões, para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., justificam a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nos processos coletivos (2017, p. 48). Assim, traduzido o interesse público na repercussão e peso dos direitos sociais, especialmente do direito à educação para o desenvolvimento e alcance dos objetivos consagrados como fundamentais para o Estado, as ações coletivas tornam-se o mecanismo mais apropriado para se discutirem tais demandas.

Ademais, para Thibau (2009, p. 34), as ações coletivas permitem a participação popular na construção das políticas públicas:

as ações coletivas constituem valiosos instrumentos por meio dos quais novos espaços de discussão são criados, contrapondo interesses coletivos a interesses estatais exigindo novas formas de práticas democráticas, além de servir como lugar de afirmação de novos direitos e de participação social na construção da agenda pública.

Ressalta-se que a tutela coletiva se apresenta como o meio mais apropriado à conciliação de importantes questões, as quais se encontram inevitavelmente relacionadas à atividade judicial de controle de políticas públicas.

Ainda segundo a autora, o modelo de democracia contemplado na CF/1988, como forma de garantir o

exercício da soberana vontade do povo, não prevê apenas a eleição de representantes para os Poderes Executivos e Legislativos. Thibau defende que a própria “Constituição Federal de 1988 e algumas leis ordinárias contemplam uma série de oportunidade de participação popular dos cidadãos nas escolhas administrativas, como forma de legitimá-las e torná-las efetivamente democráticas”.

Nessa ótica, não se concebe o exercício da soberania popular somente mediante o voto, haja vista que a atividade democrática mais importante “se desenvolve quando os governantes e parlamentares já estão no poder, com vistas a evitar omissões ou desvios de finalidades em suas atribuições”. Logo, o controle judicial das políticas públicas, externado nas “discussões travadas no bojo dos processos judiciais revelam-se de suma importância, a fim de expandir os espaços públicos de discussão de prioridades coletivas” (THIBAU, 2009, p. 35).

Thibau e Gazzola (2014, p. 661-662) criticam o excesso de processos judiciais pleiteando prestações que envolvem a garantia de direitos fundamentais. Para elas, a judicialização excessiva “revela-se como uma patologia do Estado Democrático de Direito e uma demonstração de sua falência (...). Não há sentido em se protegerem constitucionalmente os direitos fundamentais sem meios

de efetivá-los”. Afirmam também que o processo coletivo se mostra um meio racional capaz de concretizar e ampliar as garantias fundamentais ao cidadão.

Defende Arellano (2017) que a adequada resposta jurisdicional para o problema da judicialização de políticas públicas deve ser a adoção de modelo de processo dialogal nas demandas coletivas. Por meio do “processo dialogal”, ampliar-se-ia o contraditório, estabelecendo-se papel destacado à intervenção de terceiros, como, por exemplo, *amicus curiae*, permitindo a participação ampla de interessados na política sob controle. Da mesma forma, o “processo dialogal” atende à necessidade de a fase executiva ser também “flexível, negociada e prospectiva, visando apresentar solução viável e definitiva para o conflito original”.

No mesmo sentido, Augusto e Andréa (2016) defende ser a demanda coletiva, processada pelo “ativismo judicial dialógico”, uma forma de se estabelecer uma alternativa viável e capaz de respeitar o princípio da separação dos poderes, reserva do possível e mínimo existencial, oportunizando às partes envolvidas a possibilidade de um entendimento dentro do plano orçamentário disponível pelo Poder Público, o que

oportunizará decisões judiciais cada vez mais legítimas democraticamente.

## 6. O SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718<sup>113</sup>, nos quais se pleiteia o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), reconheceu, em ambos os casos, repercussão geral da questão constitucional suscitada, procedendo com o julgamento conjunto dos recursos.

Nos votos até então proferidos no citado julgamento, uma das preocupações que foram externadas refere-se a identificar quais seriam os limites para que uma decisão judicial interfira em uma política pública de saúde. Sem dúvida, os parâmetros lá definidos servirão para outras demandas que discutam políticas públicas, em

---

113 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF:** Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

especial aquelas que envolvam a efetividade do direito à educação.

Ainda em relação ao julgamento, destaca-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que, de forma didática e na profundidade devida, sem a interferência midiática ou do clamor social de justiça, analisa o fenômeno da judicialização de questões políticas e seu reflexo no ordenamento jurídico-político brasileiro. Barroso (BRASIL, 2016) destaca a necessidade de se desjudicializarem tais questões, enfatizando o princípio da igualdade como norteador da justiça, ao afirmar que a excessiva judicialização de demandas individuais configura-se na concessão de privilégios a alguns jurisdicionados que tiveram acesso à justiça, em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas levadas a cabo pelo Poder Executivo (BRASIL, 2016, p. 7-8).

Consoante o Ministro Barroso, a interferência judicial desordenada traz consequências graves e, em grande escala, representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional, pondo “em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a

alocação racional dos escassos recursos públicos” (BRASIL, 2016, p. 8).

Em seu voto, o ministro destaca também a legitimidade democrática do Estado no que tange às escolhas trágicas a serem feitas na eleição de critérios para a alocação de recursos. Confirma a recorrente falta de capacidade institucional e conhecimento específico do Judiciário para definir e instituir políticas públicas, bem como a incapacidade de “avaliar o impacto de determinadas decisões que digam respeito a questões técnicas e extrajurídicas complexas” (BRASIL, 2016, p. 12-13). Segundo ele, o Poder Judiciário pode intervir somente em circunstâncias especiais e excepcionais (BRASIL, 2016, p. 14). Para tanto, aponta alguns critérios e parâmetros mínimos que permitem racionalizar o problema da judicialização excessiva, o que, para ele, auxiliará a legitimar a atuação do Poder Judiciário no campo das políticas de distribuição de medicamentos.

Na tentativa de racionalizar o processo que discute política pública, Barroso diferencia duas modalidades de judicialização de saúde: a) as que envolvem pedido de medicamentos já incorporados pelo SUS, e b) as que envolvem pedido de fármacos que não estejam incorporados no âmbito do SUS.

Na primeira modalidade (medicamentos já incorporados pelo SUS), há a obrigação de fornecer medicamento a todos aqueles que dele necessitarem, independentemente de seu custo, devendo o requerente apenas provar a adequação e a necessidade do fármaco, bem como provar prévia decisão administrativa denegatória ou irrazoável demora na decisão.

Na segunda modalidade (fármacos que não estejam incorporados no âmbito do SUS), alerta o ministro ser o critério em que há maior dificuldade e propõe 5 requisitos cumulativos, quais sejam: a) incapacidade financeira; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado, e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União. Destaca ainda a necessidade de observância de um parâmetro procedimental relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde.

Interessa a esse trabalho o último critério, sobretudo o parâmetro procedimental que visa o diálogo interinstitucional. Segundo o voto prolatado pelo ministro,

por meio do diálogo interinstitucional, seria possível aprimorar a instrução probatória, fazendo com que a judicialização efetivamente contribua para o aperfeiçoamento do sistema de saúde, para a garantia da isonomia e da universalidade no atendimento à população e mesmo para a desjudicialização da assistência farmacêutica (BRASIL, 2016, p. 30).

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Educação, consagrada como direito universal do homem, é também um direito subjetivo público, conforme o artigo 208, §1º, da CF/1988. Como direito subjetivo, cria ao respectivo destinatário o poder de exigir do Estado o acesso à Educação, na forma regulamentada. Importante lembrar ser a educação um direito social, tipicamente um direito de segunda dimensão, o qual demanda prestações positivas por parte do Estado.

Em virtude da importância do acesso à educação, o legislador constituinte dedicou seção específica no texto constitucional para delinear os principais instrumentos de efetivação do direito fundamental à educação. Noutros artigos esparsos do texto constitucional, são definidos instrumentos para a efetivação dos direitos sociais, dentre eles, as leis orçamentárias.



Por serem os recursos financeiros limitados em relação às demandas sociais, é necessário priorizar investimentos em alguns setores em detrimento de outros não menos importantes ou necessários. São escolhas trágicas realizadas por meio do planejamento orçamentário. Logo, nada mais coerente que atribuir ao povo de tomada de decisões, já que este arcará com os ônus decorrentes daquelas. Para tanto, o texto constitucional consagra o modelo de representação do poder, em que representantes democraticamente eleitos definem as prioridades orçamentárias.

As prioridades orçamentárias são traçadas mediante políticas públicas elaboradas por cada governo. A elaboração se traduz em um processo complexo, por englobar diversos outros processos, incluindo metas, programas e atividades estabelecidas em leis. Essas, a exemplo das orçamentárias, são o principal instrumento de efetivação da política pública.

No entanto, diversos fatores contribuem para a não efetivação do direito à educação, dentre eles, a ineficiência pública constatada no país, além da recorrente indisponibilidade de recursos. Assim, uma vez não efetivado o direito à educação nos termos constitucionais, observa-se uma crescente judicialização das políticas

públicas, fenômeno reflexo do movimento neoconstitucionalista, o qual garantiu força irradiante às promessas e aos preceitos constitucionais.

A judicialização de demandas que envolvem políticas públicas pode desembocar em um ativismo judicial imprudente, desrespeitando a separação dos Poderes, caso as decisões judiciais sejam movidas apenas pelo ímpeto de se dar efetividade ao texto constitucional. Não se espera que o Judiciário seja o Poder que resolverá as mazelas do país, até porque, no que tange ao planejamento e sendo os recursos escassos, a Constituição Federal atribuiu aos Poderes Legislativo e Executivo a competência para definir as prioridades e executar políticas para alcançar tal fim. Ademais, o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para fazer ou modificar essas escolhas, haja vista os juízes não serem eleitos pelo voto.

Todavia, cabe ao Poder Judiciário intervir na política pública nas hipóteses em que ela se apresenta em desconformidade com lei, ou de maneira contrária ao mandamento constitucional. Nessa última hipótese, caberá ao Poder Judiciário o papel conformador, de guardião da Lei Maior. Entretanto, é justamente nessa última hipótese

onde se questiona acerca dos limites que separam a atuação de cada Poder.

Considerando ser tênue a linha de separação das funções dos poderes, ressalvando as funções atípicas exercidas por cada qual, deverão os juízes serem contidos e cautelosos ao se depararem com a necessidade do controle de política pública. Isso porque o Poder Judiciário, tipicamente, não está apto para a análise dessas demandas, que exigem conhecimento técnico e específico em diversos setores estranhos ao campo do Direito, tais como política e economia.

A cautela que se exige do Poder Judiciário não mitiga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, apenas exige a observância de requisitos e técnicas processuais mais apropriadas. Tal necessidade é notada a partir dos impactos advindos da excessiva judicialização por meio de demandas individuais. Estas, em grande volume, acarretam inúmeros transtornos para a administração pública, como a necessidade de desvio de recurso de um setor para outro, com o intuito de se cumprir a determinação judicial.

Assim, tendo o orçamento público destinação certa e obedecendo o princípio da legalidade, caso um magistrado determine a contratação de professores de língua de sinais para atender determinado aluno, esse

recurso certamente será desviado de outra política, como, por exemplo, da saúde. Isso, em grande volume, naturalmente, causa desequilíbrio nas contas públicas.

A propositura de inúmeras ações individuais também incorre na possibilidade de haver decisões diferentes para casos semelhantes, e ainda movimentada repetidas vezes o aparato judicial para se decidir a mesma matéria sem se resolver efetiva e definitivamente o problema. Destaca-se também a distorção do princípio da igualdade que se instaura ao dar a efetividade da lei a quem teve acesso à justiça, deixando à margem das prestações sociais aqueles que mais necessitam delas. Esses são apenas alguns dos impactos da excessiva judicialização de demandas individuais, os quais demonstram a inadequação de tais demandas para se discutir políticas públicas.

Os direitos sociais têm repercussão social, sendo, portanto, de interesse público. Se, de um lado, as ações individuais se mostram inadequadas, de outro, as ações coletivas se mostram o mecanismo mais apropriado para se discutirem tais. Por meio do processo coletivo, a defesa dos que realmente carecem da prestação é feita por defensores especializados em demandas coletiva, a exemplo do Ministério Público. Os efeitos das sentenças

do processo coletivo, por óbvio, são amplos, reduzindo-se o número de ações ajuizadas e, conseqüentemente, o risco de sentenças destoantes é menor.

Ademais, por meio das ações coletivas, a dilação probatória torna-se mais concisa, haja vista ser possível a participação de diversos interessados, que podem agregar ao processo conhecimento técnico de diversas áreas, além de permitir um diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, por meio da instituição que cumprirá a decisão. A sentença prolatada, nesse caso, é obtida de forma participativa, assemelhando-se mais a um acordo, pois construída pelos envolvidos e, possivelmente, por terceiros, a exemplo do *amicus curiae*.

No processo coletivo, o Poder Executivo pode discutir prazos e formas razoáveis para o cumprimento da decisão que determinará a efetivação do direito social, aproximando mais o papel do magistrado do de administrador de conflitos, do que o de juiz, propriamente dito. Ao viabilizar a ampla participação do Poder Executivo e dos demais interessados na elaboração de sentença, isso concederá à decisão judicial legitimidade democrática, pois a democracia não é exercida apenas pelo voto, mas por diversos outros mecanismos

constitucionalmente previstos, tais como as ações coletivas.

Não obstante, o diálogo viabilizado dentro do processo coletivo garantirá à sentença maior eficácia, incorrendo em menor número o descumprimento, haja vista que o próprio demandado colaborará na definição de formas e prazos mais realistas para a administração pública.

Portanto, em decorrência do processo coletivo possibilitar a realização de um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica, é possível concluir que as ações coletivas são o mecanismo mais adequado para a discussão judicial de políticas públicas.

## **REFERÊNCIAS**

ARAÚJO, Juliana Sampaio de. Os Desafios da Decisão Judicial na Concretização do Direito à Saúde. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 963, p. 111 - 127, jan. 2016.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Para Além da Reserva do Possível: cognição conglobante e dialética pública no controle jurisdicional de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 393 - 417, abr. 2017.

AUGUSTO, Marcela Vaz. ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Ações Coletivas Como Instrumento de

Concretização de Políticas Públicas: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, p. 179 - 209, set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 set. 2016. Voto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versão-final.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5703/t.PDF?sequence=>>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p.89-98, mar. 1997. Trimestral. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r13310.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. MARGRAF, Alencar Frederico. Judicialização da Política – A Disputa entre Judiciário e Legislativo pelo Monopólio da Última Palavra. **Revistas dos Tribunais Sul**, São Paulo, v. 3, p. 67 - 85, jan. 2014.

CEZNE, Andrea Nárriman. O direito à educação superior na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental. **Revista Educação**, Santa Maira, v. 31, n. 1, jan. 2006. Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/revce/2006/01/a8.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11 ed. v. 4. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. 544 p.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público subjetivo e políticas educacionais**. Revista São Paulo Perspec. 2004, vol.18, n.2, pp.113-118. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

GUEDES, Márcio Bulgarelli. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário à Luz Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 275, do Supremo Tribunal Federal**. 2014. 115 f. Dissertação



(Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/documentos/1401-marcio-bulgarelli-guedes/file>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.11, n.45, p.109-140, out./dez. 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual**: Civil Coletivo. 2. ed. São Paulo: Srs Editora, 2008. 540 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 4, p. 563 - 586, mai. 2011.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abr./mai./jun. de 2001.

PESSOA, Eudes André. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9623](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623)>. Acesso em: 04 jul. 2017.

RIZZI, Ângela Onzi. Ação civil pública: instrumento para a concretização de direitos sociais? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 19](#), [n. 3971](#), maio 2014.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28018/acao-civil-publica-instrumento-para-a-concretizacao-de-direitos-sociais>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. 924 p.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites. **Revista MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n. 17, p.33-36, set. 2009. Trimestral. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/494/As\\_ações\\_coletivas\\_e\\_a\\_judicialização.pdf?sequence=3](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/494/As_ações_coletivas_e_a_judicialização.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A Possibilidade de Tutela Coletiva do Direito Humano e Fundamental à Saúde no Estado Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, p.651-669, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1652/1574>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

# **ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO *JUS POSTULANDI* EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE**

## **LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE *JUS POSTULANDI* IN THE FACE OF THE PRINCIPLE OF PROTECTING THE UNDERPRIVILEGED WORK**

*Antonio Donizetti de Resende*

### **RESUMO**

O artigo 791, *caput* da CLT possibilita as partes – empregados e empregadores - litiguem prescindindo-se do advogado na Justiça do Trabalho. Porém, este instituto restou bastante comprometido após as limitações da Súmula nº 425 do TST e as advindas do Processo Judicial Eletrônico da Justiça Laboral. Algumas outras implicações relativas aos honorários de sucumbência, emanadas da Lei nº 13.467/2017 também afetaram o *jus postulandi* na Justiça Laboral. Por conseguinte, realizou-se alguns estudos para averiguar se referido instituto, efetivamente, resguarda a defesa dos direitos e garantias fundamentais constitucionais dos respectivos jurisdicionados. Assim, utilizando o método teórico-bibliográfico dedutivo após a compilação dos dados obtidos, partindo-se de uma condição macroanalítica para outra microanalítica, efetuou-se, dentro do contexto proposto, uma análise dedutiva, onde ficou demonstrado que não há como litigar, desconhecendo as normas jurídicas materiais e processuais, sem se expor a possíveis prejuízos.

**PALAVRAS-CHAVE:** *jus postulandi*; laboral; empregados; instituto; direitos.

## **ABSTRACT**

Article 791, caput of the CLT allows parties – employees and employers- litigate over-if the lawyer on labor courts. However, this Institute remained much compromised after the limitations of the Precedent number 425 of the TST and those coming from the electronic Justice Court case. Some other implications relating to defeat fees, issued by the Law n° 2017/13,467 also affected the *jus postulandi* in Labor Justice. Therefore, some studies to determine if Institute, effectively, protects human rights and constitutional guarantees of the respective courts. So, using the theoretical method-deductive bibliographic after compilation of data obtained from a macro analytical condition for another micro analytical, effected, within the proposed context, a deductive analysis, where he was demonstrate that there is no way to litigate, unaware of material and procedural legal norms, without exposing themselves to possible losses

**KEYWORDS:** *jus postulandi*;labor; employees; institute; rights.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Direito do Trabalho no Brasil originou-se na esfera do Poder Executivo, comportando inclusive juízes classistas. Somente após a positivação do art. 94, *caput* e inciso V da CEUB “Constituição dos Estados Unidos do

Brasil” de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário pátrio.

Atualmente, encontra-se positivado no art. 92, inciso IV e art. 111, inciso III da CRFB/88 "Constituição da República Federativa do Brasil" de 1988 que os Tribunais e Juízes do Trabalho são órgãos do Poder Judiciário. Da mesma forma, o faz, o artigo 644 da CLT. Assim, os órgãos da Justiça do Trabalho são constituídos pelo TST "Tribunal Superior do Trabalho", os TRT "Tribunais Regionais do Trabalho", os Juízes do Trabalho, atuando junto às Varas do Trabalho, além dos Juízes de Direito, quando imbuídos da jurisdição trabalhista.

O *Jus postulandi* na Justiça do Trabalho está positivado no art. 791, *caput* da CLT “Consolidação das Leis do Trabalho”. Este artigo possibilita, tanto aos empregados quanto aos empregadores, a postulação pessoal prescindindo do advogado, bem como, o acompanhamento até o final das reclamações trabalhistas junto ao Poder Judiciário. Todavia, com a edição da Súmula 425 do TST a aplicação do retrocitado instituto ficou limitada. A sua utilização foi vedada na ação rescisória, na ação cautelar, no mandado de segurança e nos recursos impetrados junto ao TST, mas ficou mantido

nas demais ações junto às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Com a instituição do PJe-JT "Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho" a utilização do *jus postulandi* na Justiça Laboral se tornou mais complexa e arriscada. Ou seja, além dos complicadores já existentes, devido à falta de conhecimentos técnico-jurídicos, o litigante leigo, por não possuir habilitação para acessar e promover os atos no PJe-JT, ficou totalmente dependente da colaboração de servidores públicos, tanto para propor quanto para acompanhar a sua reclamação trabalhista na plataforma digital.

Já, a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, que implementou a reforma trabalhistas, mesmo com as alterações advindas da MP nº 808 de 14 e novembro de 2017, não revogou e nem alterou o texto do *caput* do art. 791 da CLT. Mas, a referida lei, apesar de admitir os honorários sucumbenciais ao advogado do vencedor, é silente quando a parte vitoriosa do litígio consistir no *jus postulandi*. Todavia, essa lei determina, taxativamente, que a parte hipossuficiente deverá arcar com os referidos honorários se deixar a condição de hipossuficiência em um período de dois anos, mesmo se beneficiária da justiça gratuita.

Não obstante, visando atenuar as desigualdades entre as partes litigantes, o princípio da proteção, previsto no art. 468 da CLT, constitui-se em um dos princípios basilares do direito laboral. Segundo esse princípio, quando duas ou mais regras aplicáveis ao mesmo caso concreto estiverem em conflito, deve-se realizar uma análise hermenêutica de cunho gramatical, sistemática e teleológica e utilizar aquela que melhor atenda aos interesses do trabalhador. Este princípio permite, inclusive, o afastamento das imposições normativas de caráter hierárquico.

Assim, em detrimento da perspectiva do desconhecimento jurídico do *jus postulandi*, este estudo averiguou sobre a ocorrência de possíveis prejuízos ao litigante leigo que se utilizar das prerrogativas previstas no art. 791, *caput* da CLT. Para isso, utilizou-se como corolário os direitos e garantias previstos nas regras e princípios positivados na CRFB/88, na legislação e nas Convenções Internacionais em que o Brasil é signatário. Assim, este estudo ao promover uma análise jurídico-constitucional e infraconstitucional do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, buscou verificar se este instituto ofende ao princípio da proteção, previsto na norma

trabalhista e ao revés de ajudar, pode prejudicar o jurisdicionado.

O *jus postulandi* foi exacerbadamente impactado pela Súmula 425 do TST, pelo PJe-JT e também pela Lei nº 13.467/17. A referida sumula restringiu a utilização do mencionado instituto, a Resolução 185 do CSJT, que ratificou os atos de instituição do PJe-JT, não regulamentou o *jus postulandi* adequadamente e, a Lei nº 13.467/17, apesar de manter o art. 791, *caput* da CLT de forma inalterada, admitiu os honorários sucumbenciais em todas as instâncias da Justiça Laboral, aumentando os riscos de prejuízo da utilização deste instituto, ora em estudo. Tais fatos, demonstram a importância e tempestividade da pesquisa.

Utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo de uma situação macroanalítica para outra microanalítica, este estudo buscou verificar se seria ou não, mais conveniente ao leigo que optar por litigar prescindindo-se do advogado, declinar desta prerrogativa e contratar um profissional legalmente habilitado. Na hipótese do jurisdicionado hipossuficiente, se não seria prudente acionar a Defensoria Pública da União, haja vista, tratar-se de garantia Constitucional. Destarte, resguardar-se dos possíveis prejuízos, assegurando o contraditório, a



ampla defesa e o devido processo legal nos litígios na Justiça do Trabalho.

## **2 O *JUS POSTULANDI* E A PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

A Justiça do Trabalho teve a sua competência ampliada pela EC "Emenda Constitucional" nº 45, de 08 de dezembro de 2004, atribuindo a mesma, o poder de julgar os litígios que envolverem as relações de trabalho, independentemente do vínculo empregatício, conforme prescreve o art. 114 da CRFB/88. Entretanto, o artigo 791, *caput* da CLT deve ser interpretado de forma restritiva, não alcançando os litígios que versarem sobre as relações de trabalho desprovidas da subordinação, sem o vínculo empregatício.

Vale dizer, se os sujeitos da lide não forem, empregado ou empregador, não poderão, em linha de princípio, exercer o *jus postulandi*. Logo, para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego, a representação das partes por advogado passará a ser obrigatória. (LEITE, 2012, p. 418).

Os princípios não são absolutos, a CRFB/88, apesar de prever o *jus postulandi*, como ocorre no art. 5º, inciso LXVIII, com o *habeas-corpus*, também estabelece no seu art. 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça. Da mesma forma, o CPC/15 “Código de Processo Civil” de 2015 no art. 103, *caput* e parágrafo único, determina que a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na OAB “Ordem dos Advogados do Brasil”, porém, faculta a parte a postulação em causa própria quando esta tiver habilitação legal.

## **2.1 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho**

Contudo, como exposto supra, ainda prevalece no ordenamento jurídico o controvertido *jus postulandi* previsto no *caput* do art. 791 da CLT. Esta prerrogativa é reiterada pelo art. 839 do mesmo diploma legal, que também faculta aos empregados e empregadores, apresentar a reclamação trabalhista, pessoalmente ou por seus representantes, e ainda, se assim o desejarem, poderão apresentar a reclamação laboral pelos sindicatos de classe.

Renato Saraiva (2012, p. 203) observa que a utilização deste instituto foi questionada por parte da

doutrina, que considerava a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais uma atividade privativa da advocacia. Entretanto os Tribunais Trabalhistas, em sua maioria, firmaram jurisprudência, reafirmando que o art. 791, *caput* da CLT continua em vigor, validando, desta maneira, o *jus postulandi* na justiça do Trabalho, mesmo com as imposições do art. 133 da CRFB/88, que determina que a parte se faça representar em juízo por advogado regularmente inscrito na OAB.

Tal posicionamento jurisprudencial foi ratificado pelo STF "Supremo Tribunal Federal", no julgamento da ADI "ação direta de inconstitucionalidade" nº 1.127-8, considerando inconstitucional a expressão "qualquer" constante no art. 1º, inciso I do Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/94. Assim, a Suprema Corte legitimou a possibilidade de o leigo postular em juízo prescindindo-se do advogado na Justiça Comum e Especializada, inclusive na Justiça Trabalhista. Na atual redação do art. 1º, inciso I do Estatuto da OAB foi suprimido a palavra "qualquer" em obediência à citada decisão do STF.

Todavia, não há como litigar desprovido do mínimo conhecimento jurídico, sem se expor à possíveis ocorrências de prejuízos. Ana Flávia Loyola Antunes Pereira (2011, f. 113) ao refletir sobre a relevância do

advogado no processo: "a presença do advogado, por possuir capacidade postulatória e capacidade técnica para defender os interesses das partes, é garantia de concretização do contraditório, da isonomia e da ampla defesa". Principalmente na Justiça do Trabalho, onde vigora o princípio da oralidade, um embate dialético, adequadamente instruído, redundará na ampliação das possibilidades de sucesso.

Segundo Robert Alexy (2011, p. 212), "no discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo sem indicar as razões para isso". Esta teoria visa buscar a verdade e a racionalidade da sentença, caso a parte faça uso do *jus postulandi* estes objetivos serão, indubitavelmente, mitigados.

Esses conhecimentos não se adquirem senão por meio de larga prática, de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-las em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescritas pelas leis processuais (NASCIMENTO, 2012, p. 523).

Esta possibilidade de lesão aos direitos fundamentais, especialmente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, embasam os questionamentos contrários ao *jus postulandi*. Jorge Moacyr de C. e Silva Filho (2012), observa que o objetivo deste instituto é de proteger o hipossuficiente, contudo, este escopo não vem sendo alcançado atualmente. Esta norma protetiva vem na verdade prejudicando seus destinatários, sinalizando para a necessidade de revisão do instituto.

Contudo, existem posicionamentos divergentes, Antônio Álvares da Silva (2005) considera o retrocitado instituto de grande valia, não aceita o argumento de que o processo é complexo e inacessível aos não especialistas. Para ele, se tal afirmativa for verdadeira, deve-se simplificar o processo, não transferir o ônus de sua complexidade para as partes.

Entretanto, conforme o art. 5º, inciso LXXIV da CRFB/88 o jurisdicionado carente de recursos poderá se valer nos litígios junto à Justiça do Trabalho da assistência judiciária gratuita do Estado. No entanto, a estrutura da Justiça Laboral brasileira não reúne condições que possibilite uma adequada assistência judiciária gratuita.

Assim sendo, a proibição do *jus postulandi* poderia causar sérios danos ao jurisdicionado hipossuficiente.

Destarte, Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 526) relata que enquanto não for devidamente aparelhada a Defensoria Pública para prestar assistência judiciária gratuita junto a Justiça Laboral, a extinção do *jus postulandi*, afetarão os direitos fundamentais, uma vez que o trabalhador não tem meios para reclamar em juízo. Não se deve olvidar que muitas vezes as reclamações trabalhistas são de valor econômico ínfimo, não comportando honorários advocatícios condizentes com o trabalho do advogado, evidenciando a necessidade da existência deste instituto. No entanto, o obreiro que fizer uso do *jus postulandi*, estará sujeito à possíveis prejuízos em função do seu desconhecimento jurídico.

Utilizar-se do instituto do *jus postulandi* configura a mesma situação, grosso modo, de o cidadão adoecer e não procurar um médico. Ao contrário, vai diretamente a uma farmácia, compra o remédio que entende ser necessário e realiza a automedicação. Essa prática pode até dar certo e a pessoa se curar, porém, caso isso não ocorra, as consequências poderão ser danosas a quem usou desse expediente. Dessa forma, acontece o mesmo com o exercício do *jus postulandi*. O cidadão que dele usar pode até conseguir satisfazer seu

direito, mas as chances de fracassar são imensas (BAZZO, 2011, f. 41).

Como citado alhures, as regras previstas pelo art. 791, *caput* da CLT são motivos de muita inquietude doutrinária. Valentin Carrion (2011, p. 674) também é adepto desse entendimento, citando o descumprimento da Lei nº 1.060/50, que estabelece sobre a assistência judiciária gratuita, afirma que aquele que se valer deste instituto estará exposto a um elevado risco de dano, asseverando, que tratar-se de um artifício arдил para o trabalhador.

A questão não é simples, o obreiro, em regra, não reúne as condições financeiras para a contratação de um advogado, o Estado não disponibiliza defensor público para representar o hipossuficiente na seara laboral como deveria e o sindicato nem sempre está presente. Mas, o instituto previsto no art. 791, *caput* da CLT, apesar de ser uma opção de acesso à justiça, recebe muitas críticas dos estudiosos do tema, denotando certa repudia ao referido instituto

## **2.2 O princípio da proteção no direito material e processual laboral**

Visando resguardar os direitos do empregado e atenuar as desigualdades entre as partes nos litígios junto à Justiça Laboral, a legislação trabalhista positivou o princípio da proteção no art. 468, *caput* da CLT. Este artigo determina que nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que a alteração não resulte, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula que infringir esta garantia.

O princípio da proteção também se encontra positivado no art. 796 da CLT, assegurando que a nulidade não será pronunciada quando for arguida por quem lhe tiver dado causa ou quando for possível suprir a falta ou repetir o ato.

Destarte, o supracitado instituto, possibilita, desde que cabível, a utilização da norma que melhor atenda aos interesses do trabalhador, permitindo-se, até mesmo, o afastamento das impositões normativas de caráter hierárquico. Por isso, engloba outros princípios que favorecem o trabalhador, dentre eles, a instrumentalidade das formas, da primazia da realidade, da norma mais favorável ao trabalhador e o próprio *jus postulandi*, objeto deste estudo.



Maurício Godinho Delgado (2012, p. 193) se refere ao princípio da proteção como o núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho, afirmando que o direito laboral com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, formata uma teia de proteção ao hipossuficiente nas relações empregatícias, com o objetivo de proteger o empregado.

O princípio da proteção objetiva proporcionar equilíbrio nas reclamações trabalhistas, principalmente as de caráter salariais, devido ao seu cunho alimentício.

### **2.3 O *jus postulandi* após a edição da Súmula 425 do TST e da Lei nº 13.467/17**

Após a Súmula nº 425 do TST, a postulação prescindindo-se do advogado somente poderá ocorrer nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, não se admitindo o *jus postulandi* nos recursos junto ao TST, na ação cautelar, no mandado de segurança e na ação rescisória. Ana Sylvia da Fonseca Coelho (2010, p. 6) entende que não é correto o posicionamento adotado pelo TST na Súmula nº 425, permitindo o *jus postulandi* nas esferas inferiores da Justiça do Trabalho e restringindo sua utilização nas ações no âmbito do TST.

Sobre a hipótese de limitação do acesso à Justiça, Mauro Cappelletti (1988, p. 15) observa que: “as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objeto utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso à Justiça podem e devem ser atacados?”

Nos casos dos jurisdicionados hipossuficientes, conforme prevê o já citado art. 5º, inciso LXXIV da CRFB/88, a assistência jurídica deve ser providenciada pelo Estado de forma gratuita, pois se trata de um direito constitucional fundamental. Entretanto, a implementação dos direitos fundamentais nem sempre ocorre da forma adequada.

Amauri Mascaro Nascimento (2012, p.527), afirma que assistência jurídica gratuita deveria ser prestada pelo Estado, como prevê a legislação supralegal.

O ideal está na ampliação da Defensoria Pública, de modo a torná-la em condições de prestar assistência judiciária àqueles que dela venham a necessitar, atuando diretamente perante a Justiça do Trabalho, com equipes de plantão para desempenhar as funções atualmente cumpridas pelos funcionários da Justiça do Trabalho encarregados de dar atendimento às reclamações apresentadas diretamente pelos trabalhadores e encaminhá-las segundo o devido processo legal.

A constitucionalidade da Súmula nº 425 do TST é questionável, pois, o TST revogou parte do art. 791, *caput* da CLT. Conforme já citado, a decisão do STF na ADI nº 1.127- 8, legitimou a possibilidade de o leigo pleitear em juízo prescindindo-se do advogado na Justiça do Trabalho, sem impor nenhuma restrição a este instituto.

Esta nova Súmula restringe o *jus postulandi* das partes à instância ordinária - Varas do Trabalho e TRT (s), o que, a nosso ver, viola a literalidade do art. 791 da CLT, segundo o qual empregado e empregador podem exercer a capacidade postulatória e "acompanhar as suas reclamações até o final" (...). Quanto à ação rescisória e ao mandado de segurança, parece-nos razoável entendimento adotado pela nova Súmula nº 425 do TST, pois estas demandas são reguladas por legislações especiais (LEITE, 2012, p. 416 - 417).

Não estaria o TST, através da supracitada súmula, maculando o princípio da legalidade e, com isso, cerceando o direito do jurisdicionado do acesso à Justiça. Poderia este Tribunal, alterar a legislação ordinária? Esta incongruência praticada pelo TST não é de simples solução, a não ser que o próprio Tribunal, editando outra súmula diversa, altere o entendimento.

Nestes termos, Pedro Lenza, fazendo referência à ADI 594 do DF, elucida que só podem ser objeto de controle perante o STF as leis e os atos normativos federais ou estaduais.

Súmula de jurisprudência não possui o grau de normatividade qualificada, não podendo, portanto, ser questionada perante o STF através de controle concentrado. (...) assim, tendo em vista o fato de a súmula não ser marcada pela generalidade e abstração, diferentemente do que acontece com as leis, não se pode aceitar a técnica do "controle de constitucionalidade" de súmula, mesmo no caso de súmula vinculante (LENZA, 2012, p. 288).

Essa decisão contida na Súmula nº 425 impactou nos entendimentos sobre honorários advocatícios, até então, predominante no TST. Anteriormente, a Súmula nº 219 do TST, dispunha pela inadmissibilidade dos honorários advocatícios em razão, pura e simplesmente, da sucumbência na Justiça Trabalhista. Entretanto, foi necessário alterar o inciso II da referida súmula, passando a admitir os honorários advocatícios na ação rescisória em âmbito trabalhista.

Em decorrência da nova Súmula nº 425 do TST, que limita o *jus postulandi* das

próprias partes (artigo 791 da CLT) "as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho", parece-nos que deverão ser ampliadas as hipóteses de cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, pois nas ações em que é obrigatória a presença do advogado, os honorários advocatícios serão devidos em decorrência apenas da mera sucumbência (LEITE, 2012, p. 420).

Todavia, com a edição da Lei nº 13.467/17, que traz em seu bojo diversas inovações, dentre elas, a que admite os honorários de sucumbência nas ações veiculadas em todas as instâncias da justiça laboral. Como visto, anteriormente isso não era possível, segundo a Súmula nº 219 do TST, excepcionando as lides não decorrentes da relação de emprego e as ações rescisórias laborais que deveriam observar as normas do CPC/15.

Os honorários advocatícios não decorriam pura e simplesmente da sucumbência e eram devidos nos casos em que a parte hipossuficiente se encontrasse devidamente representada pelo sindicato da categoria profissional do trabalhador, excetuando-se os casos em que a fazenda pública for parte, onde devia-se aplicar os percentuais previstos no CPC/15. Os honorários advocatícios estavam

limitados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, tais percentuais deveriam ser atribuídos sobre o valor atualizado da causa.

Porém, o art. 1º da Lei nº 13.467/17, acrescenta a CLT o art. 791-A, o qual determina que os honorários de sucumbência serão devidos ao advogado, ainda que este atue em causa própria. Tais honorários, admitidos inclusive na reconvenção, deverão ser fixados entre cinco e quinze por cento sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, sobre o valor atualizado da causa. Tais honorários, são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e naquelas em que a parte estiver representada pelo sindicato da categoria. Nas hipóteses de sucumbência recíproca, está vedado a compensação dos mencionados honorários.

A supracitada legislação, desconsiderando a previsão do art. 790, *caput* da CLT, é silente quanto ao direito da percepção dos honorários advocatícios, quando a parte vencedora estiver postulando na Justiça Laboral prescindindo do advogado. Observa-se que para exercer o *jus postulandi*, a única condição é que a lide envolva

relação de emprego. Ou seja, independe das condições estipuladas para a justiça gratuita - previsão do art. 790, §§ 3º e 4º da CLT – redação dada pela Lei nº 13.467/17 - perceber rendimentos igual ou inferior a 40 % do limite máximo dos benefícios do RGPS “Regime Geral de Previdência Social” ou comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Todavia, mesmo assim, representado ou não por advogado, está previsto no § 4º do art. 791-A da CLT, que na hipótese do vencido ser beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O EN “enunciado” nº 100 da 2ª JDMPT “Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho” assevera que é inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de

despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos: 791-A, § 4º e 790-B, § 4º da CLT – redação dada pela lei nº 13.467/17), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado e, a proteção do salário (artigos: 5º, LXXIV e, 7º, X da CRFB/88). (BRASIL. 2ª JDMPT, EN nº 100, 2017).

Apesar dos questionamentos supra sobre a Lei nº 13.467/17, o EN nº 4 da 2ª JDMPT assinala que a supracitada lei da reforma trabalhista não afetou os fundamentos do direito do trabalho, positivados na CLT: art. 8º (direito comum, fonte subsidiário do direito do trabalho); Títulos II a IV (princípio da proteção); art. 3º e 442 (princípio da primazia da realidade); art. 9º e 468 (princípio da irrenunciabilidade); art. 468 (princípios: da norma mais favorável e da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador) [...]. Dentre outros princípios que são requisitos para a validade da norma trabalhista. (BRASIL. 2ª JDMPT, EN nº 4, 2017).

É imperativo resguardar os princípios constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal etc. Não se olvidando em assegurar outros princípios considerados relevantes para a Justiça Laboral,



como o princípio da proteção, a inafastabilidade de jurisdição, a primazia da realidade, a irrenunciabilidade de direitos, a oralidade, a instrumentalidade das formas, a norma mais favorável ao trabalhador, o princípio da eventualidade, o próprio princípio do *jus postulandi*, dentre outros.

O princípio da indispensabilidade da representação em juízo por advogado (art. 133 da CRFB/88) não é absoluto, outros princípios também devem ser ponderados, como por exemplo, o direito de petição, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, previstos de forma respectiva, no artigo 5º, incisos: XXXIV, XXXV e LV, todos da CRFB/88. Alexandre de Moraes (2013, p. 1682) ao descrever sobre o tema esclarece que:

O princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. Assim apesar de constituir-se em fator importantíssimo, a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstos na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico, continua existindo a possibilidade excepcional de a lei outorgar o *jus postulandi* a qualquer pessoa, como já ocorre no *habeas corpus* e na revisão criminal.

Conforme previsão do art. 5º, inciso LXXVII da CRFB/88 c/c o art. 654 do CPP "Código de Processo Penal" o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa. No tocante à revisão criminal, conforme positivado no art. 623 do CPP, o leigo também poderá postular. Nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previsão do art. 9º *caput* da Lei 9.099/95, nas causas de valor até vinte salários mínimos, é facultado a postulação sem a representação do advogado. O *jus postulandi*, assegurado na CLT, segue essa mesma diretriz, pois o mesmo funda-se em resguardar e garantir o acesso do hipossuficiente à justiça.

#### **2.4 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho após a implantação do PJe-JT**

Após a edição da Lei nº 11.419/06, que dispôs sobre a informatização do processo judicial e posteriormente e a instituição do PJe-JT "Processo Judicial Eletrônico da Justiça da justiça do Trabalho" padronizado, atualmente, pela Resolução nº 185/17 do CSJT "Conselho Superior da Justiça do Trabalho", a utilização do *jus postulandi* na Justiça Laboral ficou ainda mais complexa e dependente da colaboração de servidores públicos.

Segundo o art. 1º da Resolução 185/17 do CSJT, a tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática eletrônica de atos processuais, nos termos da Lei nº 11.419/06 e artigos 193 a 199, do CPC, serão realizadas exclusivamente por intermédio do Sistema PJe-JT instalado na Justiça do Trabalho, regulamentado por esta Resolução. No art. 3º da supracitada Resolução, os atos processuais terão sua produção, registro, visualização, tramitação, controle e publicação exclusivamente em meio eletrônico e serão assinados digitalmente, contendo elementos que permitam identificar o usuário responsável pela sua prática. (BRASIL. Resolução 185/17 do CSJT, 2017).

Mas, em virtude da impossibilidade da produção dos atos processuais no PJe-JT pelo *jus postulandi*, no art. 4º da Resolução 185/17, está estabelecido que as partes ou terceiros interessados desassistidos de advogado poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para recebê-los, que serão inseridos nos autos eletrônicos pela unidade judiciária, em arquivo eletrônico que utilize linguagem padronizada de marcação genérica. (BRASIL. Resolução 185/17 do CSJT, 2017).

Assim, o *jus postulandi* deverá utilizar-se do auxílio de um serventuário da Justiça Laboral para realizar a petição eletrônica. Conforme prescreve o art. 840, *caput* da CLT, a reclamação poderá ocorrer de forma escrita ou verbal, neste caso, a atermção deverá ser reduzida a termo, datada e assinada pelo escrivão ou secretário, seguindo os procedimentos da petição escrita no que couber.

Entretanto, conforme o art. 840 § 3º da CLT (redação dada pela Lei nº 13.467/17) os pedidos serão julgados extintos sem resolução do mérito, caso não atendam as disposições do art. 840, § 1º da CLT (redação dada pela Lei nº 13.467/17): designação do juízo; qualificação das partes; breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio; pedido, certo, determinado e com indicação de seu valor; a data e assinatura do reclamante ou do seu representante.

Mas, segundo o EN nº 105, aprovado na 2ª JDMPT, embasado na Súmula 263 do TST e nos art. 4º, 6º, 317, 319 e 321 do CPC/15, caso a exordial não atenda integralmente os requisitos legais, deve-se oportunizar a emenda e não a imediata sentença sem exame do mérito. (BRASIL. 2ª JDMPT -EN 105, 2017). Nesse estágio, o processo já se encontra em formato eletrônico, mas,

segundo as regras do art. 4º da Resolução 185 do CSJT, o *jus postulandi* estará inteiramente dependente dos servidores da justiça do trabalho para futuros atos processuais.

Segundo o art. 1º, § 2º, inciso III da Lei 11.419/06, assinatura eletrônica é a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada na forma de lei específica e mediante cadastro do usuário no Poder Judiciário. Já, o art. 3º da referida lei considera como realizado todos os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema ao Poder Judiciário; sendo fornecido protocolo eletrônico. No Parágrafo único deste artigo regulamentou-se que serão consideradas tempestivas as petições eletrônicas transmitidas até as vinte e quatro horas do seu último dia.

Como exposto, o PJe-JT não possibilita ao *jus postulandi* efetuar pessoalmente os atos processuais, pois, para isso, segundo o art. 2º, *caput* da Lei nº 11.419/06, deve-se ter habilitação com cadastro e assinatura eletrônica certificados por entidade credenciada. Destarte, como o *jus postulandi* poderia litigar adequadamente, se o mesmo está inteiramente dependente da boa vontade de terceiros, serventuários da Justiça do Trabalho, trata-se de algo

extremamente ilógico, majorando os riscos já existentes na utilização deste instituto na justiça laboral.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O *jus postulandi* ainda consiste em um importante instrumento disponibilizado ao empregado ou empregador para litigar junto a Justiça do Trabalho. Entretanto, devido ao despreparo jurídico do leigo, os riscos de prejuízos são exacerbados. No entanto, a possibilidade da referida postulação, prescindindo-se do advogado, só poderá ocorrer até a esfera recursal nos Tribunais Regionais do Trabalho, pois, no TST, conforme prescreve a Súmula n° 425 do referido Tribunal, o *jus postulandi* não é possível.

Com a edição da Lei n° 13.467/17 que estabeleceu sobre a reforma trabalhista, os honorários sucumbências, independente da condição de *jus postulandi*, deverão ser fixados pelo juízo em favor do advogado da parte vencedora do litígio, vedado, inclusive, a compensação nos casos de sucumbência recíproca. Todavia, mesmo com os questionamentos da 2ª JDMPT, se o sucumbente não obtiver em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob

condição suspensiva de exigibilidade por até dois anos do trânsito em julgado da decisão. Neste período, o credor poderá executar a sentença, exigindo os seus créditos sucumbenciais, bastando para isso, demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do sucumbente.

Para obter os benefícios da justiça gratuita, o jurisdicionado deve demonstrar que percebe rendimentos igual ou inferior a 40 % do limite máximo dos benefícios do RGPS ou comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Este requisito é subjetivo e passível de questionamentos pelo credor interessado. Assim, a perspectiva do sucumbido suportar por dois anos o monitoramento de suas condições socioeconômicas, não é nada agradável, principalmente com atuais facilidades de comunicação, redes sociais etc.

A previsão do artigo 791, *caput* da CLT é clara, o litigante poderá utilizar-se deste instituto e, buscar seus direitos junto a Justiça do Trabalho, até o final. Assim, a Súmula 425 do TST, altera a amplitude do *jus postulandi* na Justiça Laboral, reduzindo a possibilidade de acesso à justiça. Mas, conforme exposto, o STF julgou favoravelmente o *jus postulandi*, prevalecendo a possibilidade da sua utilização sem nenhuma restrição

quanto à instância judicial. Tais fatos, demonstram que o assunto ainda não está adequadamente pacificado.

Na Resolução 185 do CSJT que ratificou a regulamentação do PJe-JT, o *jus postulandi* não recebeu a atenção adequada, a retrocitada Resolução foi muito sucinta ao disciplinar este instituto. Basta uma análise perfunctória para constatar que em uma resolução que define regras para o processo eletrônico na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* deverá propor sua reclamação de forma física, em papel e, somente após a intervenção do serventário da Justiça Laboral, a reclamação será digitalizada, inserida no sistema do PJeJT, mas, ainda assim, o postulante leigo necessitará de outros auxílios dos servidores públicos tanto para acompanhar quanto para efetuar, caso necessário, outros atos processuais. Estes procedimentos, aliados aos citados riscos do litígio sem o advogado, já inviabilizam a utilização deste instituto.

Com as atuais modificações da CLT, advindas da Lei nº 13.467/17, o instituto do *jus postulandi* ficou ainda mais fragilizado, podendo inclusive ter que arcar com os créditos de sucumbência, caso não tenha sucesso e perca a causa. Conforme supracitado, nos moldes atuais, essa probabilidade é bastante exacerbada.



O *jus postulandi*, inquestionavelmente, foi recepcionado pela CRFB/88, justamente por proporcionar ou ampliar o acesso à Justiça ao obreiro hipossuficiente. Mas, este instituto, um resquício dos primórdios do Direito Trabalhista e Processual Trabalhista, precisa urgentemente ser revisto pelo poder Legislativo, pois, o mesmo não atende aos reais interesses dos jurisdicionados. O princípio da proteção, apesar de relevante, sozinho não assegura ao *jus postulandi* laboral o contraditório em simétrica paridade de partes, a ampla defesa e o devido processo legal, princípios imprescindíveis ao processo constitucional. Assim o litigante que utilizar o instituto estará exposto a prejuízos.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BAZZO, Ana Paula do Prado. *A limitação do jus postulandi pela Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho*. 2011. 50 f. Trabalho de conclusão de curso - Monografia (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2011.

BRASIL. *Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Enunciados aprovados - 2ª JDMPT. Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. *Conselho Superior da Justiça do Trabalho*. Resolução CSJT n.º 185, de 24 de março de 2017. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/102716/2017\\_res0185\\_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/102716/2017_res0185_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 16 nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. atual. por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Ana Sylvia da Fonseca Pinto. *O advogado na Justiça do Trabalho: uma análise da legislação*. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 out. 2010. Caderno Direito & Justiça, p. 6.

DA SILVA, Antônio Álvares. *Jus postulandi*. Disponível em: <[https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/19\\_jus\\_postulandi.pdf](https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/19_jus_postulandi.pdf)>. Acesso em 21 de set. de 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. *A inefetividade do acesso à Justiça em razão do preconceito linguístico: análise crítica do jus postulandi no estado democrático de direito*. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito - área de concentração: Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.
- SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.
- SILVA FILHO, Jorge Moacyr de C. e. *Jus postulandi na Justiça do Trabalho benefício ou malefício*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/039-039-jus-postulandi-039-039-no-direito-do-trabalho-beneficio-ou-maleficio/19463/>>. Acesso em 25 de abr. 2012.



Co-funded by Erasmus +  
Chair Jean Monnet  
Programme of European Union

UNIVERSITÀ DI PISA



UniCesumar



PUC-SP



FAPEMIG



Conhecimento

ISBN 978-65-990101-3-2



[www.conhecimentolivros.com.br](http://www.conhecimentolivros.com.br)