

**PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS  
DIREITOS HUMANOS**

**2018 – Vol. 1**

---

**Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli  
Profa. Dra. Renata Mantovani de Lima  
Profa. Ms. Raquel Torres Gontijo  
Organizadores**

---

**Organizadores  
Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli  
Profa. Dra. Renata Mantovani de Lima  
Profa. Ms. Raquel Torres Gontijo**

**PROTEÇÃO INTERNACIONAL  
DOS DIREITOS HUMANOS  
2018 – Vol. 1**



**VirtualBooks Editora**

## APRESENTAÇÃO

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 2018 – Vol. 1. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 228p.

ISBN: 978-85-434-1589-5

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela  
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.  
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177  
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)  
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com  
<http://www.virtualbooks.com.br>

A coleção MONOGRAFIAS reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Programa de Pós-graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Trata-se de um trabalho conjunto entre coordenação, corpo docente e corpo discente da graduação e da pós-graduação em Direito da referida Universidade, localizada no interior do Estado de Minas Gerais, cidade educativa, por excelência.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A Universidade de Itaúna tem conseguido manter, de maneira sólida, o relacionamento entre a Graduação e o seu

Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica de seus alunos.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo. Sem produção de conhecimento não há desenvolvimento econômico e social em nenhuma comunidade.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

O importante é que todos os discentes entendam que a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento intelectual pessoal, como também, para o crescimento institucional e social.

Os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bachareis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da*

*esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**  
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –  
Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**  
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de  
Itaúna – Proteção dos Direitos Fundamentais

## SUMÁRIO

**Integração regional da América Latina por intermédio do diálogo entre Cortes para efetivação dos direitos humanos / 8**

*Isabel Carmos Caetano*

**Proteção internacional dos Direitos humanos da comunidade LGBT / 78**

*João Victor Franco Machado*

**Controle judicial das decisões dos Tribunais de Contas / 133**

*Paula Salera de Moraes*

## INTEGRAÇÃO REGIONAL DA AMÉRICA LATINA POR INTERMÉDIO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Isabel Carmos Caetano<sup>1</sup>

### RESUMO

Com a globalização, o mundo hodierno, encontra-se profundamente impactado pelo crescente diálogo entre indivíduos, instituições e países. Tal interação ocorre, inclusive, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que cada vez mais é possível constatar o estreitamento das relações entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, para proteção dos direitos humanos, através do desenvolvimento do diálogo entre os Tribunais nacionais e supranacionais de direitos humanos. A presente monografia, tem por objetivo investigar se a Suprema Corte Brasileira aplica em seus julgados a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como forma de possibilitar uma integração jurídica entre os países latino-americanos. O trabalho encontra-se dividido em três partes, inicialmente serão apresentadas noções introdutórias sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, seus marcos históricos, bem como a superação da dicotomia Monismo – Dualismo, como mecanismos para a construção de uma nova teoria constitucional voltada para a pessoa humana, por fim, será analisado aspectos da integração regional da América Latina. Continuando o estudo, será abordado o diálogo entre jurisdições, seus requisitos, abordando as relações entre os precedentes da Corte IDH e os ordenamentos constitucionais latino-americanos. Dando continuidade ao trabalho, será analisado o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o papel da Corte IDH para a proteção regional dos direitos humanos, avaliando a eficácia e aplicabilidade de suas decisões pelos

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

países latino-americanos. Por fim, serão examinadas a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH, a partir de alguns julgados da suprema corte brasileira com o intuito de verificar a existência efetiva de diálogo entre o STF e a Corte IDH. O estudo foi elaborado por meio de revisão bibliográfica, tendo por objeto artigos científicos nacionais e estrangeiros sobre o tema e julgados proferidos tanto pelo STF quanto pela Corte IDH. Os resultados mostram que, embora o STF cite em seus julgados precedentes da Corte IDH, ainda não é possível afirmar que exista um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direito constitucional. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogo entre cortes.

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo hodierno, encontra-se profundamente impactado pelo fenômeno da globalização, que se traduz em um processo de interação a nível global entre, indivíduos, instituições e países, através de suas relações econômicas, sociais e culturais. Tal fenômeno é caracterizado, pela aproximação entre indivíduos, sendo um de suas características o fluxo migratório de pessoas entre países em busca de melhores condições de vida ou para fugir de perseguições políticas ou religiosas.

Além disso, a globalização possui a internet como um importante instrumento, para a crescente interação entre indivíduos, porquanto possibilita que pessoas baseadas no Brasil, se comuniquem, através de aplicativos de mensagens, com pessoas situadas no Japão ou, ainda, realizem compras, adquirindo bens oriundos da Europa, dos Estados Unidos, ou da Austrália, sem sair de casa. É possível, portanto, obter informações de todo o planeta com apenas um clique e em poucos segundos.

Neste sentido, diante deste constante fluxo de ideias vigente no mundo contemporâneo, os Estados passaram a sofrer

interferências externas diante da constante conexão entre espaços nacionais.

O impacto da globalização, todavia, não se restringiu aos aspectos econômicos e culturais do planeta, o direito também foi diretamente impactado com o processo de globalização, porquanto sua compreensão não mais se dá através da estrutura piramidal idealizada por Hans Kelsen, mas sim através de um conjunto de sistemas que se entrelaçam, a fim de que sejam garantidos os direitos humanos.

Isto porque, o constitucionalismo moderno deixou de ter o Estado como pressuposto central, para ter como cerne a garantia dos direitos humanos ou fundamentais, colocando o ser humano como centro das atenções deste novo constitucionalismo, o que possibilitou a abertura do direito constitucional ao direito internacional como forma de dar maior efetividade e eficácia aos direitos humanos, havendo, portanto, uma interdisciplinaridade entre estes institutos.

Consigne-se que após a Segunda Guerra Mundial, foram criados sistemas globais e regionais de proteção aos direitos humanos, com seus respectivos sistemas judiciais, com o intuito de evitar que as atrocidades cometidas na guerra se repetissem.

A partir da criação de tais sistemas, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, houve o estreitamento das relações entre ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais para proteção dos direitos humanos através do desenvolvimento do diálogo entre os Tribunais nacionais e supranacionais de direitos humanos, que ocorre por meio da utilização de fontes jurisprudenciais, constitucionais e legislativas internacionais no direito interno.

Assim, neste trabalho, busca-se analisar se existe integração regional na América Latina por intermédio do diálogo entre cortes para efetivação dos direitos humanos

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo verificar em que medida se dá o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como se tal diálogo contribui para a integração jurídica regional da América Latina, tendo em vista que 20 (vinte) países latinos aceitaram submeter-se a jurisdição da Corte.

A justificativa do estudo baseia-se na novidade do tema, bem como na importância da discussão acadêmica para seu conhecimento, visando a concretização dos direitos humanos.

O trabalho foi elaborado por meio de revisão bibliográfica e documental, nacional e estrangeira sobre os assuntos analisados, bem como a jurisprudência.

Para tanto, inicialmente, será abordado o direito internacional dos direitos humanos, sua evolução histórica e a necessidade de superar a dicotomia Monismo-Dualismo, a fim de possibilitar a construção de uma nova teoria constitucional que tem como pressuposto o ser humano. Além disso, neste momento inicial, será analisado o diálogo entre jurisdições e seus requisitos.

Na sequência, será examinado o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com enfoque na Corte Interamericana, verificando a eficácia de suas decisões, bem como a aplicação de sua jurisprudência pelos países latino-americanos.

Por fim, será verificado as relações entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de direitos Humanos, a partir do estudo de casos julgados pela suprema corte brasileira e pela Corte IDH, quais sejam : a constitucionalidade da Lei de Anistia ( ADPF 153); Exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista (RE 511.961/SP); O direito à terra das comunidades indígenas (PET 3.388/88) e; Direito ao duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988 ( AP 470/MG).

## **2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PRECEDENTES HISTÓRICOS**

Historicamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos baseia-se preservação da dignidade da pessoa humana, entendida como um dos fundamentos dos direitos humanos, porquanto entendidos como aqueles direitos inerentes ao homem enquanto condição para sua dignidade, previstos em documentos internacionais para que sejam seguramente garantidos.

Contudo, para que tais documentos internacionais deixassem de ser meras diretrizes de ação e passassem a ter conteúdo normativo, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, com a finalidade de permitir a adoção dos direitos humanos como assunto de interesse internacional. Além disso, para esta mudança de paradigma, foi necessário redefinir a condição de indivíduo no cenário internacional, a fim de se tornar sujeito de direito na esfera internacional.

Neste sentido, tem-se que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho apresentam-se como os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p. 169).

Inicialmente, o Direito Humanitário, ergue-se a partir da obra de Henri Dunant, filantropo suíço, que ao testemunhar milhares de homens feridos ou mortos, sem qualquer assistência médica, durante a batalha de Solferino<sup>2</sup>, organizou um corpo de voluntário com o intuito de prestar assistência médica adequada, descrevendo tal experiência em um livro intitulado *Uma recordação de Solferino*, publicada em 1862. Durante o lançamento da obra, Dunant promoveu uma campanha destinada a melhorar a assistência às vítimas da guerra e de formar em cada Estado organizações que destinassem homens e mulheres para cuidar dos feridos quando a guerra ocorresse (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.189).

As ideias de Dunant, serviram de base para a criação do Comitê dos Cinco, que consistia em uma comissão de investigação da Sociedade de Genebra, cujos objetivos se destinavam a criar uma conferência internacional a fim de serem discutidas e implementadas as ideias de Dunant.

Após a primeira conferência, adotou-se a Primeira Convenção de Genebra de 1864, que tratava das condições dos feridos das forças armadas nos campos de batalha, sendo certo que após o estabelecimento da Convenção, diversas organizações nacionais foram fundadas para tal finalidade.

---

<sup>2</sup> Batalha travada, em 24 de agosto de 1859, entre os exércitos da França e da Itália contra o exército da Áustria.

Posteriormente, o Comitê dos Cinco adotou o nome de Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), cujos esforços são reconhecidos na atualidade.

Feitas tais digressões, verifica-se que o Direito Humanitário é a vertente dos Direitos Humanos a ser aplicada na hipótese de guerra, sendo tal direito a primeira expressão, no plano internacional, da existência de limites à autonomia e a liberdade dos Estados, ainda que restrita aos conflitos armados (PIOVESAN, 2011, p. 171).

Ao seu turno, a Liga das Nações, também conhecida como Sociedade das Nações, veio reforçar essa concepção, evidenciando a necessidade de relativização da soberania dos Estados.

Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações, tinha como objetivo a promoção e cooperação para a paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a independência política de seus membros e contra a integridade territorial, conforme se verifica no preâmbulo da Convenção da Liga das nações.

A Convenção da Liga das Nações, continha, em seu texto, previsões genéricas afetas aos direitos humanos, destacando-se o sistema de minorias, em que os Estados assumiram o compromisso de não discriminar membros de grupos minoritários, bem como garantir-lhes direitos especiais necessários à preservação de sua integridade religiosa, étnica e linguística. Tal dispositivo, representava um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga previa sanções militares e econômicas a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem as obrigações assumidas. (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.191).

Assim, mais uma vez, foi redefinida a concepção de soberania absoluta do Estado, que passou a incorporar em sua compreensão compromissos e obrigações de alcance internacional, no que pertine aos direitos humanos.

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos, uma vez que criada após a Primeira Guerra Mundial, tem por objetivo promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e

produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.

Durante seus primeiros quarenta anos de existência, a Organização Internacional do Trabalho promulgou mais de uma centena de Convenções internacionais, as quais os Estados-membros se comprometiam a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho, demonstrando que as organizações internacionais poderiam exercer considerável influência (PIOVESAN, 2011, p.174).

Feitas tais digressões, conclui-se que com o advento do Direito Humanitário, Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho, houve o início da mudança de paradigma da soberania estatal absoluta, que estabelecia que os únicos sujeitos de direitos na esfera internacional seriam os Estados, tendo em vista a enorme contribuição de tais institutos, cada um a seu modo, ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

Através desses institutos, não mais se objetivava proteger as relações entre Estados, mas sim, o alcance das obrigações assumidas no plano internacional, que fixavam garantias a serem implementadas coletivamente, em razão de sua natureza que transcendia aos interesses dos Estados contratantes, porquanto tais obrigações visavam a tutela dos direitos do ser humano. Admitindo, ainda, intervenções no plano nacional, em pro da proteção desses direitos.

Nesse cenário, aos poucos, foi sendo construída a ideia de que o indivíduo também é sujeito de direitos na esfera internacional, iniciando o processo de consolidação da capacidade internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não se limitavam à jurisdição doméstica, mas constituem legítimo interesse internacional. Iniciando, assim, o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos, que representaram os primeiros limites à liberdade e autonomia dos Estados, relativizando o conceito de sua soberania.

## 2.1 Internacionalização dos direitos humanos: Pós-Guerra

Após a Primeira Guerra Mundial, na Europa, ascenderam três regimes totalitários, presentes na Rússia, na Itália e na Alemanha. Na Rússia, após a Revolução de 1917, os bolcheviques liderados Lenin e Stalin iniciaram as medidas para a construção do Estado Soviético, que centralizava nas mãos do Estado o controle econômico, político e social da vida de seus habitantes. Na Itália, o fascismo, liderado por Benito Mussolini, surgiu como uma reação aos efeitos desmoralizadores da guerra, adotando como pilar o militarismo, totalitarismo e o nacionalismo. Na Alemanha, o Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista), que tinha como principal líder Adolf Hitler, surge no contexto de crise, vivenciada pela Alemanha, diante das restrições impostas pelo Tratado de Versalhes. O nazismo alemão tinha como pressupostos o nacionalismo, antissemitismo, racismo, totalitarismo, dentre outros (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 195).

Hitler em suas ambições expansionistas deu causa a Segunda Guerra Mundial, conflito bélico marcado pelo extermínio em massa de pessoas e a existência de campos de concentração destinados a povos consideradas inferiores.

Assim, tem-se que a Segunda Guerra Mundial foi marcada por graves violações aos direitos humanos (GALHANO, 2012, p.15).

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, portanto, como consequência da Segunda Guerra Mundial. Sendo, tratando-se de um fenômeno do pós-guerra, apresentado como resposta à barbárie e aos horrores cometidos pelo nazismo, diante da imprescindibilidade de reconstrução dos direitos humanos, como forma de reaproximar o direito da moral, a fim de ser garantido, aos seres humanos, a capacidade de serem sujeitos de direitos (PIOVESAN, 2011, p.174).

Nesse contexto, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi sendo instaurado, paulatinamente, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, a fim de contribuir para a

reconstrução do novo paradigma, alterando-se de forma definitiva a doutrina da soberania estatal, tendo em vista que questões afetas à violação de direitos humanos não mais se restringiam a esfera estatal, porquanto tenha se tornado questão de interesse internacional.

Preocupação com o processo de Internacionalização dos Direitos Humanos se evidencia através da criação de diversos mecanismos de proteção, imediatamente após o fim da guerra, sendo eles o Tribunal de Nuremberg, criado em 1945-1946, como forma de responsabilizar os alemães pela guerra e pela barbárie cometida no período, através da responsabilização criminal de líderes do partido nazista, dos oficiais militares e de todos os indivíduos que colaboraram para a ocorrência do nazismo.

Além disso, a criação das Nações Unidas, através da Carta das Nações Unidas (1945) com suas agências especializadas, marcou o surgimento de uma nova ordem internacional, preocupada com o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados para a manutenção da paz, da segurança e cooperação internacional.

Ressalta-se, ainda, que com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, houve a consagração dos valores éticos de cunho universal a serem seguidos pelos Estados, uma vez que o documento estabelece um conjunto de direitos e deveres sem as quais um ser humano não pode se desenvolver, sendo aplicada a todas as pessoas, porquanto fundada no respeito à dignidade da pessoa humana. (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 207).

Logo, para o direito internacional dos direitos humanos, o único requisito para a titularidade de direitos é a condição de pessoa, ou seja, o “direito a ter direitos”, consoante terminologia cunhada por Hanna Arendt, passou a ser o referencial de toda a internacionalização.

Desta forma, a proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos (TRINDADE, 2006, p.05).

Diante de tais circunstâncias, estes foram os primeiros passos tomados para a internacionalização dos direitos humanos.

## **2.2 Superação da dicotomia Monismo-Dualismo: aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável**

A doutrina especializada em Direito Internacional, diante dos conflitos existentes sobre o processo de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico de um Estado em razão de sua matéria, tendo em vista que podem conter disposições sobre direitos humanos ou disposições diversas, criou duas teorias com o objetivo de solucionar tal divergência, quais sejam, a teoria monista e a teoria dualista.

Segundo os defensores da teoria dualista, o direito interno e o direito internacional, são duas ordens jurídicas distintas e independentes. Assim, de acordo com esta teoria, seria possível que uma norma ratificada internacionalmente por um Estado entre em conflito com norma interna, motivo pelo qual, a norma internacional, deverá passar por um processo de aprovação perante o Legislativo para ter validade no âmbito interno (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.99).

Ao seu turno, a teoria monista estabelece que o direito é único, tanto na esfera interna quanto internacional, de forma que ambos compõem o mesmo sistema jurídico, não sendo, portanto, autônomos ou independentes. Para os defensores desta teoria, o processo de internalização da norma internacional é dispensável, uma vez que impossível a existência de conflitos entre a mesma ordem jurídica. A teoria monista, divide-se, ainda, em Monista com prevalência do Direito Internacional, que estabelece que em caso de conflito, a norma a ser aplicada é a oriunda do direito estrangeiro e, Monista com prevalência do Direito interno, que defende que na mesma situação, a primazia será do direito interno, em razão da soberania estatal. (REZEK, 2011, p. 28).

Verifica-se, portanto, que ambas as teorias têm por objetivo explicar a prevalência do Direito Interno ou do Direito

Internacional, quando da existência de conflitos normativos entre as duas esferas.

A Constituição Federal brasileira, no que pertine a qual teoria o Estado Brasileiro adotou, é silente, todavia, prevalece na doutrina e na jurisprudência, a aplicação da Teoria Dualista, havendo entendimento de que para que uma norma internacional passe a valer no ordenamento jurídico pátrio, esta norma precisa ser incorporada, através de um processo legislativo e, caso haja conflito, se faz necessário a realização de exercício hermenêutico para estabelecer qual norma será aplicada.

Consigne-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu artigo 5º, §2º, estabelece que “*os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte*”, demonstrando ser o texto constitucional do tipo aberto, uma vez que tal dispositivo se trata de cláusula inclusiva, que rejeita a ideia de taxatividade dos direitos fundamentais.

Na tentativa, de dirimir a questão acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/2004 representou um significativo avanço ao introduzir no texto constitucional o parágrafo terceiro do artigo 5º, uma vez que assegurou aos tratados atinentes aos direitos humanos que caso observassem o procedimento previsto em tal artigo, qual seja, a aprovação em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, o tratado teria hierarquia constitucional equivalente às emendas constitucionais, possuindo, portanto, uma hierarquia distinta, diante da “supralegalidade” consagrada pelo STF<sup>3</sup> para os demais tratados de direitos humanos (SARLET, 2015, p. 01).

Assim, tratados internacionais ratificados pelo Brasil recebem *status* de Lei ordinária, ressalvados os Tratados que versarem sobre Direitos Humanos, que se aprovados em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos que

---

<sup>3</sup> [RE 466.343, voto do rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60]. Que definiu o *status supralegal dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*.

equivalerão às emendas constitucionais, conforme previsão do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ainda, conforme entendimento exarado pelo STF, caso os tratados de direitos humanos não tenham sido aprovados conforme a regra do artigo 5º, §3º, da CF/88, eles terão caráter “supralegal”, integrante do chamado bloco de constitucionalidade.

Todavia, em que pese a grande contribuição de tais correntes doutrinárias para o direito internacional, em matéria de Direitos Humanos, a dicotomia Monismo-Dualismo, não deve prevalecer, porquanto a aplicação do direito deve se basear na perspectiva de concretização da proteção à pessoa humana. De forma que, no contexto da proteção dos direitos humanos, o princípio da primazia da norma mais favorável, deve imperar, independentemente da origem da norma.

Neste sentido, Cançado Trindade<sup>4</sup> sobre o tema afirma:

As relações entre o direito internacional e o direito interno foram concentradas *ad nauseam* à luz da controvérsia clássica, estéril e ociosa, entre dualistas e monistas, erigida em falsas premissas. Na proteção de seus direitos, o ser humano está sujeito tanto ao direito interno quanto ao direito

---

<sup>4</sup>Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas *ad nauseam* a la luz de la polémica clásica, esteril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídica propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la norma –de origen internacional o interna- que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constatase hoy, en efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, cabiendo, pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias (TRINDADE, 1997, p.72 tradução nossa).

internacional, dotado de personalidade e capacidade jurídica próprias. Como resulta das disposições expresas dos próprios tratados de direitos humanos e a abertura do direito constitucional contemporâneo para os direitos internacionalmente reconhecidos, **não mais cabe insistir na primazia das regras de direito internacional ou direito interno, porque a primazia é sempre a norma - de origem internacional ou interna - que melhor protege os direitos humanos, a norma mais favorável às vítimas.** Hoje, de fato, há a coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno no que diz respeito à proteção da pessoa humana e, portanto, é necessário desenvolver essa coincidência encorajadora até suas conseqüências finais. (TRINDADE, 1997, p.72). (grifo nosso)

### 2.3 Construção de uma nova teoria constitucional

As graves violações aos direitos humanos, ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente as praticadas na Alemanha nazista, foram tuteladas pelo direito, diante do que se convencionou chamar de Positivismo Jurídico, sendo um de seus percursores o jurista austríaco Hans Kelsen, com a obra Teoria Pura do Direito.

A teoria desenvolvida por Kelsen, define o Direito como um sistema de normas com o mesmo fundamento de validade, ao qual ele denominou de norma fundamental, não importando qual seja o conteúdo desta norma fundamental, ela servirá de parâmetro de validade para todas as outras normas hierarquicamente inferiores. A norma fundamental que confere validade a todo o ordenamento jurídico é, para Kelsen, a Constituição.

Neste sentido, Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito aduz que:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados (KELSEN, 1999, p. 39).

Em que pese o jurista ter criticado, arduamente, a utilização de sua obra pelo regime nazista, tem-se que os regimes totalitários utilizaram o positivismo jurídico para legitimar e validar suas ações, porquanto sustentavam que estavam apenas cumprindo a Lei.

Diante da barbárie vivenciada no período, foi necessária uma mudança de paradigma no mundo, em especial no meio jurídico, uma vez que o mundo não aceitaria mais o império de uma lei tirânica, de modo que alguns parâmetros morais de justiça necessitavam permear o direito, tendo em vista que apenas critérios formais de validade não eram mais razoáveis.

O pós-positivismo surge nesse contexto, como um novo pensamento jusfilosófico com o objetivo de impor limites éticos ao operador do direito, como modo de corrigir o sistema (FERNANDES, BICALHO, 2011 p. 111).

A partir disso, iniciou-se um movimento teórico de valorização do direito constitucional que passou a considerar a constituição como centro do ordenamento jurídica, porquanto fundada na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, sendo o pós-positivismo o marco teórico deste novo direito constitucional (BARROSO, 2008, p. 05).

Assim, o constitucionalismo moderno, também denominado como neoconstitucionalismo, possui como cerne a garantia aos direitos humanos, de forma que todo o arcabouço jurídico presente nas Constituições para assegurar a origem e o exercício do poder de forma legítima, ergue-se no sentido de assegurar a eficácia dos direitos humanos (MARÇAL; FREITAS, 2013, p. 2016).

O neoconstitucionalismo, trata-se, portanto, de uma técnica específica de limitação do poder, baseada na concepção de que o Direito não se restringe à lei, ou a vontade do legislador, uma vez que pautada na força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional, bem como no desenvolvimento de novas técnicas de interpretação, quais sejam a ponderação, uso de cláusulas abertas e reconhecimento dos princípios como norma. Além disso, o papel do jurista, também foi alterado pela teoria neoconstitucionalista, uma vez que a ele não cabe apenas analisar a letra da lei, mas sim captar o verdadeiro sentido da norma a partir da análise do caso concreto.

Desta forma, o neoconstitucionalismo, pode ser conceituado como um modelo de interpretação do Direito a partir da valorização dos direitos humanos, que se apresentam como direitos fundamentais nas Constituições de cunho democrático.

Neste sentido, Diego Valadés afirma que:

O constitucionalismo moderno tem como eixo a garantia dos direitos humanos. Todos os instrumentos legais fornecidos pelas constituições para assegurar a origem e o exercício do poder são orientados no sentido de garantir a positividade e a efetividade dos direitos humanos. A defesa internacional desses direitos é explicada na medida em que cada Estado os consagrou como centro de seu pacto constituinte. Não é, portanto, de uma imposição externa nem superior ao Estado nacional, mas de uma ação paralela e correlativa à naturalização do próprio Estado de Direito. (VALADÉS, 1998, p.1474)<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>El constitucionalismo moderno tiene como eje la garantía de los derechos humanos. Todo el instrumental jurídico provisto por las constituciones para asegurar el origen y el ejercicio del poder se orienta en el sentido de asegurarla positivamente y eficazmente de

Ressalta-se, por conseguinte, que o neoconstitucionalismo, baseia-se na agregação de normatividade aos princípios, ao fomento da vinculação vertical e também horizontal dos direitos fundamentais e humanos, à cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados passíveis de concretização singular pelo julgador, às teorias de argumentação para eficácia decisória, bem como da judicialização da política, dentre outros aspectos inaugurados nesta fase pós-positivista (OLIVEIRA, LAZARI, 2018, p.124).

Lado outro, o texto de uma Constituição, é fonte manifesta da vontade de um povo, que, através do poder constituinte, estabelece regras jurídicas fundamentais para a organização do Estado, de forma duradoura, visto que uma vez instituída uma Constituição, apenas uma ruptura jurídica-institucional justificaria a realização de outra Carta Política.

Para tanto, é necessário que o texto constitucional seja capaz de atender as mudanças ocorridas no seio da sociedade a que se destina e constitui, para que não se torne obsoleta, ou conforme termo cunhado por Ferdinand Lassale, uma mera “folha de papel”.

É diante deste espírito democrático que Peter Haberle propõe uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição que possa atender o maior número possível de destinatários, tornando a interpretação do texto mais democrática possível.

Para Haberle, é impensável uma interpretação constitucional sem o cidadão ativo, uma vez que ele vive no contexto regulado pela norma, de forma que é, direta ou indiretamente, intérprete dessa norma.

---

losderechos humanos. La defensa internacional de esos derechos se explica en tanto que cada Estado los ha consagrado como centro de su pacto constitutivo. No se trata, por tanto, de una imposición externa ni superior al Estado nacional, sino de una acción paralela y correlativa a la naturalización del Estado de Derecho (VALADÉS, 1998, p.1474, tradução nossa)

Assim, os intérpretes jurídicos da constituição não deteriam o monopólio de sua interpretação. Tratando-se de pluralizar a participação cidadã em todas as fases da produção normativa.

Neste sentido, Peter Haberle:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (...) Isto significa que apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propicia, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade! (HABERLE, 2014, p. 27 e 29).

Assim, segundo a concepção de sociedade aberta de intérpretes da Constituição proposta por Haberle, o círculo de intérpretes da Norma Fundamental deve ser alargado para abranger não apenas as autoridades públicas e as partes formalmente envolvidas no processo de controle de constitucionalidade, mas todo cidadão e grupo social que vivenciam a realidade constitucional.

Ademais, Haberle também contribuiu para a concepção de um direito constitucional comum diretamente ligado à ideia de um Estado Constitucional Cooperativo que estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais, cuja atuação isolada dos Estados não mais existiria, tendo em vista que existiriam como referência para outros Estados membros da comunidade.

Neste sentido, Haberle sobre o Estado Constitucional Cooperativo:

Estado Constitucional Cooperativo, como o estado que encontra sua identidade

também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, à necessidade internacional de políticas de paz HABERLE, 2007 p. 04).

O modelo de cooperação proposto permitiria que os Estados preservassem suas características constitucionais, mas com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional. O Estado nacional deixaria de ser soberano, nos moldes clássicos, para ser cooperativo.

Assim, o Estado constitucional não mais teria suas referências em si mesmo, mas nos seus semelhantes, sendo que a manifestação desse fenômeno ocorreria por meio dos princípios gerais que consagrarem os direitos humanos universais. (MENDES, 2016, p. 05-09).

O Estado constitucional de Haberle, portanto, seria um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças culturais nacionais, o que demandaria o emprego de meios para que a América Latina, com sua riqueza multicultural, se reafirme na era globalizada. O Estado constitucional seria o tipo ideal de Estado da “sociedade aberta”.

Ressalta-se, que diversos países latino-americanos, inclusive o Brasil, tem avançado no sentido de inserção no plano internacional, haja vista a inclusão em seus ordenamentos jurídicos de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, reservando lugar especial em seus ordenamentos jurídicos.

A CF/88, no parágrafo único, do artigo 4º, estabelece: “*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”.

Além deste dispositivo, a CF/88, possui previsões relacionadas aos tratados internacionais no artigo 5º, § 2º e 3º, bem como o §4º, que estabelece que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, sendo certo que a

clausula terceira e quarta foram acrescentadas pela emenda constitucional nº 45/2004. Tais dispositivos, evidenciam a opção do constituinte pela integração do Brasil aos organismos internacionais.

Diante ao exposto, nota-se uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar normas internacionais relacionadas à proteção do ser humano.

## 2.4 Integração regional da América Latina

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, em alguns âmbitos, falta diálogo, intercâmbio e integração na América do Sul (SILVA, 2010. p.515).

Neste sentido, referido autor entende a integração jurídica como um dos fenômenos de integração e interação entre os diversos atores jurídicos do continente. Sustenta, ainda, que no âmbito da integração jurídica duas indagações permeiam o debate acerca dessa integração regional. A primeira delas se refere ao nível hierárquico dos tratados internacionais e supranacionais na ordem jurídica interna, sendo a resposta a tal questionamento a defesa da hierarquia constitucional, no que pertine aos tratados de direitos humanos ou, ainda, a defesa de uma hierarquia infraconstitucional. A segunda, por sua vez, diz respeito a vinculação da jurisdição interna de cada Estado a decisões de tribunais internacionais ou supranacionais, sendo a resposta a vinculação ou não dessas decisões.

Entretanto, aduz que se a integração de determinada região for analisada a partir de tais premissas, torna-se possível sustentar que uma verdadeira integração ocorre quando há vinculação às decisões de tribunais supranacionais e que, além disso, uma hierarquia constitucional dos tratados, especialmente os de direitos humanos, também seria fundamenta para a integração especialmente se a aceitação de uma jurisdição supranacional estiver prevista em tratado de mesma natureza, como é o caso da Corte IDH.

O autor considera, todavia, que tal debate abrange apenas um aspecto da ideia de integração jurídica, de forma que, procura outros caminhos para discutir a integração jurídica na América do Sul, propondo, inicialmente a distinção entre

integração jurídica institucional-legal e integração jurídica discursiva.

A ideia de integração institucional-legal está ligada à concepção de instituições comuns, uma legislação comum, uma jurisdição comum ou uma constituição comum, como ocorre na União Europeia.

Ao seu turno, a integração discursiva, não depende de instituições comuns, de poderes comuns, de uma jurisdição comum, porquanto esse tipo de integração pressupõe, quando muito, realidades sociais, econômicas ou culturais semelhantes, o que já existe na América do Sul, motivo pelo qual, indaga se faz sentido aguardar a criação, ou maior desenvolvimento de instituições comuns para iniciar o debate acerca da integração, sendo a resposta para tal questionamento a construção de uma integração jurídica baseada no diálogo constitucional transnacional.

Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva, propõe a integração discursiva por meio dos diálogos constitucionais, que ocorrem através do empréstimo ou de migração de ideias constitucionais.

Os empréstimos constitucionais, embora não haja um conceito universal no âmbito constitucional, em sentido estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da Constituição de um Estado para a Constituição de outro. Assim, empréstimo constitucional seria análogo ao que os transplantes legais sempre foram para o direito privado comparado em geral. Entretanto, tal enfoque se mostra limitado para a discussão da integração.

Lado outro, empréstimos constitucionais, em sentido amplo, se mostram mais do que simples transplante de regras escritas, porquanto se manifestam não apenas no âmbito constituinte, mas também do âmbito jurisprudencial, bem como em razão dos empréstimos constitucionais envolverem a importação de ideias ou de teorias constitucionais (SILVA, 2010. P. 517-518).

Para Virgílio Afonso da Silva, alguns autores têm preferido falar em migração de ideias para a segunda acepção de empréstimo, consistente em um livre fluxo de ideias, critérios e teorias interpretativas, distinguindo-se do simples transplante

legal, tendo em vista que este seria apenas uma cópia de um texto constitucional ou legal.

O autor propõe a construção de uma interação jurídica por meio do diálogo, tendo em vista que a integração corresponde a algo mais livre e multilateral, uma vez que a metáfora da migração se trata de ideias constitucionais e não de regras ou de textos, sendo certo que migração é entendida como um movimento interestatal de ideias constitucionais. Referindo-se, neste sentido, a todos os movimentos entre os sistemas, evidentes ou velados, iniciados pelo doador ou pelo receptor. Diante desta perspectiva, a integração por meio da migração de ideias, se trata do livre câmbio de ideias, experiências ou teorias, que não pretende vincula ninguém.

Tratando-se, portanto, a integração jurídica de uma argumentação que pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre ordens jurídicas nacionais e supranacionais.

Neste sentido, apresenta dois exemplos que ilustram diversas formas de diálogo entre cortes e experiências jurídicas, sendo o primeiro deles:

O primeiro exemplo é o voto do juiz Anthony Kennedy, na decisão *Roper v. Simmons*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que, com o intuito de demonstrar a incompatibilidade da pena de morte para menores de 18 anos com a oitava emenda da constituição norte-americana, recorreu a argumentos baseados na “opinião internacional”, em referência a “leis de outros países” e a “autoridades internacionais”, à “comunidade internacional” e à “comunidade europeia ocidental”. Em determinado momento de seu voto, Kennedy expressamente faz referência ao peso da opinião internacional, ao dizer que: “É de se reconhecer o enorme peso da opinião internacional contra a pena de morte para jovens [...]. A opinião da comunidade mundial, embora não controle

nossa decisão, fornece uma confirmação respeitável e significativa para as nossas conclusões” (SILVA, 2010.p. 519-520).

Assim, neste primeiro exemplo, discutem-se a utilização de ideias, critérios os consensos internacionais para interpretar uma constituição nacional e decidir um caso concreto, não se tratando de se verificar a vinculação de um tribunal a tribunais ou a uma legislação supranacional.

Por sua vez, o segundo exemplo aborda o debate sobre a vinculação ou não vinculação das decisões dos tribunais supranacionais, indo além da resposta binária, conforme se verifica na decisão Gorgulu, do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Segundo o Tribunal Constitucional alemão, embora não haja vinculação formal estrita (entre as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e os tribunais alemães), desconsiderar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não seria compatível com a proteção dos direitos humanos e com o princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, não levar em consideração as decisões da Corte Europeia seria tão equivocado quanto tentar aplicá-las diretamente como se houvesse uma supremacia pura e simples das decisões dessa corte em face das decisões dos tribunais nacionais (Silva, 2010, p. 521).

Diante de tal decisão, tem-se que as decisões da Corte Europeia impõem um ônus argumentativo, embora não vinculem os tribunais dos Estados membros, de forma que as discussões sobre vinculação entre jurisdições não se mostram suficientes para a compreensão do problema. Tratando-se, portanto, de uma questão de vinculação argumentativa, porquanto se trata de receber e reprocessar ideias supranacionais.

Ante ao exposto, é possível concluir que a integração pode existir, ainda que não haja uma vinculação formal estrita às decisões supranacionais.

O último exemplo apresentado, exemplifica a integração através da migração de critérios interpretativos citando o princípio da proporcionalidade, que é o critério adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, tendo em vista que tal critério interpretativo migrou para outros tribunais constitucionais em especial para a jurisprudência inglesa, bem como a jurisprudência brasileira.

Isto porque, durante décadas, tribunais ingleses aplicaram o critério da irrazoabilidade, todavia, nos últimos anos, a proporcionalidade tem sido cada vez mais aplicada, também, pelos juízes ingleses.

Evidente, portanto que, o critério da proporcionalidade, originário do Tribunal Constitucional alemão migrou, de forma indireta, através da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e, após, continuou seu caminho até chegar à jurisprudência dos tribunais ingleses.

Diante de tais exemplos, Virgílio explicita que para que haja efetiva integração entre tribunais é necessário que, cada vez mais tribunais constitucionais empreguem os mesmos critérios de interpretação, a fim de que entre estes tribunais ocorra a migração de ideias, como forma de aproximar o discurso jurídico, acarretando em uma conversação ou diálogo entre tribunais.

No que pertine a América do Sul, o autor estabelece que não é tarefa simples avaliar o grau existente de diálogo entre as cortes Sul-americanas, porquanto existam mais diálogo entre determinados países do que entre outros, havendo, portanto, um déficit na integração jurídica, diante da grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre seus tribunais. Resultando, assim, em uma grande ausência de migração de ideias constitucionais na região, que se mostra evidente através da ausência de migração até mesmo das decisões oriundas da Corte Interamericana, sendo certo que até mesmo no Brasil a jurisprudência da Corte IDH não encontra ressonância nas decisões dos tribunais nacionais.

Neste sentido, Virgílio aponta cinco principais causas para o pequeno trânsito de ideias no continente latino americano, apontando possíveis soluções para sanar tais problemas, que são:

A) Desconhecimento geral sobre os países que compõem a América do Sul: o diálogo jurídico ou a migração de ideias constitucionais aumentará com a ampliação da divulgação de informações sobre países da América do Sul, o que influenciará diretamente na capacidade de conhece-los e compreendê-los;

B) O ensino jurídico no Brasil e contato com as decisões de tribunais ou com trabalhos de autores de autores sul-americanos e a discussão de questões ligadas à integração regional ou ao sistema regional de proteção de direitos humanos: o ensino jurídico constitui um fator de fomento para o aumento da integração por meio da migração de ideias constitucionais;

C) O sistema interamericano na pesquisa acadêmica: A preocupação acadêmica passa a se ocupar com o sistema interamericano de direitos humanos, embora também exista material acerca da Corte Europeia de Direitos Humanos;

D) Direito Constitucional X Direito Internacional: No Brasil há uma rígida separação, sobretudo nas universidades, entre direito constitucional, de um lado, e direito internacional público e direito comunitário de outro, de forma que o material normativo utilizado pelos juízes é quase que exclusivamente um material de direito interno.

E) Utilização de decisões da Corte IDH e de tribunais sul-americanos: Há uma utilização muito pouco significativa de ideias constitucionais desenvolvidas em

outros países na América do Sul ou da América Latina, bem como uma ínfima atenção às decisões da Corte Interamericana e de tribunais nacionais de outros países da América do Sul no discurso jurídico brasileiro;

Diante de tais causas, o autor propõe a aproximação do Tribunal Constitucional Brasileiro (STF) com os Tribunais dos países vizinhos como forma de efetivar a proteção aos direitos humanos, porquanto os problemas enfrentados pelos países latinos são muito mais parecidos aos enfrentados pelos brasileiros do que, por exemplo, as situações ocorridas na Europa ou nos Estados Unidos.

Assim, conhecer os outros, suas ideias, podem também ser consideradas formas de integração. Além disso, o conceito clássico de constitucionalismo deve ser superado, a fim de possibilitar a abertura crítica para o debate entre autoridades que decidem no plano nacional e internacional, tendo em vista que o objetivo central da proteção por parte do direito é a pessoa humana, não mais o Estado.

Neste sentido, a proteção à pessoa humana, deve ser norteador das decisões judiciais, sendo uma das formas de garantir a efetiva proteção dos direitos humanos a utilização de argumentos advindos de outras cortes, sejam elas nacionais ou internacionais.

Ressalta-se, por fim que o diálogo não pressupõe aceitação, ou imposição do que foi decidido por outra corte, tendo em vista que a integração jurídica, decorrente do diálogo, pode ocorrer entre ordens jurídicas nacionais ou, ainda, entre uma ordem jurídica nacional e outra supranacional.

Consigne-se que, embora o autor Virgílio Afonso da Silva sustente a quase inexistência de diálogo entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, é possível, atualmente, notar uma tentativa de aproximação entre a Corte de São José e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo em vista o acordo firmado entre eles estabelecendo o CNJ como guardião da jurisprudência da Corte IDH em língua portuguesa, bem como estabeleceu a colaboração ampla e direta entre os dois órgãos com o objetivo de promover, velar e difundir normas internacionais e a

jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos, notadamente aqueles oriundos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seguindo tal parceria o princípio do diálogo jurisprudencial.

Pelo exposto, verifica-se a abertura do direito brasileiro à integração jurídica através do diálogo entre cortes, o que será exposto no próximo capítulo.

### 3 DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES

Com a globalização, o mundo hodierno, encontra-se profundamente impactado pelo crescente diálogo entre indivíduos, instituições e países.

Tal interação ocorre, inclusive, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que cada vez mais é possível constatar o estreitamento das relações entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, para proteção dos direitos humanos, através do desenvolvimento do diálogo entre os Tribunais nacionais e supranacionais de direitos humanos.

Neste sentido, o processo de globalização não afetou apenas a economia, política e a forma com que as pessoas se relacionam. O judiciário e a postura dos que o compõem também passou por este fenômeno, porquanto o direito internacional passou a influenciar o direito interno, diante das normas internacionais e criação dos tribunais supranacionais, bem como em razão da proteção do ser humanos, através do direito internacional dos direitos humanos.

É nesse contexto que se insere o diálogo entre jurisdições, como forma de possibilitar a comunicação internacional entre juízes que, embora possuam competência territorial determinada, em razão da globalização, são levados a um processo de abertura a outras instâncias judiciais supranacionais.

Além disso, a aproximação dos sistemas jurídicos nacionais, diante de suas peculiaridades, permitiu a criação de elos entre os sistemas que contribuem para a existência de um diálogo entre cortes.

Consigne-se que embora haja a difusão do diálogo entre cortes, ainda hoje é possível notar um pouco de resistência em algumas jurisdições sobre o uso de decisões estrangeiras, em razão da concepção de que o uso de decisões alienígenas “enfraquece” a soberania, porquanto o exercício do poder jurisdicional estaria restrito ao âmbito interno do Estado.

Todavia, o diálogo entre corte surge como uma solução para a convergência e harmonia das ordens jurídicas plurais, uma vez que representa uma via para a integração jurídica, em especial na América Latina diante da semelhança cultural, econômica e social entre os países latino-americanos, a fim de alcançar uma solução que atenda aos interesses e valores da comunidade internacional.

Neste sentido, o uso de fontes externas pode servir como parâmetro para solução de casos concretos, em especial aos que envolvem a tutela dos direitos humanos, a fim de criar um consenso internacional de proteção ou, ainda, para justificar uma decisão ou refutar sua aplicação, diante das especificidades do caso.

Portanto, observar os problemas das demais sociedades, pode contribuir para que Cortes nacionais e supranacionais, vejam determinado problema em uma perspectiva diferente, fornecendo maior campo de ideias e experiências, a fim de gerar opiniões mais reflexivas, contribuindo para uma jurisprudência global com decisões nacionais de qualidade, com legitimidade e racionalidade (ARAUJO, MACEDO, 2014, p. 24).

Ressalta-se, ainda, que tanto interna quanto internacionalmente, a pessoa humana é e deve ser o fundamento da ordem jurídica dos direitos humanos.

Ademais, numa análise conjugada dos princípios norteadores das relações internacionais do Brasil, conforme previsto no artigo 4º da CF/88, em especial dos incisos II e IX, que assim estabelecem: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - Prevalência dos direitos humanos; (...) IX - Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, denota-se que o constituinte originário primou, nas relações internacionais, pela defesa dos direitos humanos e cooperação entre os povos, determinando, ainda, a busca pela integração

econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina (PROVIN, SANTOS, 2017, p.120).

Além disso, a Lei nº 13.105/15, que promulgou o Novo Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de cooperação jurídica internacional, que pode ter como objeto, além da colheita de provas e comunicação das partes envolvidas, a assistência jurídica internacional e a obtenção do préstimo de informações sobre o ordenamento jurídico, sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso em outro país

Deste modo, juízes e tribunais brasileiros podem se servir do direito internacional dos direitos humanos como norma constitucional ou supralegal, a depender da matéria adotada e da forma de internalização da norma, podendo sustentar que a instrumentalização da decisão se justifica em cumprimento a um compromisso internacional de garantia à prevalência dos direitos humanos (ALVARADO, 2015, p. 258).

Diante de tais premissas, o diálogo entre cortes pode ser compreendido como um fenômeno consistente na incorporação de argumentos extraídos de decisões no âmbito global, seja aquelas promanadas em tribunais estrangeiros ou em cortes de jurisdição eminentemente internacional. O diálogo entre juízes reflete um alto grau de troca de precedentes judiciais entre cortes que não guardam, necessariamente, vínculo formal de hierarquia. A comunicação judicial, ultrapassa, assim, as fronteiras nacionais, independentemente de coordenação intergovernamental.

Consigne-se que, o diálogo entre cortes exige que jurisdições nacionais e internacionais se notem como integrantes de um processo de integração em matéria de direitos humanos, trocando experiências, teorias e modos de interpretar dispositivos. Assim, os direitos humanos, no plano internacional, devem servir como parâmetro para o processo decisório dos juízes nacionais (CONCI, 2015, p. 122).

Isto porque, cada vez mais é possível verificar que Estados nacionais e suas autoridades estabelecem relações não hierárquicas entre seus espaços internos e o plano internacional, a fim de compartilhar decisões em matéria de organização estatal e direitos humanos. Trata-se, portanto, de um

constitucionalismo, em que deve haver a superação de modelos restritos por fronteiras nacionais, para uma abertura crítica para o debate entre autoridades que decidem no plano interno e internacional.

Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva aduz que:

O constitucionalismo – e a interpretação constitucional – não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns, e muitas vezes as realidades e as experiências jurídicas também o são. Neste sentido, é possível afirmar que mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão (ou tribunal) supranacional, a integração por meio do livre fluxo de ideias, poderia ser riquíssima e intensa (SILVA, 2010, p. 530).

Assim, tem-se que problemas a serem resolvidos em determinados Estados, podem ser comuns a outros que exercem suas funções tanto em tribunais nacionais quanto em tribunais internacionais e que muitas vezes já decidiram problemas idênticos ou muito semelhantes.

Destarte, a utilização de argumentos originários de outras cortes, nacionais ou estrangeiras, não demanda, necessariamente, subserviência, pois o contato não se estabelece na perspectiva vertical e sim na horizontal, sendo certo que diálogo não significa aceitação ou imposição do que foi decidido pela outra corte.

A legitimação do diálogo se afirma diante do reconhecimento por parte da comunidade jurídica, de que há um processo exaustivo de argumentação levado a cabo pelos tribunais e que também os argumentos advindos de cortes alienígenas podem fazer parte de uma decisão, ainda que contrária ao que decidido para além das fronteiras do estado nacional (CONCI, 2015 p. 127).

Feitas tais digressões, o diálogo entre cortes pode ser apresentar de três formas:

1) Diálogo entre as jurisdições regionais (ex. Corte Europeia e Corte IDH);

2) Diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais (ex. Corte IDH e STF);

3) Diálogo entre as jurisdições constitucionais (ex. STF e Corte Suprema de Justiça da Argentina).

Todavia, considerando que o foco deste trabalho é o diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos, a análise será concentrada exclusivamente no diálogo entre jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais, abordando os requisitos para o estabelecimento deste diálogo, sua utilização como forma de deliberação entre precedentes dos ordenamentos constitucionais e o controle de convencionalidade.

### **3.1 Requisitos para o estabelecimento do diálogo entre cortes**

O diálogo entre cortes, conforme consignado acima, pode ser definido como uma comunicação entre dois ou mais órgãos jurisdicionais, com possibilidade de influências recíprocas, com a finalidade de solucionar uma determinada questão.

Deste modo, os critérios tradicionais utilizados para solucionar conflitos entre normas, quais sejam os critérios de hierarquia, especialidade e anterioridade, se mostram insuficientes diante da complexidade na efetivação da proteção da pessoa humana e dos grupos vulneráveis, razão pela qual se busca a superação dos meios tradicionais de solução de conflitos, por diálogos sistemáticos de coerência, de complementaridade ou subordinação e de adaptação. Diálogo, em razão da busca por influências recíprocas entre diferentes textos normativos. Sistemáticos, porquanto se mostra necessário a análise holística do ordenamento jurídico, não sendo possível analisar dispositivos individualmente considerados (SHAFER, RIOS, LEIVAS, GOMES, 2017, p. 211).

A coerência é verificada a partir da interpretação dos dispositivos normativos voltada para a valorização da pessoa e

dos grupos em situação de vulnerabilidade. As relações de complementaridade e de subsidiariedade, por sua vez, exigem do jurista que, ao invés aferir hipoteticamente se esta diante de norma geral ou especial, aplique as disposições que realizem em maior número os valores juridicamente protegidos. Ao seu turno, os diálogos de adaptação ocorrem toda vez que é inserido um novo elemento no sistema normativo, com o qual passa a interagir por meio da ação dos interpretes.

Assim, o estabelecimento do diálogo depende da existência de uma linguagem comum, capaz de ser compreendida pelos sujeitos envolvidos de forma a evitar desacertos.

Além disso, para a integração jurídica da América Latina, dispensa a existência de organismos internacionais com competência exclusiva, legislativa ou jurisdicional próprias, como ocorre na Europa, mostrando-se suficiente o desenvolvimento e um discurso jurídico comum, com valores semelhantes, bem como a utilização de critérios interpretativos similares, em razão da existência de realidades sociais, econômicas e políticas parecidas (SILVA, 2010, p. 517).

Ademais, o diálogo deve levar em consideração a existência de cláusulas constitucionais abertas, ou seja, de cláusulas de abertura do direito nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, conforme norma prevista no artigo 5º, § 2º, da CF/88, que atribui caráter de direitos fundamentais aos direitos previstos em tratados internacionais.

Lado outro, ao ser verificado a existência de precedente internacional, o interprete deve analisar não apenas os dispositivos legais e constitucionais aplicados, mas também deve analisar sua relação com os demais elementos que integram o ordenamento jurídico, em razão de suas peculiaridades, suas semelhanças e diferenças com o ordenamento jurídico pátrio, não se limitando o diálogo a mera reprodução do instituto alienígena ao sistema nacional, tendo em vista a possibilidade de deturpação.

Busca-se, assim, evitar o uso da jurisprudência estrangeira como mero ornamento da decisão ou, ainda, que o julgador escolha de forma aleatória os precedentes, apenas

como meio de confirmação da tese adotada, sem atenção as circunstâncias do caso concreto, bem como de fato e jurídicas que levaram a corte estrangeira a adotar uma interpretação específica.

Um dos problemas decorrentes da utilização de precedentes estrangeiros, diz respeito a legitimidade democrática de tal decisão, uma vez que o julgador ao desconsiderar o sistema normativo pátrio para buscar ordenamento jurídico diverso para fundamentar seus julgados. Neste sentido, a autoridade das decisões judiciais decorre de sua coerência com as leis e a Constituição local e não em sua conformidade com as sentenças proferidas em outros países, motivo pelo qual o uso de precedentes deve ser devidamente fundamentado.

A partir destes requisitos é possível verificar que a interação entre os tribunais pode ocorrer de diferentes modos, que podem, inicialmente ser classificados em três grupos: os tribunais abertos; os tribunais medianamente dialogantes e, os tribunais reticentes ao diálogo.

Os tribunais abertos seriam aqueles que veem na jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais, significativo material pra o processo de fundamentação de suas decisões, entendendo tais elementos como fator de legitimação de suas decisões (CONCI, 2015, p.129).

O segundo grupo pertence a aqueles que, embora entenda a jurisprudência estrangeira como um importante elemento, não têm por hábito utilizar tal jurisprudência, porquanto não entendem como necessário o aprofundamento de suas decisões a partir do material estrangeiro.

O último grupo seria daqueles que se posicionam de forma temerosa quanto a utilização da jurisprudência alienígena em seus julgados, de modo que não a utilizam como elemento importante para a legitimação de suas decisões.

Outra forma de se verificar a importância da utilização de decisões estrangeiras pelos tribunais nacionais ou, ainda, observar como ocorre a interação entre as cortes, também se dá a partir da classificação da interação em três grupos, quais sejam a subserviência, a interação aberta e a bricolagem.

O primeiro grupo, qual seja a subserviência, ocorre quando um dos tribunais observa outro tribunal como parâmetro de seus julgados, adotando suas decisões de forma incontestável.

A interação aberta, por sua vez, ocorre quando tribunais trocam experiências no tempo, observando o modo como vem sendo tratado temas objeto de suas decisões para criar um processo de fundamentação em rede.

Por fim, a bricolagem se caracteriza pela utilização de citações dos julgamentos de outros tribunais sem qualquer adaptação ou desenvolvimento argumentativo, de forma aleatória, sem demonstrar a semelhança entre os fatos e as situações jurídicas existentes em cada um dos casos, nem de quaisquer outros critérios jurídicos que possam demonstrar de que forma o precedente internacional contribui para a solução o caso concreto. Sendo, em algumas situações, desnecessárias, equivocadas, ou mesmo superadas nos tribunais de origem.

Consigne-se que as classificações apresentadas não esgotam o enfrentamento do tema, sendo apresentadas desta forma, para facilitar o estudo e a análise futura da forma com que o STF estabelece contato com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

### **3.2 Pluralismo constitucional e o diálogo entre cortes**

A pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito tempo pela doutrina constitucionalista, possuindo em razão disso, diversas denominações, dentre as quais estão os termos constitucionalismo multinível, pluralismo constitucional, interconstitucionalidade, transconstitucionalismo e constitucionalismo transnacional. Essas denominações explicitam o ponto de partida do estudo, que é o direito constitucional, bem como demonstram a preocupação dos constitucionalistas com a ascensão do Direito Internacional (RAMOS, 2012, p. 499-500).

Para fins do presente estudo, serão utilizadas as expressões pluralismo constitucional ou transconstitucionalismo.

André de Carvalho Ramos, ao conceituar pluralismo de ordens jurídicas aduz que:

Em essência, o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional) (RAMOS, 2012, p. 500).

Neste sentido, independentemente da denominação adotada, a pluralidade de ordens jurídicas se apresenta como um novo modelo normativo para a estruturação do poder público que se define como *“um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada um com sua própria constituição, mas sem que estejam hierarquicamente ordenados”*<sup>6</sup> (PÉREZ, 2011, p. 11-12).

O pluralismo constitucional exige do jurista uma nova postura, porquanto não mais pode se limitar a análise apenas da Constituição de seu Estado, mas deve observar o conjunto de ordenamentos jurídicos que se entrelaçam na busca da proteção a pessoa humana.

Isto porque, exige-se do intérprete da constituição, a adoção de uma postura que atenda as necessidades do pluralismo constitucional, em especial o intérprete brasileiro, que deve analisar não apenas a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, mas também o diálogo entre cortes como forma de solucionar problemas.

---

<sup>6</sup>“El pluralismo constitucional se define como un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno consupropiaconstituición, pero sin que esténjerarquicamente ordenados” (TORRES, 2011,p. 11-12, tradução nossa).

Com efeito, o diálogo se apresenta como uma forma dos participantes apresentarem suas pretensões, recorrendo a valores comuns. Contudo, críticos ao modelo pluralista, sustentam que falta a este modelosegurança jurídica, na medida em que há a ausência de uma fonte ultima de validade da qual derivem todas as normas jurídicas, bem como com o princípio democrático, uma vez que neste modelo, os cidadãos surgem como autores coletivos de normas que os vinculam e que nem sempre derivam de suas fontes nacionais (FIGUEIREDO, 2016, p. 34).

Além disso, neste modelo de ordem jurídica, há o fortalecimento do Poder Executivo, em razão da internacionalização dos processos de produção normativa, em prejuízo do Legislativo, o que também pode gerar prejuízos a democracia representativa.

Todavia, a maior virtude do pluralismo constitucional advém da noção de equilíbrio institucional, em que várias instituições se envolvem no processo de criação e aplicação do direito, cooperando mutuamente.

O pluralismo constitucional ou transconstitucionalismo, exige uma nova postura do intérprete constitucional e, através do diálogo, é possível observar o conjunto de ordenamentos jurídicos que se entrelaçam, sendo o objetivo último de todos a proteção à pessoa humana.

Consigne-se que o pluralismo advém das mudanças sofridas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, durante o neoconstitucionalismo e da abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional.

Feitas tais considerações, tem-se que o pluralismo constitucional ou transconstitucionalismo, oferece soluções ao operador do direito, num mundo global que exige integração jurídica (FIGUEIREDO, 2016, p. 118).

Isto decorre da internacionalização e globalização das relações jurídicas num mundo cada vez mais fragmentado em organizações internacionais, tribunais nacionais, regionais e supranacionais, público e privado, em que cada um destes emite grande número de normas que devem ser interpretadas e aplicadas para além do Estado.

Deste modo, o pluralismo constitucional exige uma nova postura do aplicador do direito, coerente com a

globalização e internacionalização das relações jurídicas, tendo sempre como parâmetro a proteção da pessoa humana. Logo, o Estado, não mais detém o monopólio da produção normativa, uma vez que com a incorporação em seu ordenamento jurídico dos tratados internacionais, abriu mão de sua soberania plena.

Sobre o tema, Marcelo Neves sustenta que:

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável.” (NEVES, 2009, p.129).

Referido autor sustenta, desta forma, que o fundamento de validade para tal modelo constitucional é a necessidade do surgimento de problemas constitucionais, em diferentes ordens jurídicas de forma a exigir soluções fundadas no entrelaçamento destas ordens. Além disso, reafirma a necessidade de proteção aos direitos fundamentais ou humanos, motivo pelo qual toda atividade jurisdicional deve ser voltada a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o diálogo entre cortes se mostra como via adequada para solucionar problemas surgidos neste novo século, funcionando como instrumento para integração jurídica harmônica entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais.

Por fim, tem-se que o controle de convencionalidade se apresenta como excelente modo de diálogo entre cortes, porquanto se mostra um instrumento adequado para salvaguardar os direitos fundamentais, uma vez que visa à harmonização entre ordenamentos jurídicos.

### 3.3 Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos surge a partir da proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, celebrada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, na Colômbia, ocasião em que também se celebrou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

O principal instrumento do sistema interamericano de direitos humanos é a Convenção Americana, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que assinada em San José, na Costa Rica, em 1969, tendo entrado em vigor apenas em 1978, após ter obtido mínimo de 11 (onze) ratificações, sendo certo que apenas os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) possuem o direito de se tornar parte dela.

O Brasil incorporou definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, pelo Decreto Presidencial n. 678, de 11 de novembro de 1992.

Sobre os direitos reconhecidos na Convenção, Flavia Piovesan aduz que “*substancialmente, ela reconhece e assegura um catalogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*”<sup>7</sup>, porquanto assegura dentre seu rol de proteção, dentre outros, o direito à vida (art. 4º), o direito à integridade pessoal (art. 5º), o direito de não ser submetido à escravidão ou servidão (art. 6º), o direito de recorrer da sentença criminal a juiz ou tribunal superior (art. 8º, §2º, h), o direito à liberdade de consciência e de crença (art. 12), o direito de liberdade de expressão e de pensamento (art. 13), o direito à igualdade perante a lei (art. 24).

Contudo, a Convenção, inicialmente, não prevê em seu rol de direitos, de forma específica, qualquer direito social, cultural ou econômico, tidos como direitos de segunda geração

---

<sup>7</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que delinea os direitos humanos básicos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

ou dimensão, limitando-se a determinar aos Estados que empreendam esforços para, progressivamente, alcançar a plena efetivação destes direitos, na medida dos recursos disponíveis, pela via legislativa ou por outros meios apropriados, conforme disposto no artigo 26 da Convenção. Posteriormente, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, qual seja o Protocolo de San Salvador, pertinente aos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2011, p. 313).

Diante do aparato de garantias constantes na Convenção Americana, os Estados-membros possuem a obrigação, não apenas de respeitar esses direitos, mas também de assegurar seu livre e pleno exercício.

Entretanto, a proteção dos direitos humanos prevista na Convenção Americana é, segundo Valério Mazzuoli, coadjuvante ou complementar da oferecida pela ordem doméstica dos Estados-membros, uma vez que, segundo a Corte Interamericana, o sistema de proteção instaurado pela Convenção Americana não substitui as jurisdições nacionais, senão que as complementa, conforme 2º Considerando da Convenção:

Os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Deste modo, não se retira dos Estados a competência de proteger os direitos de seus nacionais, ou das pessoas sob sua jurisdição, mas havendo falta de amparo, ou aquém da necessária, em desconformidade com os direitos e garantias previstos na Convenção, o sistema interamericano pode atuar de forma concorrente para a proteção de determinado direito que o Estado não garantiu.

Neste sentido, os mecanismos de proteção, previstos na Convenção somente devem ser acionados, após ser dada a oportunidade de o Estado agir, de forma que apenas em caso de inércia do Estado, ou de proteção aquém da que deveria ocorrer, é que terá lugar a proteção prevista na Convenção.

São instrumentos internacionais que compõem o sistema interamericano, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas portadoras de Deficiência (1999).

A Convenção Interamericana possui um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, sendo integrada por dois órgãos autônomos e independentes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que pertine à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem-se que além de órgão da Organização dos Estados Americanos, é órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tendo, portanto, funções ambivalentes.

A principal missão da Comissão é de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no Continente Americano, atuando como órgão de consulta da OEA na matéria, ou seja, a Comissão deve promover o respeito dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo, recomendar condutas aos Estados, sugerir soluções amistosas entre vítimas de violação de direitos humanos e Estados, bem como propor ação de responsabilidade internacional contra um Estado Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. É a Comissão, por exemplo que recebe denúncias ou queixas de violações de direitos humanos deflagrados por indivíduos ou por organizações não governamentais contra atos dos Estados (MAZUOLLI, 2018, p. 147-148).

Assim, a Comissão pode abrir um procedimento interno para processamento do Estado, ou, ainda, demanda-lo perante a Corte IDH, de forma que a Comissão exerce um juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas.

### 3.4 Corte interamericana de direitos humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, é órgão jurisdicional do sistema regional, que resolve sobre casos de violação de direitos humanos perpetrados por Estados-membros da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana. O órgão, que tem competência consultiva e contenciosa, é composto por 07 (sete) juizes nacionais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção, para um período de 06 (seis) anos, sendo permitido apenas uma reeleição (MAZUOLLI, 2018, p. 150).

Trata-se, portanto, de um tribunal supranacional, sediado em San José, na Costa Rica, capaz de condenar os Estados-partes da Convenção por violação aos direitos humanos, desde que estes tenham aceitado a competência contenciosa do tribunal, conforme determina o artigo 62 da Convenção.

A Corte possui competência consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção, bem como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, consoante ao disposto no artigo 64 da Convenção e uma competência contenciosa, de caráter jurisdicional, própria para o julgamento de casos concretos, limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, nos termos do artigo 62 da Convenção. Assim, um Estado-membro da Convenção não pode ser demandado perante a Corte se ele não aceitar a competência contenciosa do tribunal.

Frisa-se que apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, de modo que tanto os particulares quando as instituições privadas estão impedidas de ingressar diretamente à Corte, consoante ao disposto no artigo 61 da Convenção.

Ademais, a Corte não substitui os Tribunais internos ou tampouco opera como tribunal recursal ou de cassação de decisões dos tribunais internos. Todavia, os atos internos dos Estados podem ser objetos de exame por parte dos órgãos de supervisão internacional, quando se tratar de analisar sua conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p. 327).

Nota-se, que as sentenças proferidas pela Corte são definitivas e inapeláveis, conforme disposto no artigo 67 da Convenção, de forma que são obrigatórias para os Estados que reconheceram sua competência em matéria contenciosa (MAZUOLLI, 2018, p. 152).

Ademais, a atual jurisprudência da Corte tem entendido que sua sentença, de maneira indireta, também vincula os demais Estados-membros da Convenção, de modo que as autoridades desses Estados, possuem a obrigação, não só de aplicar a Convenção, mas também de compreendê-la conforme a jurisprudência da Corte.

A Corte, em suas decisões, ao declarar a ocorrência de violação de direitos resguardados pela Convenção, exige a imediata reparação do dano, e impõem, se for o caso, o pagamento de compensações econômicas para as vítimas a fim de restabelecer o direito violado pelos Estados. Os Estados, por sua vez, possuem a obrigação de não causar embaraços à execução, devendo adotar as medidas necessárias para que a execução ocorra de forma eficaz (MAZUOLI, 2018, 153).

A Corte, também possui um mecanismo de supervisão do cumprimento de sentença, com o objetivo de verificar se o Estado condenado, está seguindo as determinações do tribunal, podendo colher informações da Comissão, das vítimas ou seus representantes. Havendo descumprimento, a Corte pode, ainda, orientar ações do Estado para o cumprimento da decisão, bem como informar a Assembleia Geral da OEA sobre o ocorrido, fazendo as recomendações pertinentes.

O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, que aprovou a solicitação do reconhecimento da competência obrigatória da Corte IDH em todos os casos relativos à

interpretação e aplicação da Convenção, para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, conforme previsto no §1º do artigo 62 da Convenção.

Segundo Flávia Piovesan, dois períodos marcaram o contexto latino americano, o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcados pelo fim das ditaduras militares na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, na década de 80.

Isto porque, quando a Convenção entrou em vigor, muitos Estados Latino Americanos eram governados por ditaduras. Assim, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem sua origem a mácula de ter nascido em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, sendo certo que neste período, direitos humanos eram vistos como uma agenda contra o Estado, tendo em vista que, na época, havia apenas um movimento embrionário de integração regional.

Sobre a região latino-americana, Flavia Piovesan aduz que:

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda (PIOVESAN, 2015, p. 92).

É nesse contexto que o sistema interamericano se legitima como instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições se mostram falhas ou omissas.

Diante deste cenário, Flavia Piovesan, separou as decisões proferidas pela Corte IDH em cinco categorias de violação aos direitos humanos, quais sejam:

- *Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial*: esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte IDH, que tem por objetivo prevenir abusos e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado. Destaca-se nesta categoria o caso Velasquez Rodrigues Vs. Honduras, atinente ao desaparecimento forçado de indivíduos no Estado de Honduras.

No rol destas violações, encontram-se, também, as decisões da Corte que condenaram Estados em face das precárias condições de detenção e violação à integridade física, psíquica e moral das pessoas detidas, bem como em face da prática de execuções sumárias e extrajudiciais e tortura, sendo certo que estas decisões enfatizam a obrigação do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, procedendo, caso necessário, ao pagamento das indenizações pertinentes. (PIOVESAN, 2015, p. 93).

-*Violações que refletem questões da justiça de transição*: Neste grupo de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade, como no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil que, em 2010, a Corte IDH condenou o Brasil, em razão do desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia, durante as operações militares da década de 70.

Ao julgar este caso, a Corte ressaltou que as disposições da Lei de Anistia são manifestamente contrárias à Convenção Americana, carecendo de efeitos jurídicos, não podendo continuar representando um obstáculo para a investigação de graves violações aos direitos humanos, nem para identificação e punição dos responsáveis.

A Corte, também enfatizou que as leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o direito internacional e com as obrigações jurídicas internacionais assumidas pelos Estados. Frisa-se que a Corte embasou sua sentença em várias jurisprudências produzidas pela ONU e pelo próprio sistema interamericano, citando as invalidações das Leis de Anistia da Argentina, Chile,

Peru, Uruguai e Colômbia. Concluindo que as Leis de Anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir as violações aos direitos humanos. (PIOVESAN, 2015, p. 94-95).

- *Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito*: esta categoria remete ao desafio do fortalecimento das instituições, no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário. Neste grupo, destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru, envolvendo a destituição de juízes, em que a corte reconheceu como necessário a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes Constitucionais, de forma que tal decisão contribuiu fortemente para o fortalecimento das instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito (PIOVESAN, 2015, p. 96).

-*Violações de direitos de grupos vulneráveis*: este grupo se refere às decisões que afirmam a proteção dos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

Em relação aos povos indígenas, destaca-se o caso da comunidade indígena *XákmokKásek* Vs. Paraguai, em 2010, em que a Corte condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial, previstos nos artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, dentre outros direitos, em razão da não garantia do direito à propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria afetando seu direito à identidade cultural. Ao fundamentar a sentença, a Corte destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, mas no grupo ou comunidade. Na decisão, também se consignou que é dever do Estado assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, considerando suas vulnerabilidades, bem como os costumes dos povos indígenas de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna.

Quando aos direitos das crianças, cabe mencionar o caso *Villagran Morales* Vs. Guatemala, em 1999, em que a

Corte condenou este Estado, em razão da impunidade relativa à morte de 05 (cinco) meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 02 (dois) policiais nacionais da Guatemala. Entre as medidas de reparação fixadas pela Corte, estava o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas e a reforma do ordenamento jurídico interno, com o intuito de dar maior proteção aos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos.

Com relação aos direitos das mulheres, tem-se o caso *González e outros* Vs. México, também conhecido como caso “Campo Algodoneiro” em 2009, em que a Corte condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em *Ciudad Juarez*, ao fundamento de que a omissão estatal estava contribuindo para a cultura da violência e da discriminação contra a Mulher. A sentença da Corte condenou o México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas protetivas necessárias ao combate a discriminação contra a mulher (PIOVESAN, 2011, p. 340).

Neste grupo, ressalta-se o parecer emitido pela Corte, por solicitação do México (OC16, de 01 de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular.

-*Violações a direitos sociais*: o último grupo diz respeito às decisões da Corte que protegem os direitos sociais. Conforme consignado alhures, a Convenção Americana estabelece precipuamente, apenas direitos civis e políticos, contemplando somente a aplicação progressiva dos direitos sociais, conforme artigo 26 da Convenção. O Protocolo de San Salvador, ao seu turno, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que apenas os direitos à educação e à liberdade sindical são tuteláveis pelo sistema de petições individuais, conforme artigo 19, § 6º.

Neste sentido, a Corte ao interpretar a Convenção, à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, firmou entendimento de que o direito à vida não pode ser concebido de restritivamente, em uma dimensão negativa, que se coaduna com o direito de não ser morto, devendo também contemplar

uma dimensão positiva, que demanda do Estado ações afirmativas apropriadas ao exercício da vida com dignidade, o que lançou novos horizontes para tutela dos direitos sociais (PIOVESAN, 2015, p. 100).

No caso *AcevedoBuendía y otros Vs. Peru*, em 2009, a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial, previstos no artigo 25 da Convenção, e a propriedade privada, previsto no artigo 21 da Convenção, em caso envolvendo denúncias dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. A corte ao fundamentar sua decisão, reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, conjugando direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis.

Ressalta-se, todavia, a existência de um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção dos direitos civis, o que confirma a ideia de indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 103).

Consigne-se, que as decisões da Corte IDH, além de valerem para as partes como *res judicata* (coisa julgada), valem para terceiros a título de *res interpretata* (valor jurídico), para todos os Estados-membros do Pacto de San José, de forma que tais decisões devem servir de parâmetro para a compreensão do conteúdo ou alcance de qualquer norma no plano interno.

Diante disso, verifica-se uma tendência da Corte IDH em escolher casos que produzam grande impacto na estrutura normativa de seus Estados-membros, a fim de contribuir para a implementação e efetivação dos direitos humanos e fundamentais em seus ordenamentos jurídicos, bem como aprimorar o cumprimento das normas previstas na Convenção.

### 3.5 Controle de convencionalidade

Segundo Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade das leis consiste no processo de

compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.

Neste sentido, sustenta o autor que este novo tipo de controle, no país, decorre das inovações advindas da EC 45/04, que na medida em que definiu que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º, da CF/88<sup>8</sup>) ou material e formalmente constitucionais (artigo 5º, §3º, da CF/88<sup>9</sup>).

O controle de convencionalidade trata-se, portanto, da verificação da (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos, sejam eles formalmente constitucionais ou não, em vigor no país.

Dividindo-se o controle de convencionalidade em internacional, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e interno, que se subdivide em concentrado, exercido pelo STF e difuso, exercido por qualquer juiz ou tribunal nacional.

Ressalta-se, todavia que o controle interno de convencionalidade, realizado pelos juízes e tribunais nacionais, das normas domésticas é o que primeiro deve ser realizado, antes de qualquer manifestação de um tribunal internacional.

Assim, as cortes internacionais somente serão acionadas quando o Poder Judiciário de determinado país não tenha controlado esta mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente, sendo o controle exercido pelos tribunais internacionais complementar ao controle exercido internamente.

Neste sentido, Valério Mazzuoli:

Não é correto dizer que apenas o controle internacional de convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal

---

<sup>8</sup> Os preceitos estabelecidos neste artigo decorrem do exercício do Poder Constituinte Originário.

<sup>9</sup> Acrescentado pela EC 45/04.

raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas.

Tem-se, portanto que o controle de convencionalidade internacional é secundário diante do controle exercido pelo direito interno.

No Sistema Interamericano de direitos humanos, a teoria do controle de convencionalidade foi inaugurada, formalmente, no julgamento do caso *AlmonacidArellano e outros Vs. Chile* em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu os seguintes parâmetros:

A Corte tem consciência de que juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes com parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte

Interamericana, intérprete última da Convenção Americana<sup>10</sup>

Diante disso, trata-se de um dever do Poder Judiciário interno o controle da convencionalidade de suas leis, diante dos tratados de direitos humanos em vigor no país.

Frisa-se, entretanto, que a aplicação de tratados internacionais sobre direitos humanos deve sempre se orientar pelo princípio *pro homine*, ou seja, a atuação do Poder Judiciário deve sempre ter como parâmetro a norma mais favorável ao ser humano, independentemente da origem da norma.

Neste sentido, no controle de convencionalidade também deve imperar o princípio *pro homine*, de modo que a norma mais protetiva ao indivíduo, seja ela nacional ou estrangeira, prevaleça, independentemente do *status* hierárquico interno que adquiram os tratados internacionais de direitos humanos. Sendo tal regra estabelecida no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, se faz necessário uma análise aprofundada da jurisprudência da Corte IDH ou dos termos de um tratado internacional de direito humanos, seja do(a) juiz(a) nacional ou da Corte IDH, uma vez que todos devem aplicar o controle de convencionalidade.

Deste modo, caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que hajam precedentes da Corte IDH ou normas jurídicas decorrentes de tratados internacionais (CONCI, 2015, p. 135).

Lado outro, o controle de convencionalidade exercido pelo Poder Judiciário deve se pautar pelos padrões fixados pela ‘intérprete última’ da Convenção, qual seja a Corte IDH, de forma que o controle difuso de convencionalidade deve ser exercido de ofício pelos juízes e tribunais, sendo certo que a negativa em assim proceder pode acarretar em responsabilidade internacional ao Estado (MAZUOLLI, 2018, p. 257-259).

---

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso *AlmonacidArellano e outros Vs. Chile*, Mérito e Reparações, sentença de 26 de setembro de 2006, § 124 da sentença.

Não se restringindo o controle de convencionalidade à Convenção Americana, uma vez que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade conforme preceitua o artigo 64, §1º da Convenção Americana, segundo o qual os Estados-membros da OEA “*poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos...*”.

Assim, o controle de convencionalidade nacional das normas domésticas é o que primeiro deve ser realizado, antes de qualquer manifestação de um tribunal internacional sobre o tema, de modo que as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou o tenha feito de forma insuficiente.

Diante de tal controle, tem-se que o pluralismo constitucional exige que os magistrados, além de conhecer a ordem jurídica doméstica, sejam guardiões dos tratados e da jurisprudência das cortes e tribunais internacionais.

#### **4 DIÁLOGO ENTRE CORTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EXAME DE CASOS CONCRETOS**

Conforme consignado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Poder Judiciário interno deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade em sua atuação, entre suas normas jurídicas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a fim de verificar se a produção normativa está em conformidade com os ditames da Convenção, se orientando pela nova técnica de compatibilização vertical das leis com os preceitos internacionais de direitos humanos.

Neste sentido, as normas domésticas passam a ter um duplo limite vertical material, sendo o primeiro a Constituição e os tratados de direitos humanos e o segundo os demais tratados internacionais comuns vigentes no País, que teriam *status* de suprallegalidade.

Assim, a Constituição Federal deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno, conforme

as lições de Valério Mazzuoli. Contudo, nesta nova técnica de compatibilização vertical, além dos tratados internacionais, as decisões oriundas da Corte IDH, também servem de parâmetro de controle de convencionalidade, porquanto seja intérprete última da Convenção.

Deste modo, neste capítulo, serão abordados casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal a fim de verificar se houve ou não diálogo entre as cortes, no exercício do controle de convencionalidade.

#### **4.1 A Constitucionalidade da lei de anistia – ADPF 153**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 150, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, pretendia a não recepção da Lei 6.683/79 ou que fosse conferida ao §1º, do art. 1º, interpretação conforme a Constituição, a fim de excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os opositores políticos, durante o regime militar que vigorou no país de 1964 até 1985.

O relator do caso, o Ministro Eros Grau, ao proferir seu voto, indeferiu o pedido, sugerindo que a lei de anistia não se caracterizaria como uma lei-norma, mas sim como uma lei-medida, que esgota seus efeitos no momento específico de sua edição e, por esta razão, a interpretação da lei deveria ser feita em conformidade com o contexto fático e político de sua edição. Para o relator, a lei serviria como a expressão de um acordo político formalizado à época, para que o país transitasse da ditadura para a democracia de maneira pacífica e segura. Neste sentido, o conceito de conexão presente nesta lei não seria o desenvolvido pela literatura criminal, mas sim o desenvolvido especificamente para o momento histórico vivenciado pelo país. O Ministro, ao proferir seu voto, sustentou que a concessão da anistia não interferiria no direito dos familiares de conhecer a verdade por trás dos crimes perpetrados pelos agentes do regime militar, porquanto a lei de anistia não afetaria o acesso a documentos passados.

Para o Ministro relator, os argumentos baseados nos instrumentos internacionais não seriam suficientes para afastar a

lei de anistia, tendo em vista que o Brasil teria ratificado tratados da ONU que proibiam a tortura posteriormente à lei objeto da ADPF, de forma que os efeitos do instrumento internacional não poderiam retroagir (MAGALHÃES, 2015, p. 292).

Verifica-se, ainda, que o relator afastou os precedentes da Corte IDH, sem discutir os fundamentos das decisões interamericanas, com base no limite temporal estabelecido pelo Estado Brasileiro quando do reconhecimento da competência contenciosa da corte de direitos humanos, qual seja, os fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, conforme previsto no artigo 1º do Decreto nº 4.463/02.

Acrescentou, o Relator, que não caberia ao Poder Judiciário reescrever a história e apagar o acordo político formalizado em 1979, uma vez que o Judiciário não poderia atribuir redação diversa ao texto normativo da anistia, sustentando, assim, que qualquer alteração do acordo, deveria ser feita pelo Congresso Nacional.

Ao final de seu voto, argumentou que a EC nº26/85, teria previsto a anistia como uma das hipóteses de norma originária, reafirmando a anistia da Lei de 1979, pelo constituinte.

Acompanharam o relator, as ministras Cármem Lúcia e Ellen Gracie e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que, ao exporem seus votos, desenvolveram argumentos semelhantes aos explicitados pelo relator, salvo o Ministro Celso de Mello.

Os ministros que compuseram a maioria, com exceção do Ministro Celso de Mello, fundamentaram seus votos, nos seguintes argumentos:

1) A anistia prevista na lei questionada é de cunho político e seu alcance deve ser interpretado de acordo com sua natureza, e o compromisso político e seu alcance deve ser interpretado de acordo com sua natureza, e o compromisso político encerrado na lei foi o que possibilitou a ordem constitucional de 1988;

2) O Judiciário não poderia ignorar o contexto político da época para interpretar a lei em desfavor dos anistiados;

3) A conexão prevista na lei deveria ser compreendida com base no contexto político, o que impediria interpretações que excluíssem os crimes comuns cometidos pelos agentes da ditadura;

4) A concessão de anistia aos crimes não impede a investigação dos acontecimentos e acesso aos documentos históricos;

5) Ainda que a lei fosse afastada não poderia retroagir para alcançar os anistiados, pois os crimes estariam prescritos;

6) A alteração/revogação da lei apenas poderia ser feita pelo Legislativo (MAGALHÃES, 2015, p. 292).

Consigne-se que, apesar de terem acompanhado o voto do relator, os Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello, não replicaram os argumentos acerca da constitucionalização da anistia e apresentaram voto concorrente escrito.

Ellen Gracie não discorreu sobre o tema sob a perspectiva da constitucionalização, mas para rebater o argumento da não recepção da lei em função da formatação congressual à época de sua edição. Para a Ministra, a EC teria reiterado a anistia de 1979 por um congresso eleito democraticamente, afastando, neste sentido, um dos vários argumentos contrários à anistia.

Cármem Lúcia, ao expor seu voto afastou o argumento da constitucionalização da anistia de 1979, pela atual Constituição ao fundamento de que, se algum tema não foi constitucionalizado no corpo da Constituição de 1988, não faz parte da estrutura constitucional atual.

Apenas Gilmar Mendes, ecoou a tese da constitucionalização da proposta pelo relator, aprofundando-a ao sugerir que a EC 26/85, diante de seu caráter de não ruptura do processo constituinte de 88, fez parte das medidas institucionais

inerentes à nova ordem constitucional, tornando impossível ao tribunal sustentar sua modificação.

O Ministro Celso de Mello, embora tenha votado com o relator, trouxe para seu voto decisões da Corte IDH, quais sejam os casos *Loaya Tamayo*, de 1998, *Barrios Altos*, de 2001 e *Almonacid Arellano*, de 2006, para afirmar que a Corte IDH teria caracterizado as leis de auto-anistia, ou seja, as anistias teriam sido concedidas apenas aos agentes políticos pelos próprios agentes políticos, como violadoras da Convenção Americana e não as leis de anistias pactuadas, como o caso da anistia brasileira, fruto de acordo político. Assim, após afastar os precedentes, o Ministro sustentou que a lei de anistia brasileira teve curso efetivo e participação da sociedade civil.

Ricardo Lewandowski, ao seu turno, abriu a divergência na votação, porquanto tenha questionado a ideia de que a lei de anistia teria sido fruto de um acordo tácito em que ocorreram concessões mútuas entre governo e sociedade. Aduzindo, que a lei foi editada em meio a grande insatisfação pública com o regime e que o que motivou a edição da lei de anistia, não seria a busca pela justiça, mas tentativas políticas de sustentação do regime, após crises econômicas e pressões populares. O Ministro, ao tratar da Convenção, a citou de forma genérica e ampla, os casos *Goiburu y otros Vs. Paraguai*, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *Baldeón García Vs. Perú*, precedentes que tratavam do dever que os Estados têm de investigar e punir quem comete crimes graves contra os direitos humanos.

Por fim, o Ministro Ayres Britto, também apresentou voto divergente, que, em resumo, sustentou que os crimes hediondos e equiparados não estariam alcançados pela lei de anistia, por se tratarem de crimes que não poderiam ser conexos com qualquer ideia de criminalidade política, não citando qualquer legislação ou precedente internacional (MAGALHÃES, 2015, p. 294).

Ressalta-se, que, embora o Ministro Celso de Mello tenha citado precedentes da Corte IDH, ele os interpretou de forma equivocada, porquanto tenha considerado que apenas as leis de auto anistia violavam a convenção, o que não ocorreria com a anistia brasileira pactuada, desconsiderando, todavia, que mesmo leis de anistias convencionais não podem abarcar crimes

contra a humanidade ou violações aos direitos humanos. A distinção entre anistia e auto anistia, como feita por Celso de Mello, não foi desenvolvida pela Corte IDH, de forma que não significa a distinção feita pelo ministro do STF (MAGALHÃES, 2015, p. 300).

Consigne-se, que, o caso também foi encaminhado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recebendo o nome de caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, que tratava da Guerrilha do Araguaia, em que a Corte decidiu pela invalidação da Lei de anistia brasileira, exercendo o controle de convencionalidade diante da inércia da atuação do Poder Judiciário Brasileiro.

A Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade, ao condenar o Brasil, sustentou que a fiscalização da lei não se ocupava com a forma da lei, ou seja, com seu processo de adoção e autoridade que editou a lei, mas apenas com seu aspecto material, que seria a de tornar impune os crimes contra a humanidade. Assim, ainda que tenha ocorrido o suposto acordo político, a corte de São José, focou sua análise na finalidade da lei que foi deixar impunes as graves violações aos direitos humanos (MAGALHÃES, 2015, p. 302).

Frisa-se que a Corte IDH, reconheceu a responsabilidade do Estado Brasileiro em relação ao caso, afirmando que a sentença em si era uma forma de reparação, não importando a impossibilidade de fixar desde logo o valor indenizatório para todas as vítimas do evento, tendo em vista que apenas algumas foram identificadas, de modo que apenas quanto a elas foi previsto montante indenizatório. O Brasil, também foi condenado a realizar dura investigação criminal em relação aos fatos ocorridos (OLIVEIRA, LAZARI, 2018, p. 810).

Diante de tais argumentos, verifica-se que o STF, ao julgar a ADPF nº 153, desconsiderou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil ao validar a Lei de Anistia, em evidente ausência do exercício do controle de convencionalidade da lei em relação ao disposto na Convenção, bem como ignorou os precedentes firmados pela Corte IDH sobre leis de anistia.

## 4.2 Exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista – RE 511.961/SP

O Recurso Extraordinário nº 511.961/SP, originou-se da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que requereu a não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, que exigia registro de diploma universitário de jornalista no Ministério da Educação.

O relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a questão dividia-se em duas vertentes, a primeira delas, relacionada à constitucionalidade do Decreto Lei em face das liberdades de profissão, expressão e de informação, direitos previstos na CF/88, no artigo 5º, incisos IX e XIII e a segunda, questionava o decreto em face do artigo 13 da Convenção.

Feitas tais conjecturas, o Ministro iniciou seu voto, analisando o conteúdo do artigo 5º, inciso XIII, da CF/88, que estabelece o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Na análise de tal dispositivo, entendeu que a norma constitucional estabelece uma reserva legal qualificada, porquanto a Constituição exige a existência de legislação que estabeleça as condições de exercício do direito, devendo, todavia, as eventuais restrições impositas, passar pelo critério da proporcionalidade. Assim, o Ministro, considera que a análise deve ser feita no sentido de verificar se o Decreto Lei atinge o núcleo essencial do direito ao livre exercício da profissão de jornalista.

Prosseguindo em seu voto, o ministro, cita dois precedentes do STF, quais sejam o RE 70.563/SP e a Representação nº 930, nos quais se baseou para concluir que em tais julgados que nem todas as profissões exigem o preenchimento de condições legais para seu exercício.

Neste sentido, conclui o Ministro, que a doutrina constitucional justifica os limites impostos pela Constituição à liberdade profissional, apenas para profissões que exigem capacidade técnica, como garantia do bem coletivo. Nestes casos, a legislação exigida assegura que os profissionais não causem problemas ou riscos para a sociedade ao cumprirem os requisitos profissionais e o domínio de conhecimentos técnicos

específicos. Pontos que não foram observados na profissão de jornalista, que não exige conhecimentos técnicos para a elaboração de notícias. Além disso, não seria o diploma de jornalistas que preveniria a coletividade e terceiros de riscos.

Diante disso, o Ministro considerou o DL inconstitucional com base no artigo 5º, inciso XIII, prosseguindo, todavia, em sua análise, para consignar que a profissão de jornalista é diferente das demais por sua estreita relação com a liberdade de informação e de expressão. Em razão disso, aduziu que qualquer interferência estatal quanto às qualificações profissionais do jornalista ou limitação preventiva são consideradas formas de censura prévia.

O precedente da Corte IDH, citado pelo ministro, é colacionado ao voto como reforço à interpretação realizada.

O voto do relator foi seguido integralmente pelos ministros Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Cezar Peluso. Ayres Britto e Eros Grau apresentaram votos concorrentes, que não citavam a Opinião Consultiva 5/85 e Marco Aurélio divergiu do voto.

Consigne-se que, diante dos votos apresentados, o voto do relator, neste caso, espelha o posicionamento adotado pelo tribunal.

Analisando o julgado, verifica-se que o ministro ao proferir seu voto, levou em consideração o texto e a doutrina constitucional brasileira e os precedentes do STF. No que pertine a Convenção, o Ministro reconhece que ela precisa ser analisada como fator interpretativo, porquanto tenha sido internalizada pelo Brasil. Todavia, a citação do precedente foi utilizada como argumento de autoridade, com a finalidade de reforçar a tese defendida pelo Ministro, sendo a decisão simplesmente transcrita para o voto (MAGALHÃES, 2015, 265).

Consigne-se que os fundamentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes, foram os mesmos utilizados pela Corte Interamericana, qual seja o argumento da conexão entre a profissão de jornalista, diante da desnecessidade de conhecimentos técnicos para seu exercício e proteção da liberdade de expressão.

Diante do voto, nota-se que a interpretação da correlação, feita pelo STF, entre o exercício profissional do jornalismo e a liberdade de expressão feita pela Corte IDH, seja o indício mais forte da possibilidade de identificação de um diálogo entre cortes.

### **4.3 Os direitos às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas – PET. 3.388/RR**

O Caso em questão, cuidava-se de Ação Popular que impugnava o modelo contínuo de demarcação de terras da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, situada em Roraima. Alegava, o autor da ação, dentre outras irregularidades, a existência de impactos econômicos negativos ao Estado decorrentes da demarcação contínua das terras e para os interesses do país, por comprometer a segurança e a soberania nacional.

O relator do caso, o Ministro Ayres Britto, ao iniciar seu voto, discorreu sobre a natureza da terra indígena e do índio como sujeito de direitos previstos na CF/88, em razão de ser o índio integrante de grupos étnicos que fazem parte do Brasil. Sustentou que em razão do pertencimento dos indígenas à realidade do Brasil, os índios faziam parte da população brasileira, sendo, portanto, pessoas naturais brasileiras, garantindo-lhes o direito às terras indígenas pertencentes ao território brasileiro, conforme previsto no artigo 20, XI, da CF/88.

Ademais, ressaltou que as terras indígenas não são territórios federais, mas sim bens da União, sendo certo que tais terras não estariam ligadas a uma questão político-territorial, mas sociocultural, de forma que as terras indígenas não comportariam a noção de livre circulação de pessoas.

Diante de tais conjecturas, o Ministro afirmou ser desnecessária a ratificação de documentos internacionais atribuidores de autoridade política, como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo a proteção constitucional suficiente aos povos indígenas.

Ressaltou, ainda, que a garantia de espaços fundiários aos índios, são essenciais para sua subsistência, bem como para preservação de sua identidade, sendo tais aspectos, direitos fundamentais dos indígenas.

A única citação a jurisprudência da Corte IDH, ocorreu no voto do Ministro Menezes Direito, que arguiu que deveria ser reconhecida a relação próxima do índio com a terra que habita. Ao tratar sobre a Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, sustentou que muitas de suas garantias já estavam presentes na CF/88. Além disso, Menezes Direito, citou o caso *Awatitgni Vs. Nicarágua*, julgado pela Corte IDH, para afirmar que a Nicarágua foi condenada por violar direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras. Entretanto, ao final de seu voto lembrou a natureza não vinculante da declaração, aduzindo que sua interpretação deve conformar-se à Constituição.

Continuando a análise do voto de Menezes Direito, o Ministro consignou que os direitos indígenas não são absolutos, especialmente, nos casos em que suas terras estejam submetidas à tripla afetação, qual seja a terra indígena, a unidade de conservação e a faixa de fronteira. Em tais casos, deve se buscar a conciliação dos regimes jurídicos para que existam em condições de igualdade. Diante disso, conclui que o direito dos índios cede à imperativos de defesa, interesses nacionais e de proteção ao meio ambiente.

Ao final de sua decisão, Menezes de Direito apresentou 19 (dezenove) salvaguardas institucionais à decisão, no que foi seguido pela maioria do tribunal, inclusive pelo relator do caso. Com a incorporação das salvaguardas, o tribunal votou pela procedência parcial da ação, sendo certo que os demais Ministros votaram pela maioria seguindo as premissas dos votos anteriores, não citando nenhum precedente da Corte IDH.

O Ministro Marco Aurélio, apresentou o único voto divergente do julgado, ocasião em que sustentou, no mérito, a total procedência da ação. Isto porque, para Marco Aurélio, as terras indígenas poderiam ser a via para a internacionalização da Amazônia, fato intensificado pela Declaração da ONU e pela defesa de uma autodeterminação dos povos indígenas. Para o Ministro a questão central era a defesa da soberania nacional,

tendo em vista que ao seu ver, a demarcação contínua não se harmoniza com interesses maiores da nação, tendo em vista que violava o direito à propriedade dos fazendeiros previsto na Convenção, o que poderia acarretar em condenações internacionais.

A Corte IDH, ao longo dos anos, desenvolveu uma rica jurisprudência sobre direitos dos indígenas.

Diante dos votos dos ministros no caso Serra do Sol, verifica-se que todos os ministros, em algum momento dos seus votos, salientaram a Declaração da ONU, sobre Direitos dos Povos Indígenas, não vincularia o Brasil no plano internacional, limitando uma eventual autodeterminação no campo externo. Ademais, os Ministros sustentaram que o domínio das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertence a União, de forma que os índios tinham apenas a posse.

Em análise ao caso, verifica-se que a citação da jurisprudência da Corte IDH, não pode ser considerada uma hipótese de diálogo, uma vez que a decisão fora citada como um alerta para os riscos de interferência internacionais nos assuntos constitucionais, além de não ter sido realizada uma reconstrução argumentativa da decisão.

#### **4.4 Direito ao duplo grau de jurisdição na constituição de 1988: AP 470/MG**

A Ação Penal 470/MG, teve sua origem nas investigações de um esquema de corrupção de parlamentares, que recebiam montantes em dinheiro, provenientes de outros crimes para que votassem em determinado sentido, a fim de aprovar pautas favoráveis ao governo. Em razão da grande quantidade de réus e suas diferentes condições, porquanto alguns eram detentores de foro por prerrogativa de função e outros não, o STF precisou reavaliar a previsão do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988, bem como sua relação com a norma prevista no artigo 8º, 2, *h*, da Convenção Americana.

Diante disso, a primeira questão de ordem levantada no julgamento do caso, tinha por objetivo discutir a possibilidade de os réus que não dispunham de foro por prerrogativa de

função serem julgados por juízes de primeiro grau para que gozassem do duplo grau de jurisdição. Para tanto, foi questionado a conexão presente no CPP que atraiu a competência do julgamento para o STF, em razão da presença de membros do Congresso Nacional (MAGALHÃES, 2015, p. 316).

O relator do caso, o Ministro Joaquim Barbosa, indeferiu o pedido, por compreender que a questão já havia sido debatida em fase de inquérito, tratando-se, portanto, de matéria preclusa. Em seu voto, o Ministro fez menção apenas à Sumula 704 do STF<sup>11</sup>.

O Ministro revisor da ação penal Ricardo Lewandowski, por sua vez, deferiu o desmembramento ao sustentar que o plenário reanalisasse a viabilidade da atração de pessoas diversas daquelas expressamente delimitadas pela Constituição realizada através de legislações inferiores, conforme artigo 78, inciso III, do CPP. O ministro, questionou, ainda, a legitimidade da prorrogação legal da competência em casos de expressas disposições constitucionais, uma vez que a conexão apenas poderia ocorrer no juízo comum ou em tribunais inferiores. O ministro ponderou, ainda, que haveria violação do juiz natural dos acusados não congressistas, bem como identificou a violação da garantia ao duplo grau de jurisdição daqueles réus.

A maioria do tribunal seguiu o voto do relator, mas enfrentou a questão do duplo grau de jurisdição e sua previsão convencional.

Os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, ao enfrentarem o tema, partiram de premissas semelhantes para tratar da relação entre a Constituição e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, chegando a conclusão de que a Constituição prevaleceria sobre a Convenção.

O Ministro Celso de Mello, ao seu turno, sugeriu que ambas as normas abarcariam a exceção ao direito não absoluto do duplo grau de jurisdição, ao fundamento de que não haveria

---

<sup>11</sup> Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

violação da Convenção em hipóteses de julgamentos originários em órgãos de última instância. Todavia, ponderou que os embargos infringentes, previstos no Regimento interno do STF, permitiriam a concretização no âmbito do STF ao duplo reexame.

Após a condenação, diante do questionamento por alguns réus sobre a possibilidade de interposição dos embargos infringentes, o tribunal discutiu a recepção ou não do recurso pela CF/88 e sua manutenção ou revogação pela Lei 8038/90, em Agravo Regimental.

O relator, Joaquim Barbosa, decidiu pela insubsistência dos embargos infringentes ao fundamento da perda da competência legislativa do STF para regulamentar o processo civil, bem como em razão das constantes alterações administrativas do regimento que, apesar de sua recepção como lei ordinária, o recurso poderia ter sido revogado mediante emenda do tribunal. Sustentou, ainda, que a lei 8038/90, ao não prover os embargos como recurso ao STF, teria regulado a questão de forma abrangente e que a ADI 1591 teria abolidos os embargos infringentes, para ações de controle abstrato.

Sobre o duplo grau de jurisdição, o ministro afastou sua incidência no caso ao afirmar que as características do recurso em análise seriam incompatíveis com aquele princípio, porquanto a razão do duplo grau seria revisar decisões de órgãos distintos do órgão julgador, o que impediria seu cabimento no caso de ações originárias.

O Ministro Luiz Roberto Barroso, abriu a divergência ao sustentar a manutenção dos embargos infringentes, com base em diversos argumentos dentre os quais, as diversas alterações regimentais teriam mantido o recurso, os inúmeros precedentes do tribunal discutiram o âmbito de aplicação da norma, sem que tenha sido sugerida sua revogação. No que se relaciona ao duplo grau, sustentou que o STF reconheceu a inexistência de um direito constitucional ao reexame da decisão por uma instância superior, bem como que o tema não seria importante para o julgado (MAGALHÃES, 2015, p. 319).

A Ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido de Barroso no âmbito formal, reforçando que suas justificativas independem do argumento do duplo grau baseado na

Convenção, porque os embargos infringentes não cumpririam os requisitos da garantia constitucional.

O Ministro Teori Zavascki, do ponto de vista dos argumentos formais, reproduziu os mesmos pontos do voto divergente de Barroso, todavia, trouxe a jurisprudência da Corte IDH de maneira direta, ao lembrar seus precedentes. Salientou, também que o reconhecimento da recorribilidade das sentenças condenatórias proferidas em ações penais originárias seria a interpretação que melhor se harmonizaria à proteção consagrada no artigo 8.2, h, da Convenção.

O Ministro Fux, reproduziu os argumentos formais desfavoráveis à manutenção dos embargos, proferidos pelo relator. Afastou, contudo, o argumento de que o cabimento dos embargos seria decorrente ao duplo grau, por não satisfazer os pressupostos de reforçar a atenção do julgador que sabe que sua decisão poderá ser submetida ao crivo de órgão superior, razoabilidade de oferecer um julgado por outrem diverso da primeira análise e, submissão do julgado a órgão formado por um número maior e mais experientes de magistrados. Aduziu, ainda, que os embargos não seriam suficientes para garantir o duplo grau de jurisdição, defendendo, também a inaplicabilidade do precedente Barreto Leiva, de 2009, da Corte IDH, porquanto a corte interamericana decidiu pela convencionalidade do foro por prerrogativa de função e da conexão legal, o caso na corte supranacional lidou com inúmeras violações ausentes no julgado do STF. Por fim, sustentou que acolher o precedente da Corte seria declarar a nulidade das normas regimentais do STF que confere ao plenário o julgamento das ações criminais.

O Ministro Levandowski, votou pelo cabimento dos embargos reproduzindo os mesmos argumentos formais da divergência e acrescentou que o recurso representaria a conformação ao princípio da pluralidade de graus jurisdicionais, que permitiria ao STF exercer a oportunidade de corrigir erros de fato ou de direitos em suas decisões de natureza penal, com vista a garantir a liberdade da pessoa.

O Ministro Gilmar Mendes votou com o relator e sufragou as mesmas teses no plano formal, bem como afastou o argumento do cabimento dos embargos como efetivação do

duplo grau previsto pela Convenção, ao fundamento de que a convenção teria realizado distinção hierárquica entre juízo *a quo* e *ad quem*, portanto o tratado não se aplicaria à hipótese, em razão de ser o último tribunal da estrutura judiciária.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, aderiu aos aspectos formais formulados por Barroso, aprofundando, entretanto, a relação do processo penal e a garantia do duplo grau ao defender o processo como ferramenta instrumental de garantia dos direitos dos réus, o que incluiria todos os recursos inerentes a sua defesa. Contudo, ao analisar as disposições da Corte, entendeu que os embargos configurariam proteção insuficiente, porquanto garantiria apenas o duplo reexame. Por fim, sustentou a divergência de quatro votos como pressuposto de cabimento do recurso, pois afastaria a arbitrariedade de sua utilização, uma vez que representaria a maioria de uma turma do STF e demonstraria a plausibilidade dos argumentos dos réus.

Os demais ministros apresentaram votos concorrentes, limitando-se aos argumentos de natureza formal, sendo os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia com o relator e Dias Toffoli, com a divergência.

Em que pese as várias teses apresentadas pelos Ministros do STF, verifica-se que no caso em análise, também não houve o diálogo entre cortes, tendo em vista que embora alguns Ministros tenham citado a jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, seja de forma direta ou indireta, nenhum dos Ministros se ocupou em desenvolver de forma substancial o conteúdo da garantia ao duplo grau de jurisdição.

Neste sentido, verifica-se que, a partir da análise dos precedentes *Castillo Petruzzi*, de 1999, *Herrera Uloa*, de 2004, em que a Corte entendeu que o direito de recorrer estaria inserido na ideia de devido processo legal, de forma a possibilitar ao réu que a sentença adversa possa ser revista por juiz distinto e de hierarquia superior. Sobre as características do recurso, a Corte consignou que o mesmo deveria ser proposto antes do trânsito em julgado da decisão, para que possíveis erros e vícios pudessem ser revistos.

Outrossim, a Corte refinou seu entendimento diante dos casos Barreto Leiva, em 2009, ao sustentar que o direito de

recorrer seria garantia da pessoa instituído para evitar injustiças e a perpetuação de violações dos direitos convencionais, uma vez que o recurso atribuiria maior segurança ao réu e maior credibilidade ao ato jurisdicional. Em *Mohamed Vs, Argentina*, em 2012, a garantia foi verificada quando o recurso foi garantido à pessoa condenada em tribunal de revisão, oportunidade em que a Corte para justificar o cabimento de outro recurso ordinário para uma “terceira” instância, a Corte IDH sustentou que as garantias jurisdicionais, impedem que as pessoas processadas criminalmente sejam submetidas à decisões arbitrárias, de modo que, o recurso deve ser garantido em casos de condenação, por ser manifestação do exercício do poder punitivo do Estado (MAGALHÃES, 2015, p. 329).

Recentemente, a Corte IDH ao julgar o caso *Liakat Ali Alibux Vs Suriname*, de 2014, reforçou a necessidade do direito ao recurso nos tribunais de última instância, pois as decisões de órgãos superiores não pode ser assumir-se a ser isenta de erros.

Ante ao exposto, considerando as jurisprudências da Corte IDH pertinentes ao duplo grau de jurisdição e diante do disposto no artigo 8.2, h da Convenção, é possível concluir que a garantia ao duplo reexame das sentenças condenatórias, diz respeito a garantia de recurso e não que necessariamente deva ser apresentado a órgão hierarquicamente superior ao que prolatou a decisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do processo de globalização, o mundo passou e, ainda, passa, por constantes transformações, que tiveram como consequência a aproximação entre os indivíduos e seus Estados, porquanto a globalização tenha transformado o mundo em uma “aldeia global”.

Neste sentido, mesmo no mundo jurídico, se mostra possível verificar o entrelaçamento dos ordenamentos jurídicos através da troca de informações, ou ainda, por meio da cooperação internacional.

Consigne-se que este processo evolutivo, teve como marco, a Segunda Guerra Mundial, que, em razão das atrocidades cometidas no período, fez com que a comunidade

internacional se propusesse a criar mecanismos de proteção, para que as futuras gerações não vivessem os horrores da guerra. Assim, criaram-se o sistema global de proteção dos direitos humanos, também chamado de Sistema ONU, e os sistemas regionais, quais sejam os sistemas Europeu, Interamericano e Africano.

O presente estudo, se ateve ao sistema interamericano em sua pesquisa.

Consigne-se que após a Segunda Guerra Mundial, o paradigma do constitucionalismo, deixou de ser o Estado, passando o protagonismo para os seres humanos, ou seja, o ser humano passou a ser o centro de tutela do ordenamento jurídico.

Em razão desta mudança de paradigma, passou a vigorar o princípio *Pro Homine*, que estabelece a aplicação da norma mais favorável ao ser humano, independentemente de sua origem, seja a norma nacional ou internacional.

Diante de tais premissas, objetivo deste trabalho foi realizar um estudo acerca da existência de integração regional na América Latina por intermédio do diálogo entre cortes para efetivação dos direitos humanos.

A justificativa do estudo baseou-se na novidade do tema, bem como na importância da discussão acadêmica para seu conhecimento, a fim de atribuir maior efetividade aos direitos humanos.

A fim de verificar se ocorre esta integração regional, foi utilizado como parâmetro as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da sua importância como tribunal supranacional, bem como diante de sua abrangência, uma vez que mais de 20 (vinte) países latino-americanos aceitaram se submeter a sua jurisdição.

Assim, este trabalho teve por objetivo verificar em que medida se dá o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), através da análise de casos concretos.

A fim de viabilizar a realização de tal objetivo, foi necessário abordar aspectos da internacionalização dos direitos humanos, seu processo evolutivo, bem como entender o que seria diálogo entre cortes, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, assim como entender como funciona a

Corte Interamericana e o que seria Controle de Convencionalidade.

Através de vasta pesquisa jurisprudencial dos julgados do STF e da Corte Interamericana, foi possível verificar que embora o STF esteja aberto para a utilização da jurisprudência de outros tribunais estrangeiros ou internacionais, no que se refere a Corte Interamericana, a utilização de sua jurisprudência ainda se dá de modo embrionário, porquanto poucos Ministros a utilizam em seus votos e, quando a utilizam, apenas a colocam para embasar seus posicionamentos, não havendo, ainda, por parte dos Ministros o aprofundamento da análise das decisões da corte, como forma de verificar se o contexto da decisão emanada da Corte IDH coaduna com o caso concreto analisado pela Corte constitucional do Brasil.

Diante disso, verificou-se, através da pesquisa, que embora alguns Ministros do STF utilizem a jurisprudência do STF em seus votos, sendo certo que outros Ministros, ignoram completamente a existência da Corte IDH, verifica-se que esta utilização ainda não configura o diálogo crítico necessário a implantação de um efetivo diálogo entre cortes. Ressalta-se, ainda, que o STF, ainda é reticente ao exercício do chamado controle de convencionalidade, de forma que o diálogo entre cortes no âmbito do Supremo Tribunal Federal ainda precisa ser construído.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 2018.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Decreto-Lei nº 13105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

CISH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

CIDADÃO, Procuradoria Federal dos Direitos do. **Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <[http://midia.pgr.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema\\_protecao\\_direitos\\_humanos/corte-idh.html](http://midia.pgr.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/corte-idh.html)>. Acesso em: 10 out. 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETI, Luca; CONCI, LUIZ Guilherme Arcaro (Coords.). Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília, DF: OAB, **Documento**. Conselho Federal, 2015. P. 253-283. Disponível em: <<http://ambiente.educacao.ba.gov.br/conteudos/conteudos-digitais/download/4082.pdf>> Acesso em: 20 out. 2018.

COUTO, Theresa Rachel. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Juruá: Curitiba, 2008.p.117.

GALHANO, Fernando Cesar Novaes. **Direitos Humanos Descomplicados**. Ridel: São Paulo, 2012. p. 41.

HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Renovar:Rio de Janeiro, 2007. 97.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Brasília: Dpu Nº 60 - Assunto Especial- Textos Classicos, 2014. p.50.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1999. 282 p.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo Constitucional Interamericano**: A leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**, 2018. 5 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2018.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Juspodvm: Salvador, 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2011, p.305.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MEZZETI, Luca; CONCI, LUIZ Guilherme Arcaro (Coords.). Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília, DF: OAB, **Documento**. Conselho Federal, 2015. P. 253-283. Disponível em: <<http://ambiente.educacao.ba.gov.br/conteudos/conteudos-digitais/download/4082.pdf>> Acesso em: 20 out. 2018.

SCHAFER, Gilberto et al. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma realidade nos dias atuais.**Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 143, n. 44, p.208-226, 01 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/789>>. Acesso em: 01 out. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da.**Integração e diálogo Constitucional na América do Sul**.In: **BOGDANDY, Arminvon.; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs), Direitos humanos, democracia e integração**

**jurídica na América do Sul.** Rio de Janeiro:Lumen.  
**Documento.** Juris, 2010. Disponível em:  
<[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo\\_e\\_integracao.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo_e_integracao.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios de laprotecion internacional de losderechos humanos al final delsiglo XX:** In Seminário sobre DerechosHumanos. San José: IIDH, 1997.

## PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DA COMUNIDADE LGBT

*João Victor Franco Machado*<sup>12</sup>

### RESUMO

O presente trabalho pretende denunciar e expor a situação de desrespeito e intolerância às diversidades sexuais, a violação dos Direitos Humanos da Comunidade LGBT e a responsabilidade das Cortes e Organizações Internacionais em proteger e intervir quando necessário em Estados Totalitários que vêm ao longo dos anos desrespeitando tais direitos. Divide-se o tema em aspectos históricos, sociais e jurídicos. Visando a melhor compreensão dos Direitos Humanos é necessário entender o contexto histórico de sua formação, sendo o mesmo método adotado para explanar o que é a Comunidade LGBT. Muitos dos fatos narrados, que relatam as agressões aos direitos da Comunidade são denúncias feitas às Cortes Internacionais e até mesmo refugiados, a dificuldade de obter informações provem dos Estados Totalitários que inviabiliza a discussão e o vazamento de tais notícias, através do controle da mídia. Pretende-se demonstrar que alguns Estados não acompanharam o desenvolvimento de sua sociedade. Após as barbaridades do século XX, I e II Guerra Mundial, marcadas por crises, genocídios como o Holocausto, as Cortes Internacionais e Tribunais de Direitos Humanos não podem permitir que esse tipo de violência persista nos dias atuais e muito menos Estados sejam os principais agressores. É dever do Estado proteger seus cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação racial, social, sexual, por gênero e opção sexual e dever das Cortes e Comissões Internacionais, julgar e condenar esses Estados que infringem a Declaração Universal de Direitos Humanos.

---

<sup>12</sup> Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

**PALAVRA-CHAVE:** Direitos Fundamentais; LGBT; Direitos Humanos; Homossexuais; Homoafetivos;

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade mundial vem crescendo e evoluindo ao longo dos séculos, cada vez mais nos vemos em um mundo repleto de diversidade étnica, social, cultural, religiosa, entre outros mais variados aspectos humanos. No mundo antigo a separação cultural maior dada a limitação dos meios de comunicação, transporte, o choque cultural entre os povos era menor. Porém, hoje em um mundo globalizado, onde a informação transita em segundos pelos quatro cantos do globo, podemos ver mais o convívio de várias culturas, religiões, línguas dentro de um mesmo espaço social.

Em meados do século XX “surgiu” um “novo” grupo, não tão novo assim, mas um grupo que não possuía voz ativa, direitos, representatividade, que não podia se manifestar e que sofria e ainda sofre preconceito social desde antes da época de Cristo: A Comunidade LGBT.

Neste momento, através do trabalho e pesquisas realizadas, é necessário entender quem são e a história dos movimentos que deram voz aos LGBTs. No final da década de 60, a Rebelião de Stonewall teve uma série de consequências para a comunidade, de acordo com o historiador David Carter (2004) há um amplo consenso de que esse movimento marcou o início do que nos Estados Unidos foi chamado de “Gay Rights Movement”, em português, o Movimento Pelos Direitos Gays. Desse movimento adveio dois grupos sociais que desempenharam um papel significativo para o movimento LGBT: O Gay Liberation Front (GLF) e o Gay Activists Alliance (GAA).

E assim, ao longo dos anos a Comunidade LGBT passou a se manifestar, exigindo seus direitos e igualdade perante a sociedade. Contudo, esse sonho de paridade social está muito longe dos horizontes, torna-se difícil de crer que em pleno século XXI a homofobia existe e mata e que muitas vezes o Estado tem fechado os olhos para esta questão, isso quando não é o próprio Estado o agressor.

A Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948 no período pós guerra, adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaração essa que não faz distinção étnica, religiosa, sexual, cultural, de gênero, a carta traz ao mundo a concepção de respeito e harmonia entre os povos e constantemente vem sendo violada por Estados falsamente Democráticos, Totalitários que têm em corpo legislativo homofóbico, restringindo o direito à vida, família, filiação de filhos por pais homoafetivos, casamento de pessoas do mesmo sexo, convívio social dos membros da Comunidade LGBT.

Assim, o trabalho dispõe sobre o contexto histórico da criação dos Direitos Humanos e do surgimento da Comunidade LGBT, como grupo social, em conflito com Estados e leis que vêm restringindo o direito do indivíduo com base em sua orientação sexual, fundamentando-se no conservadorismo e tradicionalismo religioso e social e a importância da intervenção das Cortes Internacionais para proteção de tais direitos.

## 2- DIREITOS HUMANOS

Para esclarecer da melhor maneira possível os Direitos Humanos, faz-se a divisão do estudo em: A Origem dos Direitos Humanos, fazendo uma análise histórica dos primórdios da sociedade, para compreender o

espaço e as formas de pensamento do homem. Destarte, pode-se compreender como a sociedade delimitou ao longo dos séculos o que são os Direitos Humanos. Neste ponto o trabalho pretende esclarecer quais são e qual a sua importância para os povos.

## 2.1. A Origem dos Direitos Humanos

Há muitos anos, desde o momento em que o homem se organizou em sociedade, com a formação de Estados, o homem vem buscando diminuição do Poder do “Estado” sobre a população, e a consequente diminuição das diferenças entre os seres humanos.

As diferenças variam de pessoa para pessoa, no início em sua maioria entre os pátrios e estrangeiros. Percebe-se hoje que essa diferença é muito maior, tendo em vista a globalização e a proximidade entre os povos, causando um choque cultural enorme, que vem exigindo muito da capacidade humana relativa às questões de respeito e empatia pelos costumes e formas de vida do outro. É claramente imaginável que foi através da evolução humana que se chegou até os dias de hoje com grandes avanços no que cabe a direitos preestabelecidos ao homem.

Desde a Grécia Antiga<sup>13</sup> se estimula a reflexão sobre a superioridade de determinadas normas em face de uma vontade contrária do poder. Vale lembrar que naquele determinado momento histórico na Grécia Antiga, o conceito de cidadania estava vinculado a uma minoria,

---

<sup>13</sup> Homossexualidade na Grécia Antiga e suas Representações na Arte – Postado em 2016.1, Grécia Antiga, homossexualidade por Júlia Guimarães Alves – blog da disciplina – Prof. Aline Couri/ HÁ EBA UFRJ, disponível - <https://hav120151.wordpress.com/2016/07/03/a-homossexualidade-na-grecia-antiga-e-suas-representacoes-na-arte/>

sendo considerados cidadãos os homens com mais de 21 anos, que fossem atenienses e filhos de pais atenienses.

A cidadania era exercida diretamente pelo cidadão, que tinha o direito de propor e aprovar leis, logo, os cidadãos tinham condições de opinar sobre a rotina da sociedade. Por causa do poder concedido ao cidadão na Grécia Antiga, poucas pessoas tinham esse status. O pequeno grupo de cidadãos era formado, principalmente, por proprietários de terras.

Comerciantes, artesãos, mulheres, escravos e estrangeiros não eram considerados cidadãos. Assim, estes grupos não tinham direitos políticos e participação nas decisões da comunidade.

Para os gregos, a cidadania era um bem inestimável. Para eles, os cidadãos eram todos aqueles que tivessem condições de opinar sobre os rumos da sociedade.

O Direito Romano deu um grande passo, tendo contribuído muito para o desenvolvimento dos Direitos humanos, um grande exemplo é a aceitação do *jus gentium* (direito da gente) que nada mais eram que normas aplicadas à cidadãos romanos e não romanos, sem distinção.

Posto isso, há que se observar que existe uma diferença entre a Liberdade dos Antigos e a Liberdade dos Modernos, como explicado por Benjamin Constant<sup>14</sup> (em 1819), no seu clássico artigo. Constant afirma que para os antigos, liberdade era a capacidade e possibilidade participar da vida social, já os modernos, e aqui ele se remetia aos iluministas do século XVIII, o conceito de liberdade estava relacionado à possibilidade de viver e

---

<sup>14</sup> Liberdade dos Antigos compara à dos Modernos – Benjamin Constant - Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.)

atuar de maneira que não houvessem interferências em suas vidas privadas. Essa visão de liberdade na Antiguidade resultou na ausência de discussão sobre a limitação do poder do Estado, um dos papéis tradicionais do regime jurídico dos Direitos Humanos. As normas que organizam o Estado pré-constitucional não asseguravam ao indivíduo direitos de contenção ao poder estatal. Por isso, na visão de parte da doutrina, não há efetivamente regras de Direitos Humanos na época pré-Estado Constitucional.

Porém, não se pode excluir a importância das culturas antigas para o desenvolvimento do que hoje nós chamamos de Direitos Humanos. Como já mencionado acima, as civilizações da antiguidade que enfatizam o respeito a valores que estão contidos em normas de direitos humanos, como a justiça e igualdade.

O Renascimento e a Reforma protestante em meio à Crise da Idade Média trouxeram a figura dos Estados Nacionais absolutistas europeus. A sociedade medieval, organizada em feudos, foi substituída por uma forte centralização do poder do Estado na figura do Rei, um grande exemplo disso é a famosa frase do Rei Luís XIV, “L’Étatc'est Moi”, literalmente traduzida em “O Estado sou Eu”, sendo um dos maiores exemplos do absolutismo monárquico europeu, o que caracteriza a forma de governo adotada, centralizada nas mãos de uma só pessoa que possuía os três poderes, o rei executa, legisla e julga.

Curiosamente, ao mesmo tempo que surge essa centralização, surge também a igualdade de todos os súditos, submetidos ao poder absoluto do rei. Essa igualdade não foi o suficiente para criar a eles uma proteção da opressão e violência. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos, em sua obra<sup>15</sup> traz como exemplo maior

---

<sup>15</sup> Ramos, André de Carvalho Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1.

de violência e quebra dos Direitos Humanos o extermínio de milhões de indígenas no continente americano, anos após a chegada de Colombo na Ilha de São Domingo, em 1492.

Com a chegada do século XVII vem o questionamento ao Estado Absolutista, buscava-se uma limitação do poder, sendo um dos maiores exemplos a Carta Magna, também chamada de *Petition of Right*, Carta de Direitos, em que reafirmavam que “nenhum homem livre poderia ser detido ou preso ou privado de seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora a lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser em virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país”.

Nesse mesmo momento histórico, após a Revolução Gloriosa, com a coroação de Guilherme de Orange, é editada a Declaração Inglesa de Direitos, conhecida entre os estudiosos da história como *Bill of Rights*, reduzindo definitivamente os poderes da monarquia inglesa, estando esses submetidos ao Parlamento.

Os Iluministas vêm com seus pensamentos filosóficos, analisando e formulando críticas ao sistema estatal, para Hobbes, a razão de existência de um Estado seria a necessidade de dar segurança aos indivíduos, diante das ameaças de seus semelhantes, como se houvesse um contrato entre o Homem e o Estado. Dentre suas discussões eles trouxeram formas organizacionais de Estados, separação dos três poderes, entre os deveres e direitos da Sociedade e do Estado.

Em meio a críticas, discussões, assistimos à queda das monarquias absolutistas europeias.

Percebeu-se que aquele sistema adotado gerava benefícios a poucos, desrespeitava direitos de

---

Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 16-1356 CDU 341:347.121.1

muitos, a liberdade de vida era restrita já que o rei tinha o controle de tudo e todos. Sendo ele visto como uma figura representativa de Deus na Terra, imagem essa apoiada pela Igreja que era um dos grandes pilares de sustentação da Monarquia Absolutista, tendo em vista que a Igreja detinha terras e grande poder sobre o povo, uma grande aliada do rei.

Chegamos em 1798 e presenciamos a ruína de governos, a França por exemplo, marcou o século, o Estado francês pré-Revolução era ineficiente, custo de vida elevadíssimo para a plebe e burguesia e um Estado incapaz de organizar minimamente a economia de modo a atender as necessidades da população que só crescia.

A saturação da sociedade em meio a crise, instabilidade social, quebra dos direitos do homem que hoje são conhecidos como Direitos Fundamentais, gerada pela falta de organização do Estado Absolutista, ocasionou os movimentos populares. Como exemplo em Paris, iniciaram-se em 12 de julho de 1789 e culminaram na famosa Queda da Bastilha, o maior símbolo do Absolutismo Francês. A Bastilha era uma prisão em que o rei aprisionava em maior parte os presos políticos, que muitas vezes condenados à guilhotina, em 14 de julho de 1789 gerando a queda da monarquia francesa, sendo o rei e rainha condenados à morte.

A Revolução Francesa foi o grande marco histórico no mundo para a definição dos Direitos Humanos, mesmo que depois “Declaração do Bom Povo de Virgínia” em 12 de junho de 1776, composta por 18 artigos com a forma típica de promoção de Direitos Humanos com viés jus naturalista, como, por exemplo, “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”<sup>16</sup> e ainda “todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são

---

<sup>16</sup> Artigo 1º da Declaração do Bom Povo de Virgínia

seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”<sup>17</sup>.

Com a Revolução Francesa surgiram os famosos princípios dos revolucionários da época: *Liberté, Egalité et Fraternité*, traduzidos na forma literal em Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Esses princípios da Revolução são os principais pilares dos Direitos Humanos, formalizando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamaram os direitos do homem, nascemos livres e com direitos iguais. Pela forte influência jus naturalista, a Declaração menciona serem inalienáveis e sagrado dos homens, os Direitos Fundamentais. A Declaração posteriormente foi aderida pela Constituição Francesa em 1791, garantindo a soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir o cumprimento dos Direitos Humanos.

Havia um grande desejo de espalhar os ideais revolucionários que surgiu na França, o que posteriormente consagrou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo a primeira com vocação universal. Tal universalismo foi o grande alicerce para a afirmação dos Direitos Humanos no século XX, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 no período pós-guerra, quando a sociedade viu e sentiu as agruras do holocausto causado pela ideologia nazista que perseguiu e exterminou em massa gays, negros e judeus em prol de uma raça “superior” denominada pelos nazistas de Raça Aariana.

---

<sup>17</sup> Artigo 2º da Declaração do Bom Povo de Virgínia

## 2.2. O que são os Direitos Humanos

Os Direitos Humanos são divididos em gerações, que no caso são três. Os Direitos de Primeira Geração são aqueles que englobam os direitos de liberdade, que são direitos às prestações negativas, onde o Estado deve proteger a autonomia do indivíduo.

São chamados de Direitos de Defesa, por proteger o indivíduo de intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter limitador entre o Indivíduo e o Estado, de modo que há uma determinada limitação no espaço de liberdade individual e concomitantemente estrutura a organização estatal e seu poder de modo que não haja um choque negativo entre os atos do Estado com a liberdade individual do homem.

Sendo assim, os Direitos de Primeira Geração são os direitos civis e políticos do cidadão, o direito à liberdade, igualdade de todos perante a lei, direito à propriedade, intimidade e segurança, formulando assim o valor de Liberdade. Nessa Geração o Estado, na defesa desses direitos, tem uma atuação passiva, se abstendo em violar os Direitos Humanos, quando o Estado exercer um papel ativo há que exigir sanções para a garantir segurança pública, sendo que o papel ativo seria a violação de tais direitos pelo Estado, ações que atingem negativamente a liberdade do indivíduo.

Na Segunda Geração o Estado exerce papel ativo além de agir como mero fiscal das normas jurídicas, esse papel ativo visa proteger e garantir os direitos de Primeira Geração, embora no início houvesse uma certa desconfiança com relação à essa ação ativa estatal, o medo era uma possível ameaça aos direitos do indivíduo.

Percebeu-se através das doutrinas socialistas que a implantação formal de liberdade e igualdade exigia esse papel ativo proveniente do Estado, por não garantirem por si só a efetiva concretização para garantir os direitos

do homem. São reconhecidos os direitos sociais, o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre vários outros que demandam do Estado uma ação ativa.

Os Direitos Humanos de Segunda Geração são oriundos de lutas sociais na Europa e Américas tem como maior marco a Constituição do México, a primeira a regular o Direito do Trabalho e Previdência Social em 1917, posteriormente a Constituição Alemã, denominada de Weimar em 1919, que estabeleceu o dever do Estado em garantir e proteger os direitos sociais.

Por fim a Terceira Geração dos Direitos Humanos que engloba aqueles de titularidade da comunidade, o direito ao desenvolvimento, à paz, autodeterminação e o direito ao meio ambiente equilibrado, um dos mais discutidos, tendo em vista que é o direito de nossa geração, mas também visa garantir o das futuras gerações. Advém da constatação do vínculo do homem ao planeta Terra e seus recursos finitos, à desigualdade da distribuição das riquezas e a ameaça iminente à sobrevivência da espécie humana.

Há uma divergência na doutrina sobre a existência dos Direitos Humanos de Quarta Geração. Para esses doutrinadores, os direitos dessa geração referem-se aos Direitos da Bioética e os Direitos da Informática.

Concebida no século XX com o advento da tecnologia de informação e a globalização dos Direitos Políticos, onde a preocupação passa a ser o Direito à Democracia.

Com relação ao tema da Bioética, com o avanço da engenharia genética e da biotecnologia, aparecem os temas como suicídio, eutanásia, transexuais, reprodução artificial assistida e dentre outros, a manipulação de material genético.

Nos Direitos da Informática, com os complexos meios de comunicação surge a preocupação

com relação transmissão de dados pelos meios eletrônicos e interativos e a solução dos crimes virtuais.

### 3 - A COMUNIDADE LGBT

Buscando entender os Direitos Humanos de determinado grupo social, religioso étnico, entre outros, é necessário entender o surgimento, a história desse determinado grupo. A Comunidade LGBT possui um longo histórico de luta, internacional e nacional, por isso se faz a divisão entre os Movimento LGBT que deram início à sua representatividade na sociedade e O Movimento no Brasil, tendo como parâmetro a diferença histórica e social de cada nação e a influência dos movimentos internacionais dentro do Brasil.

#### 3.1. Os Movimentos LGBT que deram início à sua representatividade na sociedade

Apesar de ter ganhado voz e espaço na sociedade somente no século passado, há relatos históricos desde antes de Cristo sobre a homossexualidade.

Na Grécia Antiga o amor homossexual foi explorado por filósofos e poetas, como Heródoto, Platão e Ateneu.

A forma mais comum era a pederastia<sup>18</sup>, entre adultos e adolescentes, é necessário ressaltar que a sociedade grega não distinguia entre desejo e comportamento sexual com base em gênero de seus participantes.

Portanto, se torna impossível conceber a ideia de duas sexualidades distintas, havia apenas uma

---

<sup>18</sup>Pederastia - Trata-se da prática sexual entre um homem adulto e um rapaz mais jovem, teve seu significado estendido à homossexualidade.

tendência. O desejo por aqueles que são belos qualquer que seja o seu sexo, conforme diz Michael Foucault, ou seja, o desejo sexual surge pela atração e não pelo gênero.

Na Bíblia, uma das passagens mais claras sobre relacionamentos homossexuais está em Samuel 18:1-4, que narra o encontro entre Jônatas e Davi, onde Davi relata que o amor de Jônatas ultrapassaria o amor de mulheres.

Porém, como já dito, o reconhecimento dos indivíduos homossexuais, transgêneros, travestis, lésbicas entre outros, como um grupo social, atualmente conhecido como Comunidade LGBT surgiu no século XX, quando essas pessoas começaram a reivindicar seus direitos. Até então a OMS (Organização Mundial da Saúde) tratava do assunto como se fosse uma doença mental, o termo utilizado à época era “*Homossexualismo*”, termo que após a década de 90, com a nova regulamentação da organização caiu em desuso, hoje o termo correto utilizado é “*Homossexualidade*”.

Um marco histórico para os Movimentos LGBT do século foi a Revolução de Stonewall, em Nova Iorque em 28 de junho de 1969. Stonewall era um bar frequentado por gays, lésbicas, travestis, drags, bis em Nova York da década de 60, o que o tornou diferente dos demais foi o fato de ser permitido aos casais homoafetivos e demais que dançassem, se divertissem sem qualquer forma de julgamento social. Por esse motivo o bar era alvo de várias rusgas policiais e uma delas surtiu um efeito inesperado para os policiais.

O bar Stonewall foi o palco de mais uma operação policial, sob a alegação da falta de permissão para o comércio de bebidas alcólicas, a operação terminou com a prisão dos travestis ali presentes. O que a polícia de Nova York não esperava era a reação repressiva das pessoas ali presentes, em solidariedade àqueles injustamente presos, a Gays, Lésbicas, Drags entre outros

se uniram violentamente contra a ação policial. Ao conseguirem acalmar a situação, a polícia voltou para a esquadra com um saldo de 13 presos.

A repressiva homofóbica não terminou, no dia seguinte os policiais voltaram ao bar, contudo, a multidão LGBT também voltou mais organizada e o movimento teve início, pichações em vitrines e nas paredes por direitos iguais, outros gritavam exigindo o fim das operações policiais em bares gays, as pessoas ali presentes no movimento contaram com o apoio dos habitantes locais e o conflito só acabou quando o Presidente da Câmara decidiu acabar com a violência policial.

A Comunidade LGBT percebeu a força da união de seus membros e que aos poucos isso traria benefícios, como igualdade perante a sociedade, igualdade essa que não seria mais apenas um sonho, ela poderia se tornar algo real e palpável. A rebelião mostrou que a atitude que deveria ser tomada era a do enfrentamento, o discurso mudou, não deveríamos pedir para sermos aceitos, era necessário exigir, exigir igualdade perante todos, exigir respeito.

Surgiu assim o Dia do Orgulho Gay, mais conhecido pelos norte-americanos pelo termo “*PRIDE*”, em português na forma literal, “*ORGULHO*”, orgulho de ser gay, lésbica, trans, bissexuais, travesti, drag, entre várias outras diversidades sexuais, era necessário provar para a sociedade que isso era normal e exigir que a OMS não caracterizasse a homossexualidade como doença mental, mas o caminho ainda era longo. Coincidentemente, esse dia, foi o mesmo em que morreu Judy Garland, ícone máximo da comunidade gay que, em “*O Mágico de Oz*”, sonhava com um mundo melhor, além do arco-íris.

A rebelião inspirou um movimento de protesto homossexual, não só por toda a América, mas também em todo mundo, o movimento de libertação

nascido em Stonewall constituiu uma identidade indispensável à libertação dos homossexuais.

Nos Estados Unidos, surgiram movimentos importantes, figuras importantes que lutaram pelos direitos da Comunidade LGBT, como por exemplo, Gilbert Baker, criador da bandeira do Movimento LGBT, o arco-íris, e o maior nome da militância LGBT, Harvey Milk<sup>19</sup>, o primeiro homem abertamente gay a ser eleito para um cargo público na Califórnia - Estados Unidos. Se torna fundamental na luta pelos Direitos Humanos da Comunidade LGBT, virou mártir da causa no país e no mundo todo.

Em 1977, Milk é eleito vereador de San Francisco, em 11 meses de mandato conseguiu várias importantes vitórias, como aprovação de leis sobre direitos dos gays na cidade, se aproximando do prefeito Moscone. Mas sua causa incomodou setores conservadores e velhas forças políticas da cidade, o que culminou em seu assassinato em novembro de 1978 aos 48 anos. O assassino era nada menos que o membro do Conselho de Vereadores, Dan White, que suicidou logo após o feito.

O movimento LGBT nos Estados Unidos teve uma grande importância para a evolução dos Direitos da Comunidade LGBT. Graças a globalização, aos meios de comunicação, os ideais foram rapidamente difundidos pelo mundo e a comunidade ganhou voz, e passou, aos poucos a conquistar espaço em meio a sociedade.

### 3.2 O Movimento no Brasil

Iniciou-se em meados da Ditadura Militar (1964-1985) o Movimento LGBT no Brasil, gays, bissexuais, travestis, lésbicas e transexuais reuniam-se em

---

<sup>19</sup> The Children of Harvey Milk – Reynolds, Andrew – Oxford Univ Press Usa

espaços sociais, como bares e boates nos anos de 1970, a boates eram chamadas à época de Gueto, esses espaços deram oportunidade para a circulação de publicações homossexuais, fazia-se panfletagem e buscava-se montar uma pauta de reivindicação e apoio.

O primeiro jornal de temática homossexual foi “O Lampião da Esquina”<sup>20</sup>, fundado em 1978, fazia oposição à ditadura e denunciava os abusos contra LGBTs. Como a prisão arbitrária de lésbicas devido sua orientação sexual, em São Paulo na década de 80, operação essa que ficou conhecida como “Operação Sapatão”, o jornal também incluía outras causas sociais como a questão indígena. O veículo de notícias era uma resposta, também, à esquerda que associava a causa gay à decadência burguesa e via esse movimento como um desvio da luta principal dos ideais socialistas.

Os anos 60 e 70 marcaram a visibilidade e a radicalização do movimento, com seu discurso de autoafirmação e libertação, nesse período sentimos uma forte influência dos movimentos norte-americanos como por exemplo a *Society of Individual Rights* (Sociedade dos Direitos Individuais), em San Francisco e a grande influência aqui já mencionada, a Revolta de Stonewall.

Porém, do ponto de vista histórico brasileiro e o momento em que surgem os movimentos, nosso país teve movimentos diferenciados dos demais. No Brasil, o movimento foi marcado pela politização da questão homossexual, tendo em vista que o movimento surgiu no auge de uma ditadura militar, em uma sociedade altamente polarizada onde todos assistiam as disputas de poder entre Capitalismo e Socialismo.

---

<sup>20</sup> Imprensa Homossexual: Surge o Lampião da Esquina – Carlos Ferreira (vol. 1, nº1, 2010) – disponível em <http://www.usp.br/alterjor/ojs/index.php/alterjor/article/viewArticle/aj1-a6>

Em aliança com o Movimento Feminista e o Movimento Negro, o Movimento LGBT da “Primeira Onda” buscava abolir vários tipos de hierarquia social, promovendo a reflexão em torno de uma sujeição do indivíduo às convenções de uma sociedade sexista, promovendo espaços para a diversidade sexual para que essa pudesse se afirmar. Em sua tese de doutorado, Edward MacRae situou 22 grupos de homossexuais atuantes no Brasil, concentrados principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo.

O surgimento da Aids como uma grande epidemia complica a situação do movimento LGBT, criou-se o estereótipo de que é uma “doença dos Gays”, o que retardou a aceitação dos LGBTs pela sociedade. Tivemos a perda de grandes nomes do movimento no meio artístico, como Freddie Mercury, membro da banda *Queen*, e o cantor brasileiro, Renato Russo, membro da banda Legião Urbana.

O maior salto, e talvez, o mais importa para a Comunidade foi a retirada do termo “*homossexualismo*” da listagem de doenças mentais pela OMS (Organização Mundial da Saúde), apesar de ser descartada a hipótese de ser uma doença em 1973, a homossexualidade só foi retirada do rol de doenças 17 anos depois, quando a OMS publicou o CID-10, Classificação Internacional de Doenças – Versão 10.

O movimento vem crescendo no Brasil desde então, e apesar de ser considerada uma das sociedades mais liberais do ocidente, a sociedade brasileira tem se mostrado extremamente conservadora e agressiva com a Comunidade LGBT, possuímos uma bancada evangélica fortíssima no Congresso Nacional, que vem dificultando aprovação de projetos que trazem benefícios e igualdades sociais para os membros LGBTs. Escondem seu preconceito e machismo por trás de um falso ideal cristão e uma falsa pretensão de proteção da “família

tradicional brasileira”, levando para dentro do Congresso seus ideais religiosos e esquecendo-se da verdadeira missão política, de defender interesses da população independentemente de sua raça, religião, orientação sexual, gênero e sexo, contrariando assim o disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que diz:

“Artigo 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 (...)”

E também contrariando o inciso VI do artigo 5º e o inciso I do artigo 19, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988, que dizem ser o Brasil, um Estado Laico:

“Artigo 5º.  
(...)”

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

“Artigo 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, supervisioná-

los, embaraçar-lhe o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

O Brasil em um país de diversidades culturais e religiosas e se torna ilegal e inviável estabelecer normas, leis, regulamentações ou até mesmo deixar de estabelecê-las em virtude de crenças religiosas de determinado grupo religioso.

#### **4 - VIOLÊNCIA MUNDIAL CONTRA A COMUNIDADE LGBT**

Os ataques aos Direitos Humanos ocorrem das mais variadas formas, sendo por uma ação ou omissão de quem está ferindo esses direitos. Assim, visualiza-se as Principais formas de ataque e bloqueio dos Direitos Fundamentais à vida dos indivíduos pertencentes à Comunidade LGBT e alguns dos países que possuem condutas agressoras, sendo na forma passivo ou ativa.

##### **4.1. Principais formas de ataque e bloqueio dos Direitos Fundamentais à vida desses indivíduos**

Mesmo após uma evolução significativa da sociedade, os Direitos Fundamentais são uma conquista recente, ao analisar do ponto de vista histórico brasileiro, a escravidão foi abolida há 130 anos, o que para os historiadores é algo muito recente, o divórcio surgiu apenas na década de 70 do século XX, as mulheres conseguiram seus direitos apenas no século passado, são conquistas muito recentes.

Apesar de relatos desde os anos antes de Cristo, a homossexualidade e os demais membros da Comunidade LGBT só ganharam espaço e voz ativa na sociedade em meados do século passado, com muita luta, movimentos e perdas consideráveis de pessoas que morriam e até hoje morrem em decorrência da violência causada pelo preconceito social e religioso.

O grupo vem tentando firmar seu espaço e garantir seus Direitos Fundamentais como cidadãos e seres humanos, demonstrando para a sociedade que é normal ser gay, bissexual, lésbica, trans, travestis, etc.

Os direitos mais afetados pelo preconceito tanto social quanto estatal, sendo o segundo o mais agravante, pois o Estado tem o dever de proteger e criar oportunidades de inclusão social.

Desse modo, é necessário promover a educação, informação e até mesmo a facilitação dessa inclusão na sociedade através de projetos sociais, aprovação de leis que protejam esses grupos das mãos preconceituosas e desinformadas da sociedade. São infringidos os direitos mais básicos, como o direito à família, casamento, adoção, doação de sangue, e nos casos mais graves o direito à vida, em Estados Totalitários que conjuntamente com a população, vem agredindo fisicamente e moralmente esse grupo.

#### **4.2. A violência em países que possuem legislações expressamente homofóbicas**

O aumento dos meios de comunicação e a facilidade que a informação tem de percorrer o mundo tem ajudado nas denúncias de Estados que expressamente perseguem e violam os Direitos Humanos da Comunidade LGBT. Sendo um dever da comunidade internacional interceder por essas pessoas.

A perseguição em maior parte dos países que ofendem a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é de cunho religiosa, sendo ela promovida pelos judeus, cristãos, muçulmanos, entre várias outras crenças. Mas também temos Estados Laicos, como o Brasil que em muitas das vezes “fecham os olhos” para a questão da violência social.

##### *4.2.1. Rússia*

Como palco de dois grandes eventos esportivos mundiais, os holofotes se viraram para Rússia em 2014, quando sediou das Olimpíadas de Inverno em Sochi, e em 2018, quando sediou a Copa do Mundo da FIFA. Foi quando o mundo descobriu que o ex-membro da União Soviética não é o paraíso para os LGBTs!

A questão LGBT russa voltou a ser pauta da mídia internacional. O Ministério das Relações Exteriores brasileiro divulgou comunicado aos turistas LGBT que foram aos jogos para não demonstrarem afetos nos espaços públicos. Infelizmente o comunicado estava de certa forma correto, o país que já fora palco da revolução mais importante do século passado, hoje é um dos muitos que restringem os direitos da Comunidade LGBT através de leis aprovadas por seus Poderes Legislativos.

Para entendermos melhor as controvérsias do Estado Russo, faz-se necessário uma análise histórica do século XX. A Rússia foi o primeiro país a descriminalizar a homossexualidade, a prática da relação sexual entre indivíduos do mesmo sexo, definição dada pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa para o termo “sodomia” foi descriminalizada, como consequência da Revolução de Outubro em 1918. Tal movimento trouxe direitos como o divórcio, a socialização das tarefas domésticas, libertando também as mulheres da chamada “escravidão do lar”.

A primeira discussão sobre a descriminalização ocorreu durante o ano de 1903, nos debates do novo Código Penal do Czar Nicolau II, porém só veio em 1918, com a extinção do conjunto de leis, primeiro na prática e efetivamente em 1922, com a promulgação do Código Penal Soviético. A URSS estava 50 anos à frente com relação aos Direitos LGBTs, sendo que os EUA só começaria abordar esse reconhecimento após Stonewall.

Contudo, esse avanço durou pouco, com a morte de Lenin e a ascensão de Stálin ao poder, fez com que a revolução se desenvolvesse isoladamente, acabou-se a perspectiva de uma revolução socialista internacional, pondo fim à democracia soviética. Stálin criminalizou novamente o ato, por meio do Artigo 175. Apoiados no patriarcalismo, iniciou-se uma forte campanha interna anti-LGBT, associando a homossexualidade aos ideais, facistas e capitalistas que vinham da Europa Ocidental.

Anos se passaram e após a Queda do Muro de Berlim e o início da abertura dos países que faziam parte da URSS, a homossexualidade voltou a ser descriminalizada na Rússia no ano de 1993. O período foi chamado pelos historiadores de Restauração Capitalista/Burguesa, marcando a ideologia predominante nos anos 90, a exaltação do consumo e do indivíduo.

O Estado Operário Soviético se desfaz, a restauração do capitalismo gera um caos na Rússia, aumenta-se a fome e cai a expectativa de vida do cidadão russo. Surge no final da década de 90 a figura de Vladimir Putin, um produto da situação, com fortes aliados como a Igreja Cristã Ortodoxa e a indústria bélica. Putin nunca deixou de demonstrar o conservadorismo russo e seu Estado como uma das maiores potências bélicas do mundo.

Contudo, não se trata apenas do conservadorismo russo, essas foram as formas de Putin se

manter no poder (2000-2024), sendo sua principal aliada a Igreja. Para se manter no poder, ele tem buscado o que tem de mais reacionário no patriarcalismo, visando manter a estabilidade política interna – o ódio a Comunidade LGBT e o constrangimento dos direitos das mulheres, inclusive esse ódio vem recebendo respaldo legal através das Leis “Contra Propaganda Homossexual” (Artigo 6.21).

Em entrevista à Revista Fórum, o líder do Movimento LGBT da Rússia, que há mais de 10 anos já vinha denunciando a perseguição por parte do governo relatou à revista que o parlamento aprovou por unanimidade e apenas uma abstenção a Lei que proíbe a manifestação LGBT nos espaços públicos, bem como divulgações por meios de comunicação. Aprovada na Duma Câmara Baixa do Parlamento Russo, por 436 votos e uma abstenção, em seu Artigo 6.21 do Código de Violações Administrativas permite ao governo russo multar pessoas acusadas de espalhar qualquer tipo de informação relacionada à “propaganda sexual não tradicional entre menores”, uma lei aprovada em 2012 também banuiu os eventos como a Parada do Orgulho Gay de Moscou.

O Ministro das Relações Exteriores, Sergei Lavrov, em uma tentativa de se explicar para comunidade internacional disse que a medida visa proteção dos costumes russos e da imagem do homem russo, que os homossexuais não são discriminados pelos governos russo, mas que “não será permitido que os gays promovam ‘agressivamente’ seus valores, que são diferentes dos das maiorias e os imponham às crianças”.

Durante o Mundial de Atletismo em Moscou, Vitali Mutko alegou: “Queremos proteger nossas crianças, cujas mentes ainda não estão formadas, da propaganda do uso de droga, da embriaguez e das relações sexuais não-tradicionais”. Ao conceituar as relações homoafetivas como não-tradicionais, consegue-se ter uma

visão do ponto de vista preconceituoso escondido por trás de uma falsa pretensão de proteção e conservadorismo russo. Percebemos que ao adotar esse tipo de legislação discriminatória, o governo russo vem fomentando estigmas e incentivam a homofobia, o que é incompatível com as noções de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, os principais pilares dos Direitos Humanos, sendo ele de 1ª, 2ª ou 3ª geração. Um exemplo disso são os grupos neonazistas, conservadores, fascistas e milícias que vem crescendo internamente no Estado Russo, pessoas que atraem LGBTs para encontros, onde eles são violentados, agredidos, filmados, tendo sua imagem exposta, e na pior das hipóteses, assassinados.

Um exemplo é um jovem de 23 anos que teve seu corpo encontrado em um prédio residencial em Volgogrado, na região sul da Rússia, de acordo com as fontes do g1.globo.com, o jovem sofreu diversos ferimentos, inclusive nos seus órgãos genitais e estupro com o uso de garrafas. A porta-voz do Comitê de Investigação, Natalia Kunitskaya, confirmou que a vítima foi estuprada, torturada e teve seu crânio estourado por uma pedra, a porta-voz confirmou também a prisão de 2 suspeitos sendo que um deles possui antecedentes criminais.

São notícias como essa que vêm assustando a comunidade internacional. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera que a Rússia violou e vem violando as convenções europeias e condenou o país a pagar multa de 43 mil euros por suas leis que bloqueiam expressivamente o direito do cidadão em se expressar e viver sua vida afetiva como os demais, por reprimir os movimentos e as trocas de informação. Há que se considerar que o valor é irrisório em se tratando de uma grande potência em ascensão.

“É uma Herança da era soviética e um reflexo dos valores cristãos num país em que não há uma separação entre a Igreja e o Estado” – YuliaGorbunova

#### 4.2.2. Comunidade LGBT no mundo

Com relação à legislação anti-lgbt, a Rússia não está sozinha, em pleno século XXI o assunto ainda é um tabu para muitas nações e visto com olhos preconceituosos. Como pode ser observado no Mapa Mundi abaixo:



Um dos maiores exemplos de agressão dos Direitos Humanos da Comunidade LGBT são os países de cultura islâmica, no Oriente Médio e África. O problema enfrentado na Rússia é que o Estado restringe do direito de expressão do indivíduo e alimenta o ódio da população mais conservadora, já no Oriente Médio e África o que ocorre é mais grave.

Atualmente ser LGBT é crime em pelo menos 71, de acordo com os dados da pesquisa elaborada para constatar a chamada Homofobia de Estado, realizada pela ILGA (Associação de Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais) conjuntamente com cerca de 1.300 organizações mundiais. Para fins de elaboração da pesquisa, a contagem só incluiu membro da ONU – 193 países, da lista, 36% criminalizam as relações homoafetivas.

Os países que criminalizam	
Afeganistão	Malawi
Angola	Maldivas
Antígua e Barbuda	Marrocos
Arábia Saudita	Maurício
Argélia	Mauritânia
Bangladesh	Myanmar
Barbados	Namíbia
Belize	Nigéria
Botswana	Omã
Brunei	Papua Nova Guiné
Burundi	Paquistão
Butão	Qatar
Camarões	Quênia
Cingapura	Samoa
Comores	Santa Lúcia
Dominica	São Cristóvão e Nevis
Egito	São Vicente e Granadinas
Emirados Árabes Unidos	Senegal
Eritreia	Serra Leoa
Etiópia	Síria
Gambia	Somália
Gana	Sri Lanka
Granada	Suazilândia
Guiana	Sudão
Guiné	Sudão do Sul
Iêmen	Tanzânia
Ilhas Salomão	Togo
Índia	Tonga
Irã	Trinidad e Tobago
Iraque	Tunísia
Jamaica	Turcomenistão
Kiribati	Tuvalu
Kuwait	Uganda
Líbano	Uzbequistão
Libéria	Zâmbia
Líbia	Zimbábue
Malásia	

Fonte: ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association)

 Infográfico elaborado em: 17/06/2016<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Em decisão histórica, a Suprema Corte da Índia, por unanimidade revogou uma sentença que validava o artigo 377 do Código Penal Indiano, da era colonial britânica, que punia àqueles que mantinham qualquer tipo de relação carnal “contra a ordem da natureza”. Penalizava com pena de prisão de 10 anos pessoas com

Os Estados, e cabe aqui relatar que não há separação do Estado e da Religião, além de restringir as formas de expressão, alguns países como Arábia Saudita, Iêmen, Mauritânia, Irã, entre outros possuem pena de morte para cidadãos homoafetivos. As penalidades variam entre leis que limitam a liberdade de expressão, prisão, prisão perpétua e a pena de morte.

De acordo com o diretor da ONG – M-Coalition, Elie Ballan, a política está fortemente ligada à religião e o status social é medido pelo grau de conservadorismo religioso de cada indivíduo, isso acrescentado à um sistema de patriarcados obcecados com a masculinidade, aonde ser homem é ter poder, tendo o conceito de honra ligado à virgindade da mulher, se torna vergonhoso para a sociedade islâmica, um homem assumir o papel da mulher, em outros termos, ser passivo em suas relações sexuais homoafetivas.

Ser parte do grupo LGBT em países do Oriente Médio e norte da África é estar sujeito à todas as formas de preconceito, é estar sujeito à possibilidade de prisão, correr o risco de ser executado pelas mãos do próprio Estado. Em algumas nações a homossexualidade é considerada transgressão às leis e é associada à devassidão.

Vivenciamos o árduo trabalho de associações e ONGs como a HumanRightsWatch (HRW) e da Fundação Árabe pelas Liberdades e pela Igualdade, que através da campanha No Longer Alone, vêm emprestando vozes e rostos para denunciar o abuso estatal.

Algumas leis nesses países são vagas, proíbem a “depravação”, a “indecência”, tendo em comum as detenções, de acordo com o ponto de vista de Neela Ghoshal, pesquisadora de Direitos LGBTs da HRW, o Egito é um dos piores infratores em termos de

---

possuíam relações homoafetivas. Sendo assim, Índia não faz mais parte da lista de países que criminalizam as relações homossexuais.

perseguição policial ativa contra LGBTs, conforme os estudos de Ghoshal, Omã, Kuwait e Emirados Árabes têm prendido transexuais por sua identidade de gênero.

Jovens homossexuais, em países árabes e islâmicos vivem isolados, muitos não têm noção de que são normais e que existem no mundo todo pessoas de gêneros e opções sexuais diversificadas. AHRW vem desenvolvendo um projeto de informação e conscientização, para que eles saibam que não estão sozinhos e que não são pessoas doentes por fazerem parte do mundo LGBT, e que acima de tudo possuem direitos como seres humanos e cidadãos.

Porém essas organizações envolvidas em temas de orientação sexual e identidade de gênero enfrentam dificuldades, as restrições à liberdade de associação, expressão e divulgação da informação tornam impossível o registro legal.

O que vem ocorrendo há anos é o desrespeito, agressão aos Direitos Humanos registrados na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nossa sociedade vem vivenciando o discurso de ódio, a intolerância religiosa, o preconceito cultural. É responsabilidade do Estado proteger o direito de cada indivíduo em se expressar perante a sociedade como ele efetivamente é, livre de preconceito e represálias, o que vivenciamos hoje, em pleno século XX é o contrário, estamos testemunhando Estados utilizando seu poder de forma autoritária, agressiva e medieval, restringindo cada vez mais os direitos de seus cidadãos.

Percebe-se que em grande parte desses Estados agressores a política se uniu com a religião e líderes utilizam dessas alianças para vomitar na sociedade o discurso de ódio e fomentar os grupos neonazistas e milícias que vem matando cada vez mais os membros da Comunidade LGBT, restringindo seus direitos de expressão, de constituir matrimônio, família, filiação e o pior, o direito a vida.

A esperança da Comunidade LGBT está na evolução social do homem e que o Direito, como uma ciência social, acompanha essas evoluções e vá se moldando em prol da sociedade. Há exemplos de culturas milenares que vêm se atualizando. Recentemente, neste ano de 2018, em decisão histórica a Suprema Corte da Índia, por unanimidade revogou uma sentença que validava o artigo 377 do Código Penal Indiano, da era colonial britânica, que punia àqueles que mantinham qualquer tipo de relação carnal “contra a ordem da natureza”. Penalizava com pena de prisão de 10 anos pessoas com possuíam relações homoafetivas.

Sendo assim, Índia não faz mais parte da lista de países que criminalizam as relações homossexuais, logo após o escândalo na comunidade internacional de possíveis campos de tortura na região da Chechênia, umas das mais conservadoras e conseqüentemente homofóbicas da região.

### **4.3. A Legislação Brasileira e seu posicionamento**

Apesar de considerado pela comunidade internacional como um país liberal, com população alegre e festiva, tendo o seu carnaval um dos eventos mais conhecidos no mundo, o Brasil encontra-se numa posição de retrocesso quando se trata do assunto LGBT.

A Parada Gay de São Paulo é considerada a maior do mundo, em média reúne 2 milhões de pessoas, agitada em média por 17 trios elétricos, com participação de atores e personalidades internacionais. É de se espantar que o país que possui o maior movimento LGBT do mundo também é o país que possui o maior número de casos de violência e assassinatos motivados pela homofobia.

Este ano comemora-se 40 anos do movimento LGBT no Brasil, mas essa comemoração não é o suficiente para que as propostas que visam assegurar os direitos à

gays, lésbicas, bissexuais e pessoas trans sejam aprovadas pelo Congresso Nacional. São num todo 13 projetos prioritários de acordo com a Aliança LGBT e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, a ANTRA, de dezenas de projetos.

Entre os mais variados, estão os projetos que visam criminalizar a LGBTfobia, casamento homoafetivo, adoção e uso de técnicas de reprodução assistida para famílias homoafetivas, o uso de banheiros de acordo com a identidade de gênero de cada um. Alguns temas, também estão relacionados à área da saúde, como o fim da restrição da doação de sangue, os projetos também englobam serviços à população LGBT idosa, legalização da prostituição, tendo em vista que parte dos membros da Comunidade LGBT, como por exemplo trans e travestis, recorrem a essa atividade.

Porém, de acordo com os membros das associações brasileiras que lutam pelo direito LGBT, devemos aguardar uma renovação no Legislativo para investir na atuação pela aprovação de tais propostas, tendo em vista as conquistas pelo meio judiciário, através das decisões do Supremo Tribunal Federal, somado ao avanço das pautas conservadoras no Congresso Nacional.

A inexistência de um tipo penal específico para criminalizar a homofobia em seu sentido mais amplo, atingindo o grau máximo de proteção a todos os membros da Comunidade LGBT, é hoje um dos maiores obstáculos que enfrentamos para combater o problema no Brasil. Atualmente, existem projetos de leis principais sobre a criminalização em tramitação.

A Deputada Federal Maria do Rosário (PT-RS), através do PL 7.582/2014, define os crimes de ódio e intolerância e estabelece meios para preveni-los, como um esforço comum dos Municípios, Estados e União na criação de uma cultura de valorização e respeito da diversidade das classes e origem social, além da condição

do migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência.

Esse Projeto de Lei defini um rol de crimes de intolerância, ações como recusa ou impedimento de acesso a qualquer meio de transporte público, recusa de emprego por motivos de discriminação, violência psicológica. A pena de 1 a 6 anos de prisão e multa.

O Projeto de Lei aguarda para votação na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, ele também estabelece que a prática de ódio é agravante para o crime principal e pode aumentar a pena de 1/6 até metade, sendo que praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio também poderá ser punido com 1 a 6 meses de prisão.

Assim como o Projeto de Lei anteriormente citado, há também vários outros, como o Projeto de Lei 7.292/2017, apresentado pela deputada Luizianne Lins, PT-CE, que acrescenta o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídios e como crime hediondo.

Em homenagem à travesti Dandara dos Santos, que em fevereiro de 2017 foi torturada e assassinada, há um Projeto de Lei 7.702/2017 chamado de Lei Dandara que inclui na Lei Caó, que tipifica o crime de racismo, os crimes de discriminação sexual ou preconceito em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Há no Senado a proposta realizada pela senadora Marta Suplicy, MDB-SP, o PLS 612/2011, que reconhece como entidade familiar a união estável homoafetiva e reconhece que essas uniões possam ser convertidas em casamento. Além desses exemplos existem vários projetos aguardando votação, como o projeto do nome social, da identidade de gênero.

Porém, há no Congresso uma bancada conservadora, que por preconceitos religiosos impedem

determinados avanços religiosos A “bancada evangélica” brasileira tem oferecido resistência quando o assunto em pauta é a Diversidade Sexual e de Gênero, constitucionalmente é ilegal fundamentar esse atraso social com base em crenças religiosas.

O artigo 5º<sup>22</sup> da Constituição Federal dá ao cidadão o direito de expressão, de igualdade e não discrimina nenhum ser humano, é garantida a igualdade, liberdade religiosa, não se faz diferença entre grupos sociais, étnicos e nem se discrimina pelo sexo. Em outras palavras, a crença religiosa de determinado grupo não pode restringir Direitos Fundamentais de outros grupos.

Diante da falta de tutela e da inatividade do legislativo à respeito do assunto, pela obstrução das bases conservadoras, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais tomaram a iniciativa de, com base na Constituição, proteger os Direitos Fundamentais da Comunidade LGBT.

O Supremo Tribunal Federal autorizou transexuais e transgêneros alterarem o gênero e nome em seu registro civil sem cirurgia e sem necessidade de autorização judicial, através do **RE 670.422:**

“EMENTA DIREITO  
CONSTITUCIONAL E CIVIL.  
REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO  
CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS.  
ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE  
NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO

---

<sup>22</sup>Artigo 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 (...)

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

NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Os ministros do Supremo invocaram o princípio do respeito à Dignidade da Pessoa Humana para decidir pela autorização no recurso referido.

Essa não é a primeira vez que a suprema corte decide a favor da Comunidade LGBT com fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e nos Direitos Humanos.

Em 2011 os ministros do STF, julgaram a ADI 4277 e a ADPF 132<sup>23</sup> reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo.

---

<sup>23</sup> Ações ajuizadas na Corte pela PGR e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

ADIn 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

**O ministro Ayres Britto alegou que o artigo 3º, inciso IV<sup>24</sup>, da Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação em virtude do sexo, raça, cor. Sendo assim, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual, segundo ele “ O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para a desigualdade jurídica”. Os demais membros da Corte acompanharam o voto do ministro.**

**Isto posto, os demais tribunais por todo país estão proferindo decisões a favor dos Direitos Humanos, mesmo que nosso corpo legislativo tenha se omitido a respeito do assim, os tribunais entendem ser caso de respeito à Dignidade e Direitos Humanos, como por exemplo a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia no processo nº 0578980-61.2015.8.05.0001, Apelação Cível:**

---

ADPF 132, o governo do Estado do RJ alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da CF. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do CC, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

<sup>24</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.

“ACÓRDÃO: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUTORIZAÇÃO PARA RETIFICAÇÃO DO NOME. NEGATIVA PARA RETIFICAÇÃO DA DESIGNAÇÃO DE SEXO ANTE A AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. IDENTIFICAÇÃO SEXUAL. REQUISITOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DESNECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ENUNCIADOS 42 E 43 DO CNJ. PRECEDENTE. ADI 4275. APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Vistos, relatados e discutidos os autos do Apelação n. 0578980-61.2015.8.05.0001, em que é recorrente Marcos Antônio Campos Simões e recorrido.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da

Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao apelo, nos termos do voto da relatora.

Salvador/BA, 24 de abril de 2018.”

O Supremo Tribunal Federal reconhece, que o fato de a Constituição proteger a união estável entre o homem e a mulher não significa negativa de proteção à união civil ou estável entre pessoas do mesmo sexo. Logo, inexistente proibição expressa que criasse limites semânticos no texto constitucional, impeditivos da extensão do regime da união estável e, por igualdade de razões, do casamento civil às uniões homoafetivas se tratando apenas de mera lacuna normativa.

De acordo com os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, o §3º do art. 226 da Constituição <sup>25</sup>deve ser interpretado sistematicamente com o art. 3º, IV, que estabelece a proibição de discriminações e preconceitos de quaisquer espécies. Segundo o Ministro Fux, a união homoafetiva se enquadra no conceito ontológico de família, a saber, o de união marcada pela afetividade, publicidade, continuidade, estabilidade e identificação recíproca de seus integrantes como formando

---

<sup>25</sup>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

uma família, razão pela qual não há motivação válida ante a isonomia que justifique a discriminação das uniões homoafetivas relativamente às heteroafetivas. Assim, o STF reconheceu a união homoafetiva como família conjugal, por concretização direta dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade (alguns ministros falaram em analogia), com o status de união estável, em “reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011, p. 615).

É notável a evolução nos Direitos LGBT, porém, em contraste vivemos em uma sociedade em constante regresso social. A população brasileira apresenta uma certa resistência em reconhecer pessoas homoafetivas como seres normais detentores de direitos e capazes de formar família. Talvez pela falta de conhecimento e informação sobre o assunto, pela intolerância religiosa. Batalhamos para que a informação seja divulgada, para que haja respeito aos Direitos Fundamentais do indivíduo indiferentemente de cor, raça, orientação sexual, sexo, classe social, religião.

O Brasil possui uma diversidade cultural gigantescas, cada região possui sua cultura, linguagem, características sociais e religiosas específicas. O que não se deve admitir é que determinado grupo utilize o poder para impor formas de vida, crenças aos demais e assim restrinja os Direitos Humanos e Fundamentais de cada um, é necessário respeita a diversidade.

## 5 A INTERVENÇÃO INTERNACIONAL

Com relação à intervenção internacional em Estados que vêm agredindo os Direitos Humanos de sua população LGBT é necessário entender sobre o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e circunstâncias históricas que culminaram na formação da

Organização das Nações Unidas – ONU e suas cortes e Organizações Internacionais que prezam pela garantia da integridade dos direitos do indivíduo.

### 5.1. A ONU e as formas de Intervenção das Cortes e Organizações Internacionais em prol da defesa dos Direitos Humanos

O Direito Internacional de Direitos Humanos nasceu como reação às atrocidades cometidas pelo regime nazista com o objetivo de evitar que esse lamentável fato histórico volte a se repetir.<sup>26</sup>

A Organização das Nações Unidas, mundialmente conhecida como ONU, trata-se de uma organização internacional, formada por países que, voluntariamente, se reuniram em para trabalharem em prol da paz e desenvolvimento mundiais.

Consta no preâmbulo da Carta das Nações Unidas:

“Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os

---

<sup>26</sup>PIOVESAN, 2010, p. 121-122

outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas”.<sup>27</sup>

Após a Declaração de Direitos humanos, inúmeros outros diplomas jurídicos organizados em tratados e convenções de Direitos Humanos e com previsão de meios fiscalizadores e sancionadores de violações, como por exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Internacional de Discriminação Racial, entre vários outros.

Desta forma, a estrutura normativa e institucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos ratificou o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos no âmbito internacional,

---

<sup>27</sup> Nações Unidas no Brasil – Conheça a ONU – Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca/>

desautorizando o antigo dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos concedidos pelo Estado.

Segundo a ONU, “o direito à igualdade e não discriminação são princípios fundamentais dos direitos humanos, consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos.

As palavras da abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos são inequívocas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A garantia de igualdade e não discriminação oferecida pelo direito internacional dos direitos humanos se aplica a todas as pessoas, independentemente de sexo, orientação sexual e identidade de gênero ou “outra situação”.

Entende-se que base fundamental da responsabilidade internacional está amparada na noção de que o Estado é responsável pela prática de um ato ilícito. De acordo com do Direito Internacional deve ao Estado o qual tenha causado danos, uma reparação adequada.

Nesse sentido é possível que uma Organização Internacional tenha legitimidade para pleitear reparação por danos causados a seus representantes. Como órgão consultivo da ONU, a Corte Internacional de Justiça, tem ventilado, na prática, a aplicação dessa hipótese. Tal responsabilidade pode originar-se de atos ativos ou passivos do Estado. Os atos ativos são aqueles de ação direta do Estado, e os passivos retratam a omissão do Estado com relação aos seus cidadãos,

O Conselho de Segurança da ONU, vem tomando medidas indispensáveis visando a manutenção da paz e segurança internacional.

Devem as Organizações Internacionais prezarem pela segurança do direito de cada cidadão, resguardando seus Direitos Humanos. Garantir que os

Estados não utilizarão o seu poder para agredir e reprimir o direito de expressão individual de sua população e nem discriminá-la em razão de cor, orientação sexual entre outras diversidades da sociedade atual.<sup>28</sup>

Não há cláusulas em qualquer um dos tratados de direitos humanos que permitem um Estado garantir os direitos para alguns, mas negá-los a outros com base na orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, os organismos de tratados de direitos humanos da ONU confirmam, periodicamente, que é proibida - sob o direito internacional dos direitos humanos - a discriminação devido à orientação sexual ou à identidade de gênero. Isso significa que é ilegal fazer qualquer distinção nos direitos das pessoas com base no fato de que elas são gays, lésbicas, bissexuais ou transgêneros, LGBT, assim como é ilegal fazê-lo com base na cor da pele, raça, sexo, religião ou qualquer outra condição. Esta posição foi confirmada repetidamente nas decisões e orientações gerais emitidas por vários órgãos de tratados, como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê contra a

---

<sup>28</sup> MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002

ACCIOLY, Hildebrando e outro. *Manual de direito internacional público*. 13ªed. São Paulo: Saraiva.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher”.<sup>29</sup>

Embora algum [progresso tenha sido feito desde o primeiro estudo realizado em 2011](#), com foco na discriminação e violência contra pessoas com base em sua orientação sexual e identidade de gênero, o quadro geral continua sendo de abuso violento generalizado, assédio e discriminação que afeta pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneras e intersexuais, LGBTI, em todas as regiões, afirma um novo relatório das Nações Unidas.

“A violência motivada pela homofobia e transfobia é muitas vezes particularmente brutal e em alguns casos caracterizada por níveis de crueldade superior a de outros crimes de ódio”, afirma o relatório do Escritório das Nações Unidas de Direitos Humanos.

“Estes atos violentos constituem violações graves dos direitos humanos, muitas vezes realizadas com impunidade, o que indica que as atuais disposições para proteger os direitos humanos dos LGBT e intersexuais são inadequadas”.

O relatório contém 20 recomendações dirigidas aos governos nacionais. Entre elas: revogar leis usadas para punir indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero; proibir a discriminação e incitação ao ódio e à violência contra as pessoas LGBT; reconhecer legalmente relações do mesmo sexo; garantir o acesso a documentos de identidade legais que reflitam o gênero identificado pelo próprio indivíduo, sem impor pré-condições abusivas; e pôr fim a terapias e tratamentos abusivos nos quais pessoas LGBT são muitas vezes sujeitas, como as operações médicas forçadas em crianças intersexuais.

---

<sup>29</sup> O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Orientação Sexual e Identidade de Gênero – Texto disponível em [https://unfe.org/system/unfe-39-sm\\_direito\\_internacional.pdf](https://unfe.org/system/unfe-39-sm_direito_internacional.pdf)

O documento sobre as leis discriminatórias e práticas e atos de violência contra indivíduos com base na sua orientação sexual e identidade de gênero foi apresentada no final de junho de 2015 aos membros do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra (Suíça).

No passado, a temática LGBT era invisibilidade, em 2003 quando Brasil e África do Sul apresentaram a Resolução “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero” na ONU e aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos dessa entidade em 14 de junho do mesmo ano, fora retirada em 2005 por pressão de países islâmicos, dos EUA e Vaticano.<sup>30</sup> Surge então uma nova fase, onde se propiciou a discussão do tema, que sobretudo tem alcançado avanços significativos no mundo<sup>31</sup> e sistemas regionais.

Desta maneira conseguimos ver a atuação das Organizações, Conselhos e Cortes Internacionais, elas buscam prezar pelo direito do indivíduo e, recomenda-se, que Estados respeitem os direitos de cada cidadão e sua forma de viver, respeitando a diversidade sexual de cada.

Chegou à Comunidade Internacional várias denúncias de violações, de direitos humanos. Como exemplo:

---

<sup>30</sup>PAZELLO, 2004, p. 29/30

<sup>31</sup> No Sistema Global, foi aprovada a “Declaração nº A/63/635 – Direitos humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, de 22 de dezembro de 2008 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008), e o “Informe Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011b), bem como o documento “Nascidos e Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013), do Alto Comissariado em Direitos Humanos, estabelece que os Estados estão obrigados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos a cumprir determinados

Caso Segundo Stivenson Ramos Salazar y Rodrigo Bucheli Mera vs. Ecuador:

O primeiro dos casos submetidos à CIDH com base em suposta violação de direitos motivada por intolerância contra pessoas LGBT tinha a potencialidade de, ainda em 1994, ter iniciado uma discussão sobre direitos humanos de LGBT no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que, contudo, não ocorreu.

A Petição nº 11.488, recebida pela Comissão Internacional de Direitos Humanos, em 10 de novembro de 1994, veiculava denúncia em que o Equador fora acusado de descumprir os artigos 8º das garantias judiciais, o artigo 11 da proteção da honra e dignidade e o artigo 25 que dispõe sobre o direito ao acesso à justiça eficaz em prazo razoável, todos do Pacto de São José da Costa Rica, em relação ao ex-militar do Exército equatoriano Segundo Stivenson Ramos Salazar, que fora excluído dos quadros da corporação por “má-conduta” consistente em práticas de natureza homossexual com um dos colegas de farda do grupo de plantão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011a, p. 01)

Os peticionários sustentaram, ainda, que o processo administrativo que resultou na exoneração do mesmo não só desobedeceu ao *due process f law*, com cerceamento do direito de defesa, não permitiram intervenção do advogado defensor do peticionário, como também se obteve declarações por meio de tortura de um terceiro, além de deturpação das mesmas, impropérios ditos contra a vítima em meio ao interrogatório, inexistência de provas de uma má-conduta ou sequer de uma “conduta homossexual” imputável ao peticionário e, por fim, o encaminhamento equivocado do processo, que deveria ser para o juiz penal militar competente ou ao Conselho de Disciplina Militar, o que

ocasionou a irrecorribilidade da decisão, tendo se esgotado possibilidades recursais.

O Estado do Equador, em sua defesa, argumentou que a dispensa do ex-militar dos quadros do Exército se deu por envolvimento em atos de “[...] homossexualidade, o que era impossível, sob qualquer ponto de vista moral e profissional de poder continuar na ativa”, a exoneração por má-conduta tem aplicação direta, não exigindo que seja acionado um Conselho de Disciplina Militar ou a intervenção dos juízes militares, de modo que a conduta do ex-subtenente foi legal e avaliada pelas autoridades competentes e por fim, a disciplina e comportamento exigidos nas instituições equatorianas, particularmente os militares, não permitem qualquer tipo de restrição, vez que, conforme a opinião pública e os valores da maioria de seus cidadãos, “[...] certos comportamentos são incompatíveis com o serviço público [...], o que não contradiz a letra e o espírito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (tradução nossa).

Os petionários ficaram inertes na réplica ao arazoado da defesa do Equador e, também, não responderam às três solicitações da CIDH (em dezembro 1998, março de 1999 e 16 de abril de 2009) para atualizar as informações, de modo que, em não sendo possível determinar a subsistência dos fatos veiculados na petição inicial, a CIDH arquivou o caso com base no art. 48.1.b da CADH.

Contudo, o que é chocante neste caso é que houve verdadeira confissão do Equador da discriminação homofóbica, consubstanciada na dispensa de militar por sua mera homossexualidade, o que se considera suficiente para fins de condenação, já que fatos confessos não precisam ser provados, ante a obviedade de se tornarem incontroversos nos autos.

Casos como este vêm ocorrendo desde então, a Rússia, como aqui anteriormente mencionada, já

foi condenada pelo Tribunal Europeu por restringir a liberdade de expressão da Comunidade LGBT, por suas leis que proíbem a divulgação de informações relacionadas a orientação sexual e discurso de gênero.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Percebemos que vivemos em um mundo com grande diversidade cultural, religiosa, étnica, sexual. Vimos o nascimento da sociedade e conseqüentemente do Estado. Para o convívio em sociedade foi necessário a regulamentação de normas e leis que garantisse aos cidadãos direitos e deveres.

Após o fim da II Guerra Mundial o mundo sentiu os efeitos negativos das agressões aos Direitos Humanos. O fim da guerra mostrou a monstruosidade do Holocausto, milhões de pessoas mortas em campos de concentração, sendo as principais vítimas os judeus, negros, idosos, deficientes, LGBTs.

Três grandes conferências marcaram o fim desse trágico período. A Conferência de Potsdam, que trata da Administração da Alemanha após a derrota do governo nazista, a Conferência de Londres que estabeleceu o Tribunal Militar Internacional que julgou os crimes de guerra praticado pelos alemães e por fim a Conferência de São Francisco que se destinou à elaboração da Carta da ONU, sucedeu à Liga das Nações.

Após criação da ONU, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada. Passou a ser discutido a natureza da declaração. A Carta da ONU, em seu artigo 2º, §7º, dispõe que nenhum dispositivo da Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado. Hoje, entende-se que “assuntos que dependam da jurisdição de qualquer Estado” varia na medida da evolução do direito internacional público.

Não se pode admitir, hoje, que matéria de direitos humanos sejam matéria de reserva estatal, conforme defendido pela União Soviética, durante o período ditatorial stalinista, mas na época de sua formação, era de aceitação geral a natureza não-vinculante da declaração. A declaração é vista por alguns doutrinadores como apenas uma recomendação.

Porém, na visão dos atuais doutrinadores do direito internacional público, a declaração possui a natureza de norma costumeira. É característica do direito costumeiro a prática geral aceita como sendo o direito, conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, incorporando os elementos externos de *usus* ou *consuetudo*, correspondentes à reiteração de dada prática dos Estados por determinado lapso temporal e o elemento interno que tem relação com a convicção de que a prática referida deve ser repetida para introduzir obrigatoriedade, *OpinioJuris SiveNecessitatis*.

Infelizmente, a violação de direitos humanos básicos, como o direito à vida, livre expressão, o direito de não ser submetido à tortura, ainda é prática disseminada no mundo, principalmente nos Estados Totalitários, especialmente aqueles que possuem o Poder Político aliado com o Poder Religioso, como é o caso dos países do Oriente Médio, África e de Estados como a Rússia, que justificam suas leis homofóbicas pelo falso pretexto de tradicionalismo.

Tendo a referida Declaração naturezas de norma costumeira o Estado não pode, de maneira alguma agredir o Direito de Expressão e a Liberdade Sexual de nenhum indivíduo. A quebra desses direitos, como a restrição à informação, vai contra os preceitos dos Direitos Humanos.

É necessário o respeito à essa diversidade para a manutenção da paz e da segurança individual, o cidadão deve ver o Estado como um ente protetor e

segurador de seus direitos. O que ocorre em muitos Estados é que não tem sido garantido, o Estado tem agredido minorias, agressões essas regulamentadas em leis que ferem os Direitos Humanos. Esses Estados, de alguma forma, com fundamentos religiosos ou não tem privado indivíduos de uma vida digna com fundamento de que sua orientação sexual não é adequada às práticas “tradicionais”, sendo a relação homoafetiva vista como vergonha, desonra e crime em muitos países.

Infelizmente esses indivíduos são perseguidos pelo governo e suas leis misóginas, machistas, racistas e homofóbicas, por milícias e grupos neonazistas que atacam diretamente o Princípio da Dignidade Humana, interferindo na forma de vida do indivíduo.

Cabe à Comunidade Internacional, com fulcro em seus tratados, convenções, visando proteger a integridade do indivíduo como ser detentor de direitos e obrigações, proteger e intervir de forma eficaz. É necessário levar a informação e conscientizar os povos de que a diversidade da orientação sexual é ampla, cabendo ao indivíduo viver e se expressar no meio social assim como ele é.

## REFERÊNCIAS

A BRUTAL PERSEGUIÇÃO DO ESTADO ISLÂMICO AO HOMOSSEXUAL – publicado em 13/06/2016 por: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-36516950>

ACCIOLY, HILDEBRANDO E OUTRO. Manual de direito internacional público. 13ªed. São Paulo: Saraiva.

**A TRAJETÓRIA E AS CONQUISTAS DO MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO - ANDRÉ CABETTE FÁBIO - PUBLICADO EM 17/06/17 DISPONÍVEL**

**EM: [HTTPS://WWW.NEXOJORNAL.COM.BR/EXPLICADO/2017/06/17/A-TRAJET%C3%B3RIA-E-AS-CONQUISTAS-DO-MOVIMENTO-LGBT-BRASILEIRO](https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/06/17/a-trajet%C3%B3ria-e-as-conquistas-do-movimento-lgbt-brasileiro)**

BOBBIO, NORBERTO, 1909- A ERA DOS DIREITOS / NORBERTO BOBBIO; TRADUÇÃO CARLOS NELSON COUTINHO; APRESENTAÇÃO DE CELSO LAFER. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª Reimpressão.

BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS - Alessandra Facchi - editora Loyola – Publicado em 22 de março de 2011

**CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO PARA HOMOSSEXUAIS': A CRESCENTE PERSEGUIÇÃO A GAYS NA CHECHÊNIA - PUBLICADO EM 14/04/2017 – BBC NEWS BRASIL – DISPONÍVEL EM [HTTPS://WWW.BBC.COM/PORTUGUESE/INTERNACIONAL-39603792](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39603792)**

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM). (2007) Princípios de Yogyakarta: Princípios Sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2016.

COMUNIDADE LGBT COMEMORA DESCRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE

NA ÍNDIA – publicado em 06/09/2018 por: <http://br.rfi.fr/mundo/20180906-comunidade-lgbt-comemora-descriminalizacao-da-homossexualidade-da-india>

CONHEÇA A ONU - <https://nacoesunidas.org/conheca/>

DIREITOS HUMANOS  
NET; JUSBRASIL; Direitos Humanos e o Desafio de Sua Efetividade; Jus.com.br

GROSS, A. POST/COLONIAL QUEER GLOBALISATION AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: Images of LGBT Rights. Jindal Global Law Review, vol. 4, novembro 2013. pp. 98-130.

HOMOSSEXUALIDADE NA GRÉCIA ANTIGA E SUAS REPRESENTAÇÕES NA ARTE – Postado em 2016.1, Grécia Antiga, homossexualidade por Júlia Guimarães Alves – blog da disciplina – Prof. Aline Couri/HÁ EBA UFRJ, disponível - <https://hav120151.wordpress.com/2016/07/03/a-homossexualidade-na-grecia-antiga-e-suas-representacoes-na-arte/>

HOSTILIDADE DE MUÇULMANOS EM RELAÇÃO À HOMOSSEXUALIDADE TEM POUCA BASE NO ALCORÃO - Mustafa Akyol Em Istambul (Turquia) 29/07/2015, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/the-international-new-york-times/2015/07/29/hostilidade-de-muculmanos-em-relacao-a-homossexualidade-tem-pouca-base-no-alcoraio.htm?cmpid=copiaecola>  
Imprensa Homossexual: Surge o Lâmpião da Esquina – Carlos Ferreira (vol. 1, nº1, 2010) – disponível em

<http://www.usp.br/alterjor/ojs/index.php/alterjor/article/viewArticle/aj1-a6>

FISHER, J. & O'FLAHERTY, M. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. Human Rights Law Reviews, vol. 8(2), 2008. pp. 207-248.

LIBERDADE DOS ANTIGOS COMPARA À DOS MODERNOS – Benjamin Constant - Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada De la Liberté chez les Modernes . (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.)

LGBTI E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A construção da cidadania internacional arco-íris - Paulo Roberto Lotti Vecchiatti e Thiago Gomes Viana – disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>

MAZZUOLLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, CELSO ALBUQUERQUE DE. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – Conheça a ONU – Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca/>

*NÃO É FÁCIL SER GAY EM NENHUM LUGAR DO MUNDO, DIZ EX-LÍDER DE ONG PARA LÉSBICAS PALESTINAS - SUSANA MENDOZA 28/04/ 2012 – disponível em <https://operamundi.uol.com.br/entrevista/21482/nao-e-facil-ser-gay-em-nenhum-lugar-do-mundo-diz-ex-lider-de-ong-para-lesbicas-palestinas>*

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO – Texto disponível em [https://unfe.org/system/unfe-39-sm\\_direito\\_internacional.pdf](https://unfe.org/system/unfe-39-sm_direito_internacional.pdf)

ONU QUER MEDIDAS EFETIVAS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA COMUNIDADE LGBT – publicado em 17/05/2018 por: <https://nacoesunidas.org/onu-quer-medidas-efetivas-para-protecao-dos-direitos-humanos-da-populacao-lgbt/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). (1948) Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). (1966) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2016.

ORIENTAÇÃO SEXUAL NA CID-11 – PUBLICADO EM 21/10/14 POR [HTTP://WWW.CLAM.ORG.BR/NOTICIAS-CLAM/CONTEUDO.ASP?COD=11863](http://www.clam.org.br/noticias-clam/conteudo.asp?cod=11863)

OS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO - EDIÇÃO 4 VOLUME III 2017 – MARIANA CASIMIRO MONTEIRO LIMA – PUBLICADO EM 30/06/2017 EM [HTTP://WWW.REVISTA.PORTALNET.COM/ARTIGO/O/OS-DIREITOS-HUMANOS-E-A-PROTECAO-INTERNACIONAL-DOS-DIREITOS-DE-ORIENTACAO-SEXUAL-E-IDENTIDADE-DE-GENERO/](http://www.revista.portalnet.com/artigo/os-direitos-humanos-e-a-protecao-internacional-dos-direitos-de-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero/)

PARADA GAY DE SP OCUPA A PAULISTA COM FESTA E RECADO POLÍTICO – PUBLICADO EM [HTTPS://WWW1.FOLHA.UOL.COM.BR/COTIDIANO/2018/06/PARADA-DO-ORGULHO-LGBT-OCUPA-A-PAULISTA-COM-FESTA-E-RECADO-POLITICO.SHTML](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/06/parada-do-orgulho-lgbt-ocupa-a-paulista-com-festa-e-recado-politico.shtml)

POPULAÇÃO LGBT TEM ACESSO REDUZIDO A DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS, DIZEM RELATORES – PUBLICADO EM 17/05/2018 POR: [HTTPS://NACOESUNIDAS.ORG/POPULACAO-LGBT-TEM-ACESSO-REDUZIDO-A-DIREITOS-SOCIAIS-ECONOMICOS-E-CULTURAIS-DIZEM-RELATORES/](https://nacoesunidas.org/populacao-lgbt-tem-acesso-reduzido-a-direitos-sociais-economicos-e-culturais-dizem-relatores/)

RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO CURSO DE DIREITOS HUMANOS / ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos

(Direito internacional) I. Título. 16-1356 CDU 341:347.121.1

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL É CRIME EM 71 PAÍSES, 7 PREVEEM PENA DE MORTE – publicado em 06/09/2018 por: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/09/relacao-homossexual-e-crime-em-71-paises-7-preveem-pena-de-morte.shtml>

SER GAY NO LÍBANO NÃO É UMA OPÇÃO – publicado em 20/05/2015 por: <https://olharesdejornalistas.wordpress.com/2015/05/28/ser-gay-no-libano-nao-e-uma-opcao/>

SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA. Curso de direito internacional público. São Paulo: Atlas, 2002  
SOUSA, P. H. N. & TERTO, A. P. DE STONEWALL À ASSEMBLEIA GERAL DA ONU: RECONHECENDO OS DIREITOS LGBT. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, vol. 5. No 7, jan./jun., 2015. pp. 120-148

STONEWALL 40 + O QUE NO BRASIL? – Vol.9 de Coleção Cult, Leandro Colling, EDUFBA, 2011

SUPREMA CORTE DA ÍNDIA DECIDE DESCRIMINALIZAR A HOMOSSEXUALIDADE – publicado em 06/09/2018 por: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/06/suprema-corte-da-india-decide-descriminalizar-o-homossexualismo-no-pais.ghtml>

THE CHILDREN OF HARVEY MILK – REYNOLDS, ANDREW – Oxford Univ Press Usa.

## CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

*Paula Salera de Morais*<sup>32</sup>

### RESUMO

A Constituição Federal preza que todos poderão ingressar com ação judicial para fins de lesão ou ameaça de direito, se tratando de um direito fundamental. Em outras palavras, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhum fato que ocasione ou poderá ocasionar um dano a alguém, podendo, inclusive, ser contra pessoa física, jurídica ou pública. Nesta esteira, existem exceções no âmbito dos Poderes da República, exatamente porque são poderes autônomos e independentes. De fato, quando um Poder pratica um ato de sua competência, deve ter sua decisão respeitada, de modo a ter um equilíbrio entre os demais Poderes. Mas este equilíbrio não se confunde com a impossibilidade de se fazer o controle judicial. Quando o Poder Executivo, por exemplo, atua de forma discricionária, mas causa um dano ou não atua de forma a observar a legalidade do ato, poderá existir o controle judicial. Porém, quando o Poder Executivo atua dentro da lei ao praticar seus atos discricionários, não poderá existir a revisão ou anulação deste ato pelo Poder Judiciário, exatamente por existir o equilíbrio entre os Poderes, na qual são autônomos e independentes, e por consequência, suas decisões são paradas pela forma de gerir a Administração Pública. Porém, resta a dúvida quanto ao controle do Poder Judiciário no que condiz ao Tribunal de Contas. Como se trata de um Tribunal que detém

<sup>32</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna.

competência para analisar e apurar as contas do Poder Executivo poderá existir a interpretação de que também não poderá utilizar deste controle em suas decisões de mérito. É o que se analisará no presente trabalho, ou seja, se existe a possibilidade de controle judicial do Tribunal de Contas, e caso sim, como se dará este controle.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle judicial. Tribunal de Contas. Decisões.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui enfoque no Tribunal de Contas e a possibilidade de se fazer o controle judicial de suas decisões. Neste passo, a questão é se este controle poderá ser feito mesmo sendo matéria de mérito.

Quando se fala em Administração Pública, se entende por ser um dos Poderes da República, atribuída ao Poder Executivo. Para tanto, existe a independência de Poderes, onde um não pode adentrar no cunho decisório de outro. Como exemplo: o Poder Executivo possui competência para decidir sobre a forma de gerar recursos e atribuição de investimentos no país. Não pode o Poder Judiciário adentrar neste mérito, sob pena de usurpação de competência.

O mesmo se diz com o Poder Legislativo, que possui competência para legislar, não podendo outro Poder fazer este papel, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Com efeito, o mesmo se pode dizer do Tribunal de Contas, pois, possui competência atribuída pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo a existir a discussão se o Poder Judiciário pode ou não fazer o controle de suas decisões.

Destarte, o que o presente pretende demonstrar são os aspectos do controle judicial do Tribunal de Contas, e

caso seja possível, como ocorre este controle.

Mas antes, pertinente apresentar no primeiro capítulo os aspectos gerais dos Tribunais de Contas, como: conceito; vinculação às atividades da Administração Pública; e natureza jurídica de suas decisões.

Já no segundo capítulo, será discorrido sobre o tema do controle judicial, apresentando as questões mais importantes de como é realizado o controle, bem como sua definição, classificação e jurisprudência sobre o assunto.

Por fim, chegando ao objeto de estudo, será verificado sobre o controle judicial em face do Tribunal de Contas, apontando os tipos de vícios que ensejam na anulação das decisões, os limites do controle judicial e apresentação de caso concreto.

Em relação à metodologia, será utilizado o método dedutivo, ou seja, partirá dos preceitos legais do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, para fins de compreender sobre o controle judicial das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, na qual também partirá da análise doutrinária e jurisprudencial.

## **2 ASPECTOS GERAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Antes de apresentar sobre a possibilidade ou não de se fazer o controle judicial das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, importante analisar que tipo de tribunal é este, qual sua competência e que tipo de decisão é expedida.

Em primeiro lugar, deve-se fazer um esboço de como o Tribunal de Contas está disposto na Constituição Federal (BRASIL, 1988). O Tribunal de Contas pode ser de âmbito federal, na qual se refere ao Tribunal de Contas da União, ou de âmbito estadual, que se refere ao Tribunal de Contas Estadual.

O Tribunal de Contas da União possui regras

previstas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), como por exemplo, em relação a quem escolhe seus ministros, forma de atuação e atribuições.

No que condiz a escolha dos ministros do Tribunal de Contas da União, conforme artigo 49, inciso XIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), é de competência exclusiva do Congresso Nacional a escolha: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União”.

Esta escolha pelo Congresso Nacional se fará através de decreto legislativo, eis que se trata de competência exclusiva, ou seja, independe de sanção do Presidente da República.

Por sua vez, se dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União são escolhidos pelo Congresso Nacional, a outra parte de seus membros são escolhidos pelo Presidente da República, conforme estabelece o artigo 73, § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. .

[...]

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

Com efeito, compete privativamente ao Presidente da República escolher um terço dos ministros que irão compor o Tribunal de Contas da União, estando esta atribuição também prevista no artigo 84, inciso XV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
[...]  
XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União.

Os integrantes do Tribunal de Contas da União são escolhidos pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República. Porém, em relação à escolha pelo Presidente da República, esta deve ser aprovada pelo Senado Federal. Este requisito também está previsto no artigo 52, inciso III, alínea 'b' da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:  
[...]  
III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:  
[...]  
b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

Ainda no que consiste a escolha pelo Presidente da República, deve-se preencher os requisitos de: “[...] sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade

e merecimento” (BRASIL, 1988, *online*). E ainda, são os demais requisitos previstos no § 1º do artigo 73 da (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 73. [...]  
§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:  
I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;  
II - idoneidade moral e reputação ilibada;  
III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;  
IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Constata-se, portanto, a série de requisitos que devem ser preenchidos para o ministro do Tribunal de Contas da União ser nomeado. Em relação às garantias destes ministros, conforme prevê o § 3º do artigo 73 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40”.

Já sua jurisdição, será de todo o território nacional, sendo que sua sede permanecerá no Distrito Federal (art. 73, CF/88) (BRASIL, 1988).

Por outro lado, as atribuições do Tribunal de Contas da União são as seguintes, conforme enumeradas pelo artigo 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o

auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer

recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Observe-se que quem detém competência para fiscalizar as contas do Poder Executivo é o Poder Legislativo, isto tratando de sua competência atípica. Mas, esta atribuição, por força constitucional, será realizada com o auxílio do Tribunal de Contas.

Importante destacar que o parecer decisório do Tribunal de Contas da União referente às contas apresentadas ao Congresso Nacional pelo Presidente da República não vincula a decisão final. Isto porque, conforme definido no próprio *caput* do artigo 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o controle externo será exercido com o auxílio.

Este auxílio é apenas de apresentar parecer sobre as respectivas contas apresentadas pelo Presidente da República, sendo que a decisão final será sempre do Congresso Nacional.

Como exemplo, é a decisão que sobre a rejeição das contas pela Presidente da República Dilma Rousseff pelo Tribunal de Contas da União, conforme divulgado pelo site da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2015, *online*):

Congresso vai decidir sobre contas de Dilma rejeitadas pelo TCU

[...]

A palavra final sobre a rejeição das contas da presidente Dilma Rousseff será dada pelo Congresso Nacional. O parecer do Tribunal de Contas da União (TCU), que recomendou nesta quarta-feira a reprovação das contas de 2014 do governo ainda será analisada pela Comissão Mista de Orçamento e por sessão conjunta do Plenário do Congresso Nacional.

Verifica-se, assim, que o Tribunal de Contas da União auxilia o Congresso Nacional e não decide de forma definitiva. Porém, existem decisões definitivas que o

Tribunal de Contas da União poderá proferir, conforme previsão expressa contida no § 4º do artigo 71 da (BRASIL, 1988, *online*): “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

Em relação aos Tribunais de Contas dos Estados, suas regras estão previstas nas respectivas constituições estaduais. No caso de Minas Gerais, por exemplo, a Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, é quem possui a atribuição de organização do Tribunal de Contas, conforme definido pelo artigo 61, inciso XII da Constituição Estadual de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 1989, *online*):

Art. 61 – Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente:

[...]

XII – organização do Ministério Público, da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, do Tribunal de Contas, da Polícia Militar, da Polícia Civil e dos demais órgãos da Administração Pública.

Quanto ao critério de escolha de seus membros, que são chamados de Conselheiros, cabe à Assembleia Legislativa escolher da seguinte forma, conforme artigo 61, inciso XXI da Constituição Estadual de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 1989, *online*): “[...] escolher quatro dos sete Conselheiros do Tribunal de Contas”.

Os demais Conselheiros são escolhidos pelo Governador, sendo que a Assembleia Legislativa terá a competência de aprovar respectiva escolha, conforme traduz o inciso XXIII do artigo 61, inciso XXI, alínea ‘a’ da Constituição Estadual de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 1989, *online*): “XXIII - aprovar, previamente,

após arguição pública, a escolha: a) dos Conselheiros do Tribunal de Contas indicados pelo Governador do Estado”.

E da mesma forma que ocorre com o Tribunal de Contas da União, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também auxiliará a Assembleia Legislativa no controle externo, na qual será exercida da seguinte forma, conforme artigo 76 da Constituição Estadual de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 1989, *online*):

Art. 76 – O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e sobre elas emitir parecer prévio, em sessenta dias, contados de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bem ou valor públicos, de órgão de qualquer dos Poderes ou de entidade da administração indireta, facultado valer-se de certificado de auditoria passado por profissional ou entidade habilitados na forma da lei e de notória idoneidade técnica;

III – fixar a responsabilidade de quem tiver dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que tenha resultado prejuízo ao Estado ou a entidade da administração indireta;

IV – promover a tomada de contas, nos casos em que não tenham sido prestadas no prazo legal;

V – apreciar, para o fim de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, pelas administrações direta e indireta, excluídas as nomeações para cargo de provimento em comissão ou para função de confiança;

VI – apreciar, para o fim de registro, a

legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, ressalvadas as melhorias posteriores que não tenham alterado o fundamento legal do ato concessório;

VII – realizar, por iniciativa própria, ou a pedido da Assembleia Legislativa ou de comissão sua, inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em órgão de qualquer dos Poderes e em entidade da administração indireta;

VIII – emitir parecer, quando solicitado pela Assembleia Legislativa, sobre empréstimo e operação de crédito que o Estado realize, e fiscalizar a aplicação dos recursos deles resultantes;

IX – emitir, na forma da lei, parecer em consulta sobre matéria que tenha repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial;

X – fiscalizar as contas estaduais das empresas, incluídas as supranacionais, de cujo capital social o Estado participe de forma direta ou indireta, nos termos do ato constitutivo ou de tratado;

XI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados ou recebidos pelo Estado, por força de convênio, acordo, ajuste ou instrumento congênere;

XII – prestar as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, no mínimo por um terço de seus membros, ou por comissão sua, sobre assunto de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e sobre os resultados de auditoria e inspeção realizadas em órgão de qualquer dos Poderes ou entidade da administração indireta;

XIII – aplicar ao responsável, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, a sanção prevista em lei, que

estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

XIV – examinar a legalidade de ato dos procedimentos licitatórios, de modo especial dos editais, das atas de julgamento e dos contratos celebrados;

XV – apreciar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de contrato, convênio, ajuste ou instrumento congênere que envolvam concessão, cessão, doação ou permissão de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado, por qualquer de seus órgãos ou entidade da administração indireta;

XVI – estabelecer prazo para que o órgão ou entidade tome as providências necessárias ao cumprimento da lei, se apurada ilegalidade;

XVII – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado e comunicar a decisão à Assembleia Legislativa;

XVIII – representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abuso apurados;

XIX – acompanhar e fiscalizar a aplicação das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual no mercado financeiro nacional de títulos públicos e privados de renda fixa, e sobre ela emitir parecer para apreciação da Assembleia Legislativa.

Outras determinações estão previstas na Constituição Estadual de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 1989), como sua sede que será na capital do Estado, garantias que são as mesmas do Desembargador, nomeação de Auditores etc.

Por último, destaca-se que os Tribunais de Contas são tribunais administrativos. Neste aspecto, especifica o site do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018, *online*):

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um tribunal administrativo. Ele julga as contas de administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, bem como as contas de qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário federal.

É também responsabilidade do TCU apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de pessoal no âmbito da administração direta e indireta federal - admissão, aposentadoria, reforma e pensão - e fixar os coeficientes dos fundos de participação dos estados, do distrito federal e dos municípios. Tais atribuições são definidas na Constituição Federal.

Além das competências previstas na Constituição, várias outras têm sido conferidas ao Tribunal por meio de leis específicas, dentre as quais se destacam a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações e Contratos e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Frisamos que as competências do TCU são exclusivamente no âmbito federal. Isso quer dizer que cabe ao Tribunal de Contas a fiscalização dos recursos federais somente. Os recursos estaduais e municipais são fiscalizados pelos Tribunais de Contas dos Estados – TCEs e/ou pelos Tribunais de Contas dos Municípios – TCMs, quando houver. Fora dessas competências constitucionais e legais, o assunto estará além da esfera do Tribunal de Contas da União.

Assim, os Tribunais de Contas exercem papel

importante perante a sociedade, pois, visa analisar e julgar as contas dos administradores públicos, bem como daqueles responsáveis pelo dinheiro público.

## 2.1 Conceito

Em relação ao conceito do Tribunal de Contas, se confunde com seu próprio sistema funcional, uma vez que consiste em fiscalizar através de atribuições contábeis, financeira, orçamentária etc., considerando a competência da qual está inserido, podendo ser de âmbito federal ou estadual.

Frisa-se que é possível existir Tribunal de Contas Municipal, porém, é vedada a sua criação, conforme se transcreve o artigo 31 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais,

Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Destarte, aqueles municípios que já possuem Tribunal de Contas é permitido sua existência e competência, entretanto, é vedada qualquer criação naqueles municípios que ainda não possuem, devendo as contas serem fiscalizadas através do controle externo da Câmara Municipal com auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados.

Mas, voltando para seu conceito, Wagner da Silva Barreto (2016, *online*) diz que o Tribunal de Contas:

Designa-se Tribunais de Contas as "Cortes" especializadas em análise das contas públicas dos diversos órgãos da Administração Pública do Estado ou União. Nestes termos, o Brasil apresenta, do ponto de vista da estrutura administrativa, especificações e redistribuição orgânica entre os tribunais desta natureza, cuja finalidade é a fiscalização, inspeção, análise e controle de contas públicas em todo o território nacional, assim, atua neste cenário o Tribunal de Contas da União (TCU), os Tribunais de Contas dos Estados (TCE's), o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) e os Tribunais de Contas dos Municípios (TCM's). Entretanto, em alguns estados da federação há, apenas, o Tribunal de Contas do Estado, responsável pelas contas dos estados e municípios, e no Distrito Federal o Tribunal de Contas cuida, tão somente, das contas do Distrito Federal, não abarcando sob sua jurisdição nenhuma conta de municípios.

E complementa o mesmo autor, ao referir sobre o órgão responsável pela análise dos gastos públicos, bem

como sobre a quem cabe a atribuição de controle e fiscalização:

O Tribunal de Contas, numa leitura genérica, trata-se do órgão responsável pela análise dos gastos públicos, cuja ação fiscalizadora denomina-se "Controle Externo". Cabendo ao Poder Legislativo, que compreende o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores, exercerem este controle frente aos representantes do Poder Executivo, que por sua vez estão representados pelo Governo Federal, Governos Estaduais e Prefeituras dos Municípios, além dos representantes do Poder Judiciário, que abrangem o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais (TRF's), os Tribunais Eleitorais (TE's) e os Tribunais de Justiça dos Estados (TJ's), daí dizer da autonomia do Tribunal de Contas, quanto ao auxílio que presta ao Poder Legislativo no sentido de exercer o controle externo fiscalizador dos gastos dos órgãos dos Poderes Executivo, Judiciário e do próprio poder Legislativo. Ademais, além do controle externo, cada Poder tem obrigação da manutenção de um "sistema de controle interno", mas vale ressaltar que, embora seja um tribunal, o Tribunal de Contas não encontra-se circunscrito, nem faz parte do Poder Judiciário, pois seu caráter é de natureza, eminentemente, administrativa (contábil), conquanto, trabalham em regime de parceria e não de subordinação ao Judiciário. Contudo, importa saber que, segundo o Art. 71, Caput, da CRFB/1988, o controle externo das contas do país está a cargo do Congresso Nacional, cujo

exercício fica sobre controle do Tribunal de Contas da União, assim está distribuído o sistema de análise das contas públicas perante os órgãos da Administração Pública direta e indireta e os agentes governantes. (BARRETO, 2016, *online*)

Deste modo, o Tribunal de Contas é um tribunal administrativo que poderá auxiliar ou julgar as contas, dependendo de onde, do órgão, de qual ente ou de qual Poder será exercida a fiscalização. (BARRETO, 2016).

O importante é saber que sua definição é de fiscalizar, julgar e auxiliar, de modo a precaver possíveis casos de prejuízo ao erário público.

## 2.2 Vinculação às atividades da Administração Pública

Quem fiscaliza os atos do Poder Executivo é o Congresso Nacional. Esta fiscalização decorre das suas funções atípicas, sendo que o artigo 84, inciso XXIV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) assim especifica:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

E em complemento, o artigo 49, inciso IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas

pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

Observe-se que cabe ao Presidente da República prestar contas e enviar respectivas contas para julgamento do Congresso Nacional. Destarte, estará o Poder Legislativo, de forma atípica, fiscalizando e atuando no sentido de verificar se as contas prestadas estão corretas e dentro da legalidade.

Esta atribuição do Congresso Nacional, conforme já mencionado, será realizada com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e seu parecer não vincula sobre uma possível aprovação ou rejeição das contas.

Porém, o que é importante perceber é a vinculação existente entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De tal forma, pode dizer que as atribuições exercidas pelo Tribunal de Contas encontram-se vinculadas à Administração Pública.

O Poder Executivo, para que possa gerir a máquina pública, atua perante a sociedade através da Administração Pública, por isso, quando realiza gastos, contrata obras públicas, realiza licitações, repassa valores, pratica abertura de créditos complementares etc., decorre de sua função típica de administrar.

Esta função típica de administrar é no sentido de gerir o Estado da forma que lhe caiba, sendo que suas decisões discricionárias são decididas de forma autônoma e independente de qualquer outro Poder.

Entretanto, para que não decorra nenhuma ilegalidade, abuso ou dano ao erário público, o Congresso Nacional fiscaliza com auxílio do Tribunal de Contas, e conseqüentemente, haverá essa vinculação com a Administração Pública.

Assim, somente existe a vinculação porque o Poder Executivo, através de sua Administração Pública, gere o

Estado.

Sobre o tema, esclarece Pollyana Batista (2018, *online*):

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão de controle externo do governo federal. Ele atua junto ao Congresso Nacional para fiscalizar o orçamento do país. Além disso, o TCU pode contribuir com a Administração Pública.

Segundo o site oficial da instituição, a meta do Tribunal de Contas da União brasileiro é “ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável”.

Para isso, ele é responsável pela fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Portanto, a vinculação à Administração Pública é necessária, de modo a fiscalizar quais foram os atos praticados e se estão dentro da legalidade, principalmente para verificar se determinados atos estão de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) ou de modo a atender os preceitos fiscais, orçamentários e de aplicação de recursos.

### 2.3 Natureza jurídica das decisões

A natureza jurídica do Tribunal de Contas se situa no âmbito de órgão autônomo, ou seja, não pertencente a nenhum dos Três Poderes da República. Embora possua uma estrita vinculação ao Poder Legislativo, tem caráter apenas de auxiliar na fiscalização do Poder Executivo ou de outro poder na qual possua competência de fiscalizar, permitindo que emita parecer sobre as contas apresentadas. (PRATES, 2017).

Neste sentido, explica Arlito Lucas Mendes Prates (2017, *online*):

O Tribunal de Contas consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, ficando claro que o mesmo não pertence a nenhum dos três poderes, sendo órgão de auxílio do Poder Legislativo, no exercício do controle externo da Administração. A melhor doutrina aponta que, mesmo tendo como função precípua a de auxiliar, tem natureza jurídica de órgão autônomo, como ocorre com o Ministério Público.

No que consiste especificamente às decisões do Tribunal de Contas, se destaca por ser um órgão julgador e também um órgão auxiliar. Como já mencionado, por se tratar de um órgão auxiliar, ele auxilia o Congresso Nacional na fiscalização e apuração de contas do Poder Executivo.

Quanto ao órgão julgador, pode parecer que está atuando de forma juridicamente, entretanto, é a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) que traduz este efeito, ao dispor em seu artigo 71, inciso II:

Art. 71. [...]  
II - julgar as contas dos administradores e

demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Sobre esta disposição constitucional, trata-se de um julgamento administrativo. Por essa razão, qualquer irregularidade e ilegalidade neste julgamento poderá haver o controle judicial.

Destarte, pode-se dizer que o Tribunal de Contas possui competência privativa de julgar contas. Conforme explica Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1999, *online*):

O Tribunal de Contas, no Brasil, é uma instituição com raiz constitucional, deliberando de forma colegiada, incumbida de julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos e auxiliar o Poder Legislativo na realização do controle externo da Administração Pública e no julgamento das contas anuais dos chefes do Poder Executivo.

Há duas competências nesse conceito:

a) a primeira diz respeito à competência privativa de julgar contas.

Esse termo mereceu detido exame de brilhantes juristas pátrios, a iniciar-se pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Leopoldo da Cunha Melo, asserindo que o “Tribunal de Contas não é um simples órgão administrativo”, mas exerce “uma verdadeira judicatura sobre os exatores, os que têm em seu poder, sob sua gestão, bens e dinheiros públicos”.

Também Pontes de Miranda, com seu perene brilho, sustenta que “a função de julgar as contas está claríssima no texto

constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem.”

Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: “O TCU só formalmente não é órgão do poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”.

A própria Constituição Federal em vigor, respeitando a linha ortodoxa e histórica, assentou inequivocamente essa natureza ao referir a “julgar”, quando elencou a competência, e “judicatura”, quando se referiu ao exercício do cargo de Auditor, Ministro-substituto.

Destarte, pode-se dizer que:

Os julgamentos de contas, por exemplo, revestem-se de caráter definitivo, não competindo ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões para modificá-las. A revisibilidade judicial deve se ater à verificação do devido processo legal, o qual se não observado, leva à devolução do caso à corte de contas para novo julgamento. (PRATES, 2017, *online*)

E como exemplo destes julgamentos, transcrevem-se alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Mamoré Máquinas Agrícolas Ltda. a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Superintendência Estadual de Licitações do Governo do Estado de Rondônia

(Supel/RO), relacionadas aos pregões eletrônicos 109/2017/SUPEL/RO (TC 010/DPCN/2016) , 110/2017/SUPEL/RO (TC 011/DPCN/2016) , 111/2017/SUPEL/RO (TC 012/DPCN/2016) , 112/2017/SUPEL/RO (TC 013/DPCN/2016) e 113/2017/SUPEL/RO (TC 014/DPCN/2016) , os quais tinham como objeto a aquisição de equipamentos agrícolas.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. com fulcro no art. 276, caput, do RI/TCU, referendar a medida cautelar adotada pelo relator por meio do despacho contido na peça 53 destes autos, transcrito no relatório que precede este acórdão, bem como as medidas acessórias constantes no mencionado despacho. (TCU. Número do Acórdão: 2155/2018. Processo 012.191/2018-3. Órgão Julgador: Plenário. Relator Weder de Oliveira. Data da sessão: 12 set. 2018. Número da ata: 35/2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Sobre o voto que deu origem ao acórdão acima, foi assim decidido:

[...]

Ante as razões de decidir apresentadas no relatório precedente e com fundamento no art. 276, § 1º, do RI/TCU, manifesto-me por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste Colegiado, consoante sistemática adotada por meio da Comunicação da Presidência ao Plenário em 25/10/2017.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de

setembro de 2018.  
Weder de Oliveira  
Relator. (TCU. Número do Acórdão: 2155/2018. Processo 012.191/2018-3. Órgão Julgador: Plenário. Relator Weder de Oliveira. Data da sessão: 12 set. 2018. Número da ata: 35/2018). (BRASIL, 2018, *online*)

Observe-se exemplo nítido de julgamento por parte do Tribunal de Contas da União, que além de julgar, utiliza de ferramentas processuais para determinar a suspensão a aquisição e recebimento de equipamentos obtidos através de licitação realizada por pregão.

Outro exemplo evidente de julgamento pelo Tribunal de Contas da União é a seguir:

VISTO, relatado e discutido este processo apartado do TC 016.119/2016-9, com o objetivo de dar celeridade e proporcionar maior clareza ao exame da manifestação da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. quanto à sua responsabilização apontada nos autos do processo originário, concernente à prática de fraudes a licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) para a implantação da Refinaria do Nordeste (Rnest), em Ipojuca/PE, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Engevix Engenharia e Projetos S.A.;
- 9.2. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarar a inidoneidade da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31), pelo prazo de 3 (três) anos, para participar de licitações

na administração pública federal, bem como em certames promovidos na esfera estadual e municipal cujos objetos sejam custeados com recursos federais repassados por força de convênios ou instrumentos congêneres;

9.3. dar ciência deste acórdão:

9.3.1. ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União para a inscrição da empresa indicada no item 9.1 deste acórdão no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);

9.3.2. à empresa responsável, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná e à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná. (TCU. Número do Acórdão 2135/2018. Processo 013.384/2017-1. Órgão Julgador: Plenário. Relator Benjamin Zymler. Data da sessão: 12 set. 2018. Número da ata: 35/2018). (BRASIL, 2018, *online*)

E neste outro exemplo, o Tribunal de Contas da União julgou no sentido de proibir a empresa de participar, pelo período de três anos, de licitações na Administração Pública federal, sendo que sua decisão se pairou no aspecto de juridicidade, mesmo que seja um tribunal administrativo.

Assim, verificadas as disposições principais do Tribunal de Contas, passa-se a analisar sobre o controle judicial, conforme capítulo que se segue.

### 3 O CONTROLE JUDICIAL

O controle judicial se situa na possibilidade do Poder Judiciário rever ou anular atos eivados de ilegalidade. Trata-se de uma forma de equilibrar os Poderes, considerando que deve existir um equilíbrio entre eles.

Este sistema de equilíbrio é determinado pelo sistema elaborado por Montesquieu (1748 *apud* SILVA, 2011), na qual tem por terminologia o sistema de freios e contrapesos (*Cheks and Balances*). (SILVA, 2011).

Conforme discorre Daniel Cavalcanti Silva (2011, *online*):

Ao lado desse poder, inerente ao exercício da soberania ao qual se confere a determinado cidadão ou grupo de cidadãos a representatividade necessária ao exercício das funções públicas, encontra-se o poder estatal ou político, que é uno. Entretanto, por tal unicidade consistir-se numa indesejosa concentração que conduz, necessariamente, a um governo do tipo absolutista, tende-se a repartir o exercício desse poder por intermédio de órgãos ou funções distintas e independentes de forma que um desses não possa agir sozinho sem ser limitado pelos outros. Trata-se, numa análise perfunctória, do que se conhece como sistema de freios e contrapesos (*Cheks and Balances*) que, há um só tempo, subsume a harmonia e independência entre os poderes.

A idéia da separação de poderes para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto que precede as revoluções burguesas, fundamenta-se com as teorias de John Locke e de Montesquieu. Imaginou-se um mecanismo para evitar esta concentração de poderes e estabelecer uma espécie de controle mútuo.

Observe-se que o parâmetro utilizado na distribuição de poderes é evitar que um único Poder tenha o controle concentrado, ou seja, atue de forma absoluta.

Mesmo sendo independentes entre si, conforme preceito utilizado pela própria Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, os poderes atuam de forma a fiscalizar e controlar para fins de proteção da democracia, e também para garantir a legalidade do ato, o erário público e manter a ordem legislativa no aspecto de sua constitucionalidade.

Nesta linha de raciocínio, Rainer Gonçalves Sousa (2017, *online*) explica sobre os Poderes e a necessidade de equilíbrio entre eles, adotando a teoria de Montesquieu (1748 *apud* SOUZA, 2017):

[...] Charles de Montesquieu se debruçou no legado de seu predecessor britânico e do filósofo grego Aristóteles para criar a obra “O Espírito das Leis”. Neste livro, o referido pensador francês aborda um meio de reformulação das instituições políticas através da chamada “teoria dos três poderes”. Segundo tal hipótese, a divisão tripartite poderia se colocar como uma solução frente aos desmandos comumente observados no regime absolutista. Mesmo propondo a divisão entre os poderes, Montesquieu aponta que cada um destes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes. Dessa forma, cada poder não poderia ser desrespeitado nas funções que deveria cumprir. Ao mesmo tempo, quando um deles se mostrava excessivamente autoritário ou extrapolava suas designações, os demais poderes teriam o direito de intervir contra tal situação desarmônica. Neste sistema observamos a existência dos seguintes poderes: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. O Poder Executivo teria como

função observar as demandas da esfera pública e garantir os meios cabíveis para que as necessidades da coletividade sejam atendidas no interior daquilo que é determinado pela lei. Dessa forma, mesmo tendo várias atribuições administrativas em seu bojo, os membros do executivo não podem extrapolar o limite das leis criadas.

Essa teoria é também denominada de Sistema de Freios e Contrapesos, conforme afirma Rodrigo Leventi Guimarães (2005, *online*):

A Constituição Federal de 1988, assegurando em nível de cláusula pétrea, e visando, principalmente, evitar que um dos Poderes usurpe as funções de outro, consolidou a “separação” dos Poderes do Estado, tornando-os independentes e harmônicos entre si (Artigo 2º, CF/88), é o que chamamos de “Sistema de Freios e Contrapesos”.

O artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), faz referência sobre a importância da independência dos Poderes, sendo que nem mesmo uma proposta de emenda à Constituição fará com que essa separação de Poderes seja abolida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
[...]  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
[...]  
III - a separação dos Poderes;

É justamente pela existência dos Poderes, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, é que cada um

deles passou a atuar de forma a gerir o Estado em favor do interesse público. (CARVALHO FILHO, 2004).

Tanto que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) apontou regras e normas de quem será competente para atuar um sobre o outro Poder, para que vise e alcance o equilíbrio entre eles. Por exemplo, transcreve-se o artigo 49, inciso X da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
[...]  
X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Quando se fala em competência exclusiva do Congresso Nacional, é porque poderá atuar de forma independente, sem qualquer tipo de permissão ou sanção de outros Poderes da República.

Desta feita, o Congresso Nacional, que faz parte do Poder Legislativo, tem a função típica de legislar, mas também, atuando de forma a equilibrar o sistema republicano, também possui competência atípica para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, inclusive no que tange a administração pública indireta.

Destarte, os poderes inerentes ao Poder Executivo não ficarão concentrados de forma absoluta, sendo que os vícios, eventuais prejuízos e/ou atos ilegais poderão ser fiscalizados pelo Congresso Nacional.

Aliás, conforme já mencionado no capítulo anterior, o Congresso Nacional poderá fiscalizar o Poder Executivo com auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme emana do artigo 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do

Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”.

Por sua vez, se constatado alguma irregularidade de algum ato proveniente do Poder Executivo ou até mesmo do Poder Legislativo, o Poder Judiciário poderá fazer o controle judicial, para fins de manter o equilíbrio e a ordem constitucional.

Mas, em que pese o Poder Judiciário possa realizar este controle referente aos atos do Poder Executivo e Legislativo, não ficará isento de controle, uma vez que seus membros também poderão ser fiscalizados e eventualmente julgados por outros Poderes, conforme se observa no artigo 52, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Significa que o Senado Federal, que faz parte do Poder Legislativo, poderá julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal em casos de crimes de responsabilidade. Com efeito, não existem dúvidas que um Poder participa no equilíbrio de outro Poder, mantendo assim a democracia e a ordem no aspecto político e legal.

No que concerne ao Tribunal de Contas, a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) também prevê competência para julgar os crimes comuns e de responsabilidades de seus membros. É o que determina o artigo 102, inciso I, alínea ‘c’:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

Ou seja, o constituinte determinou que o Supremo Tribunal Federal possui competência absoluta para julgar questões que envolvam os membros do Tribunal de Contas da União. Neste enfoque, fica a dúvida se o Tribunal de Contas é vinculado ao Poder Legislativo ou se trata de um órgão independente dos Poderes da República.

Segundo o site do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018, *online*):

A vinculação do Tribunal de Contas da União a um dos Poderes da República não é um tema pacífico no mundo jurídico. Há, na doutrina, posicionamentos diversos.

Alguns doutrinadores, juristas e professores de Direito Constitucional entendem que o art. 71 da atual Constituição Federal coloca o Tribunal de Contas como órgão integrante do Poder Legislativo, já que a atribuição de fiscalizar faz parte das atribuições típicas do Poder Legislativo.

Outros afirmam que o TCU não pertence a nenhum dos Poderes e entendem que ele é

um órgão independente e autônomo, assim como o Ministério Público e que, ao auxiliar o Poder Legislativo, a ele não se subordina.

Não obstante as várias interpretações constitucionais, o entendimento majoritário é no sentido de ser o TCU um órgão de extração constitucional, independente e autônomo, que auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo.

Neste raciocínio, elucida Odete Medauar (2003, p. 421):

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, § 3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.

A partir do momento em que existam entendimentos de que o Tribunal de Contas é um órgão independente e autônomo, faz caracterizar que também é fiscalizado por outros Poderes, inclusive para responder juridicamente perante o Poder Judiciário.

Pode-se dizer, assim, que um Poder faz controle sobre o outro Poder, no aspecto de fiscalizar e garantir que não haja nenhum governo autoritário, e ainda, se há o liame entre o ato administrativo produzido e sua validade.

Em se tratando das funções típicas e atípicas dos Poderes, inerente ao sistema de freios e contrapesos, José Antonio da Silva (2006, p. 66) diz que:

[...] ao contemplar tal princípio o legislador constituinte teve por objetivo tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição, ou seja, não permitir que um dos poderes se arrogue o direito de intervir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo que tem por competência a produção normativa aplique a lei ao caso concreto.

E conforme explica Diógenes Gasparini (2000, p. 07):

Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o titular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.

Contudo, qualquer ação estatal que não possui o lastro de legalidade é passível de anulação. Devem estar presentes, portanto, os aspectos inerentes à legalidade do ato e dos demais princípios previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Caso não estejam presentes, poderá ser realizado o controle judicial, no que ensejará em sua anulação. (GASPARINI, 2000).

E por falar neste controle judicial que poderá ser realizado pelo Poder Judiciário, pertinente destacar sua definição, classificação e casos jurisprudenciais, conforme tópicos que se seguem.

### 3.1 Definição

A definição de controle judicial é no sentido de verificar se o ato praticado pelos outros Poderes da República estão de acordo com os preceitos normativos e constitucionais. É por isso que se chama controle, pois, irá verificar se o ato apresenta-se legal ou se possui alguma irregularidade ou abuso.

Consoante às palavras de Hely Lopes Meirelles (1993, p. 568), o controle trata-se da: “[...] faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

Pelas palavras de Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2008, p. 574):

O conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria Administração, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder-dever ou a faculdade de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas do Poder. Garante-se, mediante o amplo controle da Administração, a legitimidade de seus atos, a adequada conduta funcional de seus agentes e a defesa dos direitos dos administrados.

Com efeito, o controle tem por objetivo fiscalizar, de modo com que um Poder não esteja atuando de forma absoluta e indiscriminada, devendo respeitar as normas jurídicas vigentes.

Por exemplo, se o Presidente da República vier a escolher um ministro para compor o Supremo Tribunal Federal que não se enquadra nos requisitos da Constituição

Federal (BRASIL, 1988, *online*), quais sejam: “[...] dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 101); poderá existir o controle para anular o lesivo, ou seja, que se encontra contra o sistema normativo.

Mas não somente existirá o controle das normas rígidas que se encontram expressas na lei ou na Constituição Federal (BRASIL, 1988), uma vez que também existe o controle de forma a interpretar as normas, para fins de verificar se o ato praticado encontra-se afetado pelos princípios constitucionais, dentre eles o da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

É o que se pode verificar quando o Supremo Tribunal Federal fez o controle do ato praticado pela Presidente da República, Dilma Rousseff, que na época tentou nomear o Luís Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil, conforme decisão a seguir:

[...]  
Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan

Rui. Ilícitos Atípicos. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, prima facie, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em

conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva – Operação Aletheia,

desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição. [...]

Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor. [...]. (STF. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. Data da decisão: 18 mar. 2016). (BRASIL, 2016, *online*)

Em que pese a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), em seu artigo 83, inciso I, permitir de forma privativa a nomeação pelo Presidente da República de Ministros de Estado: “Art. 84. Compete privativamente ao

Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado”; deve ser feito de forma a não ofender os princípios constitucionais, inclusive, segundo os critérios do desvio de finalidade e fraude à Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme enfatizado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o controle judicial, conforme enfatizado por Luciana Pereira (2011, *online*), tem por definição principal:

[...] “adequar” as funções administrativas ao ordenamento jurídico. O administrador deve agir segundo as previsões da lei. Administrar é atividade daquele que não é o senhor, mas sim, atividade daquele que tem o dever de zelar pela coisa pública de forma que atenda aos interesses da coletividade. [...] Desta forma, o administrador não pode agir conforme o impulso da sua vontade, dentro da Administração o que deve existir é legalidade e não autonomia de vontade. Por isso, o administrador durante toda a sua vida funcional, deve restringir a sua atuação aos ditames da lei, vinculando-se a uma previsão normativa dentro do ordenamento jurídico. O controle sobre os seus atos é inerente a própria razão de ser da Administração Pública.

E ainda nos ensinamentos de Luciana Pereira (2011, *online*), sua finalidade é:

[...] verificar a legalidade, a legitimidade, a atuação, a adequação do ato ao ordenamento jurídico. O controle pressupõe ao mesmo tempo uma proposta de uma legalidade ampla e estrita. E também pressupõe a observância de todos os princípios conformadores do regime

jurídico administrativo: de todos os valores que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Por demais, conforme enaltece Luciana Pereira (2011, *online*):

O controle é extremamente necessário, pois através dele, o DONO do patrimônio público (coisa pública), que é o povo, tem a oportunidade de saber como a Administração está cuidando dos seus interesses. Por sermos um Estado Democrático de Direito, nada mais justo do que oferecer à coletividade, a oportunidade de verificar se a Administração está realmente buscando o “bem comum”, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira.

E complementando as palavras da autora acima, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2008, p. 573) apontam que:

A ideia central [...] reside no fato de que o titular do patrimônio público (material e imaterial) é o povo, e não a Administração, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, na qualidade de mera gestora da coisa alheia, sem que dela possa dispor, deve a Administração pautar a integralidade de suas condutas pela mais ampla transparência, a fim de que o efetivo titular da coisa pública possa, a todo o tempo, ter condições de verificar se esta – a coisa pública – está realmente sendo gerida de forma mais adequada ao

interesse público.

Destarte, o controle judicial é uma forma de prevenir e estabelecer critérios para tomadas de decisões, para fins de garantir o Estado Democrático de Direito, pois, através deste controle é que um Poder fiscaliza o outro. Aliás, qualquer cidadão também poderá realizar este controle, conforme se verifica pelo artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 5º [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Existem, pois, algumas classificações de como são praticadas estas formas de controle, na qual são considerados pela doutrina, sendo pertinente apresentá-las a seguir.

### **3.2 Classificação de suas formas**

No que tange a classificação das formas de controle, a doutrina assim especifica: origem; momento do exercício; aspecto controlado; à amplitude. (MEIRELLES, 1990). Esta classificação doutrinária existe para que se possa identificar como ocorre o controle judicial de determinado ato.

De início, tem-se a classificação da sua origem, que poderá ser dividida em controle interno ou externo. O controle interno, segundo Diogo Dias Ramos (2011, *online*) será aquele que:

[...] é exercido pela entidade ou órgão que é o responsável pela atividade controlada, no âmbito de sua própria estrutura. O controle que as chefias exercem nos atos de seus subordinados dentro de um órgão público é considerado um controle interno. Segundo Marinela, todo superior hierárquico poderá exercer controle administrativo nos atos de seus subalternos, sendo, por isso, responsável por todos os atos praticados em seu setor por servidores sob seu comando.

Observe-se que no controle interno o próprio órgão quem faz este controle. Desta forma, não é através de outro Poder que se faz o controle, mas dentro da própria estrutura do órgão, que terá competência para verificar se determinado ato encontra-se de acordo com a norma jurídica ou se deve ser revogada. (RAMOS, 2011).

Já no controle externo, conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1990, p. 98): “[...] é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado. Ou seja, não se trata de um mesmo Poder, mas sim realiza um controle entre Poderes diferentes”.

Desta forma, somente no controle externo que outro Poder terá a competência para verificar se o ato encontra-se dentro da legalidade, podendo dizer que ensejará ou não na anulação. (MEIRELLES, 1990).

Como exemplo de controle externo, demonstra Hely Lopes Meirelles (1990, p. 98):

[...] apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário; a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo.

Em relação ao momento do exercício, pode-se citar três espécies, conforme apresentados por Diogo Dias Ramis (2011, *online*):

Controle prévio ou preventivo (a priori): se chama prévio o controle exercido antes do início ou da conclusão do ato, sendo um requisito para sua eficácia e validade. É exemplo de controle prévio quando o Senado Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios a contrair empréstimos externos. Controle concomitante: é o controle exercido durante o ato, acompanhando a sua realização, com o intento de verificar a regularidade de sua formação. [...] como exemplos do controle concomitante a fiscalização da execução de um contrato administrativo e a realização de uma auditoria durante a execução do orçamento, entre outros. Controle subsequente ou corretivo (a posteriori): considera-se subsequente ou corretivo, o controle exercido após a conclusão do ato, tendo como intenção, [...] o controle judicial dos atos administrativos, por via de regra é um controle subsequente.

Verifica-se que o momento do controle poderá ser realizado antes, durante ou depois de praticado o ato. O mais comum é quando o ato já tenha sido praticado, na qual o Poder Judiciário é acionado para que se faça o devido reparo através do controle.

Passando para o aspecto controlado, poderá ser realizado através do controle de legalidade ou controle de mérito. No controle de legalidade: “[...] o ato foi praticado em conformidade com a lei” (RAMIS, 2011, *online*). Já no mérito, faz a verificação da: “[...] eficiência, da

oportunidade, da conveniência e do resultado do ato controlado” (RAMIS, 2011, *online*).

E quanto à amplitude, se divide em hierárquico ou finalístico. Hely Lopes Meirelles (1990, p. 99) explica sobre o hierárquico: “[...] resulta automaticamente do escalonamento vertical dos órgãos do Executivo, em que os inferiores estão subordinados aos superiores”.

No finalístico, conforme ilustra Diogo Dias Ramis (2011, *online*):

É o controle que é exercido pela Administração Direta sobre as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta. É um controle que depende de lei que o estabeleça, determine os meios de controle, as autoridades responsáveis pela sua realização, bem como as suas finalidades. Em casos excepcionais (casos de descalabro administrativo), poderá a Administração Direta controlar a indireta independentemente de regulamentação legal. É a chamada tutela extraordinária. Ele não se submete a hierarquia, visto que não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou o órgão controlador.

Desta feita, à amplitude será resultante de onde será realizado o controle, podendo ser pelo escalonamento vertical do próprio órgão ou pela Administração Pública perante outros órgãos integrantes de sua estrutura. (RAMIS, 2011).

Estes são, portanto, as formas de classificação do controle, sendo que em todos eles decorrerá o resultado final, que é verificar se o ato praticado está dentro ou não da legalidade e dos demais preceitos normativos em vigor.

### 3.3 Jurisprudência

Por fim, apresenta alguns casos de controle judicial, e dentre elas, onde o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que o controle pelo Poder Judiciário, de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, não viola o princípio da separação dos poderes, podendo atuar também nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade, conforme a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público militar. Exclusão da Corporação. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de fatos e provas da causa. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. (STF. RE nº. 609.184/RS-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 05 mar. 2013. Data de publicação: 26 abr. 2013). (BRASIL, 2013, *online*)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO DIVERSO DAQUELE DE QUE É TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II – Consoante jurisprudência deste Tribunal, é inválido o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. III - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido. (STF. RE nº. 559.114/DF-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 23 mar. 2011. Data de publicação: 14 abr. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279.

1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (STF. AI nº. 777.502/RS-AgR. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 28 set. 2010. Data de publicação: 25 out. 2010). (BRASIL, 2010, *online*)

Caso também interessante é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal entendeu sobre a possibilidade de se fazer o controle sobre atos de Comissão Parlamentar de Inquérito, que é constituída no âmbito do Poder Legislativo, *in verbis*:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º)-LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO

A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, em sede originária, mandados de segurança e habeas corpus impetrados contra Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas. É que a Comissão Parlamentar de Inquérito, enquanto projeção orgânica do Poder Legislativo da União, nada mais é senão a longa manus do próprio Congresso Nacional ou das Casas que o compõem, sujeitando-se, em consequência, em tema de mandado de segurança ou de habeas corpus, ao controle jurisdicional originário do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, i, d e i). Precedentes. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém

para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios

inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. [...] (STF. Processo MS 23452 RJ. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 16 set. 1999. Data de publicação: 12 mai. 2000). (BRASIL, 2000, *online*)

Caso corriqueiro que o Poder Judiciário é acionado para realizar o controle é em relação à punição de servidores públicos. No caso a seguir, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é no sentido de considerar legítima a punição do servidor em razão do mesmo ter participado de movimento grevista, considerando que não se deve adentrar no mérito administrativo, apenas no que consiste em verificar a regularidade do procedimento à luz dos princípios constitucionais:

AÇÃO ANULATÓRIA. SERVIDOR EFETIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SANÇÃO APLICADA A SERVIDOR. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS. VALIDADE DO PROCEDIMENTO. PENA DE SUSPENSÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. Não há nulidade ou anulabilidade do processo administrativo se foram assegurados ao réu o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Quanto à penalidade aplicada, ressalte-se que no controle jurisdicional do ato disciplinar compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal - princípios que foram observados no caso - não podendo proceder a incursões no mérito administrativo, a não ser sobre

questões de legalidade. Não deve o Judiciário substituir pelos seus os critérios de razoabilidade atendidos na área administrativa. (TJMG. Apelação Cível: AC 10024101155703002 MG. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wander Marotta. Data de julgamento: 06 mai. 2014. Data de publicação: 09 mai. 2014). (MINAS GERAIS, 2014, *online*)

Frisa-se que quando o ato está perfeitamente adequado e válido, o Poder Judiciário não adentra no mérito administrativo, caso contrário, estará desrespeitando a regra da separação dos Poderes. (CARVALHO FILHO, 2004).

De tal forma, o Poder Judiciário somente fará o efetivo controle para fins de anular o ato administrativo quando o ato for ilegal e contrário às normas jurídicas, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ATO ADMINISTRATIVO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - INQUÉRITO ADMINISTRATIVO PARCIAL - ILEGALIDADE CONSTATADA - ANULAÇÃO DO ATO - REINTEGRAÇÃO - CABIMENTO - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE PROVA - REFORMA PARCIAL.  
- O controle judicial dos atos administrativos deve se limitar ao exame da sua legalidade, sendo vedado ao Judiciário ir além dessa análise, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.  
- O desligamento de servidor público, por certo, não é ato livre da Administração

Pública, devendo observar à finalidade legal, com respeito à transparência, à isonomia e à fundamentação dos atos praticados.

- Verificada ilegalidade no inquérito administrativo do PAD, que culminou na demissão do servidor público, é de rigor sua reintegração.

- Inexistindo prova de que a demissão ilegal do servidor tenha causado repercussões negativas a sua moral - que transcendam os prejuízos financeiros suportados - não há que se falar em dever de reparação. (TJMG. Ap Cível/Rem Necessária 1.0271.07.106767-9/001 1067679-82.2007.8.13.0271 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Carlos Levenhagen. Data de julgamento: 20 set. 2018. Data de publicação: 25 set. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

REMESSA NECESSÁRIA -  
APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL  
PÚBLICA - PRELIMINARES  
AFASTADAS - CONTROLE JUDICIAL  
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS -  
INCIDÊNCIA SOBRE A LEGALIDADE  
- NECESSIDADE DE  
IMPLEMENTAÇÃO DE OBRAS COM  
VISTAS À SEGURANÇA DE  
EDIFICAÇÃO - INSTITUIÇÃO DE  
ENSINO - COMPROVAÇÃO - DIREITO  
À EDUCAÇÃO - OFENSA -  
INTERVENÇÃO DO PODER  
JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE

- O controle judicial dos atos da Administração deve incidir exclusivamente sobre o aspecto da legalidade, não cabendo ao Judiciário interferir no mérito das decisões administrativas, tomadas segundo critérios de oportunidade e conveniência, sob pena

de violação ao sistema constitucional de tripartição de poderes.

- Todavia, a liberdade do agente administrativo no exercício de seu juízo de conveniência e oportunidade não é absoluta, devendo se compatibilizar com os limites da lei e atender aos interesses da coletividade, sob pena de que a discricionariedade se transmude para arbitrariedade, autorizando a intervenção do Poder Judiciário.

- A omissão do Estado de Minas Gerais quanto ao seu dever de implementar as reformas necessárias à adaptação de edificação que abriga instituição de ensino pública, com vistas a adequá-la à legislação de regência, é manifestamente ilegal e atenta contra os interesses da coletividade, permitindo ao autor a adoção das medidas judiciais cabíveis com vistas à proteção da criança e do adolescente, bem como de toda comunidade escolar, além de ser regular a intervenção do Poder Judiciário na política estatal determinando o implemento imediato das diligências necessárias à garantia dos direitos constitucionais ofendidos, não caracterizando ofensa ao princípio da tripartição dos poderes.

- A multa cominatória é legítima quando se mostrar compatível com a obrigação a ser assegurada. (TJMG. Apelação Cível 1.0439.16.010272-9/002 0102729-55.2016.8.13.0439 (1). Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Adriano de Mesquita Carneiro. Data de julgamento: 08 mar. 2018. Data de publicação: 27 mar. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

Estes são, portanto, os entendimentos extraídos das jurisprudências dos Tribunais pátrios, ficando demonstrado

que o controle judicial é possível, tendo por objetivo trazer um equilíbrio entre os Poderes, fazendo com que qualquer ato que esteja contrário às normas jurídicas seja anulado, acarretando assim em um Estado Democrático de Direito onde se respeita as regras jurídicas estabelecidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Afirma-se, assim, que todos os Poderes da República estão inerentes ao controle judicial, mas, o que dizer do Tribunal de Contas? Como visto no decorrer do capítulo, a corrente majoritária é de que o Tribunal de Contas não é vinculado a nenhum Poder, sendo considerado: “[...] um órgão de extração constitucional, independente e autônomo, que auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo” (BRASIL, 2018, *online*). Neste caso, como proceder com o controle do Tribunal de Contas? É o que será analisado no capítulo a seguir, chegando-se assim ao ponto central de estudo.

#### **4 O CONTROLE JUDICIAL EM FACE DO TRIBUNAL DE CONTAS**

Existe o controle judicial em face do Tribunal de Contas pelo fundamento de que toda decisão administrativa poderá estar sujeitas a apreciação judicial. Inclusive, trata-se de uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destarte, como a decisão administrativa não se torna julgada em âmbito judicial, pode o interessado ingressar com demanda judicial, tanto para discutir o mérito, quanto para discutir vícios constantes no processo administrativo.

Trata-se, ainda, de um direito de todo cidadão, de levar ao judiciário eventual lesão ou ameaça ao direito, sendo que o Poder Judiciário, que possui função típica de

julgar, proferirá a decisão final.

Inclusive, pouco importa se a decisão do Tribunal de Contas já tenha se dado por definitivo, uma vez que, o julgamento do processo administrativo não configura prescrição no processo judicial. Pelo contrário, antes de ingressar no Poder Judiciário deve existir uma decisão administrativa, para que o interessado possa ter o interesse de agir.

Se, por acaso, o processo administrativo não tenha sido julgado, e não se tratando de nenhum tipo de vício, o interessado deverá aguardar o julgamento para poder ajuizar ação judicial. (BEZERRA FILHO, 2017).

Sobre o tema, bem elucidada Aluízio Bezerra Filho (2017, *online*):

No que se refere a coisa julgada administrativa, verifica-se que é apenas uma preclusão de efeitos internos que não tem o alcance de coisa julgada judicial. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretroatável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial [...].

Em relação à natureza dos procedimentos e decisões exauridas pelo Tribunal de Contas, Aluízio Bezerra Filho (2017, *online*) ainda relata: “Os atos, procedimentos e decisões dos Tribunais de Contas são de natureza administrativa que estão sujeitas ao exame pelos órgãos do Poder Judiciário, mesmo aquelas que operaram coisa julgada administrativa pela preclusão”.

Destarte, toda vez que um órgão administrativo, incluindo aí o Tribunal de Contas, julgar determinada questão, o interessado poderá ingressar no âmbito judicial para alegar os fundamentos que achar cabível, sob o argumento de se tornar aquela decisão nula, ou para anular

o procedimento em razão de algum vício no processo.

Sobre esta possibilidade de ajuizar demanda judicial para discutir questões que foram pronunciadas pelo Tribunal de Contas, o Superior de Tribunal de Justiça já se manifestou da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que apreciou agravo de instrumento advindo de Ação Civil Pública intentada em face de enriquecimento ilícito de ocupantes de cargos públicos pertencentes ao TRT de Alagoas, no exercício de seus misteres.

2. Alegação dos recorrentes de falta de causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que o Tribunal de Contas da União aprovou as contas referentes aos períodos que ocupavam as funções dos cargos administrativos apontados na inicial, bem como que são partes passivas ilegítimas para responderem por atos praticados pela Comissão de Licitação, da qual eram membros, além de que a decisão do Tribunal de Contas, na espécie, embora faça coisa julgada administrativa, não tem o condão de vincular as decisões de cunho judicial.

3. Os recorrentes estão sendo chamados para responderem pelas ações ilícitas

previstas nos arts. 10, I, II, III, V, VIII, IX, XI e XIII, e 11, I, II e IV, da Lei de Improbidade Administrativa.

4. O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes não inibe a atuação do Poder Judiciário, visto que não se trata de rejugamento pela Justiça Comum, porque o Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicante, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele, em verificando o alcance. Não há julgamento, cuja competência é do Poder Judiciário.

5. A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída.

6. O art. 5º, inciso XXXV da CF/88, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial.

8. Ao Ministério Público a CF/1988 cometeu, no art. 127, a defesa da ordem

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Prevê a Lei Maior como função institucional do Parquet' a utilização de ação civil pública para a proteção do patrimônio público. A Lei nº 8.249/92 atribui-lhe a função de processar o responsável por ato de improbidade administrativa para que lhe sejam aplicadas as sanções civis ali previstas. Diante de ato caracterizado como de improbidade administrativa, inadmissível que o Ministério Público não tome providências, assistindo inerte à aplicação indevida do dinheiro público. A provocação do Judiciário para apuração de irregularidades constatadas é não apenas um poder, mas um dever do Parquet no exercício de suas funções institucionais.

9. A pretensão exposta pelo Ministério Público, na petição inicial, abrange apontamento de fatos que não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas. Há necessidade, no amplo campo do devido processo legal, que se apurem os fatos denunciados. O pedido, portanto, não é impossível; há justa causa, em tela, para fazê-lo e os recorrentes são partes legítimas.

10. Recurso especial não provido. (STJ. REsp 472399 / AL. Recurso Especial 2001/0193562-0. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator José Delgado. Data de julgamento: 26 nov. 2002. Data de publicação: 19 dez. 2002). (BRASIL, 2002, *online*)

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região possui o mesmo entendimento, se posicionando no sentido de que a decisão do Tribunal de Contas faz coisa julgada apenas no âmbito administrativo e não no Poder Judiciário, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DA DECISÃO DO TCU PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. I – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88. II – A decisão do Tribunal de Contas da união que aprecia as contas de Prefeitos faz coisa julgada na esfera administrativa, mas está sujeita à apreciação do Poder Judiciário, eis que o direito de ação é público e subjetivo. III – Apelação provida, com o retorno dos autos ao Juízo de origem para regular processamento do feito. (TRF1. AC 11112 MG 2000.38.00.011112-7. Órgão julgador: Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Data de julgamento: 09 nov. 2004. Data de publicação: 26 nov. 2004). (MINAS GERAIS, 2004, *online*)

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. NATUREZA. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA UBIQUIDADE DA JUSTIÇA. ART. 5º, XXXV, DA CF. ART. 745, INCISO V, DO CPC. 1) A existência de órgãos pára-jurisdicionais, como o Tribunal de Contas da União, não afasta o fato de que, no Brasil, a jurisdição é unitária, sendo certo que não dispomos de Contencioso Administrativo, como ocorre em outros

países. 2) Essa unitariedade decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, (ou da ubiqüidade da justiça) [art. 5º, XXXV], não se contrapõe, todavia, ao caráter soberano e permanente das decisões dos Tribunais de Contas, quando no exercício da sua específica competência constitucional (art. 71, da CF). Assim, impende observar a desejável harmonia entre as competências constitucionalmente estabelecidas. 3) Ipso facto, por um lado, não há que se falar em impossibilidade de controle jurisdicional das decisões oriundas dos Tribunais de Contas, sob o argumento de uma suposta intangibilidade do mérito administrativo. Noutro eito, um eventual contraste jurisdicional subsequente às decisões do Tribunal de Contas da União não implica, necessariamente, revisão quanto ao mérito do julgamento, senão quanto aos aspectos técnico-formais do processo, inclusive no que tange à razoabilidade e adequação do decisório prolatado no Tribunal de Contas, ante a instrução efetivada. A extensão do controle jurisdicional dependerá do caso concreto. 4) Os atos do Tribunal de Contas, mesmo os julgamentos, não são discricionários, mas vinculados. Os primeiros possuem mérito que é insindicável, consoante o entendimento (ainda) dominante, sendo que os segundos são plenamente vinculados e questionáveis, nos limites admitidos por tal categoria de atos administrativos. 5) O que ora importa sublinhar, de forma clara já que é esse o preciso objeto da pretensão recursal, é a efetiva possibilidade de revisão das decisões administrativas prolatadas pelo Tribunal de Contas da União, pelo Poder Judiciário, ao qual compete o controle e a tutela jurisdicionais, nos termos dos

balizamentos supra delineados (art. 5º, XXXV da CF ; e art. 745, V, do CPC). 6) Dou provimento ao recurso, para anular a sentença recorrida. (TRF2. AC 340934 RJ 2000.51.01.016320-5. Órgão Julgador: Oitava Turma Especializada. Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. Data de julgamento: 12 jun. 2007. Data de publicação: 15 jun. 2007). (RIO DE JANEIRO, 2007, *online*)

Entretanto, cumpre ressaltar que o Poder Judiciário irá fazer o papel de verificar a legalidade das decisões, inclusive, em razão de seu mérito. Caso a decisão do Tribunal de Contas esteja em total legalidade e o procedimento esteja sem nenhum vício, à decisão não poderá ser alterada, mesmo porque, estaria adentrando na competência administrativa do órgão.

Nesta seara, não se pode confundir a questão de um novo julgamento com a verificação da decisão do Tribunal de Contas. O que irá acontecer é que o Poder Judiciário poderá verificar se a decisão encontra-se devidamente substanciada pela legalidade, e caso não esteja, aí sim irá adentrar no mérito para reparar a ilegalidade.

Conforme voto do relator, Desembargador Federal José Amílcar Machado:

[...] prevalece na jurisprudência o entendimento de que o Poder Judiciário tem competência para exercer o controle de legalidade dos atos da Administração Pública, podendo julgar a existência ou não de ilegalidade de acórdão do Tribunal de Contas da União que decide Tomada de Contas Especial.

Na hipótese dos atos, não houve comprovação de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal que justificasse a atuação do Poder

Judiciário. [...] (TRF1. Agravo de Instrumento n.º.: 0068002-03.2013.4.01.0000/DF. Órgão Julgador: Sétima Turma. Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado. Data de julgamento: 22 set. 2015. Data de publicação: 02 out. 2015). (DISTRITO FEDERAL, 2015, *online*)

Feitas estas primeiras análises sobre a possibilidade de ser realizado o controle judicial das decisões do Tribunal de Contas, passa a ser verificado que tipos de vícios que ensejam na anulação das decisões.

#### **4.1 Os tipos de vícios que ensejam anulação das decisões**

Os vícios que podem ensejar na anulação das decisões do Tribunal de Contas se dividem em formais e materiais. Os vícios formais são aqueles que se encontram no procedimento do processo administrativo.

Melhor dizendo, quando o Tribunal de Contas instaura processo administrativo, caso seja do âmbito da União, deverá ser observada as regras contidas na Lei n.º. 9.784/99 (BRASIL, 1999) que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública.

A regra formal que consta na Lei n.º. 9.784/99 (BRASIL, 1999) é, por exemplo, o prazo para o interessado apresentar recurso quanto à decisão de legalidade e mérito. No caso, o artigo 56, § 1º, diz que o prazo é de cinco dias, conforme a seguir:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o

encaminhará à autoridade superior. (BRASIL, 1999, *online*)

Se por acaso, não for obedecido o prazo recursal e a autoridade indefere o recurso apresentado no último dia pelo fundamento de decurso de prazo, o processo administrativo terá um vício formal, ou seja, não na questão de mérito do processo, mas sim, por razão do procedimento.

Outro exemplo é quanto aos direitos dos administrados. Conforme prevê o artigo 3º da Lei n.º. 9.784/99 (BRASIL, 1999, *online*):

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Observe-se que dentre os direitos dos administrados se encontram o de ter ciência da tramitação dos processos administrativos e fazer assistir por advogado. Neste caso, se o interessado não tiver ciência do ato praticado no processo administrativo, estará tendo seu

direito cerceado, prejudicando, inclusive, sua garantia a ampla defesa e contraditório.

Trata-se, portanto, de vício formal que pode ser reparado pelo Poder Judiciário via controle jurisdicional. Para melhor explicar, cita-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas que bem ilustra sobre o vício formal:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESAPROVAÇÃO PELO TCE. ILEGALIDADES EVIDENCIADAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA. ARTIGO 112, §3º, DO REGIMENTO INTERNO DO TCE/AM. NULIDADE DO ACORDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A DECISÃO QUE CONSIDEROU AS CONTAS IRREGULARES RECONHECIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - As decisões do Tribunal de Contas do Estado têm natureza jurídica de decisão técnico - administrativa, não susceptíveis de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, cuja competência limita-se aos aspectos formais ou às ilegalidades manifestas dessas decisões. - Vê-se que o procedimento perante o TCE não tramitou de maneira regular, motivo pelo qual a declaração de nulidade dos Acórdãos nº 1004/2016 e 893/2017 é medida que se impõe. - Segurança concedida. (TJAM. Mandado de Segurança nº. 4000378-70.2018.8.04.0000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Desembargador Wellington José de Araújo. Data de julgamento: 31 jul. 2018. Data de publicação: 31 jul. 2018).

(AMAZONAS, 2018, *online*)

No caso acima, ficou reconhecido que o processo perante o Tribunal de Contas do Estado não tramitou de maneira regular, de modo a declarar a nulidade das decisões. Sobre o caso em questão, pertinente apresentar o voto do relator, Desembargador Wellington José de Araújo:

[...]

Aduz que o julgamento do processo TCE nº 484/2016 foi pautado para 04/12/2016, não constando na publicação o nome dos advogados do Impetrante. Do julgamento do recurso, adveio o Acórdão nº 1004/2016-TCE-TRIBUNAL PLENO, em face do qual foram opostos 2 (dois) recursos de Embargos de Declaração, tanto pelos patronos atuais do Impetrante, quanto pelos causídicos inicialmente constituídos pelo Impetrante.

1.4. Os primeiros embargos foram conhecidos e não providos, embora tenham recebido parecer e voto favorável, ao passo que o segundo não foi conhecido, sendo ambos apreciados pelo Acórdão nº 893/2017-TCE-TRIBUNAL PLENO.

1.5. Sustenta que na intimação das pautas da sessão de julgamento deve constar o nome do advogado constituído, conforme arts. 82 e 112 do Regimento Interno do TCE/AM, mormente em face da possibilidade de sustentação oral pelo causídico, e que a nulidade pela ausência de tal formalidade é reconhecida pela jurisprudência do próprio TCE/AM e deste TJAM.

1.6. Requer, portanto, a concessão de medida liminar, seguida de concessão da segurança com o fito de anular os Acórdãos nº 1004/2016 e 893/2017-TCE-

TRIBUNAL PLENO exarados no processo TCE nº 484/2016, e a consequente reinclusão do processo em pauta de julgamento com a sanação da irregularidade.

[...]

Primeiramente vale dizer que, embora consagrado em nosso Direito o princípio constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), este poder deve se limitar, apenas, ao objeto do controle exercido por este Princípio, que há de ser, unicamente, o da Legalidade, sendo vedado no caso em comento se pronunciar sobre o mérito das decisões do Tribunal de Contas.

2.4. Com efeito, as decisões do Tribunal de Contas do Estado têm natureza jurídica de decisão técnico-administrativa, não susceptíveis de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, cuja competência limita-se aos aspectos formais ou às ilegalidades manifestas dessas decisões. [...] No caso em comento, de fato observo irregularidades no processo que culminou no Acórdão o qual se pretender ver nulo, porque deixou de constar na publicação da pauta de julgamento o nome dos causídicos do impetrante. Posto isto, voto pela concessão da segurança com o fim de anular o Acórdão nº 1004/2016 e 893/2017 do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE/AM em consonância com o Parecer Ministerial de fls. 2137/2145. [...]. (TJAM. Mandado de Segurança nº. 4000378-70.2018.8.04.0000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Desembargador Wellington José de Araújo. Data de julgamento: 31 jul. 2018. Data de publicação: 31 jul. 2018). (AMAZONAS, 2018, *online*)

Destaca-se, ainda, a jurisprudência a seguir que demonstra vício formal no procedimento administrativo do Tribunal de Contas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE JULGAMENTO DE CONTAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS. Não observância de norma regimental que determina a intimação do recorrente para que possa sustentar oralmente suas razões perante o colegiado. Publicação da pauta eletrônica que não contém o nome dos advogados responsáveis pela defesa do recorrente. Violação do princípio da ampla defesa. Recurso conhecido e parcialmente provido. O art. 129, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas assegura ao administrado, em clara concretização ao princípio da ampla defesa, o direito de sustentar oralmente suas razões perante o colegiado. Para fazê-lo, contudo, deve ser regularmente intimado da data de julgamento do feito, a fim de que o profissional responsável pela defesa técnica do administrado possa requerer sua inscrição para defesa oral. O art. 112, §3º, do mesmo Regimento, preceitua que as intimações a que se refere serão realizadas mediante afixação de pauta de julgamento no saguão da sede da Corte de Contas. Trata-se, todavia, de norma claramente ultrapassada, seja porque o próprio Tribunal de Contas, em momento posterior, regulamentou o uso de meios eletrônicos em substituição aos antigos métodos, seja porque sequer consta dos autos do processo administrativo que citado procedimento tenha sido observado

no caso concreto. A publicação da pauta de julgamento em meios eletrônicos deve observar as mesmas formalidades outrora observadas na afixação da pauta no saguão, dentre as quais se inclui expressa menção ao profissional técnico habilitado para a defesa do administrado nos autos do processo administrativo. Não havendo menção ao nome do advogado constituído nos autos na pauta eletrônica, o julgamento do feito, por desrespeito ao princípio da ampla defesa, reveste-se de absoluta nulidade, como a própria Corte de Contas tem reconhecido quando instada a se manifestar sobre o tema ( processo nº 10.957/2015). Ainda que a afixação no saguão ainda fosse adotada de forma cumulativa, seria incorreto supor que somente ela, e não a pauta eletrônica, devesse se revestir de regularidade formal para garantir a validade do julgamento. Com fundamento no princípio da proteção da confiança legítima do administrado, que encontra bases diretas nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, não se poderia sustentar que a publicação no diário eletrônico é formalidade meramente facultativa que apenas maximiza a publicidade do ato, sendo relevante para a validade do julgamento tão somente a regularidade da intimação via afixação de pauta no saguão. Isso porque, após mais de 5 (cinco) anos adotando a publicação eletrônica como padrão de conduta, o administrado passa a supor que o acompanhamento tão somente dessa publicação, sem necessidade de deslocamentos à sede da Corte de Contas, lhe é suficiente para manter-se informado do trâmite do processo administrativo. Os princípios da supremacia do interesse público e do formalismo moderado do processo administrativo não são capazes

de justificar a conduta adotada pela Corte de Contas no caso concreto. A Administração Pública não é dotada apenas de prerrogativas voltadas ao alcance dos interesses públicos, senão também, e sobretudo, de limitações decorrentes do princípio da indisponibilidade do interesse público, dentre as quais se encontra o princípio da legalidade a impor o respeito pelo balizamento normativo de sua atuação. A regra insculpida no art. 129, III, do Regimento Interno do TCE/AM, antes de caracterizar prerrogativa profissional, se consubstancia em relevante concretização do princípio constitucional da ampla defesa, aplicável a todo e qualquer processo administrativo (art. 5º, LIV, da CRFB). O desrespeito ao direito à sustentação oral não representa formalidade sem maior relevância, mas verdadeiro atentado ao núcleo essencial da ampla defesa, não podendo, por essa razão, ser considerado uma formalidade desconsiderável, por não ser procedimento meramente voluptuário. Tendo em vista que somente o julgamento objeto do presente processo revestiu-se da nulidade apontada, a Administração não pode ser tolhida do poder-dever de encaminhar a outros órgãos uma lista de gestores com contas julgadas irregulares na hipótese de, em outros processos administrativos, o gestor público ter sido contado. Daí porque, como forma de adequação da medida aos fundamentos mencionados no Acórdão, deve-se esclarecer que apenas os efeitos do Acórdão nº 777/2015 do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas estão sendo decotados, de modo que esta específica condenação não poderá motivar, por si só, a inclusão do gestor público na lista mencionada.

Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJAM. Agravo de Instrumento nº. 4002652-75.2016.8.04.0000. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo César Caminha e Lima. Data de julgamento: 20 nov. 2016. Data de publicação: 23 nov. 2016). (AMAZONAS, 2016, *online*)

Destarte, e de acordo com Alexandre Pacheco Lopes Filho (2011, *online*):

Em se tratando de vícios formais (que surgem no decorrer do processo administrativo), é pacífico o entendimento de que poderá a decisão ser anulada por determinação judicial. É comum na jurisprudência a verificação de cerceamento ao direito à ampla defesa nos procedimentos dos Órgãos de Controle Externo. Um claro exemplo é o Mandado de Segurança (MS) 25116, no qual o plenário do STF anulou decisão do TCU que julgou ilegal a concessão de uma aposentadoria por entender que houve cerceamento aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (para o STF, a partir de cinco anos após o ato concessório, o TCU só poderá decidir pela ilegalidade após oportunizar o direito ao contraditório).

Já o vício material contidos nas decisões do Tribunal de Contas se tratam de ilegalidades que invalidam e anulam o mérito da decisão. (LOPOES FILHO, 2011). Neste sentido, explica Alexandre Pacheco Lopes Filho (2011, *online*):

Com relação aos vícios materiais contidos nas decisões dos Tribunais de Contas (ilegalidades ou inconstitucionalidades

que maculam o próprio mérito da decisão), prevalecia na jurisprudência o entendimento de que o Poder Judiciário só poderia se manifestar em caso de ilegalidade manifesta, no entanto, é nítida a mudança de entendimento nos tribunais brasileiros com relação ao referido tema.

Com efeito, pode o Poder Judiciário ser acionado para fazer o controle jurisdicional de mérito, por suposta ofensa a ilegalidade da decisão. Assim, o Poder Judiciário pode fazer o controle jurisdicional quanto ao vício formal e o vício material, sendo que em ambas o interessado deverá demonstrar o erro do procedimento ou a ilegalidade da decisão.

#### **4.2 Os limites do controle judicial**

O Tribunal de Contas é um órgão técnico que julga as contas dos gestores públicos e aprecia as verbas públicas destinadas aos critérios definidos pelo artigo 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que

resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções

previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Por isso, por se tratar de um órgão eminentemente técnico, o Poder Judiciário não tem competência para verificar tais questões, motivo que não se adentra no mérito da decisão em seu sentido técnico.

No entanto, quanto o aspecto formal e material, o Poder Judiciário poderá fazer o controle jurisdicional, mas apenas verificando algum vício no procedimento e verificar a ilegalidade da decisão.

É o que se aprecia em razão da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL  
CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO  
INICIAL. REQUISITOS.  
ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD  
CAUSAM". DECISÃO DO TRIBUNAL  
DE CONTAS DA UNIÃO. EFEITOS.

[...]

2. Ademais, a Eg. Corte de Contas, acolhendo o pronunciamento do Parquet junto àquele Tribunal, afastou o caráter ilícito de grande parte dos fatos noticiados na peça vestibular, o que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, impede o seu reexame na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta, o que não se verifica no caso em exame (RE nº55.821-PR, rel. Ministro Victor Nunes Leal, in RTJ 43/151; Resp nº 8.970-SP, rel. Ministro Gomes de Barros, in RJSTJ 30/378, respectivamente).

- Em julgado publicado na RSTJ, volume 30, pp.395/7, assinalou o eminente Ministro Gomes de Barros, quando do julgamento do REsp nº8.970/SP, verbis:

- "III - Sustentam os recorrentes ser impossível a reapreciação judicial de atos administrativos, cuja regularidade foi atestada pelo Tribunal de Contas.

- Trazem, em socorro de sua tese, afirmação de que o Acórdão recorrido destoa da Jurisprudência tradicionalmente consagrada no Supremo Tribunal Federal.

- Como paradigma, citam o Acórdão relativo ao MS nº7.280, do qual relator o saudoso Min. Henrique D'Ávila, resumido nesta ementa:

- "TRIBUNAL DE CONTAS - Apuração de alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos -Ato insuscetível de revisão perante a Justiça comum - Mandado de Segurança não conhecido.

- Ao apurar o alcance dos responsáveis

pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta" (fls.3.881).

- Em seu relatório, o saudoso Ministro transcreveu o Parecer do então Procurador-Geral da República - o igualmente saudoso Ministro Carlos Medeiros Silva, in verbis:

- "Conforme decidiu o Pretório Excelso, no Mandado de Segurança nº 6.960 (sessão de 31 de julho de 1959, decisão unânime, relator o Sr. Ministro Ribeiro da Costa), não cabe mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas que julgou contas de responsáveis por dinheiros públicos.

- Disse, então, o Sr. Min. Ribeiro da Costa: "a decisão sobre a tomada de contas de gastos de dinheiros públicos, constituindo ato específico do Tribunal de Contas da União ex vi do disposto no artigo nº 77, II, da Constituição Federal, é insuscetível de impugnação pelo mandado de segurança, no concernente ao próprio mérito do alcance apurado contra o responsável, de vez que não cabe concluir de plano, sobre a ilegalidade desse ato, salvo se formalmente eivado de nulidade substancial, o que, na espécie, não é objeto de controvérsia" (fls. 3.968).

- No voto, com que conduziu o Tribunal Pleno, o Ministro Henrique D'Ávila observou:

- "Na realidade o Tribunal de Contas quando da tomada de contas dos responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.

- Na espécie o que o impetrante impugna é o mérito da ação do Tribunal de Contas.

Entende ele que não existia o apontado, ou seria menor do que o apurado.

- O assunto, é evidente que não pode ser tratado através processo expedido do mandado de segurança. Só pelos meios mais regulares é que poderá o impetrante demonstrar o contrário, ou invalidar a apuração feita pelo Tribunal de Contas União." (Fls. 3.968/9).

- Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal não reconhece na decisão do Tribunal de Contas a força da coisa julgada material.

- A Corte admite se reveja acórdão de Tribunal de Contas, "em seu aspecto formal" ou em caso de "ilegalidade manifesta".

- Esta velha jurisprudência veio a ser confirmada em acórdão conduzido pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, e reduzida a ementa nestes termos:

- "TRIBUNAL DE CONTAS. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade aparente (MS 7.280, 1960)" (RTJ 43/151).

- Merece destaque, neste aresto, a manifestação do saudoso Ministro Barros Monteiro, nestas palavras:

- "A segunda questão, de serem preclusivas e insuscetíveis de apreciação pelo Judiciário as decisões do Tribunal de Contas, eu acolho, com reservas, diante do preceito do artigo 150, § 4º, da CF, que reproduziu o dispositivo da Constituição anterior, segundo o qual não se pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual. Mas, feita essa ressalva, estou de pleno acordo em que não se pode chegar a outra conclusão senão àquela do acórdão

mencionado pelo eminente Ministro Victor Nunes, do qual foi Relator o Ministro Henrique D'Ávila, e que, exprime o pensamento deste Tribunal. As decisões do Tribunal, de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não quanto ao seu aspecto formal." (RTJ 43/157).

- Destes pronunciamentos resta clara uma constatação: é impossível desconstituir o ato administrativo ungido pela aprovação do Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão deste colegiado. E para rescindi-la, é necessário que nela se apontem irregularidades formais graves ou ilegalidades manifestas.:

- Nesse sentido, ainda, a lição do saudoso Prof. Ruy Cirne Lima, em sua conceituada obra Pareceres (Direito Público), Livraria Sulina Editora, 1963, Porto Alegre, pp.246/7, verbis:

- "Tem, portanto, entre nós, o tribunal de Contas, "jurisdictio"; falta-lhe, porém, competência para o "judicium" e, "a fortiori", competência para dá-lo e cometê-lo a outrem, porque, estranha à sua função, naquele ou neste aspecto, a idéia de ação (em sentido material). Certo, são, as decisões do Tribunal de Contas, terminativas, quando julga, ele, as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (Const. Fed. Art.77, II). Esse julgamento compete-lhe, porém, em função do ato político (F. GIESE, GRUND-GESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, Frankfurt, a. M., 1955, p.190; F. GIESE, DIE VERFASSUNG DES DEUTSCHEN REICHES, Berlin, 1931, p.211) do Congresso Nacional, que julga as contas do Poder Executivo (Const. Fed. Art.66, VIII). E como a competência do Tribunal de Contas, acerca do julgamento das

contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, somente lhe é atribuída em função daquele ato político (RUY BARBOSA, COMENTÁRIOS, cit. T. VI, p.451; RUBEN ROSA, DIREITO E ADMINISTRAÇÃO, Rio de Janeiro, 1940, p.25 e 26), as decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não poderiam, por isso mesmo, ficar sujeitas a reexame judiciário. O julgamento político exclui o pronunciamento judicial ulterior, nos mesmos termos em que o julgado criminal exclui a ação civil, "...não se poderá...questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o autor..." (art.1525, Cód. Civil). De outro lado, o julgamento político tem precedência necessária sobre o pronunciamento judiciário (Cf. AURELIANO LEAL, TEORIA E PRÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, t. I, Rio de Janeiro, 1925, p.493). Em conseqüência, nem antes nem depois das decisões do Tribunal de Contas, enquanto às contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, toca, aos Juízes e Tribunais comuns, pronunciar-se sobre o fato sujeito, ou quem lhe seja o autor. A eficácia exclusiva e terminativa das decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não é mais, no entanto, do que uma aplicação do princípio de independência e harmonia dos poderes políticos (Const. Fed., art.36):.

3. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TRF4. Agravo de Instrumento nº. 2002.04.01.019240-0 / SC. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de julgamento: 03 dez. 2002). (SANTA CATARINA, 2002, *online*)

Por sua vez, Alexandre Pacheco Lopes Filho (2011,

*online*) respalda o entendimento acima, afirmando que a jurisprudência moderna vem intervindo mais nas decisões dos Tribunais de Contas, apontando, inclusive, decisões judiciais a respeito, conforme a seguir:

No entanto, a jurisprudência moderna, com base no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, vem intervindo cada vez mais nas decisões das Cortes de Contas. É comum encontrar julgados que analisam o mérito das decisões em tela mesmo em casos em que a ilegalidade não é manifesta, ou seja, não há um vício claro e a questão é controversa. A Primeira Turma do TRF da 5ª Região proferiu acórdão no qual destaca a competência do Judiciário para analisar as aludidas decisões sem fazer a ressalva de que a ilegalidade deve ser necessariamente manifesta, *in litteris*: “As decisões dos Tribunais de Contas podem ser objeto de controle judicial não apenas quanto à formalidade de que se revestem, mas inclusive quanto a sua legalidade, considerando-se que tais decisões não fazem coisa julgada, que é qualidade exclusiva das decisões judiciais como decorrência da unicidade de jurisdição de nosso sistema constitucional. Não há como eximir as decisões dos Tribunais de Contas da sindicabilidade judicial, quando a Constituição Federal impõe a inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, como princípio.” No mesmo sentido, o STF tem apreciado processos cujo objeto é anular questões que envolvem o mérito dos julgados dos Tribunais de Contas. Tema recorrente no STF é a questão do Procedimento Licitatório Simplificado para a PETROBRÁS (previsto no Decreto

2.745/98), tal procedimento não é aceito pelo Tribunal de Contas da União, que exige a realização de licitação nos moldes da Lei nº 8.666/93. Assim, os gestores da estatal têm ajuizado Mandados de Segurança com pedidos de liminar (com êxito) perante o STF para suspender a decisão do TCU e assegurar a realização dos Procedimentos Licitatórios Simplificados. De acordo com o site do STF, a Ministra Ellen Gracie concedeu liminar em Mandado de Segurança (MS 28745) para garantir a continuidade dos procedimentos até o julgamento do mérito, na ocasião ela teria destacado que a PETROBRÁS, após a relativização do monopólio para a exploração do petróleo, passou a concorrer com empresas privadas “às quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93” e que “a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”.

De todo modo, não se pode negar que as decisões do Tribunal de Contas tem natureza jurídica de decisão técnico-administrativa, não sendo susceptíveis de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, ou seja, possui limites, que se encontram adstritas aos formais ou às ilegalidades manifestas dessas decisões. (BALTAR, 2014).

#### 4.2 Caso concreto

Apresentando caso concreto sobre o controle judicial do Tribunal de Contas, o Superior Tribunal de Justiça entende que a aplicação de multa aplicada por aquele órgão pode ser objeto de controle.

Assim versa o artigo 71, inciso VIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 71 [...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Observe-se que o Tribunal de Contas tem a competência para aplicar multa a responsáveis por ilegalidade constatada na Administração Pública. Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça já entrou no mérito deste tipo de decisão, para anular a multa aplicada, em razão de não se verificar a culpa ou dolo dos executores do contrato de gestão, conforme a seguir:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS. MULTAS SANCIONATÓRIAS. POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. IMPUTAÇÃO DE CULPA A EXECUTORES DOS CONTRATOS DE GESTÃO DA COMPANHIA DO DESENVOLVIMENTO DO DISTRITO FEDERAL-CODEPLAN. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO ART. 67 DA LEI 8.666/1993. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. NÃO COMPROVAÇÃO DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA IMPUTÁVEIS AOS ACUSADOS. RECURSO DOS PARTICULARES PROVIDO.

1. O controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário sobre as penalidades

administrativas, aplicadas aos seus jurisdicionados, não está adstrito aos procedimentos adotados, sendo aceito pela Jurisprudência deste Superior Tribunal que a aplicação de pena administrativa desproporcional e sem o devido respaldo no contexto fático produzido evidencia ilegalidade passível de revisão judicial, sem que isso revele indevida interferência no mérito administrativo do ato. Precedentes: MS 17.490/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.2.2012; MS 14.993/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 16.6.2011.

2. Hipótese em que o Tribunal de Contas do Distrito Federal impôs pena de multa a Executores dos Contratos de Gestão da Companhia do Desenvolvimento do Distrito Federal-CODEPLAN pelo suposto descumprimento das responsabilidades previstas no art. 67 da Lei 8.666/1993, referentes ao acompanhamento e fiscalização da prestação dos serviços contratados.

3. In casu, devido à dimensão dos serviços e da complexa estrutura organizacional da CODEPLAN, os Executores contavam com o apoio de técnicos especializados contratados, pela CODEPLAN, para o acompanhamento in loco, responsáveis pela elaboração de relatórios sobre os quais se embasava o trabalho dos apenados; nesse contexto, diante ainda da especialidade dos serviços, referentes majoritariamente a tecnologia e informática, dos quais se exige um conhecimento técnico próprio, não se mostra razoável a aplicação da pena, verificando-se que a atividade dos acusados era regida pelas informações prestadas pela área técnica.

4. Por força dos princípios da

culpabilidade e responsabilidade subjetiva, à luz, também, do art. 122 da Lei 8.112/1990, a sanção administrativa pressupõe, necessariamente, a comprovação do elemento subjetivo, dolo ou culpa, sem o qual não há falar em imposição de penalidade.

5. O dolo, representado pela vontade clara e consciente de causar o dano ou prejuízo, justifica de maneira mais evidente o poder-dever do Estado de punir seu Servidor. A culpa, por sua vez, demanda um exercício interpretativo mais complexo, dado que não se trata de um intuito efetivo de praticar o ato ou de omitir-se, mas uma falta, uma negligência, uma imperícia que conduziu para o advento do ato ou omissão prejudicial à Administração Pública.

6. A área de conhecimento técnico, nesses casos, é um importante obstáculo para o devido juízo de valor do Servidor ou agente responsável pela aprovação ou avaliação da prestação do que foi contratado. Para o correto acompanhamento e fiscalização de serviços dessa natureza, o caput do art. 67 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de contratação, pela Administração, de terceiros para assistir e subsidiar o ocupante do cargo de Executor de contrato administrativo, precaução adotada pela CODEPLAN.

7. Uma vez atestada pela área técnica a correta prestação dos serviços, não se revela proporcional ou razoável a configuração do elemento subjetivo culpa imputado aos acusados, notadamente quando o conhecimento técnico especializado exigido para sua análise não condiz com aquele ordinariamente esperado daquele que ocupa o cargo de Executor do contrato. Neste caso, não se

evidencia comportamento culposo e, muito menos, doloso.

8. No contexto dos autos, não se pode depreender a culpa dos recorrentes pelas faltas observadas. Não se verifica, a princípio, a comprovação de imperícia, imprudência ou negligência imputáveis aos acusados que conduza à evidência de culpa destes pelos atos viciados, muito menos de dolo, razão pela qual se impõe o afastamento da multa a eles imposta pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal.

9. Recurso Especial de FRANCISCA DAS CHAGAS NOGUEIRA e OUTROS provido, para afastar a penalidade imposta pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, tendo em vista a ausência de elementos empíricos minimamente reveladores da prática de ato configurador de ilícito punível com a aludida sanção. (STJ. REsp 1566221 / DF. Recurso Especial 2014/0289407-2. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 21 nov. 2017. Data de publicação: 06 dez. 2017). (BRASIL, 2017, *online*)

Observe-se pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se adentra no mérito da decisão administrativa, pelo fundamento de que deve ser averiguada a legalidade da multa aplicada, de modo a compreender pela culpa ou dolo.

Se, no caso concreto, não existe a culpa e dolo, o Tribunal de Contas não deveria aplicar a multa, motivo que ensejou na anulação a partir do julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Outro julgamento que se pode analisar é do Supremo Tribunal Federal, onde anulou decisão do Tribunal de Contas por não observar o contraditório e a

ampla defesa de sua decisão:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO IMPETRANTE E ACOLHIMENTO, EM PARTE, DOS EMBARGOS DA UNIÃO.

1. Ausência de omissão, contradição e obscuridade quanto à alegada necessidade de esclarecimento sobre a extensão da ordem concedida, porquanto o acórdão impugnado, ao conceder a segurança, expressamente anulou o acórdão do Tribunal de Contas da União que negou registro ao ato de aposentadoria, sem impedir que novo julgamento seja realizado, com obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa. 2. O termo inicial do prazo de cinco anos, após o qual será obrigatória a instauração de procedimento com ampla defesa e contraditório do ex-servidor junto ao Tribunal de Contas da União, para efeito de registro de aposentadoria, é a data de recebimento, pelo TCU, do ato concessivo de aposentadoria. Embargos de declaração da União acolhidos, portanto, para substituição da expressão “a contar da aposentadoria”, constante dos itens 3 e 5 da ementa, por “a contar do recebimento, pelo Tribunal de Contas da União, do ato concessivo de aposentadoria”, em razão de contradição com o conteúdo decisório do acórdão embargado. 3. Embargos de declaração do impetrante rejeitados. Embargos de declaração da União acolhidos, em parte, sem efeitos infringentes.

No caso, houve um vício formal na decisão do

Tribunal de Contas, pois, ficou constatado que não houve observância do contraditório e ampla defesa do ato de registro de aposentadoria.

Assim, percebe-se que tanto no aspecto material, quanto formal, existem o controle judicial pelo Poder Judiciário em face do Tribunal de Contas, e por isso, diz-se que o controle efetivamente existe, em observância a garantia prevista pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

## 5 CONCLUSÃO

Como se analisou no presente trabalho, o Tribunal de Contas está disposto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo um órgão que consiste em fiscalizar através de atribuições contábeis, financeira, orçamentária etc., a Administração Pública em geral.

Inclusive, o Tribunal de Contas auxilia o Congresso Nacional a verificar as contas do Poder Executivo. Trata-se, portanto, de um órgão independente e com atribuições previstas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), tendo natureza técnica-administrativa.

De tal modo, viu-se também que o Tribunal de Contas é o órgão responsável pela análise dos gastos públicos, cuja ação fiscalizadora denomina-se controle externo.

Já a natureza jurídica do Tribunal de Contas se situa no âmbito de órgão autônomo, ou seja, não pertencente a nenhum dos Três Poderes da República. Embora possua uma estrita vinculação ao Poder Legislativo, tem caráter apenas de auxiliar na fiscalização do Poder Executivo ou de outro poder na qual possua competência de fiscalizar, permitindo que emita parecer sobre as contas apresentadas. (PRATES, 2017).

Aliás, no que consiste especificamente às decisões do Tribunal de Contas, se destaca por ser um órgão

julgador e também um órgão auxiliar. Daí, pode-se dizer que o controle judicial se situa na possibilidade de o Poder Judiciário rever ou anular atos eivados de ilegalidade originados das decisões do Tribunal de Contas.

Revela esta possibilidade as mais variadas jurisprudências colacionadas neste trabalho, onde verificou que as questões formais e materiais podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Ademais, constatou-se no último capítulo, no tópico caso concreto, que o Superior Tribunal de Justiça vai além, pois, faz o controle de mérito das decisões do Tribunal de Contas em seu ângulo interpretativo, onde revoga a multa aplicada por não existir a culpa e dolo.

Destarte, constata-se através deste estudo que o controle do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário existe, e poderá ser feita sempre que suas decisões estiverem em desacordo com a ilegalidade, ou se existir vícios no procedimento.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. Agravo de Instrumento nº. 4002652-75.2016.8.04.0000. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo César Caminha e Lima. In: TJAM, 2016. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=2749153&cdForo=0>>. Acesso em: 11 out. 2018.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. Mandado de Segurança nº. 4000378-70.2018.8.04.0000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Desembargador Wellington José de Araújo. In: TJAM, 2018. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=F9E6DB0BB27DB3554B06E75A89DDA628.c>>

jsg3>. Acesso em: 11 out. 2018.

BALTAR, Petrov. Dos Limites do Poder Judiciário na Revisão de Acórdãos do TCU. In: **Ebeji**, 2014. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/dos-limites-do-poder-judiciario-na-revisao-de-acordaos-do-tcu/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BARRETO, Wagner da Silva. Tribunais de contas: conceito, funções, competências, histórico, natureza jurídica e acórdão do TCU em anexo. In: **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17384](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17384)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BATISTA, Pollyana. O que é e qual a função do Tribunal de Contas da União. In: **Estudo Prático**, 2018. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-e-qual-a-funcao-do-tribunal-de-contas-da-uniao/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BEZERRA FILHO, Aluizio. A judicialização das decisões dos Tribunais de Contas. In: **Meu Site Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/05/22/judicializacao-das-decisoes-dos-tribunais-de-contas/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Congresso vai decidir sobre contas de Dilma rejeitadas pelo TCU. In: **Câmara dos Deputados**, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/497803-CONGRESSO-VAI-DECIDIR-SOBRE-CONTAS-DE-DILMA-REJEITADAS-PELO-TCU.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 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: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Palácio do Planalto**, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1566221 / DF. Recurso Especial 2014/0289407-2. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. In: **STJ**, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CONTROLE+JUDICIAL+DO+TRIBUNAL+DE+CONTAS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 472399 / AL. Recurso Especial 2001/0193562-0. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator José Delgado. In: **STJ**, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=472399&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº. 777.502/RS-AgR. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. In: **STF**, 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28777502%2ENUME%2E+OU+777502%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybczth2z>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal. Ministro Relator Gilmar Mendes. In: **STF**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo MS 23452 RJ. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. In: **Jus Brasil**, 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/manda-do-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 609.184/RS-AgR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. In: **STF**, 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28609184%2ENUME%2E+OU+609184%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybfltvam>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº. 695.185 / RJ. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Relatora Ministra Cármen Lúcia. In: **STF**, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprud>

[encia.asp?s1=%28695185%2ENUME%2E+OU+695185%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yctv7z6c](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28695185%2ENUME%2E+OU+695185%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yctv7z6c)>.

Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Autonomia e Vinculação. In: **TCU**, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/autonomia-e-vinculacao.htm>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Número do Acórdão 2135/2018. Processo 013.384/2017-1. Órgão Julgador: Plenário. Relator Benjamin Zymler. In: **TCU**, 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/contas%2520p%25C3%25BAblicas%2520administrador/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Número do Acórdão: 2155/2018. Processo 012.191/2018-3. Órgão Julgador: Plenário. Relator Weder de Oliveira. In: **TCU**, 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/contas%2520p%25C3%25BAblicas%2520administrador/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª

Região. Agravo de Instrumento nº.: 0068002-03.2013.4.01.0000/DF. Órgão Julgador: Sétima Turma. Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado. In: **TRF1**, 2015. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/297753971/agravo-de-instrumento-ai-680020320134010000-0068002-0320134010000/relatorio-e-voto-297753992?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. In: **Senado Federal**, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/483/r142-15.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

GASPARAINI, Diógenes. **Curso de Direito Administrativo e Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUIMARÃES, Rodrigo Leventi. A harmonia dos três poderes e a composição do Supremo Tribunal Federal através do Sistema de Freios. In: **Migalhas**, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8267,31047-A+harmonia+dos+tres+poderes+e+a+composicao+do+Supremo+Tribunal>>. Acesso em: 28 set. 2018.

LOPES FILHO, Alexandre Pacheco. O controle judicial das decisões dos tribunais de contas. In: **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11075](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11075)>. Acesso em: 11 out. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. In: **ALMG**, 1989. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível/Rem Necessária 1.0271.07.106767-9/001 1067679-82.2007.8.13.0271 (1). Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator Desembargador Carlos Levenhagen. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=47&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=control%20judicial%20ato%20administrativo%20ilegal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.16.010272-9/002 0102729-55.2016.8.13.0439 (1). Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator Desembargador Adriano de Mesquita Carneiro. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=47&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=control%20judicial%20ato%20administrativo%20ilegal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10024101155703002 MG. Órgão

Julgador: 7ª Câmara Cível. Relator Desembargador Wander Marotta. In: **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120489575/apelacao-civel-ac=10024101155703002-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 11112 MG 2000.38.00.011112-7. Órgão julgador: Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Cândido Ribeiro. In: **TRF1**, 2004. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2250274/apelacao-civel-ac-11112-mg-20003800011112-7>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PEREIRA, Luciana. Métodos de controle de legalidade da administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11027&revista\\_caderno=4#\\_ftnr ef9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11027&revista_caderno=4#_ftnr ef9)>. Acesso em: 28 set. 2018.

PRATES, Arlito Lucas Mendes. Natureza jurídica das decisões dos tribunais de contas e seus reflexos. In: **Migalhas**, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261719,51045-Natureza+juridica+das+decisoes+dos+tribunais+de+contas+e+seus+reflexos>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AC 340934 RJ 2000.51.01.016320-5. Órgão Julgador: Oitava Turma Especializada. Relator Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. In: **TRF2**, 2007. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1187667/apelacao-civel-ac-340934>>. Acesso em: 10 out. 2018.

ac-340934>. Acesso em: 10 out. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº. 2002.04.01.019240-0 / SC. Órgão Julgador: Terceira Turma. In: **TRF4**, 2002. Disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 11 out. 2018.

SILVA, Daniel Cavalcante. "Checks and balances" e conflitos políticos. In: **Jus**, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19065/checks-and-balances-e-conflitos-politicos>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SILVA, José Antonio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Três Poderes. In: **Brasil Escola**, 2017. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/politica/tres-poderes.htm>>. Acesso em: 28 set. 2018.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ISBN: 978-85-434-1589-5

