



**REVISTA DE  
DIREITO  
BRASILEIRA**

*BRAZILIAN JOURNAL OF LAW*

*Ano 4 • vol.7 • jan-abril/ 2014*

*Quadrimestral - Florianópolis/SC*

[www.rdb.org.br](http://www.rdb.org.br)





**REVISTA DE  
DIREITO  
BRASILEIRA**

*BRAZILIAN JOURNAL OF LAW*

Ano 4 • vol.7 • jan-abril/ 2014

Quadrimestral – Florianópolis/SC

www.rdb.org.br

***Coordenação e Editor/Coordination and Publisher***

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

***Coordenadores-adjuntos/Assistant coordinators***

Adriana Silva Maillart – UNINOVE/SP/BRASIL

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – UNINOVE/SP/BRASIL

***Comitê de Política Editorial/Editorial Policy Committee***

Raymundo Juliano Feitosa – CONPEDI

José Alcebiades de Oliveira Junior – CONPEDI

João Marcelo de Lima Assafim – CONPEDI

Julia Maurmann Ximenes – CONPEDI

Felipe Chiarello de Souza Pinto – CONPEDI

Gilmar Ferreira Mendes– (IDP, Brasília/DF- BRASIL)

Paulo Gustavo Gonet Branco – (IDP, Brasília/DF- BRASIL)

Aires José Rover – (UFSC- Florianopolis/SC- BRASIL)

Orides Mezzaroba – (UFSC- Florianopolis/SC- BRASIL)

Lilia Malia Morais Sales – (UNIFOR- Fortaleza/CE- BRASIL)

Gina Vidal Marcílio Pompeu – (UNIFOR- Fortaleza/CE- BRASIL)

***CONSELHO CIENTÍFICO/SCIENTIFIC COUNCIL***

Alcindo Fernandes Gonçalves – UNISANTOS

Alexandre Coutinho Pagliarini – UNIT

Alexandre de Moraes – USP

Alexandre Walmott Borges – UFU

Ana Candida da Cunha Ferraz – UNIFIEO

André Luis Callegari – Unisinos

Ángel Oquendo – University of Connecticut  
Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC  
Antonio Carlos Wolkmer – UFSC  
Antônio de Moura Borges – UCB  
Angelo Schillaci - Università di Roma  
Argemiro Cardoso Martins – UnB  
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – UFRGS  
Carlos Alberto Rohrmann – FDMC  
Carlos Ayres Brito – UFS  
Caroline Proner – Unibrasil  
Celso Antonio Pacheco Fiorillo – FMU  
Celso Hiroshi Iocohama – Unipar  
Daury Cesar Fabríz – FDV  
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo – FDSM  
Eduardo Vera Cruz – Universidade Clássica de Lisboa  
Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB  
Fernando Borges Araujo – Universidade de Lisboa  
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti – UFPE  
Francisco Fernandez Segado – UCM  
Francisco Rezek – UNICEUB  
George Sarmento – UFAL  
Giordano Bruno Soares Roberto – UFMG  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – FADISP  
Hector Fix-Zamudio – Universidade do México  
Ingo Wolfgang Sarlet – PUC-RS  
Ives Gandra da Silva Martins – MACK  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – UFPR  
Javier Chinchón Álvarez – UCM  
João Grandino Rodas – USP  
João Luis Nogueira Matias – UFC  
João Marcelo De Lima Assafim – UCAM  
João Maurício Adeodato – UFPE  
João Paulo Fernandes Allain Teixeira – UNICAP  
Jorge Bacelar Gouveia – Universidade Clássica de Lisboa  
Jorge Carlos Fonseca – Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde

Jorge Douglas Price – Universidade de Comahue  
Jorge Miranda – Universidade Clássica de Lisboa  
Jorge Renato dos Reis – UNISC  
José Afonso da Silva – USP  
José Antônio Peres Gediel – UFPR  
José Eduardo Cardoso – PUC  
José Francisco Siqueira Neto – MACKENZI  
José Manoel Arruda Alvim Neto – PUC  
José Sebastião de Oliveira – CESUMAR  
Julia Ximenes IDP  
Jussara Maria Moreno Jacintho – FUFSE  
Kafft Kosta – Faculdade de Direito de Bissau  
Lafayette Pozzoli – FEESR e PUC/SP  
Leandro Martins Zanitelli – UNIRITTER  
Lenio Luiz Streck – UNISINOS  
Leonardo Macedo Poli – PUC  
Luana Pedrosa – UI  
Luis Edson Fachin – UFPR  
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Unesa  
Luís Roberto Barroso – UFRJ  
Luiz Alberto David Araujo – PUC  
Luiz Fux – UFRJ  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho – USP  
Marcio Tomaz Bastos – USP  
Marcelo Cottoni – UFMG  
Marcelo Dias Varella – Uniceub  
Marcelo Galupo – PUC e UFMG  
Marcelo Neves – UNB  
Marcia Carla Pereira Ribeiro – PUC-PR  
Marco Aurelio de Mello – UnB  
Margareth Leister – UNIFIEO  
Margarida Lacombe Camargo – UFRJ  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega – UFG  
Maria de Fátima Ribeiro – Unimar  
María Méndez Rocasolano – Unviversidade Católica de Murcia (UCAM)  
Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Maria Stella Faria de Amorim – UGF  
Maria do Rosario Barbato UFMG Belo horizonte/MG-Brasil  
Markus Kotzur – Universidade de Leipzig  
Marlene Kempfer Basoli – UEL  
Menelick de Carvalho Neto – UNB  
Michel Temer – PUC/São Paulo/ Brasil  
Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis – Unimep  
Monica Herman Salem Caggiano – USP  
Mônica Neves Aguiar da Silva – UFBA  
Nelson Jobim – UFSM  
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho – Unipac  
Pablo Lucas Verdu (*in memorian*) – Universidade Complutense de Madrid (UCM)  
Paulo de Barros Carvalho – PUC-SP e USP  
Paulo Bonavides – UFC  
Paulo César Corrêa Borges – Unesp  
Paulo Ferreira da Cunha – Universidade do Porto  
Paulo Márcio Cruz – Univali  
Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA  
Peter Häberle – Universidade de Bayreuth  
Raffaele De Giorgi – Universidade de Lecce  
Ricardo Hasson Sayeg – PUC/São Paulo/ Brasil  
Robert Alexy – Universidade de Kiel  
Rogério Dutra dos Santos – UFF  
Ronald Dworkin – University College London (*in memorian*)  
Ruth Maria Chittó Gauer – PUC-RS  
Sérgio Augustin – UCS  
Serguei Aily Franco de Camargo – UEA  
Thomas Buergenthal – George Washington Law School (Washington); American University (Washington)  
Valerio de Oliveira Mazzuoli – UFMT  
Valesca Raizer Borges Moschen – UFES  
Vicente de Paulo Barretto – UNESA  
Virgilio Afonso da Silva – USP  
Viviane Séllos – Unicuritiba-  
Willis Santiago Guerra Filho – UNIRIO; PUC  
Zeno Veloso – UFPA

### **MEMBROS NATOS DO CONPEDI**

Vladmir Oliveira da Silveira (2009-2013)  
Marcelo Campos Galuppo (2007-2009)  
Raimundo Juliano Feitosa (2003-2007)  
Leonardo Grecco (2000-2003)  
Jose Ribas Vieira (1997-2000)  
José Alfredo Baracho (1992-1997) (*in memorian*)

### **MEMBROS DA DIRETORIA (GESTÃO 2013/2015)**

#### **Presidente**

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

#### **Vice-presidente Sul**

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - UFRGS

#### **Vice-presidente Sudoeste**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

#### **Vice-presidente Nordeste**

Profa. Dra. Gina Marcílio Vidal Pompeu – UNIFOR

#### **Vice-presidente Norte/Centro**

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

#### **Diretor de Relações Internacionais**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

#### **1º Diretora de Eventos**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr – UNICURITIBA

#### **2º Diretora De Eventos**

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES

#### **Diretor de Relações com a Graduação**

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – UFU

#### **Secretário Executivo**

Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto**

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPM

**Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG; PUC/PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC/SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente**

Mestre Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)



**Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**

[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

Caixa Postal 5107 – Trindade

Florianópolis/SC – CEP 88040-970

Fone: (48) 3334-3077

# REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA

*BRAZILIAN JOURNAL OF LAW*

Ano 4 • vol. 7 • jan-abril/ 2014

Quadrimestral – Florianópolis/SC

[www.rdb.org.br](http://www.rdb.org.br)

## ***Coordenação e Editor/Coordination and Publisher***

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

## ***Coordenadores-adjuntos/Assistant coordinators***

Adriana Silva Maillart – UNINOVE

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug – UNINOVE

## **APOIO**

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARIANA – UFSC

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE

## **Publicação oficial do**

*Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*



ISSN 2237-583X

**REVISTA DE  
DIREITO  
BRASILEIRA**

*BRAZILIAN JOURNAL OF LAW*

Ano 4 • vol.7 • jan-abril/ 2013

Quadrimestral - Florianópolis

[www.rdb.org.br](http://www.rdb.org.br)

***Coordenação e Editor/Coordination and Publisher***

Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE; PUC-SP

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição do CONPEDI

## LINHA EDITORIAL

---

**MISSÃO:** A *Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law* tem como missão precípua fomentar o estudo das questões mais relevantes que envolvem a jurisdição constitucional tanto em âmbito nacional quanto internacional.

**FOCO:** A *Revista de Direito Brasileira – Brazilian Journal of Law* tem interesse na publicação de artigos científicos, jurisprudência comentada, resenhas de obras jurídicas, legislação nacional, estrangeira ou internacional comentada e pareceres. São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, no campo da jurisdição constitucional. São incentivadas a pluralidade de abordagens e perspectivas. Em virtude da amplitude do tema da jurisdição constitucional, a Revista abarca um espectro amplo de subdomínios de conhecimento, perspectivas e questões.

**SUBMISSÃO:** Os trabalhos devem ser encaminhados à Redação pela internet pelo e-mail [revistardb@gmail.com]. Os artigos deverão estar em duas línguas: inglês/espanhol ou inglês/português. Os artigos obedecerão às regras da ABNT e deverão possuir os seguintes requisitos: (a) ser inédito; (b) conter resumo na língua portuguesa ou espanhola e inglesa com no mínimo 100 palavras e no máximo 250 palavras; (c) conter no mínimo 03 palavras-chave e no máximo 5 na língua portuguesa ou espanhola e inglesa (separada por ponto); (d) desenvolvimento e referências; (e) possuir de 15 a 30 laudas no formato Word (A4, posição vertical; Fonte: Times New Roman; Corpo: 12; Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas; Entre linhas: Espaçamento um e meio; Espaçamento simples entre as linhas do resumo em português ou espanhol e inglês; Parágrafo: 1,5 cm; Margem: superior e esquerda – 3 cm; Inferior e direito – 2 cm); (f) as citações devem obedecer às regras da ABNT (NBR10520/2002); (g) as referências devem ser conforme a ABNT (NBR 6023/2002); (h) o sistema de chamada das referências das citações diretas ou/e indiretas pode ser autor-data ou numérico (NBR 10520/2002). As notas de rodapé, se necessárias, devem ser somente explicativas (NBR 6022/2003) e (i) conforme a NBR 6024/2003, os títulos, subtítulos e sub-subtítulos devem ser alinhados à esquerda e conter um texto relacionado com eles;(f) o arquivo contendo o artigo deve ser enviado em formato word..

**INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE:** Os artigos submetidos à publicação na *Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados por outro periódico. Para garantir o ineditismo das publicações

todos artigos aprovados serão registrados no sistema *Digital Object Identifier – DOI*.

**AValiação:** O processo de avaliação de artigos submetidos à Publicação na Revista de Direito Brasileira/ *Brazilian Journal of Law* consiste em duas etapas: uma avaliação preliminar, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da Revista e seu potencial para publicação, e uma avaliação duplo-cega. No sistema *Double Blind Peer Review* o artigo é avaliado por doutores em Direito que desconhecem os autores, assim como estes desconhecem os seus avaliadores. A avaliação ocorre, necessariamente, por no mínimo dois pareceristas *ad hoc* (avaliadores). Todavia caso haja discrepância superior a 3 (três) pontos (avaliação de zero a dez) ocorrerá uma terceira avaliação. Importante destacar, que os avaliadores da RDB são professores de programas de mestrado e doutorado em Direito e foram (e continuarão sendo) indicados pelos coordenadores dos programas de pós-graduação em direito de todo o Brasil. A avaliação dos trabalhos implica na realização de comentários e no oferecimento de sugestões, bem como reavaliações contínuas, no intuito de reunir esforços para com vistas ao aprimoramento dos artigos. O Comitê de Política Editorial pode acrescentar às sugestões dos revisores um aconselhamento editorial, cujo objetivo é adequar o artigo aos padrões da revista.

**PREPARAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO:** Após a aprovação do artigo ele é submetido à edição final e à revisão técnica, ortográfica e gramatical.

**DIREITOS AUTORAIS:** Os direitos patrimoniais dos artigos aceitos para publicação, inclusive de tradução passam a ser de propriedade do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito – CONPEDI. É permitida a citação parcial de artigos publicados, sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A reprodução total de artigos é proibida. Em caso de dúvidas, solicitamos consultar o Comitê de Política Editorial (revistardb@gmail.com).

## **AVALIADORES AD HOC**

---

A redação da *Revista de Direito Brasileira/Brazilian Journal of Law* agradece a todos os avaliadores que gentilmente colocaram sua experiência e seus conhecimentos a serviço da busca da melhoria dos trabalhos acadêmicos publicados.

Aguinaldo Alemar (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Alberto Jorge Correia (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Aduardo de Lima Catão (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Aldacy Rachid Coutinho (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
Adegmar José Ferreira (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Alessandra Marchioni (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Alexandre Belmonte (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Alexandre Moraes da Rosa (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Alexandre Travessoni (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Alexandre Walmart Borges (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Aloízio Gonzada Andrade Araújo (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Altamirando Pereira Da Rocha (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Alvaro Felipe da Rocha (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Álvaro Borges de Oliveira (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE/SP- Brasil)  
Ana Candida da Cunha Ferraz (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)  
Ana Paula Ávila (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Anderson Rosa Vaz (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
André Cordeiro Leal (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Andre Lipp Pinto Basto Lupi (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Andrea Borghi Moreira Jacinto (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
André Leonardo Copetti Santos (URI, Erechim/RS – Brasil)  
Andreas Krell (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Antônio Alberto Machado (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Antônio Gaio (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Antonio Celso Alves Pereira (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Antônio José Avelãs Nunes (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
Arnaldo Bastos Santos Neto (UFG, Goiânia/GO – Brasil)

Arno Wehling (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Aury Celso de Lima Lopes (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Belinda Cunha (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Bethânia de Albuquerque Assy (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Caitlin Sampaio Mulholland (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Camila Barreto (PUC-SP, São Paulo/SP- Brasil)  
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Carlos Eduardo Japiassú (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Carlos José Cordeiro (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Carlos Molinaro (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Caroline Proner (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
César Augusto Fiúza, (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Christian Edward Cyrill Lynch (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Claudia Maria Barbosa (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)  
Claudio Pereira de Souza Neto (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Cleyson Mello (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Cristiano Gomes De Brito (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Cristina Zainaghi (UNINOVE/SP – Brasil)  
Danielle Andrade Moreira (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Danielle Anne Pamplona (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)  
Débora Gozzo (UNIFEO, Osasco/SP – Brasil)  
Denise Fincato (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Edihermes Marques Coelho (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Edinilson Donisete Machado (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Edson Damas da Silveira (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Eduardo Goulart Pimenta (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Egon Bockman Moreira (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
Eid Badr (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Elaine Macedo (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Elena de Carvalho Gomes (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Eliane Maria Octaviano Martins (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Elisabete Maniglia (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Enoque Feitosa (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)

Estefânia Maria De Queiroz Barboza (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Eriberto Francisco Bevilaqua Marin (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Ernesto Pimentel Filho (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Eroulths Cortiano Junior (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
EveraldoTadeu Quilici Gonzalez (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
Fabio Corrêa Souza de Oliveira (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Fábio Carvalho Leite (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Fabio Roberto D’Avila (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Fabricio Macedo Motta (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Fernando Antonio Vasconcelos (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Fernando Fernandes da Silva (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Francisco de Guimaraens (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Flávia Piva Almeida Leite (FMU-SP, São Paulo/SP- Brasil)  
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Frederico Wildson Dantas (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Frederico da Costa Carvalho Neto (UNINOVE/SP- Brasil)  
Frederico De Andrade Gabrich (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Gabriel Ivo (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
George Sarmiento (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Gilberto Marcos Antonio Rodrigues (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Gilberto Passos de Freitas (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Gilberto Sturmer (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Giovani Agostini Saavedra (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Girolamo Domenico Treccani (UFPA, Belem do Para/PA – Brasil)  
Gisele Guimarães Cittadino (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Gustavo Rabay Guerra (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Gustavo Sampaio Teles Ferreira (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Henrique Macedo Hinz (UNIMEP Piracicaba/SP – Brasil)  
Hilário De Oliveira (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Irene Patrícia Nohara (UNINOVE/SP- Brasil)  
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
Jairo José Gênova (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Jete Jane Fiorati (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
João Baptista Villela (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)

João da Cruz Gonçalves Neto (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
João Miguel da Luz Rivero (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
João Ricardo Wanderley Dornelles (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Jorge Luis Mialhe (UNIMEP Piracicaba/SP – Brasil)  
José Antônio Peres Gediel (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
José Augusto Fontoura Costa (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
José Carlos Moreira (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
José Ernesto Pimentel Filho (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
José Eustáquio Romão (UNINOVE/SP- Brasil)  
José Fernando Vidal de Souza (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
José Heder Benatti (UFPA, Belem do Para/PA – Brasil)  
Josemar Sidinei Soares (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
José Maria Rosa Tesheiner (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
José Renato Martins (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
Juarez Estevam Xavier Tavares (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Lafayette Pozzoli (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Larissa Liz Odreski Ramina (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Larissa Pinha de Oliveira (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Lenio Luiz Streck (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Leandro Marins Zanitelli (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Leonardo Isaac Yarochevsky (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Leonardo Nemer Caldeira Brant (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Letícia de Campos Velho Martel (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Lorena de Melo Freitas (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Luciene Dal’ Ri (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Luciano Feldens (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Lúcio Antônio Chamon Jr. (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Luis Henrique Barbante Franze (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Luís Rodolfo de Souza Dantas (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)  
Luiz Alberto Blanche (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)  
Luiz Antônio Soares Hentz (UNESP Franca/SP – Brasil)  
Luis Carlos Balbino Gambogi (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Luiz Carlos Figueira De Melo (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Luiz Carlos Falconi (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)

Manoel Cavalcante (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Manoel Alexandre Belo (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Maitê Cecília Fabbri Moro (UNINOVE/SP- Brasil)  
Marcelo Lamy (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Marcelo Maciel Ramos (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Marcelo Benacchio (UNINOVE/SP- Brasil)  
Márcia Nina Bernardes (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)  
Marciano Seabra de Godoi (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Márcio Alexandre Da Silva Pinto (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Marcio Antonio Teixeira (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Marco Aurélio Nogueira (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Marcos Augusto Maliska (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Marcos Bernardes de Mello (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Marcos Leite Garcia (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Marcos Simão Figueiras (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Maria Áurea Baroni Cecato (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Maria Amália de Figueiredo Alvarenga (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Maria Cecília Máximo Teodoro (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Maria Cristina Carmignani (UNIFIEO, Osasco/SP – Brasil)  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Maria Luiza Machado Granziera (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Maria Nazareth da Penha Vasques Mota (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Maria Tereza Dias (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Mario Furlaneto Neto (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Marisa Rossinholi (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Maurício de Albuquerque Rocha (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Mauricio Mota (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Mirta Gladys Lerena Misailidis (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
Mônica Bonetti Couto (UNINOVE/SP- Brasil)  
Nádia de Araújo (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Nelson Finotti Silva (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Nereu José Giacomolli (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Ney Fayet de Souza (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Nilton Cesar Flores (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Noel Struchiner (PUC-RJ, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)

Norma Sueli Padilha (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (UNIPAC, Juiz de Fora/MG – Brasil)  
Octavio Campos Fischer (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Oswaldo Giacoia Junior (UNIVEM Marília/SP – Brasil)  
Ozorio Jose de Menezes Fonseca (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Paulo César Corrêa Borges (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Paulo Fernando de Britto Feitoza (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Paulo Ricardo Schier (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Paulo Vinicius S. de Souza (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Pedro Henrique Nogueira (UFAL, Maceio/AL – Brasil)  
Pedro Sergio dos Santos (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Rabah Belaidi (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Rafael Iorio (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Raphael Frattari Bonito (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Raquel Cristina Ferraroni Sanches (UNIVEM Marília/SP – Brasil)  
Renata Ribeiro Rolim (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Regina Ruaro (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Ricardo Aronne (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Ricardo Lobo Torres (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Ricardo Stanziola Vieira (UNIVALI, Vale do Itajaí/SC – Brasil)  
Renato Bernardi (UNIVEM,, Marília/SP – Brasil)  
Ricardo Waldman (UNIRITTER, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Richard Paulro Paes Kim (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
Roberto Brocanelli Corona (UNESP, Franca/SP – Brasil)  
Roberto Kant de Lima (UGF, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Rodrigo Almeida Magalhães (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Rodrigo Sanchez Rios (PUC-PR, Curitiba/PR – Brasil)  
Rodrigo Xavier Leonardo (UFPR, Curitiba/PR – Brasil)  
Rodolfo Viana Pereira (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Rômulo Palitot Braga (UFPB, João Pessoa/PB – Brasil)  
Ronaldo Brêtas de C. Dias (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (UNIBRASIL, Curitiba/PR – Brasil)  
Rosemiro Pereira Lea (PUC-MG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Rubens Valtecídes Alves (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Rúbia Carneiro Neves (UFMG, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Rui Décio Martins (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)

Ruy Cardozo de Mello Tucunduva Sobrinho (UNINOVE/SP- Brasil)  
Sandro Nahmias Melo (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches (UNINOVE/SP- Brasil)  
Sergio G. Porto (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Sérgio Mendes Botrel Coutinho (FUMEC, Belo Horizonte/MG – Brasil)  
Shirlei Silmara De Freitas Mello (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Simone Silva Prudêncio (UFU, Uberlândia/MG – Brasil)  
Thadeu Weber (PUC-RS, Porto Alegre/RS – Brasil)  
Thereza Christina Nahas (UNIVEM, Marília/SP – Brasil)  
Valentina Jungmann Cintra (UFG, Goiânia/GO – Brasil)  
Valmir César Pozzetti (UEA, Manaus/AM – Brasil)  
Vanice Lirio do Valle (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Vladimir Garcia Magalhães (UNISANTOS, Santos/SP – Brasil)  
Vicente de Paulo Barretto (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro/RJ – Brasil)  
Victor Hugo Tejerina Velazquez (UNIMEP, Piracicaba/SP – Brasil)  
Wagner Luiz Menezes Lino (UNINOVE/SP- Brasil)  
Yvete Flávio da Costa (UNESP, Franca/SP – Brasil)

## EDITORIAL

---

A *Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal Of Law) – RDB* é uma publicação quadrimestral e oficial do CONPEDI, que visa fomentar o estudo das questões mais relevantes que envolvem a jurisdição constitucional tanto em âmbito nacional quanto estrangeiro. Neste sentido, procura-se estudar os principais temas do Direito Contemporâneo de modo reflexivo e dialético. Objetiva-se criar um campo vasto de discussão e aproximação do Direito interno e internacional, propiciando um intercâmbio de informações e soluções sobre as mais diversas questões jurídicas situadas no âmbito da jurisdição constitucional. Tem como finalidade oferecer aos estudiosos do Direito uma visão atualizada dos principais temas das Cortes Constitucionais, buscando aproximar a teoria da prática.

Para tanto, o periódico traz artigos doutrinários inéditos, nacionais e estrangeiros, sendo 20% dos artigos enviados, a cada edição, por autores convidados de significativo conhecimento do tema, tanto de âmbito nacional quanto internacional. Já os artigos restantes passam necessariamente pelo sistema *Double Blind Peer Review*, em que o artigo é avaliado por Doutores em Direito que desconhecem os autores, assim como estes desconhecem os seus avaliadores. A avaliação ocorre, necessariamente, por no mínimo dois pareceristas *ad hoc* (avaliadores). Todavia, caso haja discrepância superior a três pontos (avaliação de zero a dez), ocorrerá uma terceira avaliação. Importante destacar, que os avaliadores da *RDB* são professores de programas de Mestrado e Doutorado em Direito e foram (e continuarão sendo) indicados pelos coordenadores dos programas de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* de todo o Brasil, reconhecidos pela CAPES/MEC.

Para se evitar o plágio, assim como artigos não inéditos entre outros problemas, mas, principalmente, para garantir a longevidade das publicações e facilitar a sua identificação no meio eletrônico, todos os artigos aprovados serão registrados no sistema *Digital Object Identifier – DOI*.

A *RDB* terá sempre uma versão impressa e outra eletrônica, sendo que na versão *on-line* os artigos estão em duas línguas: inglês/espanhol ou inglês/português. Os artigos obedecerão às regras da ABNT e deverão possuir os seguintes requisitos: (a) ser inédito; (b) conter resumo na língua portuguesa ou espanhola e inglesa com no mínimo 100 palavras e no máximo 250 palavras; (c) conter no mínimo três palavras-chave e no máximo cinco na língua portuguesa ou espanhola e inglesa (separadas por ponto); (d) desenvolvimento e referências; (e) possuir de 15 a 30 laudas no formato Word (A4, posição vertical; fonte: Times New Roman; corpo: 12; alinhamento: justificado, sem separação de sílabas; entre linhas: espaçamento um e meio; espaçamento simples entre as linhas do resumo em português ou espanhol e inglês; parágrafo: 1,5 cm; margem: superior e esquerda – 3 cm; inferior e direito – 2 cm); (f) as citações devem obedecer às regras da ABNT (NBR10520/2002); (g) as referências devem ser conforme a ABNT (NBR 6023/2002); (h) o sistema de chamada das referências das citações diretas ou/e indiretas pode ser autor-data ou numérico (NBR

10520/2002). As notas de rodapé, se necessárias, devem ser somente explicativas (NBR 6022/2003) (i) conforme a NBR 6024/2003, os títulos, subtítulos e sub-subtítulos devem ser alinhados à esquerda e conter um texto relacionado com eles; e j) o arquivo deve ser enviado em formato *word*.

Há que se destacar ainda que em cada edição poderão ser criteriosamente selecionados acórdãos, de inteiro teor, pelos editores e membros do comitê de política editorial, com o máximo de seis meses de publicação e acompanhados de uma resenha do julgado. Poderão constar também de cada edição, resenhas de obras jurídicas, legislação nacional, estrangeira ou internacional comentada e pareceres.

Importante destacar que após intenso trabalho nas primeiras três edições a RDB foi classificada como B1 pela Qualis/CAPES/MEC.

A RDB divide-se em uma Parte Geral, no qual são abordados temas genéricos e relevantes da justiça constitucional, e uma Parte Especial, que versa sobre temas específicos, divulgados por edital em chamadas públicas. Nesta sétima edição, o tema específico escolhido é a “Internacionalização do Direito”.

Ana Zaiczuk Raggio em seu texto analisa a tardia implementação da Defensoria Pública do Paraná e demonstra a existência de limitação na representação política dos interesses da população de baixa renda. Carlos Alberto Alves Ribeiro Filho trata da compatibilidade da sociedade aberta e o Estado Democrático de Direito com a judicialização da política. Ele examina o fato de uma sociedade aberta pressupor o espaço para implementação dos direitos fundamentais. Entretanto, o Estado brasileiro, ante as desigualdades existentes, vê-se frequentemente acionado por seu Judiciário para solução de políticas públicas. Neste caso, ele propõe uma discussão quanto à forma de ser proferida uma decisão judicial e sua compatibilidade com a Constituição.

Ana Claudia Farranha e Conrado Frezza em seu artigo apresentam, por meio de um estudo comparado, uma revisão de regulamentações nacionais e internacionais referentes ao serviço de transporte público de passageiros, tendo em vista a obtenção de parâmetros para o atual modelo de concessão desse serviço no Brasil.

Já Denise Morgado de Oliveira Junqueira trata com acuidade da responsabilidade do Poder Judiciário frente à política de inserção do deficiente no mercado de trabalho, tendo em vista o Direito Constitucional como pano de fundo para a implementação dos direitos sociais. Juliana Campos Sousa e Grasielle Borges Vieira de Carvalho examinam a Lei de violência doméstica e as uniões homoafetivas, com vistas a verificar a necessidade de adequação e efetividade da justiça brasileira à tutela das uniões homoafetivas.

Marcelo de Souza Sampaio e Leonardo Sanches Ferreira estudam a boa-fé objetiva e seu papel marcante, desde a sua aceção como regra social de conduta até sua consolidação como cláusula geral e como vetor da nova ordem contratual, notadamente trazendo para o bojo dos acordos de vontade privatísticos o valor fundante da Constituição Federal de 1988, a saber, o solidarismo ético, a delimitar o exercício regular da autonomia privada, da liberdade negocial e da livre iniciativa.

Edgard Marcelo Rocha Torres e Luiza Diamantino Moura estudam em todos os seus aspectos a verdade, a memória e a justiça no caso “Gomes Lund e outros”: uma análise a partir do conflito entre a sentença da CIDH e a confirmação da lei de anistia pelo Supremo Tribunal Federal. Márcio de Sessa e Mônica Bonetti Couto tratam da adoção de filtros e mecanismos de contenção para os tribunais superiores: a valorização da jurisprudência e a instituição da repercussão geral no direito brasileiro. O objeto de análise do artigo é a Repercussão Geral, cujo resultado, apesar dos esforços teóricos, expõe a (ainda) limitada utilização do filtro e a equivocada exposição dos dados que o justificariam publicamente.

Waldimeiry Corrêa da Silva examina com propriedade o Tráfico Humano e os desarranjos na proteção dos Direitos Humanos, precipuamente no tocante às confusões conceituais entre tráfico de pessoas e contrabando de pessoas. Ela leva a efeito uma análise dos Direitos Humanos relacionados ao Tráfico de humano através dos conceitos do Tráfico de Pessoas (TP), e do contrabando de imigrantes, objetivando examinar as confusões conceituais dentro dos fluxos migratórios e as tensões para os direitos humanos derivadas da falta de clareza conceitual entre o TP e o contrabando de imigrantes. De um lado temos uma violação massiva de Direitos Humanos – que ocorre no processo do TP inseridos nos processos migratórios-.

Na Parte Especial da Revista, Pedro Paulo Corino da Fonseca estuda com profundidade as ponderações ético-jurídicas da nova tese da suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal.

Lucélia Aparecida de Sousa Lima, por sua vez, investiga a efetividade da internacionalização dos direitos humanos, em mundo globalizado, na medida em que estes direitos já existiam, embora nem sempre fossem considerados, em razão dos óbices no que concerne a relativização da soberania de cada Estado, no entanto, na contemporaneidade a concretização dos direitos inerentes ao homem que tem ganhado forças paulatinamente, muitas vezes provocando modificações nas Constituições em razão do receio de represálias dos Tribunais e Organizações Internacionais, tendo como escopo as mudanças que internacionalização dos direitos humanos na América Latina. Marco Olivetti aborda em seu artigo o dilema do prisioneiro, elaborando uma reflexão crítica sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos humanos. Ricardo Gueiros Bernardes Dias e João Guilherme Gualberto Torres, por sua vez, levam a efeito uma análise crítica da jurisprudência da Suprema Corte, enfrentando o tema da recepção normativa interna dos tratados internacionais versados em direitos humanos.

Por fim, gostaríamos de agradecer a todos os autores que colaboraram nesta sétima edição, bem como aos pareceristas que levaram a efeito a criteriosa avaliação dos artigos.

A todos desejamos uma excelente leitura!

Vladmir Oliveira da Silveira  
Coordenador

## SUMÁRIO

EDITORIAL .....	20
-----------------	----

**PARTE GERAL**  
**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

<b>1. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ .....</b>	<b>35</b>
Recebido em: 15.10.2013 Aprovado em: 04.01.2014	

**Ana Zaiczuk Raggio**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Estagiária de Pós-Graduação em Direito no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos – Área de Direitos Constitucionais – do Ministério Público do Paraná.

E-mail: [anazraggio@gmail.com](mailto:anazraggio@gmail.com)

<b>2. A COMPATIBILIDADE DA SOCIEDADE ABERTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....</b>	<b>61</b>
Recebido em: 02.11.2013 Aprovado em: 15.01.2014	

**Carlos Alberto Alves Ribeiro Filho**

Advogado; Pós-graduação em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários); Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais – FDV (Faculdade de Direito de Vitória).

E-mail: [carlosalribeirofi@hotmail.com](mailto:carlosalribeirofi@hotmail.com)

<b>3. REGULAMENTAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS DO TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS .....</b>	<b>81</b>
Recebido em: 25.03.2013 Aprovado em: 10.08.2013	

**Ana Claudia Farranha**

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora adjunta da Universidade de Brasília/UnB. Pesquisadora do Centro Interdisciplinar de Estudos do Transporte (CFTRU/UnB). Professora Programa de Pós Graduação em Transporte da UnB - PPGT/UnB e professora Mestrado Profissional em Gestão Pública (UnB/FUP).

E-mail: [anclaud@uol.com.br](mailto:anclaud@uol.com.br)

***Conrado Frezza***

Mestrando em Transportes pela Universidade de Brasília - UnB. Graduado em Direito e em Relações Internacionais. É advogado (OAB/DF nº 33.761) e pesquisador do Centro de Pesquisa em Transportes da Universidade de Brasília – CEFTRU/UnB.

E-mail: [conradodasilveira@gmail.com](mailto:conradodasilveira@gmail.com)

**4. A RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À POLÍTICA DE INSERÇÃO DO DEFICIENTE NO MERCADO DE TRABALHO: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PANO DE FUNDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ..... 99**

Recebido em: 22.10.2013 Aprovado em: 21.01.2014

***Denise Morgado de Oliveira Junqueira***

Mestranda em Direito Constitucional pelo Minter – ITE/CIESA. Pós-graduada em Direito do Trabalho.

E-mail: [denise.m.junqueira@gmail.com](mailto:denise.m.junqueira@gmail.com)

**5. A LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS: ADEQUAÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA BRASILEIRA ..... 119**

Recebido em: 21.10.2013 Aprovado em: 15.12.2013

***Juliana Campos Sousa***

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Tiradentes/Se.

E-mail: [juli\\_camposousa@hotmail.com](mailto:juli_camposousa@hotmail.com)

***Grasielle Borges Vieira de Carvalho***

Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professora e Pesquisadora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes/Se, nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia. Líder do Grupo de Pesquisa do Diretório de Pesquisa do Cnpq de Execução Penal. Advogada.

E-mail: [grasielle\\_vieira@yahoo.com.br](mailto:grasielle_vieira@yahoo.com.br)

**6. SOLIDARISMO ÉTICO E LIBERDADE NEGOCIAL: A LIVRE INICIATIVA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ..... 149**

Recebido em: 29.09.2013 Aprovado em: 04.11.2013

***Marcelo De Souza Sampaio***

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual pela Universidade Tuiuti

do Paraná. Professor na FANEESP.

E-mail: [pachoctba1@gmail.com](mailto:pachoctba1@gmail.com)

***Leonardo Sanches Ferreira***

Bolsista do CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa “Cidadania Empresarial”, liderado pela Prof. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, registrado no CNPq. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: [sanchesf.leonardo@gmail.com](mailto:sanchesf.leonardo@gmail.com)

- 7. VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA NO CASO “GOMES LUND E OUTROS”:** UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONFLITO ENTRE A SENTENÇA DA CIDH E A CONFIRMAÇÃO DA LEI DE ANISTIA PELO STF ..... 173  
 Recebido em: 19.02.2013 Aprovado em: 06.08.2013

***Edgard Marcelo Rocha Torres***

Mestrando em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

E-mail: [edgardmarcelo@gmail.com](mailto:edgardmarcelo@gmail.com)

***Luiza Diamantino Moura***

Mestranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

E-mail: [luiza.diamantino@gmail.com](mailto:luiza.diamantino@gmail.com)

- 8. A ADOÇÃO DE FILTROS E MECANISMOS DE CONTENÇÃO PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES:** A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A INSTITUIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO ..... 199  
 Recebido em: 10.08.2013 Aprovado em: 20.12.2013

***Márcio de Sessa***

Mestrando UNINOVE. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”.

E-mail: [marciosessa@gmail.com](mailto:marciosessa@gmail.com)

***Mônica Bonetti Couto***

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

E-mail: [monicabonetticouto@yahoo.com.br](mailto:monicabonetticouto@yahoo.com.br)

- 9. TRÁFICO HUMANO E DESARRANJOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: CONFUSÕES CONCEITUAIS ENTRE TRÁFICO DE PESSOAS E CONTRABANDO DE PESSOAS ..... 225**  
 Recebido em: 25.02.2013 Aprovado em: 14.06.2013

***Waldimeiry Corrêa da Silva***

Doutora em Direito Internacional Público e Relações Internacionais pela Universidade de Sevilla. Professora do Programa de pós-graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da Universidade Tiradentes/SE. .  
 E-mail: **m\_sevilla7@yahoo.es**

**PARTE ESPECIAL  
 INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

- 1. PONDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS DA NOVA TESE DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF ..... 247**  
 Recebido em: 20.09.2013 Aprovado em: 07.12.2013

***Pedro Paulo Corino da Fonseca***

Mestre e doutorando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Direito Empresarial. Advogado.  
 E-mail: **pedrocorino@gmail.com**

- 2. A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE: IMPACTOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO ..... 261**  
 Recebido em: 25.10.2013 Aprovado em: 25.01.2013

***Lucélia Aparecida de Sousa Lima***

Mestranda bolsista da CAPES/PROSUP pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Osasco-UNIFIEO. Bacharel em direito pela universidade Cidade de São Paulo. Advogada. Pós-graduada em direito constitucional com ênfase em direitos humanos e em docência no ensino superior pela Universidade Nove de Julho.  
 E-mail: **lucelialima@adv.oabsp.org.br**

- 3. EL DILEMA DEL PRISONERO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHO DE VOTO DE LOS CONDENADOS ..... 273**

***Marco Olivetti***

Professore ordinario di diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia (Italia). E' autore di circa 200 saggi su riviste giuridiche italiane e internazionali e delle monografie "La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano" (Giuffrè, Milano, 1996), "Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni" (Il Mulino, Bologna, 2002) e "Messico" (Il Mulino, Bologna, 2013, collana "Si governano così"). Ha coordinato, con Raffaele Bifulco e Alfonso Celotto, il "Commentario alla Costituzione" (Utet, Torino, 2006, 3 volumi). E' stato componente della Commissione per le riforme costituzionali nominata nel 2013 dal governo italiano.

E-mail.: [m.olivetti65@gmail.com](mailto:m.olivetti65@gmail.com)

**4. O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS: NOVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS ..... 309**

Recebido em: 19.11.2013 Aprovado em: 15.12.2013

***Ricardo Gueiros Bernardes Dias***

Doutor em Direito pela UGF/University of California (San Francisco), Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional e Direito/Processo Penal da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Visiting Researcher da University of California.

E-mail: [ricardoeroberta.gueiros@gmail.com](mailto:ricardoeroberta.gueiros@gmail.com)

***João Guilherme Gualberto Torres***

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Monitor da disciplina de Direito Constitucional II na mesma Universidade. Participante do Programa Institucional de Iniciação Científica da UFES (PIIC).

E-mail: [joaggtorres@hotmail.com](mailto:joaggtorres@hotmail.com)

<b>CONTENTS</b> .....	<b>20</b>
-----------------------	-----------

**GENERAL SECTION  
CONSTITUCIONAL JUSTICE**

<b>1. POLITICAL REPRESENTATION AND THE PUBLIC DEFENDER’S OFFICE OF PARANÁ ....</b>	<b>35</b>
<i>Ana Zaiczuk Raggio</i>	
<b>2. COMPATIBILITY OF THE OPEN SOCIETY AND DEMOCRATIC STATE LAW WITH JUDICIALIZATION POLICY .....</b>	<b>61</b>
<i>Carlos Alberto Alves Ribeiro Filho</i>	
<b>3. NATIONAL AND INTERNATIONAL REGULATION OF PUBLIC PASSENGER TRANSPORT ..</b>	<b>81</b>
<i>Ana Claudia Farranha e Conrado Frezza</i>	
<b>4. THE RESPONSIBILITY OF JUDICIAL SECTOR IN THE PROCESS OF INCLUSION OF CHALLENGED PEOPLE IN THE LABOUR MARKET: THE CONSTITUTIONAL LAW AS BACKGROUND OF IMPLEMENTATION FOR SOCIAL RIGHTS .....</b>	<b>99</b>
<i>Denise Morgado de Oliveira Junqueira</i>	
<b>5. THE DOMESTIC VIOLENCE LAW AND HOMOAFETIVAS UNIONS: ADEQUACY AND EFFECTIVENESS OF THE BRAZILIAN JUSTICE .....</b>	<b>119</b>
<i>Juliana Campos Sousa e Grasielle Borges Vieira de Carvalho</i>	
<b>6. SOLIDARISM ETHICAL AND NEGOTIATING FREEDOM: FREE INITIATIVE FROM THE 1988 CONSTITUTION .....</b>	<b>149</b>
<i>Marcelo De Souza Sampaio e Leonardo Sanches Ferreira</i>	
<b>7. TRUTH, MEMORY AND JUSTICE IN THE CASE “GOMES LUND AND OTHERS”: AN ANALYSIS FROM THE CONFLICT BETWEEN THE DECISION OF THE IACHR AND THE CONFIRMATION OF THE AMNESTY LAW BY THE SUPREME COURT .....</b>	<b>173</b>
<i>Edgard Marcelo Rocha Torres e Luiza Diamantino Moura</i>	
<b>8. ADOPTION OF FILTERS AND MECHANISMS OF CONTENTION FOR SUPERIOR COURTS: A VALUATION OF JURISPRUDENCE AND ESTABLISHING THE GENERAL IMPACT ON BRAZILIAN LAW .....</b>	<b>199</b>
<i>Márcio de Sessa e Mônica Bonetti Couto</i>	

<b>9. HUMAN TRAFFICKING AND BREAKDOWNS IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: CONCEPTUAL CONFUSIONS BETWEEN TRAFFICKING IN PERSONS AND SMUGGLING OF PERSONS .....</b>	<b>225</b>
<i>Waldimeiry Corrêa da Silva</i>	

**SPECIAL PART**  
**INTERNATIONALIZATION OF LAW**

<b>1. CAUTIONARY ETHICAL AND LEGAL THEORY OF THE NEW TREATY SUPRALEGALIDADE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS BY STF .....</b>	<b>247</b>
<i>Pedro Paulo Corino da Fonseca</i>	
<b>2. THE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL TREATIES AND CONVENTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE GLOBALIZED SOCIETY: IMPACTS IN CONTEMPORARY .....</b>	<b>261</b>
<i>Lucélia Aparecida de Sousa Lima</i>	
<b>3. THE DILEMMA PRISONER: CRITICAL REFLECTIONS ON THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON VOTING RIGHTS OF THE DAMNED .....</b>	<b>273</b>
<i>Marco Olivetti</i>	
<b>4. THE PROCEDURES REGARDING INCORPORATION OF INTERNATIONAL TREATIES: NEW PERSPECTIVES FROM BRASILIAN SUPREME COURT .....</b>	<b>309</b>
<i>Ricardo Gueiros Bernardes Dias e João Guilherme Gualberto Torres</i>	





**PARTE GERAL**  
*General section*





**JUSTIÇA**  
**CONSTITUCIONAL**  
*Constitucional Justice*



**REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ***Political representation and the public defender's office of Paraná***ANA ZAICZUK RAGGIO**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Estagiária de Pós-Graduação em Direito no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos – Área de Direitos Constitucionais – do Ministério Público do Paraná. E-mail: anazraggio@gmail.com.

RECEBIDO EM: 31.07.2013

APROVADO EM: 04.01.2014

---

**RESUMO**

A Defensoria Pública foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988, com a função de prestar assistência jurídica para população que não possui condições de contratar advogado. O órgão deveria ser estruturado por Lei Complementar de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Entretanto, no Estado do Paraná tal Lei foi sancionada somente em 2011, ou seja, com 23 anos de atraso. Analisando este caso, o presente trabalho pretende demonstrar que a tardia implementação da Defensoria Pública do Paraná está a demonstrar a existência de limitação na representação política dos interesses da população de baixa renda, com base em entrevistas e autores da teoria política.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA. REPRESENTATIVIDADE DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA.

---

**ABSTRACT**

The Public Defender's office was foreseen in the Brazilian legal system by the Constitution of 1988 with the task of providing legal assistance to the population that cannot afford to hire a lawyer. The institution should be structured by law

through the initiative of the Chief of the Executive. However, in the State of Paraná this law was enacted only in 2011, which means with 23 years of delay. Analyzing this case, this paper argues that the late implementation of the Public Defender's office of Paraná demonstrates the existence of limitations on the political representation of the interests of people with low income, based on interviews and authors of political theory.

**KEYWORDS:** PUBLIC DEFENDER'S OFFICE OF PARANÁ. POLITICAL REPRESENTATION. REPRESENTATION OF INTERESTS OF PEOPLE WITH LOW INCOME.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A defensoria pública como expressão dos interesses populares. 2. A implementação da defensoria pública do Paraná. 3. A Demora na implementação da defensoria pública do Paraná como limite de representação política. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O primeiro dispositivo a tratar de participação política na Constituição de 1988 é o parágrafo único do artigo 1º que prevê: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Apesar de dispor expressamente que o poder é de titularidade do povo, sendo a vontade deste a que deveria ser expressada na atuação política dos representantes eleitos, de maneira a formar políticas públicas, bem como o ordenamento jurídico como um todo, entende-se que não é esta a realidade atual.

Os representantes políticos no Brasil são escolhidos em eleições livres por meio do voto universal, direto e secreto. Ou seja, os representantes são formalmente legitimados pelo povo. No entanto, sua atuação não corresponde, acredita-se, aos anseios populares, não estando, se poderia dizer, materialmente legitimados. As políticas públicas e o Direito em si, não servem ao povo em toda a sua extensão.

Há que se ressaltar que uma camada da população tem seus interesses positivados e perseguidos pelos representantes. Entretanto, para outras camadas, acredita-se que esta representação efetiva encontra limitações, primeiramente, de ordem econômica. As classes economicamente mais abastadas parecem possuir maior acesso aos representantes políticos, conquistando a persecução de suas demandas. Acredita-se que um dos motivos principais para este fenômeno seja a possibilidade de financiamento que esta classe oferece.

Este trabalho, portanto, busca demonstrar que os interesses da população de baixa renda se encontram fora do espectro de atuação dos representantes polí-

ticos. Para tanto, irá se tratar da tardia implementação da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Isto pois se entende que a demora para estruturação do órgão está a demonstrar um limite da representação política, visto que é essencialmente destinado à referida população.

A iniciativa para a criação da Defensoria Pública, seja em âmbito federal, como estadual, é do chefe do poder executivo, conforme expressão do artigo 61, § 1º, II, “d”, da Constituição de 1988 e, no caso do Estado do Paraná, do artigo 66, III da Constituição estadual. Destes artigos se extrai que tal iniciativa é privativa e, portanto, apenas Presidente da República e Governador do Estado podem apresentar o projeto de lei ao legislativo para estruturação do órgão.

A fim de aprofundar a presente proposição, realizaram-se 6 entrevistas<sup>1</sup> com pessoas que de alguma forma estiveram ligadas ao processo de implementação da Defensoria Pública do Paraná, com 5 perguntas abertas, semi-estruturadas e qualitativas sobre a perspectiva política que permeou o processo. Com as respostas, pretende-se complementar com dados empíricos da realidade paranaense as teorias sobre representação política.

## 1. A DEFENSORIA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO DOS INTERESSES POPULARES

A Constituição da República de 1988 criou no ordenamento jurídico brasileiro a Defensoria Pública no artigo 134, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, *incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados*, na forma do art. 5º, LXXIV (sem destaque no original).

<sup>1</sup> Foram entrevistadas a Professora assistente de Direito Penal da UFPR e PUC/PR, e advogada criminalista, Priscilla Placha Sá, responsável pela convocação da reunião que deu origem ao movimento “Defensoria Já”; Miguel Gualano de Godoy, Doutorando em Direito e pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) na UFPR, que coordenou o processo de elaboração da Lei Orgânica da Defensoria Pública do Paraná como assessor jurídico da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná; Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Professor titular da graduação e mestrado em Direito da PUC/PR, eminente atuante na área de Direito Socioambiental; Tadeu Veneri, Deputado estadual do Paraná em seu terceiro mandato pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, que buscava a implementação do órgão desde 2002 e que durante o movimento “Defensoria Já” foi o único parlamentar a participar diretamente das articulações políticas; Carlos Enrique Santana, coordenador do Centro de Direitos Humanos de Londrina, coordenador estadual do Movimento Nacional pelos Direitos Humanos e conselheiro do Conselho Municipal de Saúde de Londrina, cuja militância pela Defensoria iniciou no ano 2000; Maria Tereza Uille Gomes, Secretária de Estado da Justiça Cidadania e Direitos Humanos e ex Procuradora-geral de Justiça do Estado do Paraná, que teve papel articulador entre a sociedade civil e o Poder Público.

O artigo 5º, LXXIV determina, por sua vez, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita destinada aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Portanto, a implementação da Defensoria Pública se mostra como expressão dos interesses das camadas menos abastadas, tendo em vista sua função de fornecer amparo jurídico àqueles que não possuem condições de contratar advogado.

Para levar uma demanda ao Poder Judiciário se faz necessário possuir capacidade postulatória. Entretanto a legislação brasileira determina que afora o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme se depreende da leitura dos artigos 127 e 134 da Constituição Federal, apenas o advogado possui esta capacidade de levar os interesses de um cidadão a conhecimento do Judiciário, pelo exposto no artigo 36 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Assim sendo, o cidadão só poderá pleitear em sua própria defesa nas situações trazidas pelo artigo, ou ainda nas exceções legalmente previstas, quais sejam na impetração de *habeas corpus* (artigo 654 do Código de Processo Penal) e nas ações perante o Juizado Especial Cível (artigo 9º da Lei nº 9.099/95) e na Justiça do Trabalho (artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho).

A inexistência de Defensoria Pública, dessa forma, impede o acesso à Justiça daqueles que não possuem condições econômicas de contratar um advogado. O que se mostra como flagrante violação do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais de inafastabilidade do Poder Judiciário, contraditório e ampla defesa e assistência jurídica gratuita, positivados no artigo 5º, incisos XXXV, LV e LXXIV, respectivamente, da Constituição de 1988.

Em um Estado Democrático de Direito, em que a justiça privada é vedada, sendo majoritariamente papel do ente público garantir a solução dos conflitos, alcançar o Poder Judiciário é essencial à cidadania, até mesmo para demandar o próprio poder público incumbido da prestação dos direitos sociais e do respeito aos direitos humanos. Demandas como requisição de fornecimento de remédios para tratamentos continuados ficam desprotegidas, não sendo levadas ao conhecimento dos poderes constituídos, a título de exemplo.

Grande impacto se dá também quando da falta de defesa em processos criminais. Enquanto a acusação é elaborada na maioria dos casos pela forte estrutura do Ministério Público, a população de baixa renda lota as cadeias e penitenciárias por não possuir quem alegue sua inocência e acompanhe a progressão de regime.

Portanto, a ausência de Defensoria Pública causa enormes impactos na não

resolução de conflitos privados, na não garantia de direitos sociais e ainda sobrecarrega o sistema prisional brasileiro, dentre outras implicações.

A legislação brasileira previu, vezes antes, a obrigatoriedade estatal de proporcionar atendimento jurídico àqueles que não possuíam meios para contratar o serviço. Em 1950 foi promulgada a Lei de Assistência Judiciária, Lei nº 1060/50, sendo recebida pela ordem constitucional atual. Esta determina aos “poderes públicos, federal e estadual” o dever de conceder “assistência judiciária aos necessitados”. O parágrafo único do artigo 2º, do mesmo diploma legal, traz o conceito jurídico de necessitados, utilizado até a atualidade.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A Constituição de 88, portanto, avança no momento em que cria no âmbito estatal órgão direcionado unicamente ao atendimento da população em situação de vulnerabilidade econômica, com autonomia funcional e administrativa desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Ou seja, a Constituição dá forma institucional para a previsão da Lei 1060/50.

Dando o primeiro passo para a existência do órgão e cumprindo a determinação do parágrafo 1º do artigo 134, que impõe a organização da Defensoria por Lei Complementar (LC), foi editada a LC 80 de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Ressalta-se o reconhecimento dado por esta Lei quanto à importância do órgão para a garantia do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988.

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, *como expressão e instrumento do regime democrático*, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009, sem grifo no original).

No III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil, do Ministério da Justiça (2009), para fins de análise da situação das Defensorias no Brasil, utiliza-se como parâmetro para determinação do público-alvo do órgão a renda mensal média de até três salários mínimos. Não existe determinação legal delimitando a renda máxima daquele que pode ser atendido pela Defensoria Pública, cada órgão possui sua nor-

mativa interna para delimitação de atendimento, podendo cada caso ser analisado concretamente. No entanto, utiliza-se este parâmetro por possibilitar maior diálogo com os dados levantados pelo IBGE e consequente facilidade de interlocução com outros estudos, conforme IPEA e ANADEP (2013).

Ainda que o limite remuneratório apontado não seja suficiente para constatar a real situação de vulnerabilidade individual, ou mesmo familiar, já abrange uma grande porcentagem da população brasileira, indicando um enorme contingente de potenciais usuários da Defensoria Pública. Das 161.990.266 pessoas de 10 anos ou mais de idade residentes em todo o país, 52,6% possuem rendimento nominal mensal de até 3 salários mínimos (IBGE, 2010).

## **2. A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ**

Apesar da previsão constitucional ser de 1988, apenas em 1994 o Presidente da República pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Itamar Franco, sancionou a LC 80/94 que organizou a Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Território e estabeleceu normas gerais para a organização das Defensorias Estaduais. Ou seja, o primeiro passo em âmbito nacional para implementação do órgão, foi dado somente 5 anos após sua criação pela Constituição de 88.

No Estado do Paraná, o artigo 128 da Constituição Estadual, promulgada em 5 de outubro de 1989, determina a organização do órgão por lei complementar com observância a legislação federal sobre a matéria. No entanto, mesmo com ausência da legislação federal em 1991, nos últimos meses de mandato, o então Governador Álvaro Dias, pelo PMDB, sancionou a Lei Complementar Estadual nº 55 que instituiu a Defensoria Pública do Estado do Paraná.

O artigo 6º da Lei impunha o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que o Executivo encaminhasse à Assembleia Legislativa mensagem sobre a estruturação da carreira de Defensor Público e demais disposições necessárias ao funcionamento do órgão. Seu sucessor, Roberto Requião, do mesmo partido, no entanto, não cumpriu a determinação.

A LC 80/94 é promulgada poucos meses antes de o Governador Roberto Requião deixar o cargo antes do fim de seu mandato, assumindo o Vice-Governador Mário Pereira, também do PMDB. O artigo 142 desta Lei também concedia cento e oitenta dias para que os Estados adaptassem a organização da Defensoria Pública aos preceitos da Lei Complementar, mas o Paraná não atendeu a determinação. Seguiram-se ao governo PMDB dois mandatos de Jaime Lerner, um pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outro pelo Partido da Frente Liberal (PFL).

Em 2003, Roberto Requião assume novamente o Governo do Estado e permanece por dois mandatos subsequentes até 2010 e nenhuma legislação estadual surge para estruturar o órgão. Pouco antes das eleições de 2010, Requião deixa o mandato e o Vice-Governador, Orlando Pessuti, novamente do mesmo partido, apre-

senta à Assembleia Legislativa do Paraná (ALEP) o Projeto de Lei (PL) nº 439/2010, a fim de estruturar a Defensoria Pública.

Porém, o PL não é votado antes do fim das atividades legislativas daquele ano e acaba por ser retirado de pauta no ano seguinte pelo Governador recém-eleito pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Carlos Alberto Richa.

Somente em 19 de maio de 2011 a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná (LC nº 136/11) é sancionada por Richa. Com vinte e três anos de atraso em relação à Constituição da República, vinte anos em relação a Lei Complementar Estadual 55/91 e 17 anos depois da LC 80/94, é organizada a Defensoria Pública do Paraná, sendo o penúltimo Estado da Federação a ter Defensoria, antes apenas do Estado vizinho, Santa Catarina.

Os direitos da população de baixa renda de todo o Estado foram reiteradamente violados e sua defesa improvisada.

Em 2010, 58% da população paranaense com 10 anos ou mais de idade possuía classe de rendimento nominal mensal de até 3 salários mínimo (IBGE, 2010). Dessa forma, nos termos colocados pelo Ministério da Justiça, mais da metade dos cidadãos do Estado se mostravam como potenciais usuários da Defensoria Pública. Ainda assim, os Governadores do Estado, desde a promulgação da Constituição de 1988, limitou-se a proporcionar meios precários para garantir a representação judicial da população paranaense de baixa renda.

No Estado do Paraná, assim como em outros da Federação, a população economicamente carente era atendida pela Procuradoria de Assistência Judiciária, implementada na estrutura da Procuradoria-Geral do Estado, por meio de advogados públicos. Este arranjo não proporcionava a defesa completa dos interesses dos cidadãos, uma vez que não era de interesse do órgão, organizado para realizar a representação judicial do Estado, demandar contra o próprio Estado.

Outra forma, também utilizada em diversos outros Estados, era o convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogados eram nomeados para realização de defesa dativa, que era subsidiada pelo Estado através do pagamento por precatórios. Esta forma se mostrava precária tanto para assistido, que dependia da boa vontade de um magistrado que lhe nomeasse defensor e de um advogado que aceitasse defendê-lo, quanto para advogado, que tinha seus honorários, fixados sempre no mínimo da tabela de honorários da OAB independentemente da complexidade do caso, pagos muito tempo após a atuação em virtude da demora no pagamento de precatórios.

Enfim, uma terceira forma consistia na assistência jurídica por núcleos das Faculdades de Direito do Estado. Uma vez que se apresenta no currículo da graduação em Direito a necessidade de prestação de estágio obrigatório, as faculdades forneciam, e permanecem fazendo, atendimento jurídico gratuito às pessoas sem condições de contratar advogado. Os estudantes, supervisionados por professores, atendem e dão encaminhamento às demandas apresentadas, fazendo defesas e pro-

vocações perante o Poder Judiciário.

Assim como a atuação da Procuradoria de Assistência Judiciária, nas demais alternativas a petição contra o próprio Estado ficava prejudicada.

A demanda de criação da Defensoria era pauta constante dos movimentos sociais do Estado. Houve ainda alguma atuação do Ministério Público do Paraná nesta pauta, por meio de ações civis públicas.

Como estagiária de graduação em Direito pela primeira vez, me deparei com esta realidade em 2009 quando estagiava para a Fundação de Ação Social da Prefeitura de Curitiba na assistência jurídica gratuita de Direito de Família a pessoas carentes na Rua da Cidadania do Carmo, Regional Boqueirão sob a supervisão do Dr. Eduardo Luiz Calza, junto ao CRAS (Centro de Referência de Assistência Social). Prestávamos orientação jurídica com foco no Direito de Família, realizando entrevista, requisição de documentos e elaboração da petição inicial. Em seguida, o caso era encaminhado para a Defensoria Pública do Estado. No entanto, o atendimento era restrito aos residentes em Curitiba, uma vez que a Defensoria não possuía estrutura ou pessoal nem ao menos para o atendimento da capital do Estado, excluindo-se inclusive a região metropolitana.

Os advogados públicos que compunham a Procuradoria de Assistência Judiciária passaram a integrar a Defensoria do Estado criada pela Lei 55/91, mas a pouca estrutura impedia a atuação efetiva, estando longe de alcançar os termos da Constituição da República de 1988.

Ainda em 2009 acompanhei a iniciativa do Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba, Dr. Eduardo Sanz que durante a Semana Acadêmica tentou lançar o movimento pró Defensoria Pública no âmbito da instituição com o evento denominado “Abertura do Movimento para a Instauração da Defensoria Pública do Paraná”. Apesar da vontade de todos de que ocorresse a instauração do órgão, o Movimento desarticulou-se.

Em 2010, como dito, Pessuti encaminha o PL n° 439/2010 à ALEP. No ano seguinte, a retirada deste da pauta de votação aquece os ânimos dos movimentos sociais que haviam enxergado na atuação de Pessuti a possibilidade de regularização do órgão. Ainda assim, O cenário político era promissor, a ex-Procuradora Geral de Justiça, Dra. Maria Tereza Uille Gomes havia sido nomeada Secretária de Estado da Justiça e tinha entre as metas da Secretaria a implementação do órgão.

Neste cenário, Professores da Universidade Federal do Estado do Paraná (UFPR), sob a liderança da Professora Priscilla Placha Sá, convidam todos os interessados para uma reunião de articulação de onde nasce o movimento “Defensoria Já!”, que congregava diversas entidades<sup>2</sup> entorno de um único objeto: uma Defenso-

---

<sup>2</sup> O movimento contou com grande participação de estudantes e professores, tendo ao lado do Diretório Acadêmico Clotário Portugal, entidade de representação dos acadêmicos de Direito do Centro Universitário Curitiba, o Centro Acadêmico Hugo Simas, do curso de Direito da UFPR, assim como o Centro Acadêmico de Ciências Sociais e os professores

ria Pública paranaense livre, autônoma e independente.

Com a pressão social, a elaboração do Projeto de Lei foi conduzida pela Secretaria de Justiça, sob a coordenação do Dr. Miguel Gualano de Godoy, de maneira democrática, possibilitando a participação direta de representantes do movimento e da sociedade como um todo em reuniões, audiências públicas e consultas públicas online. Mesmo com toda a abertura dada, o projeto foi encaminhado à ALEP e aprovado em tempo recorde, sendo sancionado pelo Governador em 19 de maio de 2011, dia Nacional do Defensor Público. O resultado foi tido como a Lei Orgânica mais moderna e completa do país (GODOY, 2012, p. 23).

Conquistada a lei, faltava estruturar o órgão de fato. Em outubro de 2011, dez advogados do Estado que atuavam como Defensores Públicos, que optaram por permanecer na carreira, foram nomeados pelo Governador do Estado, na mesma cerimônia em que tomou posse a primeira Defensora Pública Geral do Estado do Paraná, Dra. Josiane Fruet Lupion (ANADEP, 2011).

A demora em dar início ao concurso para contratação de pessoal trouxe mais uma vez a atuação do movimento “Defensoria Já!”. Somente em agosto de 2012 começaram as provas. Em março de 2013, 54 pessoas selecionadas no concurso foram nomeadas para apoio técnico e administrativo. Das 197 vagas para Defensor Público, 95 candidatos foram aprovados, conforme diário oficial de 16 de maio de 2013, mas até a presente data nenhum foi nomeado. Ou seja, outros 2 anos de espera para a população economicamente carente.

Ainda, há que se salientar outro parâmetro adotado pelo Ministério da Justiça, segundo o qual “a relação recomendável de Defensores Públicos por habitante deve oscilar na faixa aproximada de um defensor público para cada dez mil ou, no máximo, 15 mil que possam ser considerados alvo da Defensoria Pública” (IPEA; ANADEP, 2013). Nesse sentido, se levados em conta os 582 cargos para Defensor Público criados pelo artigo 244 da LC 136/2011, o Paraná fica acima da proporção mínima colocada pelo Ministério da Justiça, com 8.953 potenciais usuários por Defensor, levando em consideração os dados populacionais do Censo 2010.

Contudo, tendo em vista as únicas nomeações de Defensores Públicos, ocorridas em outubro de 2011, a Defensoria Pública do Paraná possui apenas 10 Defensores para atender todo o Estado.

---

daquela Instituição e do Diretório Central dos Estudantes da Universidade Estadual de Londrina. Se fizeram presentes ainda organizações não governamentais do Paraná como a Terra de Direitos e o Instituto de Defesa de Direitos Humanos (IDDEHA), e outras organizações da sociedade civil tais como a Comissão de Direitos Humanos de Londrina, a APP – Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Paraná, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores Públicos Estaduais dos Serviços de Saúde e Previdência do Paraná (SindSaúde), o Programa PróJovem da Vila Torres, a Associação Nacional dos Defensores Públicos Estaduais (ANADEP), a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF), a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Paraná, dentre tantas outras que subscreveram o abaixo-assinado e manifestos publicados.

### **3. A DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ COMO LIMITE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA**

Retomando a noção de contrato social de Rousseau (1999), tem-se que, ao sair da condição primitiva por necessidade, o ser humano passa a viver em comunidade e, para tanto, se submete tacitamente ao pacto social que pode ser resumido em: “cada um de nós põe sua pessoa e poder sobre uma suprema direção da vontade geral e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo”, produzindo um “corpo moral e coletivo” (ROUSSEAU, 1999, p. 36).

O autor traz assim a questão da “vontade geral” e a coloca como a única que pode reger as ações do Estado:

A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que somente a vontade geral pode por si só dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, porque se à oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento de sociedades, a analogia desses mesmos interesses o fez possível. É o que há de comum nesses diferentes interesses que forma o laço social, e se não houvesse algum ponto em que todos os interesses estivessem de acordo, nenhuma cidade poderia existir (ROUSSEAU, 1999, p. 43).

O que fica é a dificuldade de determinar-se o conteúdo da “vontade geral” em uma sociedade complexa como a contemporânea. O autor limita-se a diferenciar vontade de todos, “soma das vontades particulares”, de vontade geral, que “atende só ao interesse comum” (ROUSSEAU, 1999, p. 46). Marcus Abílio Pereira e Ernani Carvalho chegam a constar em sua análise que os diferentes interesses e percepções de mundo trazem “o conflito como componente inerente das relações políticas e sociais” (PEREIRA; CARVALHO, 2008, p. 55).

Para superar a dificuldade de estabelecimento da vontade geral, a Democracia representativa em sua noção hegemônica liberal, predominante na Democracia brasileira, traz normativas eleitorais que fixam procedimentos para a escolha de representantes políticos encarregados de expressar a vontade do povo. Isto significa dizer que, seguindo a concepção moderna de Democracia, entende-se esta forma de governo como organizadora dos procedimentos formais para legitimação dos representantes políticos.

A Democracia, portanto, é tida predominantemente como instrumento político-jurídico para a escolha de representantes políticos. Esse é o conceito trazido por Bobbio:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quan-

do se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos (BOBBIO, 1986 apud PEREIRA, 2008, p. 50).

Junto a Bobbio está Joseph Schumpeter, que, segundo José Álvaro Moisés acreditava

que o ‘método’ democrático serve, essencialmente, para ‘autorizar’ governos através de eleições livres, mas não acreditava que os eleitores, ou seja, ‘as pessoas comuns’ fossem dotadas de suficiente autonomia e de capacidade de discernimento, para atribuir ou retirar legitimidade de qualquer regime político através de suas crenças (MOISÉS, 1995, p. 192).

Como consequência, para o autor as “pessoas comuns” devem ter sua participação política limitada ao voto: “uma vez tendo feito suas escolhas sobre a quem cabe governá-los, elas cessam qualquer outra função política e, até as próximas eleições, delegam as tarefas de produzir as políticas públicas adequadas” (MOISÉS, 1995, p. 193).

Para ambos os autores, a Democracia deve se limitar a garantir eleições periódicas livres, uma vez que a escolha do representante político por esses meios é suficiente para legitimá-lo. Este, por sua vez, deverá perseguir os interesses que entender cabíveis em cada momento.

Entretanto, entre os autores que se dedicam ao tema da Democracia na atualidade tem se entendido pela insuficiência da eleição para concessão de autorização ao representante político, bem como para controle de suas ações. Os motivos dessa corrente são claramente expostos por Bonavides:

Vista pelo divórcio consumado entre a vontade governada – a vontade passiva da cidadania – e a vontade governante, ou seja, a vontade da elite hegemônica, a representação não só perdeu o sentido da identidade (a ficção da paridade volitiva de governantes e governados), dantes postulada de maneira abstrata, mas peremptória, como reconheceu e instituiu de forma efetiva uma dualidade em que, unicamente, a sua esfera de soberania (a vontade privilegiada do representante) se impõe enquanto caudatária do egoísmo dos seus interesses, os quais logram, assim, eficácia, em dano óbvio da cidadania preterida, enfraquecida, menoscabada; a cidadania de que o representante é órgão.

Em face, pois, do malogro das formas representativas clássicas, o espírito democrático de nossa época se inclina para a rejeição do formalismo tra-

dicional, em ordem a desterrar a supremacia liberal do poder, enquanto elemento institucionalizador de privilégios e desequilíbrios de classe (BO-NAVIDES, 2008, pp. 278-279).

Ou seja, para Bonavides a necessidade de se ir além do mero método para concessão da autorização para exercício do poder, que se dá de representado para representante, se justifica pelo flagrante abandono dos interesses dos cidadãos por parte daqueles que estariam imbuídos de persegui-los.

Antes de se aprofundar esta análise, há de se ressaltar que apesar de também se acreditar neste trabalho no divórcio entre a vontade de representantes e representados, se reconhece a Democracia representativa como um avanço dentre as formas anteriores de organização do Estado. A Democracia ressurgiu na modernidade como forma de disputa de poder e combate ao despotismo ( FIELD, 1959, p. 234). Nesse sentido coloca-se Boaventura de Souza Santos:

O capitalismo não é criticável por não ser democrático, mas por não ser suficientemente democrático. Sempre que o princípio do Estado e o princípio do mercado encontraram um *modus vivendi* na democracia representativa, esta significou uma conquista das classes trabalhadoras, mesmo que apresentada socialmente como uma concessão que lhes foi feita pelas classes dominantes. A democracia representativa é, pois, uma positividade e como tal deve ser apropriada pelo campo social da emancipação (SANTOS, 2005, p. 270).

Ainda assim, com intuito de buscar motivos para a não institucionalização, por meio de Lei Complementar, da Defensoria Pública no Estado do Paraná durante longos 23 anos, questionou-se aos entrevistados as razões que acreditavam ter determinado a promulgação da Lei apenas em 2011.

De maior relevância para a presente análise foi o apontamento a respeito da falta de intensa organização popular capaz de representar pressão perante os governantes (VENERI, 2013); a falta de orçamento suficiente para proporcionar uma Defensoria que alcance o Estado todo em igualdade com Ministério Público e Poder Judiciário (SOUZA FILHO, 2013); desinteresse dos governantes pelos direitos da população pobre (SÁ, 2013), podendo ser causada pelo temor em conceder poder a esta classe (SANTANA, 2013), ou mesmo pelo conhecimento de possíveis disputas judiciais entre Defensoria e Estado (VENERI, 2013).

Destaca-se outrossim que o motivo mais citado entre os entrevistados foi “falta de vontade política” (GODOY, 2013; SÁ, 2013; SANTANA, 2013; GOMES, 2013). Ou seja, para 4 dos 6 entrevistados a implementação da Defensoria Pública do Paraná esbarrava no desinteresse dos representantes políticos em conceder a população de baixa renda seu direito a Defensor Público que lhe permitisse o acesso à Justiça.

Nessa esteira, Celso Fernandes Campilongo estuda os fatores que influenciam nas decisões dos representantes políticos. No início de sua obra admite que não se pode falar em congruência entre as vontades de governantes e governados, vez que “o processo representativo é farto em exemplos de que, mais do que as atitudes ou expectativas dos eleitores, outros fatores influem na conduta dos representantes. Dito de outro modo: a relação de representação não se exaure no processo eleitoral” (CAMPILONGO, 1988, p. 13).

Além da congruência, o autor se detém sobre as teorias acerca de *input e output of demand*, elitistas e *policies decisions*, mas acaba por concluir que nenhuma atitude ou interesse dos representados é capaz de assegurar a persecução de seus interesses, para Campilongo “é certo que elementos de outro nível – fundamentalmente de natureza econômica – desempenham função preponderante na definição de políticas públicas” (CAMPILONGO, 1988, p. 22).

Bernard Manin, Adam Przeworski e Susan C. Stokes, partindo do pressuposto de que os governados poderiam contar apenas com as eleições para controlar o desempenho de seus representantes, buscam compreender o que leva os políticos a atuarem de determinadas maneiras. Em primeiro lugar, admitem a possibilidade de um representante perseguir apenas interesses próprios, mas ressaltam que sua busca sempre será por recompensas. Assim, consideram que:

Os políticos tem preferências sobre as políticas públicas se a recompensa de manter-se no cargo ou a probabilidade de se reeleger depende das políticas por eles adotadas. Pode-se pensar em recompensa de manter-se no cargo em três formas: os políticos podem ter políticas favoritas e derivar utilidade de executá-las, podem querer realizar seus interesses pessoais, ou podem obter satisfação da honra de estar no cargo (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 106).

Ainda apontam a relevância da satisfação dos financiadores, uma vez que para se eleger os políticos necessitam de verbas. Assim expõem que “os políticos podem vender aos grupos de interesse políticas que infligem um custo pequeno para cada eleitor – mas com benefícios concentrados nesses grupos de interesse –, e gastar nas eleições os recursos arrecadados em troca” (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 113).

Pode se perceber uma congruência entre todos os autores trazidos no sentido de que determinados interesses são perseguidos pelos representantes quando estes tem como consequência benefícios para eles próprios ou para grupos com forte poder econômico, o que pode esclarecer as motivações para não implementação da Defensoria, visto que esta não se mostra como interesse de grupos de poder econômico. Ao contrário, seria capaz de instrumentalizar a população pobre e, com isso, afetar outros grupos com forte influência política, corroborando o trazido nas entre-

vistas. Ademais, não se mostra como interesse próprio do representante, pois, como indicado pelos entrevistados, instrumentalizaria ações judiciais contra o próprio poder público.

Para além disto, se faz necessário apontar que a questão orçamentária, trazida por um dos entrevistados, pode ser tida como um fator fora do campo de análise dos eleitores que impediria a efetiva avaliação da qualidade das ações dos representantes. Tal questão aparece na teoria política como uma condicionante que barra a avaliação política condizente com as possibilidades. É o que se observa na seguinte passagem: “os eleitores não sabem tudo que precisariam saber, tanto para decidir prospectivamente o que os políticos deveriam fazer, quanto para julgar retrospectivamente se eles fizeram o que deveriam ter feito” (MANIN; PRZEWOR-SKI; STOKES, 2006, p. 106).

Dessa forma, a justificativa da falta de orçamento poderia ser a razão preponderante para o atraso na criação da Defensoria Pública do Paraná nos moldes constitucionais. Entretanto, como se passará a expor adiante, entende-se que a própria decisão orçamentária apresenta interesses conflitantes.

Foram apontados também o desconhecimento por parte dos próprios representantes políticos da necessidade e dever de implementar a Defensoria, bem como a falta de atuação consistente por parte do Ministério Público (GODOY, 2013), da Ordem dos Advogados do Brasil e do Tribunal de Justiça do Paraná (SÁ, 2013) e insensibilidade dos governantes (VENERI, 2013).

A segunda questão buscava compreender o papel da Defensoria Pública para a construção de um Estado de Direito, com intuito de aferir a relevância de sua institucionalização dentro do ordenamento jurídico. Para 4 dos 6 entrevistados, a existência de Defensoria representa um autêntico e legítimo Estado de Direito na medida em que possibilita o acesso à justiça para a população pobre (GOMES, 2013; VENERI, 2013), configurando-se como “instituição essencial ao funcionamento da justiça” (GODOY, 2013) e “como uma procuradora qualificada dos interesses dessa comunidade nas mais diversas áreas que um Estado de Direito precisa apresentar para se configurar como tal” (SÁ, 2013).

Para estes 4 entrevistados, a existência de Defensoria representa o Estado de Direito devido funções atribuídas a ela pela Constituição de 1988, que se traduz na persecução eminentemente jurídica de cada indivíduo que procura assistência do órgão, seja buscando efetivação de direitos individuais, seja garantia dos “direitos sociais de cidadania” para todos (SANTANA, 2013), como destacou outro entrevistado.

Atendo-se a isto, para outro entrevistado

a Defensoria não está lá só para defender um processo justo e adequado para os necessitados, mas para promover justiça, para reduzir as desigualdades, isso está no objetivo institucional da Defensoria – Lei Complemen-

tar de 94, reformada pela 132 de 2009 -, está na Constituição. Ela é mais do que uma instituição promotora do estado de Direito, ela é promotora do Estado Democrático de Direito e a falta dela, com certeza absoluta, deslegitima um Estado Democrático de Direito (SÁ, 2013).

Portanto, para este entrevistado a relevância da Defensoria está na atuação pela busca da justiça social, pela melhor distribuição dos recursos patrimoniais, culturais e de poder, afim de caminhar no sentido da concretização do Estado Democrático de Direito.

Em contraposição, outro entrevistado destacou que, tendo em vista a atuação predominante da Defensoria na defesa de direitos individuais, sua implementação não simboliza o Estado de Direito, acreditando que para se alcançar efetivamente tal ideal são necessárias reformas no Poder Judiciário e no Ministério Público.

Quando nós temos hoje no Brasil um sistema judiciário que não é democrático, um sistema de Ministério Público que também não é democrático, e que tem uma atuação extremamente forte nas decisões e que decide, praticamente sempre, na criminalização dos movimentos sociais, não adianta ter uma Defensoria Pública. Não é que não adianta para nada, não adianta especificamente para o fortalecimento ou não do Estado Democrático de Direito (SOUZA FILHO, 2013).

Há que se colocar que a posição defendida pelos dois últimos entrevistados citados coincidem, apesar de parecerem contraditórias. Ambos acreditam que a Defensoria representa um Estado de Direito na medida em que se dispõe a buscar a concretização dos valores democráticos e da igualdade material. Há que se ressaltar que a atuação em casos individuais também possibilita mudanças para a coletividade, principalmente quando a Defensoria provoca o Supremo Tribunal Federal em casos de repercussão geral. Ainda assim, admitindo que a Defensoria tende a se limitar à tutela dos direitos individuais, defende-se aqui também sua atuação em conjunto com movimentos sociais.

A terceira pergunta, por sua vez, tinha por intuito saber se os entrevistados concordavam, e em qual medida, com a proposição exposta neste trabalho de que a falta de Defensoria Pública no Paraná demonstrava uma falha na representação política. Apenas um dos entrevistados afirmou que não acreditava que a representação política poderia ser medida desta forma. Pode-se compreender de seu posicionamento que a justificativa de falta de orçamento suficiente, em sua opinião, é plausível: “Então a estrutura da Defensoria Pública é uma estrutura tão cara quanto à do Ministério Público e do Poder Judiciário [...] E isso, no longo prazo, acaba inviabilizando o Estado” (SOUZA FILHO, 2013). Ou seja, sua ausência pode parecer uma falha para aqueles que não enxergam determinantes aparentes apenas para aqueles que conhecem o interior da administração pública.

Com a devida licença, há que se contrapor a isto, posto que a destinação de orçamento é também uma decisão política. O artigo 134, §2º da Constituição da República determina que a Defensoria tem iniciativa de sua proposta orçamentária. Esta proposta, conforme artigo 8º da Lei Complementar Estadual 136/11, deverá passar tanto pelo Executivo, quanto Legislativo para ser consolidada. Neste momento se expressa o interesse político e, como se verá abaixo, este dá preferência para o exercício das funções públicas de julgar e acusar, optando por não viabilizar a defesa.

O III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil (Ministério da Justiça, 2009, p. 86) traz a média do orçamento destinado ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria em todo o Brasil:

Com relação ao orçamento executado pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública das unidades da Federação no que diz respeito ao orçamento total do estado, observou-se que em média o Poder Judiciário dos Estados absorve 5,34% dos gastos totais do estado, enquanto que o orçamento do Ministério Público foi de 2,02% do orçamento do Estado e o da Defensoria Pública foi em média de 0,40% do total de gastos pelas unidades da Federação.

Mais uma vez se observa a pouca importância dada à defesa e orientação jurídica às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Disto deriva a diferença de alcance destas instituições em todo o Brasil. O Mapa da Defensoria Pública no Brasil, elaborado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADep, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA, publicado em 13 de maio de 2013, traz uma comparação entre o número de Defensores, de membros do Ministério Público e de Magistrados estaduais em todo o Brasil. Se referindo a todas as Comarcas brasileiras, aponta que:

Na maioria delas (72%), contudo, a população conta apenas com o estado-juiz, o estado-acusação/fiscal da lei, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular (IPEA; ANADep, 2013).

Ou seja, pouco mais de um quarto das Comarcas brasileiras contam com um sistema de justiça em sua completude, que funcione com um magistrado julgador, um membro do Ministério Público acusador e fiscal da lei, e com a garantia de defesa por instituição autônoma e permanente para aqueles que não têm condições de contratar advogado. A prioridade, portanto, se mostra em acusar e julgar, mas não em defender.

Os demais entrevistados concordam com a falta de representatividade po-

pular nas decisões políticas. O maior destaque se dá para o apontamento feito por uma das entrevistadas que aponta que a ausência de Defensoria se deve em razão da política elitista paranaense e do desinteresse dos grupos dominantes em concretizar este direito (SÁ, 2013). Mostra-se imprescindível neste ponto atenção às teorias elitistas e pluralistas que analisam o fenômeno de participação política, bem como as críticas feitas a elas.

Primeiramente, partindo do mesmo pressuposto de Robert Dahl, entende-se “que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais” (DAHL, 2012, p. 25). Assim, a Democracia deve garantir que os interesses dos cidadãos estejam representados nas decisões políticas.

Porém, quando Dahl evolui do dever ser da Democracia, para a análise de seu real desenvolvimento, passa a considerar que apenas algumas minorias exercitam efetivamente o poder político, garantindo a persecução de seus interesses. O autor é adepto da teoria do elitismo democrático, ou pluralismo elitista, a qual possui como traço essencial

a crença de que é possível aceitar a tese fundamental do elitismo clássico, segundo a qual são as minorias que comandam a vida política, e conjugá-la com a defesa da democracia, desde que esse sistema político seja entendido de uma maneira específica (PERISSINOTO, 2009, p. 129).

Para o autor é possível defender a Democracia, admitindo a existência de elites, desde que se compreenda que a Democracia se resume a “um regime de eleições livres e competitivas, no qual diversas elites competem entre si para conquistar o voto dos governados” (PERISSINOTO, 2009, p. 131), retomando o conceito de Joseph Schumpeter. A competição entre as elites seria satisfatória para a conquista da Democracia, uma vez que elites autônomas entre si e perante o Estado podem competir pelo poder político, evitando o despotismo. Ademais, em oposição ao que se pretende defender neste trabalho, para esta corrente

a maior ameaça à democracia não vem das elites, mas, ao contrário, da presença das massas na política. Há, entre os pluralistas, um grande temor em relação ao que avaliam ser o caráter autoritário do homem “médio”. Por essa razão, avaliam ser melhor para a continuidade da democracia a existência de certa apatia da imensa maioria do que seu engajamento direto na vida política (PERISSINOTO, 2009, pp. 129-130).

Esta teoria, assim como as de Schumpeter e Bobbio, embasam a noção liberal de Democracia e justificam a falta de abertura de espaços de participação direta. Dentre as críticas a elas, destaca-se o exposto por Campilongo:

as demandas políticas são mesmo formuladas por um pequeno número de agentes. Porém, há que se registrar que esse realismo está circunscrito ao contexto de sociedades marcadas pela concentração do capital nas mãos da minoria, pela desigualdade de oportunidades sociais e políticas e pela redução do cidadão ao papel de simples consumidor dos produtos políticos. Enfim, esse realismo não se mostra interessado em avaliar as razões da apatia e incapacidade dos eleitores diante das questões políticas nem examina por que os sistemas partidários são de escassa representatividade. O argumento da “apatia das massas” [...] não verifica que um sistema político que prima pelo disfarce das questões e pela ausência de responsabilidade dos representantes para com os representados desestimula a participação popular. A apatia dos eleitores chega a ser vista como benéfica à estabilidade política, e, por isso, é discretamente estimulada pelo sistema. Além disso, as demandas das classes socioeconômicas dotadas de maior capacidade de agregação de interesses, organização e conflito são sempre mais efetivas – o que deságua na apatia dos setores circunstancialmente privados dessa capacidade. O “realismo” dessas posturas repousa na hipótese inverificável de que as capacidades políticas de pessoa mediana numa sociedade de mercado são um dado fixado, ou, pelo menos, com pouca probabilidade de mudar em nossa época (CAMPILONGO, 1988, pp. 20-21).

À vista disso, pode se compreender que o autor assume a existência de elites políticas que dominam os demais, impondo seus interesses. De outra feita, questiona esta teoria como realidade intrínseca e imutável, apontando sua falha em não levar em consideração a conjuntura que leva à apatia das massas. Ou seja, Campilongo não apenas não acredita que as massas devam ser deixadas de fora, mas percebe que seus interesses não estão na pauta política e que isto desestimula sua participação. Considera o autor, ademais, as consequências dessa “apatia” no ordenamento jurídico, quando afirma que “sendo as instituições representativas os mecanismos do sistema político mais vinculados à produção de lei, é natural que a crise da representação tenha reflexos no ordenamento jurídico” (CAMPILONGO, 1988, p. 55).

Ainda sobre as desigualdades de participação no processo democrático, tem-se marcante construção do escrito argentino Atilio A. Boron que afirma a desigualdade social como limitador da Democracia

quando os pobres se transformam em indigentes e os ricos em magnatas, sucumbem a liberdade e a democracia. A primeira não pode sobreviver ali onde uns estejam dispostos a vendê-la “por um prato de lentilhas” e outros disponham da riqueza suficiente para comprá-la a seu bel-prazer (BORON, 2002, p. 13).

Mais além, indicaram os entrevistados que a demora na implementação da Defensoria pode decorrer da política predominantemente clientelista em que o governante proporciona o exercício de direitos como se fossem favores de forma a conquistar crédito perante a sociedade (VENERI, 2103); falta de vontade política e limites da judicialização de políticas públicas<sup>3</sup>; falha pessoal dos representantes políticos, limitações da representação e de sua estrutura que não prevê formas suplementares para a produção da normativa necessária (GODOY, 2013).

A respeito dos favores políticos é necessário trazer um apontamento de Campilongo. Um dos entrevistados colocou que uma das facetas da política que se expunham na ausência de Defensoria Pública é a prática do clientelismo. Campilongo, reconhecendo a falibilidade da representação política, questiona de que forma os procedimentos eleitorais se mantêm e os políticos continuam sendo eleitos. Para o autor uma das formas de garantir continuidade do atual sistema que se encontra altamente incorporada na sociedade é o clientelismo e “toda sorte de favores, benesses e tráfico de influências captados em benefício de indivíduos ou grupos particulares” (CAMPILONGO, 1988, pp. 36-37).

A quarta pergunta visa informações acerca de outra característica da Democracia liberal. Em vistas da compreensão de Democracia como procedimento eleitoral para autorização do governante, o acesso a foros de representação (mandatos, coalizões, conselhos, espaços públicos de manifestação) se mostra limitado. O que se pretendia era saber quanto essas limitações afetam o exercício dos direitos fundamentais, pressupondo a Defensoria como parte destes.

Um dos entrevistados, com intensa atuação em movimentos sociais, relatou experiências em que manifestações na Câmara Municipal de Londrina foram dificultadas<sup>4</sup>, demonstrando a crença dos representantes políticos de que, uma vez eleitos para seus cargos, não necessitam mais conhecer as vontades do povo. A Democracia em sua plenitude exige a inclusividade por meio da participação e a liberalização pela contestação pública. É o que traz Dahl (2012, p. 31) em Poliarquia.

Neste ponto, todos os entrevistados concordam que o limite de acesso prejudica o exercício de direitos fundamentais na medida que: limitam as garantias

<sup>3</sup> “Por mais que a Defensoria, por parte da população, tivesse sido reivindicada, foi alvo de várias ações civis por parte do Ministério Público, essas ações acabavam não tendo êxito, porque no Poder Judiciário ainda tem uma discussão muito séria sobre os limites de discricionariedade do gestor – no caso, limite de discricionariedade do Poder Executivo ou do Governador – que é a questão da judicialização das políticas públicas. Limites de judicialização de políticas públicas”. GOMES, 2013.

<sup>4</sup> “Na Câmara de Vereadores de Londrina, às vezes, você é impedido de ir com uma faixa. A faixa cobrando a Defensoria Pública eles impediram a gente de colocar. Eu disse: ‘Eu vou colocar porque é um direito.’ E aí eu fui com o Defensor Geral lá de Londrina – Dr. Clayton – e falei: ‘O Senhor vai ler a Constituição para eles’. Acabamos fazendo uma fala na Câmara Municipal. Ele leu e falou: ‘Não pode. Ele vai colocar’. Nós precisamos ter o Defensor lá para isso”. SANTANA, 2013.

constitucionais e trazem a impossibilidade de apresentação de demandas por pessoas e movimentos sociais (VENERI, 2013); impedem o acesso aos direitos sociais (GOMES, 2013); os direitos coletivos não conseguem ser efetivamente tutelados pelo judiciário e dependem da cobrança direta aos responsáveis e os movimentos sociais são criminalizados quando na busca pelo reconhecimento de suas demandas (SOUZA FILHO, 2013).

Ainda levantou-se fatores relativos aos Conselhos, como os vícios de representatividade internos e nas disputas eleitorais, o não reconhecimento de seu poder normativo, a estrutura, gestão e orçamento a ele destinado, bem como o despreparo observado nos conselheiros e a desorganização da sociedade civil, na afirmação de que

mesmo os conselhos às vezes não tem maturidade também para compreender não apenas a importância dos Conselhos Estaduais, mas dos Conselhos Municipais, da criação dos fundos, do manejo dos recursos públicos, do controle do orçamento público, discussões de orçamento participativo, como controlar a execução do orçamento. Todo esse contexto de participação popular que se dá através dos conselhos e de diversas outras formas, quando a sociedade não está bem organizada, não se movimenta adequadamente no sentido da construção de políticas públicas, então a gente percebe essa situação (GOMES, 2013).

Portanto, mesmo a abertura existente no Executivo, muitas vezes se mostra sem estrutura adequada da situação de modo a tornar aquela instância capaz de agir em sua plenitude. Ressalta-se, por outro lado, a total ausência de instâncias de participação popular no Legislativo.

Isso inexistente no Poder Legislativo. Esse é um desequilíbrio que é muito fácil de a gente ver. Como a gente exerce controle popular sobre o mandato legislativo? A gente não tem esse controle hoje. A gente não tem nenhuma forma de participação popular obrigatória no mandato legislativo. O poder executivo é obrigado a nomear pessoas para o conselho – o Conselho dos Direitos da Mulher, das Pessoas com Deficiência, do Idoso, Conselho dos Direitos Humanos. A gente não tem um conselho dentro do Poder Legislativo. A gente tem as Comissões, essas Comissões não são abertas ao povo. Em geral, ao contrário, a maioria das Comissões são fechadas. Algumas comissões são abertas. Qualquer pessoa pode ter acesso a elas, escutar as reuniões, solicitar as atas. Mas não permitidas as intervenções populares. [...] Ao contrário, no Poder Legislativo depende da liberalidade do legislador. Se um deputado quiser, ele faz a solicitação de uma audiência pública, se ele quiser, ele promove a divulgação de uma determinada reunião de

uma comissão. Isso, portanto, fica ao critério de escolha do parlamentar, quando muito. Quando ele não tem que submeter esse pedido ao plenário, à mesa diretiva da Assembleia. Isso é muito ruim (GODOY, 2013).

Fica, pois, óbvia a falta de participação da população no processo legislativo de maneira obrigatória, diferente do que ocorre com a institucionalização, por meio de Lei ou Decreto, de instâncias de participação popular no âmbito do Executivo.

Uma das entrevistadas trouxe outra contribuição ressaltando que “nós, infelizmente, vivemos em um país em que talvez nós não tenhamos consciência das possibilidades de representação” (SÁ, 2013). De sua fala retira-se a falta de conhecimento por parte da população de seus direitos e dos espaços onde reivindicá-los.

Relatando sobre a experiência tida com a reação das pessoas quando, pelo movimento *Defensoria Já* foi realizada panfletagem para conscientizar a população acerca de seu direito a Defensoria Pública, afirmou: “A gente via que isso não fazia questão para as pessoas, e, no limite, se não faz questão para quem vota, talvez o Governo [...] também não vai se movimentar” (SÁ, 2013). Enfim, ela salienta que

acho que é a cobra que gira em torno do próprio rabo: eu não demando, o governo não identifica o interesse, ele não faz e eu continuo inerte, como eu não tenho escola, eu não me aproprio do conhecimento, não me emancipo e... vida de gado (SÁ, 2013).

A respeito disso é importante destacar a informação qualificada como um dos pressupostos da Democracia. Apenas pelo conhecimento trazido através da informação para todos é que se pode concretizar a igualdade na participação política e, portanto, a existência de Democracia. Entendimento este corroborado por Fernando Whitaker da Cunha no seguinte trecho:

Temos *eleição*, mas não possuímos *representação*, pelo fato dessa última não refletir, efetivamente, a consciência política do povo, pela fragilidade do binômio votante-votado, num meio inculto e despreparado, para o necessário diálogo entre cidadão e o candidato, que combata as oligarquias, mas que estimule a criação de classes dirigentes desenvolvimentistas, das “elites funcionais” (Hélio Jaguaribe), devidamente preparadas, no povo politizado. “Educar é Governar” já observava o prodigioso Rodolfo Rivara (CUNHA, 1981, p. 48).

Por fim, acerca da capacidade da Defensoria de garantir direitos fundamentais apontaram os entrevistados que ela seria capaz tendo em vista que defende os mais pobres dos pobres, esquecidos por juristas e pelos poderes constituídos (VE-

NERI, 2013); bem como por incluir os 98% dos presos do Estado que não possuem condições de contratar advogados.

Em contrapartida, um dos entrevistados ressaltou que a Defensoria sozinha não é capaz de alterar o quadro de desrespeito aos direitos fundamentais, isto só será possível, em sua opinião, por meio de mobilizações populares que busquem a qualificação da justiça e a verdadeira democracia (SANTANA, 2013).

Outros dois entrevistados condicionam a superação dos limites no exercício dos direitos fundamentais à compreensão pela Defensoria de uma função específica. De acordo com um deles:

Eu vejo a Defensoria sempre como a grande articuladora dos direitos individuais. Ela pode atuar nos direitos coletivos, ela tem competência para fazer isso, mas depende muito da vontade estrutural do órgão; e, mais ainda, do defensor. [...] Então, no fundo a Defensoria acaba sendo uma ponte de chegada da cidadania nas esferas judiciais. Sem garantir que as esferas judiciais funcionem efetivamente – porque elas podem dar decisões contrárias – e sem que esse acesso chegue em última instância a resolver o problema. [...] Então o sistema judicial brasileiro não comporta muito bem, não é feito para resolver os problemas dos pobres. Ele é feito para resolver os problemas dos ricos. Ele é estruturalmente para as classes dominantes. Então a Defensoria é um paliativo, mas ainda não é uma solução. A solução, a meu ver, passa além da criação de uma Defensoria, da reestruturação do sistema judiciário como um todo, e a reestruturação do Ministério Público, obviamente (SOUZA FILHO, 2013).

Para este entrevistado, portanto, a Defensoria só será capaz de alterar a realidade de coisas se o Judiciário e o Ministério Público forem repensados para incluir também em suas atuações os interesses das camadas socialmente excluídas, acima de tudo, se a Defensoria atuar na defesa dos interesses coletivos. Seu posicionamento se baseia na interessante compreensão de que as demandas que exigem reparação de violação perpetrada pelo Estado e a exigência de respeito a direito individual não produzem a alteração nas atividades reiteradas de desrespeito a coletividade. Somente pela demanda coletiva, poderia a Defensoria ser considerada como um avanço para o alcance do Estado Democrático.

Enfim, outro posicionamento parte do pressuposto de que a Defensoria Pública compreende seu papel enquanto defensora dos direitos coletivos em conjunto com movimentos sociais e que, dessa forma, sua atuação evidenciará ainda mais a crise da representação política.

Mais do que isto, este entrevistado, que atuou intensamente nos procedimentos participativos da elaboração do anteprojeto de lei, aponta que a população pode participar das decisões políticas.

Então a Defensoria Pública é uma prova viva de que é possível você estabelecer uma política pública de forma ampla, plural, democrática, com participação popular, com participação daqueles potencialmente afetados por aquela política, que, no caso, era a criação da Defensoria.[...] Por isso, cai por terra esse argumento elitista de que pessoas pobres, sem instrução não podem participar da vida pública, da criação de políticas públicas, por mais técnicas que elas sejam, como é criação, a estruturação de um órgão como a Defensoria Pública (GODOY, 2013).

Ou seja, para ele o próprio processo de criação da Lei Orgânica da Defensoria demonstra que é possível se fazer política pública com participação popular, inclusive daqueles potencialmente atingidos, vez que todos tem condições de contribuir para a construção do Estado. Relata a contribuição que diversas mulheres presentes em uma audiência pública tiveram para a identificação de uma demanda reprimida, que se apresentava como verdadeiro gargalo do sistema judiciário: a necessidade de criação de um Núcleo para realização de investigação de paternidade.

## CONCLUSÃO

Apoiando-se nos teóricos políticos apresentados e nas entrevistas realizadas, percebeu-se o consenso quanto a existência de falha de representação dos interesses dos governados pelos governantes, mormente dos interesses da população de baixa renda, confirmando a afirmação primeira trazida no presente trabalho.

Nessa esteira, a demora na implementação da Defensoria Pública do Paraná se deve, pelo que se pode extrair do exposto, à busca dos representantes políticos em alcançar vantagens para eles próprios ou aos grupos que os financiam. A ausência do órgão ainda se mostra como interesse privado não apenas dos representantes políticos, como dos demais órgãos envolvidos no sistema de justiça, conforme trazido em uma das entrevistas que apontou a pouca intervenção por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil neste processo.

Ressalta-se a contribuição de um dos entrevistados no sentido de que o desconhecimento por parte tanto de representantes, como de representados da necessidade de criação da Defensoria Pública teria influenciado tão longa espera. Uma das entrevistadas corrobora esta afirmação colocando que a população, desconhecendo seus direitos, não se mobiliza e, assim, não cobra daquele representante, eleito por meio de seu voto, a institucionalização de tal órgão essencial ao exercício da cidadania. Nessa mesma medida, investir na Defensoria não aparece para o governante como possível fonte de capital político, prolongando o descumprimento do mandamento constitucional.

Tem-se aqui a imprescindibilidade da informação e educação de qualidade para a existência de uma Democracia real, como descrito por Cunha e Dahl.

A questão mais relevante dentre todas, para esta análise, está na compreensão exposta por Campilongo que, reconhecendo as noções elitistas e pluralistas da política, enfatiza que a detenção do poder político por uma minoria não pode ser entendida como fato imutável, mas como decorrente da imensa desigualdade social e do reiterado atendimento aos interesses daqueles com maior poder econômico, em detrimento do restante da sociedade.

Campilongo aponta que as teorias pluralistas e elitistas se furtam à análise das razões por detrás da apatia das massas. Estas teorias inclusive exaltam a apatia como necessária para o melhor funcionamento do sistema político. Entretanto, para o autor, é exatamente a falta de persecução dos interesses da população de baixa renda, em especial, que desestimula a participação deste segmento nas decisões políticas. Afora isto, coloca que a desigualdade de poder é característica das Democracias em sociedades marcadas pela intensa desigualdade social.

Por fim, destaca-se que a dificuldade de acesso aos espaços de tomada de decisão impede a cobrança por parte daqueles conscientes de seus direitos. A Democracia predominantemente indireta deixa o cidadão à mercê da vontade de seu representante político, não lhe sendo permitida a intervenção direta nas construções de interesse coletivo.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de abertura da Democracia, complementando-se a representação com a participação direta do povo, consagrando o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico criado pela Constituição da República de 1988, qual seja a soberania popular. Fica a missão de construir formas de compartilhar o poder normativo e viabilizar maneiras para o exercício e fortalecimento do controle social de mandatos políticos no Legislativo e Executivo.

## REFERÊNCIAS

ANADEP. Governador do Paraná dá posse aos 10 primeiros Defensores Públicos. DF: 2011. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=12793>. Acessado em: 13.04.2013.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORON, Atilio A. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. Tradução de Emir Sader. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Representação política e poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Celso Mauro

- Paciornik. 1. ed. 2. reimpr. São paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.
- FIELD, G. C. *Teoria Política*. Rio de Laneiro: Zahar Editôres, 1959.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Entrevista concedida a Ana Zaiczuk Raggio*. Curitiba, 21 mar. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Lei orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná anotada: lei complementar estadual 136, de 19 de maio de 2011*. Curitiba: Juruá, 2012.
- IBGE. Censo 2010. 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_da\\_populacao/caracteristicas\\_da\\_populacao\\_tab\\_pdf.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/caracteristicas_da_populacao_tab_pdf.shtm). Acessado em: 13.04.2013.
- IPEA. ANADEP. Mapa da Defensoria no Brasil. Brasília: 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>. Acessado em: 30.04.2013.
- MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, pp. 105-138, 2006.
- MIOSÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia – bases sócio-políticas da legitimidade democrática*. São Paulo: Ática, 1995.
- PEREIRA, Marcus Abílio; CARVALHO, Ernani. Boaventura de Sousa Santos: por uma nova gramática do político e do social. *Lua Nova*, São Paulo, n 73, p. 45-58, 2008.
- PERISSINOTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: Ibpx, 2009.
- ROUSSEAU, Jena-Jacques. *O Contrato Social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio P. Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- SÁ, Priscilla Placha. *Entrevista concedida a Ana Zaiczuk Raggio*. Curitiba, 20 mar. 2013.
- SANTANA. Carlos Enrique. *Entrevista concedida a Ana Zaiczuk Raggio*. Curitiba, 1 abr. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Entrevista concedida a Ana Zaiczuk Raggio*. Curitiba, 25 mar. 2013.
- VENERI. Tadeu. *Entrevista concedida a Ana Zaiczuk Raggio*. Curitiba, 27 mar. 2013.



**A COMPATIBILIDADE DA SOCIEDADE ABERTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

*Compatibility of the open society and democratic state law with judicialization policy*

**CARLOS ALBERTO ALVES RIBEIRO FILHO**

Advogado; pós-graduação em Direito Tributário pelo IBET (Instituto Brasileiro de Estudos Tributários); Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais - FDV (Faculdade de Direito de Vitória). E-mail: carlosalribeirofi@hotmail.com.

RECEBIDO EM: 27.07.2013

APROVADO EM: 15.01.2014

---

**RESUMO**

Os anseios de uma sociedade aberta se refletem em sua Constituição como marco fundamental para uma sociedade justa. Os marcos primeiros relacionam-se com o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, em que a Democracia é efetivada. Discute-se a sociedade pretendida e seus reflexos nos direitos fundamentais. Uma sociedade aberta pressupõe o espaço para implementação dos direitos fundamentais. A democracia pretendida constitui o mote para o desenvolvimento das instituições. Entretanto, o Estado brasileiro, ante as desigualdades existentes, vê-se frequentemente acionado por seu Judiciário para solução de políticas públicas. Neste caso, cabe uma discussão quanto à forma de ser proferida uma decisão judicial e sua compatibilidade com a Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** SOCIEDADE ABERTA. DEMOCRACIA. INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA.

---

**ABSTRACT**

The desire for an open society is reflected in its constitution as a milestone for a just society. The milestones the 1st relate to the establishment of a democratic state, in which democracy is effected. It discusses the company intended and its effects on fundamental rights. An open society requires space for the implementation of fundamental rights. Democracy is the desired tone for the development of institu-

tions. However, the Brazilian state, compared to the existing inequalities, it is often seen driven by their judiciary to solve public policy. In this case, it is a discussion about how to render a judicial decision and its compatibility with the Constitution.

**KEYWORDS:** OPEN SOCIETY. DEMOCRACY. DEMOCRATIC INTERPRETATION.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Sociedade aberta. 2. O estado de direito. 2.1. Aspectos da democracia. 3. Judicialização da política. 3.1. Interpretação democrática. 3.2. Dos direitos fundamentais sociais. 3.3. A sociedade aberta como parâmetro. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Promover o debate da judicialização da política, contextualizando com a sociedade moderna e ainda mediante a realidade ditada pela Constituição da República do Brasil. A Democracia como base do porvir do Estado de Direito.

A “sociedade aberta”, expressão cunhada por Karl Popper, repercute como base para o diálogo necessário no interior de um Estado e ainda mais para um mundo globalizado, de forma econômica, tecnológica, e tantos outros efeitos da globalização. O certo é que não se imagina um mundo fundado em um Estado totalitário.

Na sociedade atual, a base é democrática, a linguagem entre os povos é direta por Convenções, Tratados ou Acordos internacionais sejam eles bilaterais ou de formação de mercados.

Karl Popper estabelece o falibilismo como método, em que a busca pela verdade é feita por refutações, e que os dogmas, neste contexto servem ao poder, assim como a linguagem hermética, hegeliana ou de seus seguidores. A influência traduz no diálogo e no debate democrático, estabelecido por meio de teses e argumentos científicos, para tanto, o aprofundamento pode ser realizado nas obras: “A lógica das ciências sócias” e “Conjecturas e Refutações” do referido Autor.

O Estado de direito foi apresentado já no período moderno, em que o Constitucionalismo pode sofrer mudanças de acordo com o Estado, percebe-se o quanto é cara a integração social, a cidadania de imigrantes e que também a visão pode ser invertida dentro do próprio Estado Democrático de Direito, bastando, para tanto, a troca de referencial. Respeita-se a decisão de uma maioria, sem perceber que o Estado de Direito, possui uma postura democrática como “auto-governo” e como “auto-realização”, desde que se implemente ou vigore um Estado que valoriza o indivíduo ou grupos, sendo certo que a direção provocada leva a busca por governo e realização individual democráticos.

Portanto, haveria a compatibilidade de uma sociedade aberta e o Estado

Democrático de Direito com a judicialização da política?

Vê-se que a judicialização da política, é um fenômeno novo no judiciário do Estado Brasileiro, em que se deve levar em consideração o teor da Constituição Nacional, a sistematização da política, os fundamentos do Estado, objetivos, direitos e garantias fundamentais.

Por fim, a proposição de uma “nova hermenêutica”, a partir de Peter Habermas, visa aplanar o que pode ser considerado “judicialização da política”, posto que por uma via democrática de interpretação o judiciário poderia estabelecer um contato maior com a sociedade e seus interesses, quebrando o monopólio de intérpretes da Constituição. Para tanto, importante considerar a “Sociedade Aberta” e democrática.

## 1. SOCIEDADE ABERTA

Após a 2ª Guerra Mundial, restou evidente para o mundo as consequências trágicas dos Estados Totalitários, sejam eles Nazistas ou ditos “Comunistas”. A Democracia e a liberdade de expressão foram temas recorrentes, para tanto, Karl Popper em sua obra a Sociedade Aberta e seus inimigos, delineou a origem filosófica, ou matrizes teóricas destes regimes totalitários.

Para Karl Popper “Os homens buscam expandir sua liberdade: buscam novas possibilidades” (2006, p.26). Destaca que a competição contribui para este processo, onde novas possibilidades de subsistência e de vida para construção de “novos nichos: ecológicos e para o indivíduo. Podemos questionar o que seria mais interessante para uma interpretação da sociedade: “a restrição da liberdade” ou a “expansão da liberdade”, podem ser considerados caminhos simplistas, mas conduzem a “verdades”.

Por consequência o próprio Popper já indicava:

[...] O grande sucesso da sociedade competitiva e a grande ampliação da liberdade a que tal sociedade conduziu são explicados apenas pela interpretação otimista. Ela é a melhor interpretação: aproxima-se mais da verdade, explica mais (POPPER, 2006, p. 26).

Pode-se ainda apontar uma “ideologia pessimista” como interprete de que ocorre a adaptação da vida ao ambiente, em que tudo surge pela luta de uns contra os outros e contra a natureza, a saber, uma luta cega. Por outro aspecto, para uma “nova ideologia” fundada no que se pode chamar de uma interpretação otimista, tem-se a mudança de ponto de vista estabelecida, por exemplo, na busca por melhores ambientes e por um mundo melhor, tendo como método a tentativa e eliminação de erros. (POPPER, 2006, pp. 29-32).

Neste aspecto, como nexos de causalidade, a linguagem se apresenta como canal de possibilidades, ainda mais pela “crítica”, “escolha consciente de teorias”,

se apropriando de proposições verdadeiras ou falsas, busca-se a seleção crítica, de forma cultural, em que se procura ultrapassar os erros de forma consciente, sendo ponto incisivo para Karl Popper: “Não há conhecimento sem crítica racional, crítica a serviço da busca da verdade”, relacionado com o conhecimento científico (POPPER, 2006, pp. 38-39).

O emprego da crítica consciente e dos métodos da crítica racional, podem levar “A formação de nosso ambiente social com o objetivo da paz e não da violência não é apenas um sonho. É meta possível e, do ponto de vista biológico, obviamente necessária para a humanidade” (2006, p. 49).

O Estado a partir da 2ª Guerra alcançou outras vertentes, fruto das experiências traumáticas geradas por regimes totalitários, tomando o rumo de aberta ao diálogo, para tanto, a Europa enveredou pelo Estado Providência, como forma de recuperar e criar condições para minimizar desigualdades, estabelecendo uma rede de proteção social, era o momento maior da social democracia. Realmente, o Estado intervencionista, ampliou suas bases burocráticas, não conseguindo arcar com os custos de políticas sociais. Por outro lado, aproximou cidadãos diminuindo a distância entre pobres e ricos, na mesma sociedade, sem deixar de atender as aspirações de liberdade de expressão, prática da sociedade aberta.

O Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Intervencionista, ou ainda o “Welfare State”, como é comumente conhecido, nasceu no pós guerra, também pelo não atendimento das expectativas de igualdade e fraternidade, o que acabou incorporando ao Estado a preocupação social como oposição à exacerbada proteção da liberdade. Assim, desta postura intervencionista, a social democracia, o Estado passou a agir diretamente para atender alguns direitos básicos dos trabalhadores, como educação, assistência social, trabalho, etc., gerando preocupações com os chamados direitos sociais.

Não se pretendia um Estado puramente liberal, bem como foi superado a ideia de um estado provedor, contudo, os direitos sociais, constituem pilar para o equilíbrio: saúde, assistência social, trabalho, tem sido distribuída, por assim dizer, com a participação da sociedade civil e não mais exclusivamente pelo Estado, modificando ou aprofundando a relação entre o público e o privado, no campo de atuação das políticas sociais, uma vez que tal obrigação deixa de ser exclusiva do Estado, pois vem sendo descentralizado para os entes privados, muito embora no Brasil, estes custos têm sido exigidos de forma “dobrada”, recolhe-se o tributo para o Estado, e ainda são exigidos serviços complementares privados, podendo-se dizer sobre um sistema misto.

Portanto, dos limites entre o público e o privado devem ser estipulados por um processo democrático, definindo-se as bases que garantam liberdades a todos os cidadãos, “[...] sob as formas tanto da autonomia privada quanto da autonomia pública” (HABERMAS, 2007, p. 38).

Daí, a globalização, a partir dos anos 90 do século passado, veio estabele-

cer novas bases na relação entre os Estados, bem como internamente, modificando a ideia de “Estado nacional”, entretanto, pode-se destacar, especialmente na Europa, o trânsito, comunicação, produção econômica, e de seu financiamento, da transferência de tecnologia, poderio bélico, riscos militares e ecológicos, os quais suplantam a capacidade dos Estados resolverem no âmbito nacional, mas a partir destas novas perspectivas esvazia-se o conceito de soberania de Estados nacionais, voltando-se para busca de soluções de alcance supranacional.

O Estado moderno atual, esta direcionado a tarefas, essencialmente, administrativas, abandonando a produção efetiva, passando a estabelecer condições gerais de produção, tais como legislação, organização do trabalho, tendo como base a captação de impostos da iniciativa privada, “[...] para o processo de modernização é a separação do Estado da “sociedade civil”, ou seja, a especificação funcional do aparato estatal” (HABERMAS, 2007, p. 131).

Interessante analisar como contraponto à globalização econômica, as consequências sociais, cada vez mais impostas em decisões, as quais possuem caráter supranacional. Ocorre um deslocamento de possibilidades em que os Estados deixam de atuar de forma incisiva na dinâmica produtiva, passando a deliberar medidas administrativas. Contudo, o choque social é previsível e Boaventura Sousa Santos alerta para o que chamou de fascismo social:

[...] é um conjunto de processos sociais mediante os quais grandes sectores da população são irreversivelmente mantidos no exterior ou expulsos de qualquer tipo de contrato social.

Grande margem à exclusão social – subclasses, não é o Estado que poderá se tornar fascista mais sim as relações – locais – nacionais e internacionais (2008, p. 192).

Os aspectos levantados por Boaventura de Sousa Santos se comprovam, verificando-se que não existem políticas de inclusão para todos, isto na grande maioria dos Estados, em que os próprios cidadãos deixam de se indignar, expressar “rebeldia”, adequando-se a estrutura, conformada pelo que chamou de “globalização hegemônica”: “[...] o fascismo social é pluralista, coexistente facilmente com o Estado democrático e o seu espaço-tempo privilegiado, em vez de ser nacional, é simultaneamente local e global” (2008, p. 192).

A solução para este dilema estaria na capacidade de se indignar, mudar o enfoque de que o futuro ser melhor, nada se aprende com o passado senão a confiar no futuro, entretanto, propõe:

[...] é preciso, pois, lutar por uma outra concepção de passado, em que este se converta em razão da nossa raiva e do nosso inconformismo. Em vez do passado neutralizado, o passado como perda irreparável resultante de iniciativas humanas que muitas vezes puderam escolher entre alternativas. (SANTOS, 2008, pp. 82-83).

Por outro lado, a sociedade aberta pressupõe diálogo permanente, entre as diferenças, mediante os princípios da “discussão racional”, falibilidade e aproximação da verdade (POPPER, 2006, p. 257). Mesmo as mais modernas teorias, que propõem o multiculturalismo, estão inseridas nesta sociedade, posto que, do contrário seriam uma sociedade fatiada, “tribal”.

Cabe ainda a observação quanto “a imagem do ser humano dentro do Estado Constitucional”, exposta por Peter Haberle, em que afirma:

El concepto jurídico de la imagen del ser humano, de este modo, se mantiene abierto y, gracias a los derechos fundamentales, es revisable, de modo que pueda asumir paulatinamente los contenidos transformados y puede deshacerse gradualmente de los antiguos (HABERLE, 2001, p. 132).

A imagem concreta do ser humano advém dos direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, tolerância, justiça, paz etc., bem como a própria defesa dos direitos humanos, como conteúdo para a formação de um conceito, que se propõe aberto, em que “o racionalismo crítico”, constitui maneira importante para questionar dentro de uma perspectiva plural (HABERLE, 2001, p. 132).

Este conceito é construído a partir da realidade constitucional, em princípios expostos ao longo do texto constitucional, como retro mencionado, em que “[...] la imagen del ser humano y la imagen del Estado Constitucional corresponden a una unidad” (2001, p. 65).

Assim, a Constituição é o foco principal, das bases instituidoras do Estado Democrático de Direito, assim, como marco para a “sociedade” brasileira, desde o preâmbulo, estes ajustes são demonstrados: “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]”, sendo que a seguir declara que estes são valores “supremo” de uma sociedade que anuncia ser “[...] pluralista e sem preconceitos [...]”.

Além disso, os Títulos I e II da Constituição do Brasil estabelecem fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivos), os direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e sobre partidos políticos. O “Estado Democrático de Direito” brasileiro se inaugura por assim dizer nos “princípios fundamentais, estando relacionado seus fundamentos, objetivos e até a forma de se praticar relações internacionais. Outros aspectos fundamentais declarados e que podem ser destacados, se referem aos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como os direitos sociais.

Desta forma, os “interesses” da sociedade brasileira, estariam permeados nos Títulos I e II da Constituição da República, servindo de direcionamento para os cidadãos, por conseguinte, poderiam ser objeto, de maior divulgação para sociedade,

destacados, publicados e distribuídos, não se trata de fatiar a Constituição, mas uma opção para exposição.

## 2. O ESTADO DE DIREITO

Os Estados modernos, especialmente pós 2ª Guerra Mundial se moldaram a partir da Constituição, estabelecida levando em conta o pluralismo “[...] o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, aceitação da rule of law, ou seja do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Esta limitação do governo pelo constitucionalismo se dá priorizando ou valorando alguns aspectos, de acordo com a vontade dos “constituintes”, mudando de enfoque de acordo com cada país, para tanto importante observar como exemplo o que foi estabelecido pelos norte-americanos e franceses, sendo assim importante destacar que ainda Michel Rosenfeld diz que nos Estados Unidos havia o entendimento por uma limitação do governo realizada por uma distribuição de poderes entre os respectivos entes: Estadual e Federal (2003, p.37).

O mesmo Autor ressalta a necessidade do controle político e supervisão em que a não efetivação, neste caso a função primordial do que foi instituído no sistema dos Estados Unidos os “freios e contra-pesos”, configurando a divisão de poderes (2003, p. 37).

Diferenciando do modelo norte-americano, a Constituição francesa de 1793, está calcada na supremacia do legislativo, em que a vontade geral deve ser respeitada conforme preceitos de Rousseau, em que a “[...] a vontade geral é a soma das diferenças entre as vontades individuais [...]” (2003, p. 39).

Após a 2ª Guerra, os países organizados, rejeitaram os modelos totalitários ou ditatoriais, frutos dos traumas gerados por governos que buscavam o controle total político, tais como o “Nazismo”, “Fascismo” e até mesmo o “comunismo soviético”, sendo este modelo esgotado em 1989, com a queda do muro de Berlim.

Neste sentido, depreende-se que os limites normativos ao constitucionalismo, decorrem da proteção do Estado do poder político totalitário, o que seria o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais.

Deve-se perceber que o Estado de direito numa democracia “[...] é a expressão da vontade da maioria, por um lado, e, por outro lado, uma coerção, porque, se eu estou numa minoria legislativa e a lei é aplicada contra mim, é o poder do Estado contra mim, e porque as maiorias legislativas mudam” (ROSENFELD, 2004, pp. 13-14).

Claro está que o Estado de Direito se baseia em leis, e não na vontade de um “soberano”, neste sentido a democracia agrega a vontade da maioria, debatidas e decididas no Parlamento, de acordo com cada sociedade, cada país, assim “[...] o

Estado de Direito é uma ordem política em que o governo é feito por meio de leis e não de acordo com a vontade do soberano ou de decretos [...]” (2004, p. 13).

Mediante vontade popular e processos de escolha podem ocorrer “[...] A exclusão social da população de um Estado resulta de circunstâncias históricas que são externas ao sistema dos direitos e aos princípios do Estado de direito” (HABERMAS, 2007, p. 254).

Isto decorrente de processo cultural e modo de vida próprios, em que não ocorre um reconhecimento ou inclusão do outro, mas a pressão imigratória e associações voluntárias, causam a modificação do contexto, do *modus vivendi*.

Jürgen Habermas na obra “A inclusão do Outro”, anotou a questão da “imigração, cidadania e identidade constitucional”, inserido no Estado democrático de direito, e problematização da questão, especialmente vigente no Estado Alemão, até meados dos anos noventa do século passado – período de lançamento da primeira edição alemã.

Verifica-se então segundo Jürgen Habermas que existem vários grupos étnicos, imigrantes residentes na Alemanha, os quais não possuem cidadania, e não estão integrados, “[...] o teor ético de uma integração política que unifique todos os cidadãos precisa ser “neutro” em face das diferenças que haja no interior do Estado entre comunidades ético-culturais que se integram cada qual em torno de uma respectiva concepção própria do que seja o bem” (2007, p. 265).

Pode-se entender que a sociedade aberta pode ser ameaçada, pondo em cheque o Estado democrático de direito, dada a afluência de imigrantes, os quais podem descaracterizar uma população de um país:

Isso explica a questão quanto aos limites do anseio por imigração: ele não esbarra justamente no direito de uma coletividade política a manter inata sua forma de vida político-cultural? E o direito à autodeterminação – sob a premissa de que a ordem geral do Estado, conformada de maneira autônoma, está eticamente impregnada – não inclui o direito à auto-afirmação da identidade de uma nação? E isso também diante de imigrantes, que poderiam alterar a índole amadurecida ao longo da história de uma forma de vida político-cultural? (HABERMAS, 2007, p. 265).

Vê-se então, que o debate quanto à naturalização de imigrantes possui uma conotação interessante, ainda mais no que se refere aos reflexos quanto aos direitos à cidadania, em que haveria de ocorrer assimilação de culturas.

Neste particular Jürgen Habermas altera a ótica, ou seja, passa questionar se o Estado democrático de direito teria como impor ao imigrante tal assimilação, sendo que o caso é justamente inverso, o direito de ser natural, ainda mais estando em um Estado há mais de trinta anos.

Evidencia-se a dificuldade do Estado Alemão em conceder naturalização e

cidadania, sendo que no final do século XIX e início do século XX, devido as guerras, o processo de saída de alemães por falta de oportunidades foi intensa, reconhecendo que nacionalismo alemão tenha surgido de um “[...] caráter único e peculiar da cultura e ascendência étnica além-alemã – um particularismo que marcou de forma duradoura a autocompreensão desse povo” (2007, pp. 271-273).

## 2.1. ASPECTOS DA DEMOCRACIA

Quando se trata democracia, deve-se ter a percepção de liberdade, a atuação privada e pública: “[...] as liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente” (HABERMAS, 2007, 298).

E esta liberdade e suas nuances, coletivas e individuais, são expressas como em campo na Constituição de cada país e Michel Rosenfeld em Conferência proferida em Belo Horizonte no ano de 2003, traduziu a ideia de “constitucionalismo”, em que cada país possui sua característica, baseados no Estado de Direito, havendo graduações ou formas de controle do poder político, entretanto, a democracia agrega valor, entendendo que seja “[...] boa, mas ela é perigosa. A maior preocupação de Madison, que era uma das maiores forças intelectuais por trás da Constituição americana era o medo da tirania da maioria” (ROSENFELD, 2004, p. 17).

Sendo esta, a característica para cada nação representada pelo respectivo Estado. E o poder democrático exercido de forma desconcentrada, desta forma a ideia dos Estados federados e divisão dos Poderes (2004, p. 18).

Desta forma, ao contrário do que se pode perceber “[...] Estado de Direito, em si mesmo, não tem nada a ver com democracia [...]” (2004, p. 18), colocação esta que se agrega ao modelo de constitucionalismo de cada Estado.

Por exemplo, o Estado francês, Nelson Rosenfeld percebeu o equívoco cometido por muitos em considerar “[...] o chamado L.état de Droit., que é comumente dado como equivalente [...]”, ao “Rule of Law” (2004, p. 19).

Entretanto, a ideia de Reichststaat não tem mesmo significado para o que se convencionou chamar L.état de Droit., para tanto a Revolução Francesa cunhou na verdade o “Estado Legal”, L'état Légal:

Estado Legal; eu traduzi isso, no inglês, como o Estado por meio da democracia jurídica, o Estado por meio da regra democrática, da lei democrática, com a soberania do Parlamento e a pressuposição de que a criação legislativa só é legítima por meio da democracia. Os franceses instituíram um regime legal que é um regime democrático. Na França, a maioria comanda, é uma maioria nacional, é um Estado centralizado, unificado. O governo da maioria do povo francês, por meio do Poder Legislativo, do Parlamento, comanda, cria suas leis. O L.état Légal. é a realização, na

esfera política, de uma idéia de Jean-Jacques Rousseau, da democracia que resulta da implementação da vontade geral (2004, pp. 19-20).

Por conseguinte, “[...] a submissão ao direito, seja ao direito constitucional ou ao direito comum, geralmente é sentida como impositiva. Eu tenho que seguir a lei de alguém que impõe essa lei a mim. E o Estado de Direito tem essa dupla conotação [...]” (2004, p. 20).

Evidente que o juiz da “Common Law”, possui um poder normativo traduzindo para o cidadão a aparência de uma auto regulamentação e uma regulamentação imposta, devido a este papel único do juiz.

Michel Rosenfeld indica a convivência entre “democracia Constitucional e a Comum”, como esferas de interesses, em que “[...] a democracia comum, em que as pessoas lutam pelos seus interesses: alguns querem mais produção, outros, um meio ambiente melhor, [...]” e ainda por “[...] leis que gerem mais empregos, pois é para isso que lutam as pessoas que constituem a maioria” (2004, p. 25).

No que se refere à democracia constitucional o Autor acima mencionado, remonta a diferença entre uma democracia constitucional e uma democracia comum, como “[...] as noções de que um povo que se auto-governo precisa de propósitos para operar como tal, nós podemos olhar isso como envolvendo a ordem da democracia constitucional, e olhar o que não faz parte disso como democracia comum, ordinária [...]” (2004, p. 26).

Neste sentido, o constitucionalismo poderá variar para cada país, por seu histórico, tradição, cultura, enfim sua “identidade constitucional”. Baseando-se numa sociedade pluralista.

O exemplo traçado por Rosenfeld é interessante, pois caracteriza o que chamou de “auto-governo” e “auto-realização”, e os meandros de intercessão:

Numa sociedade pluralista, há o problema do reconhecimento, que é, em resumo, o de que todos os indivíduos e todos os grupos devem ser levados em consideração. Esse é um problema de auto-governo se você quer democracia. Por que queremos a democracia? Porque, se você reconhece o povo, você deve dar a ele uma chance de participar da realização de seu próprio destino (ROSENFELD, 2004, p. 26).

A “auto-realização” encontra-se em um nível individual ou a um nível comunitário, desta forma uma maioria pode não concordar, e por outro aspecto deve participar ou ser reconhecido, em busca da “auto-realização”, por isto a Constituição, na democracia constitucional permite ou possui mecanismos para implementação. Por outro lado, é importante uma política estabelecida para respeitar direitos, como medida de autogoverno.

Por fim, a partir do “auto-governo”, que cria dispositivos em respeito a

grupos existentes numa sociedade pluralista, deve partir de uma concepção de constitucionalismo possuindo elementos que limitam o governo, de submissão ao Estado de Direito, além da proteção aos direitos fundamentais (2004, p. 27).

Pode-se buscar então uma “construção do sujeito constitucional”, que deve ser aprofundado pelo convívio na comunidade, em busca da dignidade,

[...] a Constituição pode ser considerada o pano de fundo moral para o reconhecimento da cidadania, ou seja, ela deve não só pautar toda a atuação do estado, como também o agir social, pois sem esse ethos valorativo mínimo, ou seja, sem o reconhecimento ético da identidade cidadã não há propagação suficiente do sentimento constitucional (MOREIRA, 2010, pp. 201-202).

Tanto a busca da “auto-realização” e do “autogoverno”, propostos por Rosenfeld, não divergem da “construção do sujeito constitucional”, uma vez que o objetivo é partir de uma consciência de cidadania.

### 3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Na conferência proferida Zurique, 1958, sob o título “Em que acredita o Ocidente?”, Karl Popper lançava questionamentos críticos sobre a estrutura básica do mundo pós-2ª Guerra, expondo, já naquela época: “Se não conseguimos tornar a pobreza uma raridade, poderemos facilmente perder nossa liberdade para a burocracia do Estado de bem-estar social.” (2006, p. 282)

O Autor tece considerações fortes sobre a chamada “economia planificada”, vigente na antiga União Soviética, adotando, para tanto, uma visão baseada na economia de mercado livre, como opção preferencial, posto que, “[...] seria contra a economia planificada; simplesmente porque ela amplia o poder do Estado até a tirania.” (2006, p. 283)

A política pode ser um campo de combate, e o que se propõe pode ter diversas conotações, seria o caso de se estabelecer prioridades: “[...] não é a ineficiência econômica que combatemos: é a sua falta de liberdade e humanidade.” (2006, p. 283)

Logo na abertura da conferência acima referenciada, Karl Popper, de forma irônica desfere crítica o hegelianismo e ao historicismo, colocando-os como fundadores do autoritarismo, referindo-se a Schopenhauer como quem “[...] há mais de cem anos desmascarou, combateu como peste intelectual da Alemanha”, (2006, p. 283) o pensamento de Hegel.

As críticas do filósofo Schopenhauer, contemporâneo de Hegel, foram diretas:

Hegel, imposto de cima pelos poderes vigentes como o Grande Filósofo oficializado, era um charlatão de cérebro estrito, insípido, nauseante, ignorante, que alcançou o pináculo da audácia por garatujar e forjicar as mais malucas e mistificantes tolices. Essas tolices foram barulhentamente proclamadas como uma sabedoria imortal, por seguidores mercenários, e prontamente aceitas como tal por todos os tolos, que assim se juntaram num coro perfeito de admiração, como nunca antes se ouvira (POPPER, 1998, p. 39).

Ao questionar Platão como teórico da forma de governo absolutista e dos regimes totalitários, cabe destacar o enfoque:

Ele põe como problema fundamental da teoria do Estado a seguinte pergunta: “Quem deve governar? Quem deve reger o Estado? Os muitos, a multidão, a massa ou os poucos, os eleitos, a elite? (POPPER, 2006, p. 283).

Decorre que para Platão, a pergunta “quem deve governar”? A resposta estaria direcionada aos melhores da aristocracia. Para Popper a pergunta fundamental da teoria do Estado teria outra conotação

[...] Não é “Quem deve governar?” ou Quem dever ter o poder?” mas “Quanto poder se deve conceder ao governo?” ou talvez de modo mais preciso: “Como podemos construir nossas instituições políticas de tal modo que até mesmo governantes incompetentes e desonestos não tenham como causar grande dano?”. (2006, p. 284).

O problema fundamental da teoria do Estado, para Karl Popper, estaria no que ele abordou como “domesticação” do poder político, em relação a arbitrariedade e do abuso de poder, calcado por instituições em que este poder seja dividido e controlado (2006, p. 284).

O raciocínio de Karl Popper constitui algo prático e aponta uma direção clara em que permeia sua obra, especialmente a busca por soluções, posto que sabemos que a Democracia não é o melhor dos mundo, mas o possível: “[...] existem apenas duas formas de governo: aquela que permite aos governados se livrar de seus governantes sem derramamento de sangue, e aquela que não lhes permite isso, ou apenas com derramamento de sangue” (POPPER, 2006, pp. 284-285).

Em decorrência desta forma de pensar o Autor rememora o Estadista Winston Churchill, em que para ele “[...] A democracia é a pior de todas as formas de governo, com exceção de todas as outras formas de governo” (2006, p. 285).

Realmente, o voto é a única forma de produzir decisões sem derramamento

de sangue, e o mínimo de restrição à liberdade: “E insistimos em que as minorias têm seus direitos de liberdade, que jamais podem ser eliminados pela decisão majoritária” (2006, p. 286).

A democracia perdura, mesmo superado o Estado de bem-estar social, especialmente, como intervencionista, se percebe a Constituição da República do Brasil, possui este viés, digamos, integracionista e inclusivo, sem perder a ótica, liberal, uma vez que protege direitos individuais. Resta inserir as políticas públicas como uma das funções do Estado, no sentido de condução de inclusão e concretização dos direitos sociais.

Para Maria Paula Bucci “O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado” (BUCCI, 1996, p. 135).

Como direito de segunda geração os direitos fundamentais sociais são realizados se forem impostos por obrigações positivas. Por consequência estabelece-se uma maior necessidade de ações específicas do Estado, no sentido de apontar caminhos de iniciativa pública e privada.

Existem outras políticas que se coadunam como políticas setoriais, inseridas numa política de desenvolvimento como um todo do país, tais como: a política industrial, a política de transportes, entre outras.

Portanto, as políticas públicas podem ser inseridas como “[...] programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo.” (BUCCI, 1996, 140) As políticas públicas podem estar inseridas no plano de governo, sente este a expressão maior, fundado na lei que estabelece metas, objetivos, instrumentos de realização e outras formas de implementação (BUCCI, 1996, p.140).

Ada Pellegrini Grinover em seu Artigo “o controle de políticas públicas pelo poder judiciário”, transcreve o conceito de Oswaldo Canela Júnior:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado (2009, p. 39).

Alerta ainda Maria Paula Bucci, como origem da política pública “[...] mesmo que resulte da iniciativa legislativa do governo, Poder Executivo, é o Poder Legislativo.” Existem políticas que partem dos ditos programas de ação, por exemplo: programa do álcool, material escolar, em que são detalhados pelo Executivo, por formas normativas infra-legais, as quais constituem meios para a execução em que a função normativa da administração (1996, p. 141).

Importante ressaltar o paralelismo entre o processo de formulação de políticas públicas e atividade de planejamento. Deve ser acrescido que “A formulação de políticas consistiria, portanto, num procedimento e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos” (1996, p. 141).

Partindo daí o entendimento, o qual justifica o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo. Muito embora seja o Estado quem direcione as políticas públicas, fato é que em Países de tradição liberal como os Estados Unidos da América, a relação entre e o direcionamento de verbas destinadas a doação por particulares é muito alta e evidenciada, existindo também no Brasil, com menor tradição, entretanto, possui destinação social, não havendo um controle político, posto que, constitui altruísmo particular.

Deve-se, portanto, levar em consideração pontos norteadores da nossa sociedade inseridos na Constituição, os quais levam a judicialização de políticas, como as diferenças entre as classes sociais, a corrupção generalizada no poder, entretanto a judicialização da política, decorre do Estado Social proposto na Constituição.

Peter Häberle, na obra “Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”, o estudo a respeito dos participantes da interpretação constitucional pode ser como esquecido pela Ciência Jurídica, voltando-se basicamente aos métodos da interpretação (1997, p. 12).

Por consequência, a partir de seu posicionamento deflui a compreensão de que os avanços não acompanharam a democratização da hermenêutica constitucional.

A integridade do Direito, como pacificação só por ele não basta, muito mais promover inclusão e integração social, mas a expectativa de comportamento, pode gerar equilíbrio, mesmo quando descumprida a norma (COURA, 2009, p. 203).

Então, a proposta de Peter Haberle se adequa, ante a possibilidade de um tratamento “hermenêutico” diferenciado, em que os interpretes seriam ampliados, tendo em vista a destinação das normas e as expectativas geradas.

Neste sentido, se o Estado é regido por uma Constituição, os cidadãos que tem sua vida determinada por esta, também se constitui legítimo intérprete (1997, p. 16). Ato contínuo, Peter Häberle propõe a construção de uma teoria democrática da interpretação constitucional, como destino diverso quando comparada à teoria jurídica tradicional, deixando evidente que a “palavra final” no que concerne a interpretação continua a ser do Tribunal Superior, entretanto, os indivíduos, os grupos de interesses e a “opinião pública democrática” cumprem o papel de “pré-intérpretes”, “intérpretes indiretos ou a longo prazo” (1997, pp. 24-25).

A proposição de Peter Haberle se coaduna ao direito, mormente quando se tem em pauta os direitos e garantias fundamentais sociais, e ainda mais no país em que se necessita de maior controle democrático de decisões judiciais, quando se trata de políticas públicas, propondo uma Ciência Jurídica que leve em conta a realidade,

quebrando, por assim dizer o monopólio do conhecimento válido a respeito dos textos normativos.

Cabe destacar, em primeiro plano, a importância da interpretação das normas de direitos fundamentais por seus destinatários específicos, como segundo a verificação de grupos de pressão: a repercussão social, quanto à decisão do magistrado, como forma de análise, crises e discussões que possam manter posicionamento inserido no contexto, voltado para uma sociedade democrática e plural, levando em consideração outras forças da esfera pública que contribuem para a construção da norma geral (1997, pp. 32-33).

Não se trata de elevar o “superego” do judiciário, ou do Supremo Tribunal Federal, mesmo porque segundo o Artigo de Ingeborg Maus, o grau de confiabilidade repercute na sociedade com aumentos de índices nas pesquisas de opinião, mas poderia ser um caminho novo para o judiciário brasileiro. Na Alemanha de 1987, data das pesquisas de opinião referenciadas no Artigo mencionado, o crescimento da imagem do judiciário não se deveu a apenas ao aumento das funções do judiciário, para que seja considerado como tal, além da disposição para litigar ou, o aumento do controle judicial sobre o legislador, não são fatos isolados “[...] acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, 2000, p. 185).

Para tanto, as referências a esta parte do texto expressam em 62% o índice de aprovação pública para o “Tribunal Constitucional” da Alemanha, em grau de confiança, naquela época.

### 3.1. INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA

O problema apresentado por Peter Harbele, segue uma visão democrática, ou para uma interpretação constitucional democrática, isto se constata nos títulos iniciais da Constituição da República do Brasil sob seus fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais, direitos sociais e coletivos., como exemplo justamente, de uma sociedade aberta, plural.

Discute-se a tempos a destinação das normas, mormente a legitimidade do texto normativo, quanto ao atendimento e as expectativas dos grupos sociais diretamente interessados em sua incidência. Perter Haberle defende, uma autêntica democratização da sociedade, para tanto, o dogma da linguagem deve ser quebrado, e isto é bem popperiano, posto que o dogma se põe a serviço poder, assim como a linguagem e seu uso exclusivo.

As obras de Peter Häberle estão permeadas do pensamento de Popper, também na “La Imagem del ser Humano dentro del Estado Constitucional”, a ideia de uma “Sociedade Aberta” é defendida e contextualizada.

A base do pensamento de Karl Popper encontra-se no desenvolvimento do racionalismo crítico, bem como para a ciência o “falibilismo”, em que a busca pela

verdade leva a um conjunto de explicações imperfeitas sobre a realidade, que devem ser submetidas a testes contínuos e cada vez mais rigorosos, que levarão, cedo ou tarde, à sua superação.

O método científico para Karl Popper consiste na formulação de hipóteses acerca de problemas do conhecimento, a ser submetidos à crítica aplicando uma série de refutações, entendendo que a ciência: para poder ser qualificada de científica, deve ser desmentida por certos acontecimentos, o que sofrer maior aprofundamento nas obras: “Lógica das Ciências Sociais” e “Conjecturas e Refutações”.

A sociedade aberta fundada na democracia, constitui um mal menor, posto que deve estar voltada para o diálogo, a crítica, sendo o oposto de “sociedades tribais”, fechada, e sujeitas ao totalitarismo, sendo este o mote de sua obra Política, a denúncia dos regimes autoritários e totalitários .

### 3.2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O art. 6º da Constituição da República recepciona os direitos sociais como: “[...] a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Para tanto, são os destinatários, os cidadãos do Estado, os quais, demandam serviços e políticas públicas. Assim, uma interpretação aberta e pluralista das normas de direitos fundamentais, especialmente, os sociais, é proposta por Harbele, como resultado da participação de todos os destinatários: indivíduos grupos, enfim, além da participação dos entes públicos obrigados a sua garantia e efetivação (HARBELE, 1997, pp. 16-17).

Peter Häberle tratou da influência da interpretação prestada pelos titulares dos direitos “[...] a liberdade religiosa interpretada pelas organizações religiosas, a liberdade artística interpretada pelos artistas, e a liberdade científica interpretada pelos cientista [...]”, restando *in albis* quanto à legitimidade ou à pertinência da interpretação dos indivíduos prejudicados pelo seu exercício (1997, pp. 16-17).

O processo democrático de interpretação daria mais consistência ao resultado, uma vez que envolveria a comunidade, além dos atores formais estabelecidos no processo judicial, ampliando a base de discussão (1997, pp. 43-44), o que se coaduna com o que chamou de “opinião pública democrática e pluralista”, como um “catálogo sistemático de intérpretes”:

[...] *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa dos leitores, as cartas de leitores, de outro), as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora de seu âmbito de atuação organizada, as igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais (HABELE, 1997, pp. 22-23).

E por que não incluir a internet, no rol da “esfera pública pluralista”, uma vez que constitui local de discussão política, como espaço não formalizado, este contexto do que denominou de esfera pública, constitui modo de subordinação, manifestação e influência sobre decisões jurídicas dos processos. Determinando o grau de democracia, quanto ao controle da formação da opinião pública, advindas do estado ou do setor privado.

O entendimento final, passa pela fixação do conteúdo das normas de direitos fundamentais na esfera pública de discussão como indispensável para democratização da sociedade, voltada para uma interpretação pluralista e aberta da Constituição. Podendo servir para pautar julgamento como meio de se chegar a uma conclusão, ainda mais em se tratando de direitos fundamentais sociais, onde as escolhas são realizadas valorando-se possibilidades além dos requisitos: mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível.

### **3.3. A SOCIEDADE ABERTA COMO PARÂMETRO**

Peter Haberle tenciona a análise, expondo que o magistrado não deixa de interpretar levando em consideração a “esfera pública”, evidencia-se a questão, ante a necessidade de fundamentação e publicidade das decisões, o que impõe a exposição da decisão, seja de forma técnica, seja pela opinião pública (1997, pp. 26-27).

Ao proferir uma decisão, mesmo em no controle abstrato de constitucionalidade, não haveria uma forma propriamente livre, mas amparado e até sujeito as expectativas ou até mesmo necessidades de certos grupos sociais beneficiados.

Para Haberle a manifestação da opinião pública, ganha influência e legitimidade, posto que, não ameaçam a independência dos magistrados, em que pelo contrário “[...] evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (1997, pp. 32-33).

Vê-se a evidência da opinião pública, sobre conteúdo das normas de direitos fundamentais ainda mais, nos direitos sociais, expõe ao judiciário, muito mais que o congresso, ante a inexistência de meios no nosso sistema para revogação de mandato popular.

### **CONCLUSÃO**

A “sociedade aberta” constitui a base da sociedade brasileira, em que a Constituição da República, estatui direitos individuais, coletivos, fundamentais e sociais, com uma proposta social e liberal ante os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil;

O Estado de direito constitui o fundamento e o poder político deve ser limitado na Constituição pela Democracia, liberdade de expressão e direitos fundamentais sociais.

A judicialização da política é pretendida como forma de fiscalizar a apli-

cação Constitucional pelos entes públicos dos direitos fundamentais, especialmente, sociais, uma vez que as políticas públicas constituem mote para o questionamento quanto ao ativismo judicial, entretanto, as diferenças existentes na sociedade e a necessidade de inclusão constituem ponto de partida para a cobrança de políticas e o efetivo atendimento e aplicação dos direitos estabelecidos, ante as desigualdades existentes no Brasil, as quais atingem padrões tão alarmantes.

Peter Habermas definiu os traços fundamentais de uma teoria democrática da interpretação constitucional, direcionada, aqueles que vivem sob a constituição e que para ele também são seus intérpretes.

A Hermenêutica Constitucional de Peter Habermas em “La Imagem del ser Humano dentro del Estado Constitucional” estão intimamente relacionada com o pensamento de Karl Popper, tendo como base a “sociedade aberta”.

O racionalismo crítico de Karl Popper, bem como o “falibilismo”, demonstram que o ser humano é essencialmente falível, ou seja, o conhecimento por ele produzido não passa de um conjunto de explicações imperfeitas a respeito de uma realidade impossível de abarcar em toda a sua complexidade, necessitando de questionamentos críticos pela comunidade científica.

As “Sociedades abertas”, segundo Karl Popper, permitem o diálogo constante, em contraponto as sociedades totalitárias e fechadas, desta forma o processo de democratização da sociedade, passa pela interpretação ou aplicação do texto normativo, em que seria vital para os direitos fundamentais sociais, posto que poderia envolver grupos sociais interessados.

Ao controle judicial de políticas públicas pode ser aplicada uma visão aberta pelo julgador, em que poderiam ser utilizados na interpretação das normas de direitos sociais, a visão dos destinatários específicos e a constatação das pressões sociais, ante as decisões, como componente de legitimação, motivação e coerência. E ainda com a possibilidade de consulta as bases dos destinatários dos direitos sociais, em seu todo: titulares, indivíduos, grupos;

Mediante, a ideia de “sociedade aberta” e “discussão públicas” (Popper e Habermas) estabelece a contextualização do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, envolvendo todos os canais da mídia, associações, movimentos, escolas, universidades, igrejas, estações de transporte público, etc., de acordo com cada questão, mitigando assim, o que pode ser considerado “ativismo judicial”, adotando uma postura democrática para o que considera uma nova forma de interpretação.

## REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) Constitucional: Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores” À Luz da teoria*

*Discursiva de Habermas*. Mandamentos. Belo Horizonte. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo Estudos e Pareceres*. 2. ed., São Paulo: Editora DPJ, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo. Loyola. 2007.

HABERLE, Peter. *La Imagem del ser Humano dentro del Estado Constitucional*. Fondo Editorial. 2001.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário Como Superego da Sociedade*. Novos Estudos – CEBRAP. São Paulo. 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Conceito. São José/SC.2010.

POPPER, Karl R. *Em Busca de Um Mundo Melhor*. Trad. Milton Camargo Mota. Martins Fontes. 2006.

POPPER, Kar R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tomo 2 e 3. Trad Milton Amando. Editora Itatiaia, Belo Horizonte. 1998.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_. Palestra: “*Identidade do Sujeito Constitucional e o Estado Democrático de Direito*”. Simpósio: “*Identidade Constitucional e Direitos Sociais*”. Tradução e revisão: Fernando Gomes - Transcrição e revisão: Paulo Roberto Magalhães. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte. jan./jun.2004, v.7, n. 12, pp. 11-63.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo para uma nova cultura Política*. São Paulo: Cortez, 2006.



**REGULAMENTAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS DO TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS***National and international regulation of public passenger transport***ANA CLAUDIA FARRANHA**

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora adjunta da Universidade de Brasília/UnB. Pesquisadora do Centro Interdisciplinar de Estudos do Transporte (CFTRU/UnB). Professora Programa de Pós Graduação em Transporte da UnB - PPGT/UnB e professora Mestrado Profissional em Gestão Pública (UnB/FUP). E-mail: anclaud@uol.com.br.

**CONRADO FREZZA**

Mestrando em Transportes pela Universidade de Brasília - UnB, graduado em Direito e em Relações Internacionais. É advogado (OAB/DF nº 33.761) e pesquisador do Centro de Pesquisa em Transportes da Universidade de Brasília – CEFTRU/UnB. E-mail: conradodasilveira@gmail.com.

RECEBIDO EM: 25.03.2013

APROVADO EM: 10.08.2013

---

**RESUMO**

O presente artigo tem por finalidade apresentar, por meio de um estudo comparado, uma revisão de regulamentações nacionais e internacionais referentes ao serviço de transporte público de passageiros, tendo em vista a obtenção de parâmetros para o atual modelo de concessão desse serviço no Brasil. Primeiramente, foi realizada uma análise institucional e jurídica do modelo brasileiro, ressaltando-se as principais reformas estatais realizadas nas últimas décadas para se chegar ao panorama atual. Na Argentina, assim como no Brasil, também houve um processo de privatizações, porém o caso argentino foi mais extremo, uma vez que nesse país o modelo neoliberal foi implementado de forma muito mais incisiva, seguindo-se com maior rigor as recomendações das instituições financeiras internacionais. Já no modelo norte-americano, diferentemente do caso brasileiro, as agências possuem amplos poderes jurídicos e legislativos, porém têm baixo grau de autonomia, uma vez que estão subordinadas às diretrizes do Departamento de Transportes (DOT), órgão que centraliza as políticas de transporte em âmbito nacional. Por fim, discute-se

como alguns aspectos dessas regulamentações internacionais podem contribuir para uma reflexão sobre o modelo brasileiro de transporte público de passageiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** TRANSPORTE. REGULAMENTAÇÃO. ESTUDO COMPARADO.

---

## **ABSTRACT**

This article aims to present a review of national and international regulations regarding passengers public transport by means of a comparative study, in order to obtain parameters for the current concession model in Brazil. First, we present an institutional and legal analysis, describing what were the major state reforms carried out in Brazil in recent decades to reach the current situation. In Argentina, as in Brazil, there was also a process of privatization, although the Argentine case was extreme since its neoliberal model has been implemented in a much more incisive way, following more closely the recommendations of international financial institutions. In the United States model, unlike the Brazilian case, the agencies have extensive legal and legislative powers, but a low degree of autonomy since they are subject to the guidelines of the Department of Transportation (DOT), which centralizes transport policies nationwide. Finally, this article discusses how certain aspects of these international regulations can contribute to a reflection on the Brazilian model of passengers public transport.

**KEYWORDS:** TRANSPORT. REGULATION. COMPARATIVE STUDY.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Regulamentação do transporte público no Brasil. 1.1. A reforma regulatória dos anos 1990. 1.2. A nova reforma regulatória. 2. Regulamentação do transporte público na Argentina – privatizações. 2.1. O transporte rodoviário na Argentina. 3. Regulamentação do transporte público nos Estados Unidos. 4. Relação entre experiências de regulação internacionais e o processo regulatório no Brasil. Conclusão. Referências.

---

## **INTRODUÇÃO**

No intuito de definir parâmetros e condições confiáveis para o atual modelo de concessão de transporte público de passageiros no Brasil, é pertinente analisar um pouco da história da institucionalidade do transporte no país, bem como aprender com a experiência de outros países. Nesse intuito, o presente artigo busca realizar, primeiramente, uma análise jurídica e institucional do transporte público no Brasil,

descrevendo quais foram as principais reformas estatais realizadas nas últimas décadas para se chegar ao panorama atual.

O modelo regulatório brasileiro do transporte público de passageiros tem sofrido profundas redefinições nas últimas décadas. Inicialmente, a partir do processo de privatizações dos anos 1990 e, mais recentemente, com a criação de um novo modelo de agências reguladoras, sob a forma de *autarquias especiais*. Estas agências são responsáveis pelo controle e fiscalização dos procedimentos de concessão de serviços públicos em diferentes segmentos. Cita-se, como exemplo, no âmbito federal, a criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), todas elas vinculadas a seus respectivos ministérios, enquanto os Estados passaram a ter suas próprias agências, além de outras responsabilidades específicas referentes à regulação de serviços públicos, definidas na Constituição Federal. O funcionamento desse novo modelo centrado nas agências reguladoras suscita uma série de questionamentos, entre eles se o grau de autonomia das agências é condizente com a sua função de fiscalização e controle.

A regulamentação do transporte público argentino também foi objeto de análise. Na Argentina, assim como no Brasil, também houve um processo de privatizações, porém o caso argentino foi mais extremo, uma vez que nesse país o modelo neoliberal foi implementado de forma muito mais incisiva, seguindo-se com maior rigor as recomendações das instituições financeiras internacionais. Nesse contexto, as privatizações ocorreram em muitos casos sem intervenção de agências reguladoras ou sequer de um marco regulatório, permitindo grande liberdade aos agentes privados.

O modelo norte-americano de regulamentação do transporte público de passageiros funciona sob uma lógica diferente da brasileira. Nos Estados Unidos, para cada tipo de serviço prestado pelo governo existe um órgão regulador principal e outros abaixo deste. No caso, o órgão maior é o DOT (Departamento de Transporte), que fica acima da Secretaria de Transporte, da Guarda Costeira, da Administração Federal de Trânsito etc. Nesse contexto, as agências reguladoras nos EUA possuem amplos poderes jurídicos e legislativos, porém baixo grau de autonomia, uma vez que estão subordinadas às diretrizes do Departamento de Transportes (DOT), órgão que centraliza as políticas de transporte em âmbito nacional.

Finalmente, faz-se uma discussão sobre como esses modelos internacionais analisados podem contribuir para a definição de parâmetros para o atual modelo brasileiro de transporte público de passageiros.

## **1. REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO NO BRASIL**

A concessão de serviços públicos tem sido utilizada no Brasil desde o séc. XIX, tendo como objetivo inicial viabilizar a implantação de ferrovias. Entretanto,

esse instituto foi caindo em desuso a partir de meados do séc. XX. Ao final da década de oitenta, raros casos de concessões em sentido próprio eram observadas no país (JUSTEN FILHO, 2003).

Durante os anos noventa, a ideologia voltada para um Estado desonerado de muitos dos serviços públicos, passa a predominar na política brasileira, conduzindo à implementação de um amplo conjunto de reformas estatais e restabelecendo o uso do sistema de concessões. As reformas deste período causaram uma redefinição do papel do Estado na economia, aumentando o espaço de agentes privados na execução de serviços públicos. Por meio da atuação das agências reguladoras, o governo passa a agir mais como um fiscalizador do que como um executor desses serviços, passando as concessionárias a atuarem conforme regras estabelecidas em contratos de concessão (FACCIO, 2012).

Embora tenha havido um aparente avanço na qualidade dos serviços públicos devido ao resgate do modelo de concessões, foram constatadas falhas no sistema, uma vez que as agências reguladoras estavam fiscalizando as concessionárias de forma deficitária. Com isso, as empresas tendiam a aproveitavam-se da fraca fiscalização para agir conforme seus próprios interesses em detrimento do interesse público, por exemplo, abandonando trechos considerados não rentáveis nas concessões de transporte rodoviário.

O mais recente marco regulatório sobre transporte público no Brasil, implementado a partir de 2001, buscou aperfeiçoar o sistema de concessões posto em vigor nos anos noventa. O novo modelo teve como objetivo a revitalização do setor, que há uma década não recebia financiamentos do Governo Federal. Nesse contexto, o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER e a Companhia Brasileira de Transporte Urbano – CBTU deixaram de existir para dar espaço a agências como a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criadas pela Lei nº 10.233/2001 (CAVALCANTI, 2002).

### **1.1. A REFORMA REGULATÓRIA DOS ANOS 1990**

Como já mencionado, o movimento de redefinição do papel do Estado na economia foi a base para a reforma do setor de transporte no Brasil durante a década de 1990. Especialmente, houve um processo de privatização do setor de transportes entre os anos de 1996 a 1998 (FACCIO, 2012).

O marco regulatório estabelecido nessa reforma estabelece regras específicas para a concessão de serviços públicos, resgatando a utilização desse instituto e criando a figura da agência reguladora. Com o sistema de concessão, o Estado mantém a titularidade do serviço, devendo fiscalizá-lo e podendo até mesmo retomá-lo, porém, sua execução fica a cargo da iniciativa privada, de concessionárias vencedoras de licitação pública.

As concessões de serviços públicos em geral foram reguladas pelas Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95, enquanto a administração e a exploração de rodovias e portos federais por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios foi autorizada pela Lei nº 9.277/96. Cita-se, ainda, que o transporte multimodal de cargas, que possui a característica especial de englobar mais de um tipo de transporte para um mesmo percurso, em um único contrato, foi regulamentado pela Lei nº 9.611/98 e pelo Decreto nº 3.411/2000. A promulgação desses diplomas legais marcou o efetivo início de uma nova política regulatória na área de transportes.

Como observa Bianor Cavalcanti, por meio desse novo marco jurídico,

[...] o Governo promoveu a modernização dos instrumentos normativos relacionados ao setor de transporte, viabilizando novos mecanismos que visavam a concretização de relações público-privadas, capazes de assegurar o aporte de recursos necessários e a recuperação e ampliação da infra-estrutura rodoviária e de outros serviços de transporte. (CAVALCANTI, 2002, p. 2).

Já em 1993, cerca de 855 km da malha rodoviária foi concedida à iniciativa privada, por meio de procedimento licitatório, fato que deu início ao Programa de Concessões de Rodovias Federais. Como resultados do Programa, citam-se o reaparelhamento e manutenção da infra-estrutura existente, além da ampliação e modernização do complexo viário.

O transporte em massa metropolitano foi regulado, conforme outro plano de ação (é possível mencionar que plano foi esse), no qual houve transferência de responsabilidades para as administrações estaduais, em consonância com o preceito constitucional que estabelece competências para cada nível de governo. Nessa modalidade de transporte, o papel das agências reguladoras estaduais passou a assumir um papel fundamental na regulação e fiscalização do sistema (CAVALCANTI, 2002).

## **1.2. A NOVA REFORMA REGULATÓRIA**

O aumento da complexidade no planejamento e gestão da infra-estrutura de transportes tornou necessário um sistema mais adequado à essa nova realidade. Buscava-se maior competitividade entre as empresas, bem como uma melhoria na prestação dos serviços, com redução de custos e tarifas, integração nacional dos modais e maior controle e fiscalização das concessionárias. Esses fatores levaram o Governo Federal a promover novamente uma reestruturação do sistema de transportes, o que foi realizado por meio da Lei nº 10.233/2001 e da Medida Provisória 2.217-3/2001.

Foram dissolvidas ou extintas a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, as secretarias de Transportes Terrestres e de Transportes Aqüaviários

do Ministério dos Transportes, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a Comissão Federal de Transportes Ferroviários (Cofer).

Esses órgãos intintos tiveram muitas de suas atribuições absorvidas por novas instituições públicas. No âmbito do Ministério dos Transportes, foram criados o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit), o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes (DNIT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que só foi instalada em 2002.

Ressalta-se que a utilização do modelo de agência leva a uma distinção no âmbito administrativo, uma vez que a competência para regular é separada da competência operativa propriamente dita. A agência reguladora assume, nesse contexto, um papel proeminente na regulação dos serviços. Mesmo os serviços públicos prestados diretamente pelo próprio Estado estariam subordinados à competência regulatória da agência, que constitui-se como organismo administrativo independente. Como aponta Marçal Justen Filho,

[...] um traço importante dos novos modelos de delegação consiste na fragmentação das competências estatais. Na tentativa de neutralizar influências político-partidárias, produz-se a institucionalização de autoridades administrativas dotadas de certa autonomia. A figura das agências reguladoras reflete também essa preocupação em evitar a instrumentalização das concessões para a realização de projetos políticos desvinculados do interesse público concreto. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 292).

As agências reguladoras no Brasil possuem a função de corrigir falhas de mercado, assegurando a competitividade na economia, a universalização dos serviços e o interesse público. As agências possuem funções típicas dos Três Poderes, podendo fiscalizar e conceder atividades e direitos econômicos, editar normas, julgar e impor penalidades. Desse modo, a interação entre reguladores e regulados é inevitável, o que torna o órgão regulador um ente ativo na política, lidando com interesses específicos e com o bem público.

Durante os anos de 1995 a 2002, no mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, as agências reguladoras no Brasil passaram de departamentos subordinados à administração direta para órgãos independentes. A princípio, tinham como função regular os serviços públicos de energia e telecomunicações, mas com o passar do tempo o modelo de regulação por agências independentes se difundiu no país (NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO, 2007).

Em 1996, o Conselho de Reforma do Estado recomendou uma série de princípios para a construção do marco legal dos novos entes reguladores. Entre esses princípios, estavam: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações

entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares, em audiências públicas; limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução.

A regulação, implica, nesse sentido, a promoção da competitividade entre as prestadoras de serviços, a garantia dos direitos dos consumidores, estímulo ao investimento privado, busca de qualidade e segurança dos serviços, menores preços, remuneração adequada dos investimentos, resolução de conflitos entre consumidores e prestadoras de serviços, bem como prevenção de abusos de poder econômico pelas prestadoras.

Quanto à natureza jurídica dos órgãos reguladores, antes das privatizações e liberalizações, os setores de energia e telecomunicações eram organizados por meio de empresas de economia mista, das quais o Estado possui a maioria do capital com direito à voto. A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi a primeira agência reguladora independente criada no Brasil, e sua criação foi especialmente significativa por ter originado uma nova figura jurídica na Administração Pública Federal indireta: a *autarquia especial*. A denominação especial para essa autarquia decorreu do Projeto de Lei nº 1669/96 no Congresso Nacional. Nesse contexto, a denominação “especial” implica maior *autonomia* da agência (NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO, 2007).

No que diz respeito especificamente à área de transporte público, a ANTT é a agência reguladora encarregada pela fiscalização dos serviços em âmbito nacional. Trata-se de uma autarquia encarregada da gestão e operação dos modais terrestres e da implementação das políticas formuladas pelo Conit e pelo Ministério dos Transportes. Tem como atribuições regular as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes exercida por terceiros e harmonizar o interesse público com os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias que exploram os serviços.

Para completar este breve panorama da institucionalidade do transporte público no Brasil nas últimas décadas, vale citar a legislação brasileira em vigor referente à prestação de serviços de transporte público, que é bastante extensa, compreendendo uma série de diplomas legais. Segue, abaixo, uma tabela contendo as principais normas acerca do assunto:

LEI	ARTIGOS	ASSUNTO
Constituição Federal	175	Possibilidade de o Poder Público delegar a prestação de serviços públicos por meio de concessão.
Lei Federal nº 8.666/93	Todos	Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.
Lei Federal nº 8.987/95	Todos	Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Lei Federal nº 10.233/01	Todos	Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.
Lei Federal nº 11.079/04	Todos	Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.
Lei Federal nº 9.074/95	Todos	Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.
Lei Federal nº 10.406/02	730 a 742	Institui o Código Civil
Decreto nº 2.521/98	Todos	Dispõe sobre exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.
Lei Federal nº 9.784/99	31 e 32	Realização de audiência pública ou consulta pública. Distinção de ambas.
Instrução Normativa nº 27/98 do TCU	Todos	Fiscalização da privatização pelo TCU
Portaria nº 274 da ANTT	Todos	Disciplina o conteúdo, a sistemática e a apresentação do conjunto de documentos que compõe o Plano de Outorgas referente à prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.
Resolução nº 316 de 2009 do CONTRAN	Todos	Estabelece os requisitos de segurança para veículos de transporte coletivo de passageiros M2 e M3 (tipos microônibus e ônibus) de fabricação nacional e estrangeira.
Lei Federal nº 10.741/03	39 a 42	Institui o Estatuto do Idoso

## 2. REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO NA ARGENTINA – PRIVATIZAÇÕES

Outro modelo de regulamentação internacional digno de nota é o do sistema de transporte rodoviário argentino. A Argentina foi um dos primeiros países da América Latina a aderir às reformas do Estado dos anos noventa. Essa reforma teve início junto com o processo de concessão, impulsionado pela Lei de Reestruturação de Empresas Públicas, de 1989. Por meio da participação do setor privado na execução de serviços públicos, buscava-se diminuição do déficit público e a revitalização da economia. O país efetivamente colocou em prática um dos maiores programas de privatização da América Latina, o que certamente exerceu um forte impacto no setor de transportes e serviços relacionados.

Em poucos anos foram privatizadas a empresa de transporte aéreo (Aerolíneas Argentinas); a empresa naval de cargas (ELMA), vendendo-se todos os seus navios; a infra-estrutura portuária; e, ainda, o principal terminal de ônibus do país (Retiro, Buenos Aires), privatizado sob o regime de concessão. Na área da infra-es-

estrutura de transportes, foi privatizada toda a rede rodoviária, sendo a maior parte pelo sistema de pedágio (CAVALCANTI, 2002).

Ressalta-se que, em alguns desses casos, houve processos de privatização sem intervenção de agências reguladoras ou sequer de um marco regulatório, permitindo grande liberdade ao agente privado. Os portos, por exemplo, ficaram sujeitos apenas ao controle da Administração Geral dos Portos, enquanto o ente regulador Órgão Regulador do Sistema Nacional de Aeropuertos – ORSNA ficou responsável pelo controle da infra-estrutura aeroportuária.

Ao longo do tempo foram surgindo importantes mudanças no sistema, geradas a partir de diversas renegociações contratuais. Um dos resultados dessas adequações foi a criação da agência reguladora do sistema ferroviário, a Comisión Nacional de Regulación do Transporte, órgão descentralizado que atua no âmbito do Ministerio de Economía e Infraestructura, criado por Decreto do Poder Ejecutivo Nacional, Nº 660, em junho de 1996. Tem como atribuições o controle e fiscalização dos serviços de transporte automotor e ferroviário sob jurisdição nacional, assim como a proteção dos direitos dos usuários.

É importante salientar que, na Argentina, as concessões foram estabelecidas sob distintos regimes regulatórios, com diferenças substantivas para cada segmento, derivadas das negociações contratuais específicas levadas a cabo entre o governo nacional e as concessionárias. Algumas privatizações foram realizadas por Decretos e Resoluções do Poder Ejecutivo Nacional, enquanto outras foram feitas por meio de leis específicas. Isso gerou diversas renegociações de cláusulas contratuais, em geral, relacionadas à prorrogação de planos de investimento, ajustes tarifários, extensão de prazos de concessão, omissão de sanções frente ao cumprimento dos índices de qualidade dos serviços comprometidos nos contratos originais etc. Pôde-se constatar uma evidente debilidade dos marcos regulatórios, além do que, os poucos entes reguladores criados (como o atual OCCOVI – Órgão de Control de ro Concesiones Viales ou do ORSNA – Órgão Regulador do Sistema Nacional de Aeropuertos) foram dotados de um baixo grau de autonomia e independência em relação ao poder político, o que prejudicou a regulação dos serviços (CAVALCANTI, 2002).

## **2.1. O TRANSPORTE RODOVIÁRIO NA ARGENTINA**

O setor de transportes seguiu o curso das reformas estatais argentinas dos anos noventa, passando por um amplo processo de privatizações. A Secretaria de Obras Públicas da Nação concedeu 8.884 km de trechos nacionais à iniciativa privada. Foi realizada a concessão de aproximadamente 32% da rede nacional pavimentada, sob o sistema de pedágios (CAVALCANTI, 2002).

Criou-se o Ministério de Infra-Estrutura e Habitação, que reúne diversos tipos de serviços públicos que passaram pelo processo de reestruturação. No que diz respeito à estrutura de transporte rodoviário, destacam-se os seguintes órgãos:

- Secretaria de Transportes (antigamente vinculada ao Ministério de Economia)
- Comisión Nacional de Regulación ro Transporte (CNRT);
- Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas
- Organo de Control de Concesiones Viales (OCCV)
- Organo de Control de ro Concesiones de r Red de Accesos a r Ciudad de Buenos Aires
- Organo de Control de Concesión Obra Rosario – Victoria

A reestruturação do transporte colocada em vigor pelo Estado argentino foi realizada transferindo-se para a iniciativa privada toda a base técnica e material para a realização dos serviços (vias, oficinas, material rodante etc), além de garantir por contrato a operação e manutenção de infra-estrutura e material móvel. No ano de 1990, concedeu-se, para 13 consórcios, 18 corredores rodoviários nacionais, levando a um alto grau de concentração entre as empresas construtoras mais fortes (CAVALCANTI, 2002).

Ressalta-se que os contratos de concessão foram celebrados antes do órgão regulador ter sido criado, tendo sido prevista apenas a criação de um mecanismo de controle no âmbito do Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

O Órgão de Controle das Concessões Rodoviárias (Organo de Control de Concesiones Viales), atrelado à Direção Nacional de Rodovias (Dirección Nacional de Vialidad – OCCV)<sup>5</sup>, foi criado em 1992, entrando em funcionamento somente em 1993. Trata-se de um órgão de controle, porém sem autonomia, que tem como finalidade inspecionar o cumprimento dos contratos firmados entre o poder público e as concessionárias, sem interferir nos aspectos regulatórios das concessões (CAVALCANTI, 2002).

Para completar o quadro institucional referente às concessões de transporte público na Argentina, há ainda o Organo de Control de r Red de Accesos a Buenos Aires (OCRABA). Apesar de ser dependente da Secretaria de Obras Públicas, o órgão possui autonomia econômica e financeira. Por fim, foi criado, em 2001, o Organo de Control de Concesiones Viales (OCCOVI), que reuniu competências, funções e recursos dos outros órgãos reguladores acima citados (OCRABA, OCCV, Comisión Transitoria e Organo de Control de r Concesión de r Obra de r Conexión física entre ro ciudades de Rosario, rovincia de Santa Fe, e Victoria, em r rovincia de Entre Rios) (CAVALCANTI, 2002).

---

<sup>5</sup> A Dirección Nacional de Vialidad é responsável por formular e planejar as políticas públicas, tendo sido criada pela Lei 11.658, regulamentado pelo decreto 14.137 de 5 de outubro de 1932.

### 3. REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO NOS ESTADOS UNIDOS

Nos EUA, houve um grande processo de reforma regulatória a partir do século XIX, porém suas estruturas na área de transportes encontram-se presentes desde então, diferentemente do Brasil. O processo de regulação nos EUA está ligado à primeira agência regulatória moderna, a *Interstate Commerce Comissions* (ICC), criada com o fim de regular ferrovias. Em 1946 foi editada a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act – APA*), um mecanismo de formalização procedimental e homogeneização do funcionamento dos órgãos administrativos.

O controle da atividade das agências é feito pelos três poderes, porém o controle judicial é o mais amplo em sua forma e o mais restrito em seu objeto, pois pode ser exercido por ação de diversos interessados. O Legislativo exerce dois controles, o formal e o informal, além do seu poder de veto. O formal se dá pela possibilidade do Congresso poder gerar legislação que restrinja ou revogue autoridade anteriormente delegada a agência. O veto consiste na possibilidade de uma ou as duas casas do Congresso vetar atos e legislação da agência. O controle informal é o poder para investigar a implementação de programas previstos em leis pelas agências entre outros. O Executivo exerce algumas formas de controle, como por exemplo, controle judicial, controle judicial do abuso do poder discricionário pelas agências, entre outros. O controle judicial proporciona a análise das atividades efetuadas pelas agências; o controle judicial do abuso do poder discricionário pelas agências significa, uma vez que a corte examinando a decisão tenha entendido que a agência corretamente aplicou a lei, e que seu entendimento do substrato fático pertinente foi razoável, esta deverá ainda analisar se esta não é arbitrária ou abusiva (NETO, 2009).

Em comparação com as agências brasileiras, as agências nos EUA são mais numerosas e possuem competências mais amplas, compreendendo qualquer autoridade do Governo dos Estados unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais. A competência das agências nos EUA se faz notar pelo grau maior ou menos de poder discricionário a elas conferido. O direito administrativo norte-americano é construído a partir da criação das agências, os objetivos dos Estados na criação das mesmas é ser um instrumento de intervenção do Estado na economia do país (SHECAIRA, 2009).

As agências norte-americanas dividem-se em reguladoras e não reguladoras, dependendo se possuem ou não poderes normativos delegados pelo Congresso. As agências reguladoras têm poderes normativos e de decisão, delegados pelo Congresso, já as agências não reguladoras prestam serviços sociais, concedendo aos mais necessitados, benefícios (SHECAIRA, 2009). Mais precisamente, as agências reguladoras nos EUA possuem função “quase-legislativa”, por terem competência para baixar novas normas reguladoras, desde que não contrastem com os parâmetros genéricos estabelecido nas leis vigentes. Também possuem funções “quase-judi-

ciais”, por resolverem certos conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. No Brasil, as agências não possuem essa função legislativa capaz de introduzir inovações no ordenamento jurídico, uma vez que seus regulamentos limitam-se a garantir a fiel execução da lei (DI PIETRO, 2011).

Feitas essas considerações, voltemos à ICC. Com o tempo, algumas funções da ICC foram transferidas para outros órgãos criados posteriormente, como o *departamento f Transportation*, que ficou encarregado da segurança, e a *National Surface Transportation Board*, que ficou com poderes sobre as tarifas e rotas. A partir do século XX, houve a criação de estruturas governamentais criadas especialmente para a regulação.

Marco regulatório da maior importância, a Lei 49 U.S.C. 10101 do Congresso, reconhecida como Lei de Extinção do ICC, reformou o setor de transportes nos EUA e apresentou-se como uma estratégia de reforma em relação ao descuido regulatório econômico federal nos setor de transportes, desde o final de 1970 até início de 1980 (PECI, 2002).

Atualmente os EUA usam um modelo que tem como característica principal sua integração. Existe um órgão maior, que é o Departamento de Transportes (DOT), e todas as unidades administrativas estão integradas a ele, porém, cuidam de sub-setores específicos. O DOT é composto pelos seguintes órgãos: “Office of the Secretary”, Escritório de Estatísticas de Transportes, a Guarda Costeira, a Administração Federal de Aviação, a Administração Federal de Estradas de Rodagem, a Administração Federal de Segurança de Transportadoras Comerciais, a Administração Federal Ferroviária, a Administração Federal do Trânsito, a Administração Marítima, a Administração Nacional de Segurança no Trânsito nas Estradas de Rodagem, a Administração de Programas Especiais e de Pesquisa, a Corporação de Desenvolvimento do Transporte Aquaviário do rio São Lourenço, o Conselho de Transporte Terrestre, e o Centro de Serviços Administrativos.

O quadro abaixo especifica cada função destas unidades (DEPARTMENT..., 2012):

<b>OFFICE OF THE SECRETARY:</b> Liderança do DOT. O Secretário de Transportes é o principal conselheiro do Presidente em todas as questões relativas à área de transportes. Formula a política nacional de transportes e promove o transporte intermodal.
<b>BUREAU OF TRANSPORTATION STATISTICS:</b> compila, analisa e publica estatísticas relevantes para o sistema de transportes nacionais.
<b>COAST GUARD:</b> assegura o transporte seguro nas vias hidroviárias e a proteção do meio-ambiente marino.
<b>FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION:</b> segurança da aviação civil.
<b>FEDERAL HIGHWAY ADMINISTRATION:</b> coordena programas de transportes rodoviários em cooperação com estados e outros parceiros de modo a fortalecer a segurança, vitalidade econômica, qualidade de vida e meio-ambiente do país.

<b>FEDERAL MOTOR CARRIER SAFETY ADMINISTRATION:</b> prevenir fatalidades e acidentes relacionados com os automotores comerciais.
<b>FEDERAL TRANSIT ADMINISTRATION:</b> ajuda a desenvolver e melhorar o transporte de massas nas cidades e comunidades de todo o país.
<b>MARITIME ADMINISTRATION:</b> promove o desenvolvimento e a manutenção de uma marinha mercante adequada e equilibrada, suficiente para apoiar o comércio marítimo doméstico e capaz de servir como suporte naval e militar em tempos de guerra e emergência nacional.
<b>NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION:</b> responsável da redução do número de mortes, ferimentos e perdas econômicas resultantes dos acidentes de veículos.
<b>RESEARCH AND SPECIAL PROGRAMS ADMINISTRATION SAINT LAWRENCE SEAWAY DEVELOPMENT CORPORATION:</b> opera nas vias comerciais e não comerciais aquaviárias entre os Grandes Lagos e o Oceano Atlântico.
<b>SURFACE TRANSPORTATION BOARD:</b> corpo independente, bipartite, adjudicatório, responsável pela regulação econômica do transporte interestadual, principalmente ferroviário.
<b>TRANSPORTATION ADMINISTRATIVE SERVICE CENTER:</b> assegura serviços administrativos e técnicos para o DOT e outras entidades governamentais.

A Surface Transportation Board (STB) é um órgão interno. A agência tem jurisdição sobre a taxa de estrada de ferro e problemas de serviço e reestruturação de operações ferroviárias (fusões, vendas de linhas, construção de linha e abandono de linha), bem como de seguro de companhia de caminhões, companhia de seguro interurbano de passageiros de ônibus, questões financeiras e operacionais e taxas e seguro de serviços de duto não regulados pela Comissão Federal Regulatória de Energia. O sistema de regulação nos EUA visa abordar questões da sociedade, como segurança, saúde, bem-estar, não somente a questão econômica. Por isso, foi criada a National Highway Safety Administration – NHTSA (Administração Nacional de Segurança do Trânsito nas Estradas de Rodagem), cuja missão é prevenir danos e reduzir os acidentes de tráfego (DEPARTMENT..., 2012).

Nos EUA o papel do Estado sempre foi definido em termos de maior ou menor espectro de marcos e estruturas regulatórias. As estruturas regulatórias nasceram e foram fortalecidas com base num amplo consenso político, no setor de transportes, assim como em outros setores de infra-estrutura, a partir de pressão de empresários e representantes da sociedade. O maior objetivo dos EUA atualmente é diminuir a intervenção estatal na economia privada, ou seja, o país busca a desregulamentação. As estruturas regulatórias nos EUA não são dotadas de independência, pois são todas interligadas com o DOT (PECI, 2002).

#### **4. RELAÇÃO ENTRE EXPERIÊNCIAS DE REGULAÇÃO INTERNACIONAIS E O PROCESSO REGULATÓRIO NO BRASIL**

O presente estudo ressalta a importância da utilização de experiências regulatórias de outros países como parâmetro para a reestruturação do transporte público.

blico no Brasil. É possível constatar algumas similaridades e também diferenças significativas que merecem ser levadas em consideração.

É importante ressaltar, de início, que os princípios gerais adotados nos sistemas se assemelham bastante no que diz respeito aos objetivos pretendidos, como a segurança, o conforto, o bom funcionamento e o atendimento igualitário aos usuários do sistema. Nesse ponto, não se verificam muitas diferenças. Busca-se, de forma geral, um sistema que supra as necessidades básicas de atendimento aos usuários, de forma eficaz.

Em relação ao caso argentino, é importante ter como lição os problemas causados em razão do seu processo de privatização exageradamente amplo e acelerado, permitindo muita liberdade às prestadoras dos serviços públicos. Nesse sentido, percebe-se a importância da intervenção de agências reguladoras e de um marco regulatório bem definido para impor limites às prestadoras. O agente regulador mostra-se como uma instituição fundamental para o desenho do sistema, de modo a efetivar as normas de cunho administrativo, fazer a fiscalização e aplicar sanções.

Com relação ao desenho institucional norte-americano, é interessante notar as características das legislações federais e estaduais bem como o modo de funcionamento dos entes reguladores. No modelo estadunidense, as agências reguladoras possuem amplos poderes jurídicos e legislativos, porém baixo grau de autonomia, uma vez que estão subordinadas às diretrizes do Departamento de Transportes (DOT), órgão que centraliza as políticas de transporte em âmbito nacional. Embora também existam agências reguladoras no modelo americano, esse modelo possui características que lhe fazem funcionar sob uma lógica distinta do modelo brasileiro. As agências reguladoras nos EUA, por exemplo, possuem função “quase-legislativa”, por terem competência para baixar novas normas reguladoras, além de funções chamadas “quase-judiciais”, por resolverem certos conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los, enquanto no Brasil as agências não possuem função legislativa capaz de introduzir inovações no ordenamento jurídico, apenas de regulamentação. Essas diferenças possibilitam colocar questão o papel das agências reguladoras no Brasil, que embora tenham adquirido maior autonomia quando definidas como autarquias especiais, ainda enfrentam dificuldades na fiscalização muitas vezes pela impossibilidade de ditar normas inovadoras no mundo jurídico.

De modo geral, para além da função das agências reguladoras, é possível constatar a importância de se ter regras bem definidas, assim como estudos técnicos bem fundamentados que possam servir de base à implementação das concessões. É preciso levar em conta, ainda, que apesar das regras esse é sempre um processo que envolve barganha e negociação, ou seja, é necessário lançar mão de critérios de aferição pública, realizando-se a chamada da população e dos demais setores envolvidos, observando-se o princípio democrático que permeia a concessão do serviço de transporte público de passageiros.

## CONCLUSÃO

Após um amplo processo de reformas estatais iniciado nos anos noventa, passando-se por uma posterior redefinição do papel das agências reguladoras, que vieram a ter mais autonomia sob a figura de *autarquias especiais*, o Brasil possui atualmente um sistema regulatório de transporte público baseado no modelo de concessões, no qual as agências reguladoras desempenham um papel fundamental.

Na Argentina, onde o processo de privatizações foi mais amplo que o brasileiro – já que o modelo neoliberal foi adotado de forma extrema – instituiu-se um sistema em que as agências reguladoras ou eram inexistentes ou providas de pouca autonomia. Isso gerou a necessidade de diversas renegociações contratuais, causando ônus ao Estado. Ademais, no modelo argentino foram instituídos marcos regulatórios debilitados, permitindo muita liberdade aos agentes privados, não raro em detrimento dos interesses dos usuários dos serviços públicos.

Tanto no modelo argentino como no estadunidense há um órgão do governo que dita as regras, porém, no segundo caso o órgão central é dividido em órgãos menores, para que seja feita a regulação específica da atividade. As agências reguladoras nos EUA são dotadas de função legislativa capaz de introduzir inovações no ordenamento jurídico, enquanto no Brasil as agências possuem menos autonomia, são dotadas apenas de poderes para regulamentação.

É possível constatar que cada modelo possui suas especificidades, havendo fatores históricos e culturais determinantes na adoção do sistema. O marco regulatório instituído atualmente no Brasil permite um sistema de controle e fiscalização relativamente eficaz.

O processo de privatizações de serviços públicos dos anos 1990 foi realizado no Brasil na tentativa de diminuir o déficit público e controlar a inflação, o que levou a um processo de desestatização, culminando na reestruturação e fortalecimento de diversas áreas do serviço público. Na época, a área de transportes foi considerada um investimento lucrativo e sem riscos, por isso foi muito pressionada para ser privatizada, o que, num segundo momento, foi essencial para se alcançar a reestruturação do desenho institucional, culminando no atual modelo de concessões de serviços públicos, que é uma espécie de meio-termo entre a estatização e a privatização. Pelo atual sistema brasileiro de concessões é possível obter-se, de um lado, qualidade e menor preço dos serviços, decorrente da competitividade na iniciativa privada e, de outro lado, a possibilidade de um rigoroso controle estatal, desempenhado por meio das agências reguladoras.

Contudo, para que isso possa ser verificado na prática, é preciso atentar-se para questões específicas, como a maneira pela qual se elaboram os editais de licitação, permitindo competitividade, qualidade e menor preço; outro ponto importante é atentar para a necessidade de prover as agências reguladoras com a capacidade técnico-operacional adequada para promoverem um sistema de fiscalização funcional e

ampliação do processo de controle social, que pode se dar por meio das consultas públicas e também da formulação de políticas públicas do setor, articuladas de maneira mais contínua com os órgãos e entidades representativos dos diversos interesses sob os quais se dão os pactos políticos em nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

AUAD, Denise. Autoridades Administrativas Independentes na França. p. 439-452. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: Temas Polêmicos. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.*

CAVALCANTI, Bianor Scelza. *Reformas e políticas regulatórias na área de transportes*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, 2002. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0044308.pdf>. Acessado em: 12.01.2012.

DEPARTAMENT OF TRANSPORTATION. Disponível em: <http://regs.dot.gov/>. Acessado em: 11.01.2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FACCIO, Ana Julian; RÜCKERT, Aldomar Arnaldo. *As Contradições da Reforma do Estado de Modelo Neoliberal: Atores Locais/Regionais e o Projeto de Reativação do Trecho Ferroviário Passo Fundo - Marcelino Ramos/RS*. Disponível em: [www.revistageopolitica.com.br](http://www.revistageopolitica.com.br). Acessado em: 12.01.2012.

FILHO, Marçal Justen. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

NETO, Orlando Celso de Silva. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. p. 393-417. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: Temas Polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.*

NUNES, Edson; PEIXOTO, Vitor ; RIBEIRO, Leandro Molhano. Agências reguladoras no Brasil. *In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Político Brasileiro: uma Introdução*. São Paulo: UNESP, 2007.

PECI, Alketa. *Modelos Regulatórios na área de transportes: a experiência americana*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre La Reforma del Estado y de La Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0044309.pdf>. Acessado em: 10.01.2012.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. *A Competência das Agências Reguladoras nos EUA*. p. 419-435. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.



**A RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À POLÍTICA DE INSERÇÃO DO DEFICIENTE NO MERCADO DE TRABALHO: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PANO DE FUNDO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

*The responsibility of judicial sector in the process of inclusion of challenged people in the labour market: the constitutional law as background of implementation for social rights*

**DENISE MORGADO DE OLIVEIRA JUNQUEIRA**

Mestranda em Direito Constitucional pelo Minter – ITE/CIESA. Pós-graduada em Direito do Trabalho. E-mail: denise.m.junqueira@gmail.com.

RECEBIDO EM: 22.10.2013

APROVADO EM: 21.01.2013

---

**RESUMO**

Realidade cotidiana em outros países, a inclusão do deficiente físico no Brasil encontra obstáculos, principalmente por ainda não fazer parte da nossa cultura. O Deficiente físico<sup>6</sup> – entenda-se deficiente mental e físico – é considerado inválido, incapaz para assumir uma atividade laboral. O presente trabalho busca, entre as tentativas da iniciativa privada e do Poder Público de incluir o deficiente na sociedade, apontar a importância do Poder Judiciário, como protetor das Leis e dos Direitos Fundamentais, tendo por estrutura o Direito Constitucional e suas prerrogativas para a instauração do bem estar social. Para a efetivação e o alcance social das normas estabelecidas para a inclusão do deficiente físico é imprescindível uma mudança comportamental de todos e um maior empenho das autoridades, não só na criação, fiscalização e execução de normas, mas um comprometimento verdadeiro com a defesa do direito à igualdade, assim como do direito à vida, à liberdade e à dignidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEFICIENTE FÍSICO. INCLUSÃO. MERCADO DE TRABALHO. DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

---

<sup>6</sup> Nossas leis, mesmo depois de 5.10.1988, por vezes referem-se à deficiência física, embora a ela não pretendam restringir-se. Esse conceito é variado nas palavras, embora mantenha sua essência em várias constituições, na OIT e na ONU. Todos tratam como deficiente aquele ser humano que sofre limitação em grau considerável nas funções naturais do físico, da mente ou dos sentidos, para a realização das atividades do cotidiano.

---

**ABSTRACT**

Common sense in other countries, the inclusion of physically and mentally challenged people in the labour market in Brazil, isn't yet part of the culture. Among us, they consider challenged people not able to work. The aim of present work is to point out the importance of the role of the Judicial Sector, taking into consideration the attempts of Private and Public Sector. The Judicial Sector must be seen as a protector of fundamental rights, based on the structure of the Constitutional Law, and its prerogatives in the pursue of social welfare.

In fact, the effectiveness of social inclusion of challenged people implies a social and behavioral change, as well as, a deep commitment of the authorities. It is necessary to create, monitor and enforce the legal frame as a condition to ensure the right to life, to freedom, and to dignity.

**KEYWORDS:** POOR PHYSICAL. INCLUSION. LABOUR MARKET. CONSTITUTIONAL RIGHTS

---

**SUMÁRIO:** Contextualização do problema: a dinâmica da sociedade em desenvolvimento e a proteção dos direitos das pessoas com deficiência. 1. Breves considerações sobre os direitos constitucionais garantidos pela lei nº 7.853, de 1989. 1.1. Reflexos da proteção legal à pessoa com deficiência. 1.2. Ações e medidas para inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho a partir do judiciário. 1.2.1. As medidas extrajudiciais. 1.2.2. As medidas judiciais *lato sensu*. 1.2.3 Estado de direito: liberdade econômica, livre iniciativa e proteção do trabalhador: uma equação em desenvolvimento. Conclusão. Referências.

---

**CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA: A DINÂMICA DA SOCIEDADE EM DESENVOLVIMENTO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Os seres humanos estão em constante evolução, e esta, varia de acordo com as necessidades e disponibilidades de tecnologia e conhecimentos, além da interação com o meio e entre si, o que amplia a gama de relações pelos interesses defendidos. Essa evolução individual ou de grupos é o dínamo propulsor da evolução das sociedades e essa dinâmica das mudanças sociais e individuais, por conseguinte, conclama os legisladores, juristas e a administração pública à busca de novas respostas às demandas daí advindas. Nas palavras de Alvino Lima: “A sociedade é a soma dos indivíduos juxtapostos, e a proteção da pessoa forma o conteúdo da noção e Direito.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> LIMA, Alvino. Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito. Revis-

Não se pode perder de vista que, pela essência do ser social que condiciona o ser humano, a convivência é um imperativo natural, não tendo o homem condições de satisfazer cabalmente suas necessidades de maneira isolada. “Seu progresso moral, intelectual ou econômico, decorre da contínua aproximação a seus semelhantes.”<sup>8</sup>

“A sociedade se apresenta como um conjunto de relações entre indivíduos da espécie humana”<sup>9</sup>, portanto, sua evolução depende da evolução do indivíduo. O direito exerce um papel relevante enquanto criador, garantidor e manifestador dos direitos individuais e coletivos.

No que se refere ao conceito de deficiente físico, na maioria dos casos é uma “definição cultural”, onde a definição médica de alguma incapacidade física ou mental é apenas instrumental. A deficiência é delimitada pelos papéis, direitos, expectativas e o status social do deficiente e da comunidade onde convive, consistindo assim, num conceito social e flexível.

O conceito de deficiente legalmente admitido no Brasil é aquele estabelecido pelo art. 1º da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, patrocinada pela Organização das Nações Unidas, convenção essa aprovada por Decreto Legislativo e promulgada pelo Presidente da República.<sup>10</sup>

Os deficientes – ou limitados em suas capacidades – receberam tratamento diverso ao longo da história, variando conforme a época e a localização, sendo que, na maior parte das vezes, este tratamento baseava-se em preconceitos, ignorância ou simplesmente baseado em credulidades. Assim, os deficientes foram tratados como inúteis, dispensáveis, impregnados de maus desígnios, castigados por Deus – na visão de Santo Agostinho (anos 345 e 430), ou, seres doentes que poderiam corromper os sãos.

Alguns tratamentos especialmente cruéis foram dispensados aos deficientes ao longo da história: a) na Roma antiga, o patriarca tinha autorização legal, proveniente da Lei das XII Tábuas, para matar seus filhos defeituosos; b) para os hebreus, a pessoa deficiente não podia dirigir os serviços religiosos; c) na Grécia, bastava que os recém-nascidos demonstrassem alguma fragilidade (não necessariamente apresentar uma deficiência), eram jogados num abismo com mais de dois mil e quatrocentos metros, chamado Taigesto; d) em pleno século XX, os nazistas sacrificavam pessoas deficientes para evitar que estes gerassem descendentes com os mesmos “defeitos”.

---

ta Forense. Rio de Janeiro: Forense, out. 1939 – Apud MARQUES; MIRAGE, 2012, p. 26.

<sup>8</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, estado e direito público – Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim. 2011, p. 43.

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 46.

<sup>10</sup> Art. 1º da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por outro lado, pela influência de Aristóteles, em Atenas, os doentes e deficientes tinham acesso às atividades produtivas e exercícios, recebendo até mesmo algum auxílio, nos moldes da nossa Seguridade Social, quando não podiam realizar determinada atividade. Em Roma também se agiu assim. Temos outros exemplos de tratamento melhorado para os deficientes: a) A doutrina Cristã, na Idade Média, induziu os senhores feudais a amparar as pessoas deficientes; b) Na Inglaterra e na França, no século XIII, eram nomeados tutores e curadores para os doentes e deficientes; c) Nos fins dos séculos XIV e XV, com o Renascimento, o deficiente veio a ter reconhecida sua condição de humano, sendo que, a França, além de instituir a assistência social aos deficientes, passou a substituir gradativamente o assistencialismo pela integração do deficiente na área produtiva.<sup>11</sup>

As guerras fortaleceram a ideia de que os deficientes deveriam ser inseridos no processo de produção ou assistidos pela sociedade, devido ao grande número de pessoas vitimadas nos conflitos bélicos. Da mesma forma, a Revolução Industrial, causadora de diversas deficiências, também contribuiu para que maior atenção fosse dedicada à habilitação do deficiente para o trabalho.<sup>12</sup>

A proteção específica dos direitos das pessoas com deficiência somente veio a ser concretizada após a efetivação dos direitos sociais nas constituições modernas.

No Brasil, a proteção e garantias de direitos aos deficientes evoluíram de forma lenta e gradual nos últimos trinta e cinco anos, quando o legislador se ocupou em lhes garantir a dignidade e a sobrevivência. Em 1978, por força da EC n.12, estabeleceu-se a assistência social aos deficientes; em 1988, a CF consagrou diversos dispositivos aos deficientes; em 1989 foi criada a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; em 1991, a Lei 8.2013 que dispõe sobre os Benefícios da Previdência Social, em seu art.93, criou a obrigatoriedade por parte das empresas de manter em seu quadro de empregados um número de pessoas que tenha alguma deficiência, proporcional ao número total de trabalhadores contratados e no § 1º do dispositivo em questão, há a garantia de a estabilidade do empregado.

O Estado tem buscado através da criação de leis e projetos sociais integrar o indivíduo na sociedade, resgatando-lhe a dignidade e dando-lhe meios de provimento da saúde e bem estar. Mas ainda há muitos obstáculos a vencer até que se alcance o alvo desejado. Desde a aceitação da própria família do deficiente, passando pela preparação escolar, capacitação profissional, adequação do ambiente de trabalho – tanto estrutural como de pessoal, são exemplos gerais do que provoca a exclusão desse trabalhador.

Há que se considerar que ninguém é deficiente por opção e que qualquer

<sup>11</sup> NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003, ps. 5 e 6.

<sup>12</sup> NIESS e NIESS, Op. Cit., p. 7.

pessoa pode se tornar deficiente, como nos casos de acidentes, guerras e doenças crônicas.

Por outro lado, a imposição legal de se contratar deficientes quando não se tem pessoas habilitadas em número suficiente para suprir as cotas exigidas, originando penalidades ao empregador, dá margem para ações nem sempre positivas, levando o empresário a forjar contratações, enquadrando antigos funcionários como deficientes ou contratando o deficiente, sem, no entanto, engajá-lo na atividade produtiva.

Mais do que efetivação da Lei, a integração do portador de deficiência no mercado de trabalho é exercício do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade humana, Princípios Constitucionais norteadores de todo complexo legal brasileiro, que devemos perseguir e fazer valer através do conhecimento e prática.

A inclusão do deficiente deve deixar de ser compromisso social para se tornar necessidade empresarial, ou seja, mão de obra qualificada, imprescindível para o exercício da atividade empresarial, sem rótulos, sem dificuldades, sem segregação, para que, ao final, toda a sociedade saia ganhando.

Para tanto, necessárias são as ações do Direito e da Educação, atuando numa mudança cultural que há de extirpar o preconceito, tornando o sistema jurídico social e administrativo menos deficiente.

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDOS PELA LEI N° 7.853, DE 1989**

Nos dizeres de José Afonso Silva: “Toda constituição é feita para ser aplicada”<sup>13</sup>.

A Carta Constitucional de uma nação é o principal instrumento de manifestação autêntica dos diversos interesses da sociedade, devendo se originar de uma reivindicação popular, num processo participativo e manter-se em permanente sintonia com as expectativas e necessidades do povo. Segundo Walter Claudius Rothenburg, “É preciso que verifique o apelo prático da Constituição, ou seja, que ela tenha condições de aplicar-se e seja efetivamente aplicada”. Para essa efetividade, não basta o texto legal, é preciso a adesão popular do povo, com sentimento constitucional.<sup>14</sup>

A atual Carta Magna, de 1988, trouxe dispositivos garantidores de direitos e proteção aos deficientes de grande significância. Há que se considerar, antes de tratarmos dos efeitos das normas, as espécies e características das normas constitucionais, numa classificação especificamente constitucional.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012 p. 223.

<sup>14</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito constitucional. 1. Ed. São Paulo: Verbatim. 2010, p. 35.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et tal. Curso de direito constitucional. 2. Ed. São Paulo: Sarai-

Chamamos, pela lógica, de normas constitucionais todas aquelas que se encontram na Constituição, surgindo daí a primeira característica dessas normas que é a dicotomia formal/material. Toda norma constitucional é formal, pois que inserida no texto da Carta Magna, e ainda materialmente formal pela essência de seu conteúdo.<sup>16</sup>

Quanto à sua executoriedade, a tradicional classificação chama de normas operativas aquelas que são dotadas de eficiência imediata, ou não dependem de condições institucionais ou de fato. Essas normas de aplicação imediata são caracterizadas por não deixar espaço entre o seu significado e o desencadeamento de seus efeitos, numa realidade normativa inelástica, insuscetível de modelagem. Essa norma não aceita limitação, entretanto, aceita regulamentação.

Noutra ordem, estão as normas programáticas que dependem de providências especificadas fora ou além do texto constitucional para a concretização de seus objetivos. São dispositivos constitucionais que, para adquirir plena eficácia jurídica, dependem de integração normativa, por meio de leis que “transmitam vida e energia a grande número de dispositivos”<sup>17</sup>, sendo elas, geralmente, com objetivos sociais.

Partindo, então, da eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, essa pode ser considerada autoexecutável e não autoexecutável, sendo a primeira bastante em si, completa e suficientemente precisa na sua hipótese de incidência e na sua disposição. Seus efeitos são previstos no próprio dispositivo. Enquanto que a norma não aplicável é incompleta ou insuficiente, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras.

Nesse passo, impende salientar que, no Brasil, a demora com a publicação de Lei regulamentar varia de quatro a vinte anos, período esse em que a norma só existe formalmente, sem qualquer aplicabilidade ou efeito.

Nessa esteira, para regulamentar os Direitos às pessoas deficientes, constantes no texto constitucional de 1988, foi criada a Lei nº 7.853/1989, que por sua vez, foi regulamentada em 1999, pelo Decreto n. 3.298/99, atribuindo-lhe maior efetividade.

Dentre outras providências, a Lei nº 7.853/1989 atribui ao Ministério Público, de forma inédita, a defesa dos interesses difusos e coletivos da Pessoa Deficiente, tratando ainda de diversas matérias que se associam na construção de uma melhor qualidade de vida a essas pessoas.

Outro ponto que merece destaque é a criminalização (art. 8º) da conduta discriminatória ao deficiente, seja na escola, no trabalho, estabelecimento hospitalar ou mesmo no concurso público. Ainda disciplina a questão da acessibilidade, determinando normas para edificações públicas e particulares.

Aponta ainda a Lei nº 7.853/1898, como valores básicos, a igualdade de

---

va. 2008, p. 25.

<sup>16</sup> Ibidem., p. 28.

<sup>17</sup> SILVA, Op. Cit.,p. 224.

tratamento e oportunidade, justiça social, respeito à dignidade da pessoa humana, bem-estar, e outros direitos constitucionais ou justificados pelos princípios gerais de direito.<sup>18</sup>

Os apontamentos de Luiz David Araujo, em sua obra publicada pela Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça,<sup>19</sup> quando analisa os efeitos das normas constitucionais dos deficientes, indicam que o patrimônio jurídico do deficiente se resume no cumprimento do direito à igualdade, resguardando a obediência à isonomia de todos, evitando discriminações ou colocando os deficientes em posição privilegiada.

Os benefícios se justificam pela própria dificuldade de inclusão natural desse grupo de pessoas, devendo-se considerar, entretanto o dúplice enfoque do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, que demonstra toda a preocupação do legislador constituinte de tratar as pessoas igualmente, sem qualquer distinção (igualdade formal ou igualdade perante a lei). Além disso, os valores realçados pela Lei Maior são direitos de pessoas ou grupos que necessitam de proteção especial em situações especificadas, caracterizando então, uma discriminação perfeitamente aceita e adequada à realidade vivida por tais grupos.

Resta claro que essa discriminação permitida se dá pela necessidade de desigualar, em busca da igualdade, não podendo o juiz, o administrador e o particular discriminar diante da aplicação da lei. Essa é a *igualdade perante a lei*, ou igualdade formal.

Em outro aspecto, devemos entender que a *igualdade na lei* nada mais é do que a proteção da cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais das pessoas deficientes, que, na sensibilidade do legislador depende de uma proteção específica para sua integração social.<sup>20</sup>

O sistema de proteção ao deficiente é formado por regras que discriminam, protegem, privilegiam, concede benefícios imprescindíveis aos olhos do constituinte, para a equiparação de certas situações ou grupos, dentre eles, o deficiente. Essa discriminação positiva não é inconstitucional desde que: a) a discriminação não atinja de modo atual e absoluto só um indivíduo; b) que o fator de desigualação consista num traço diferencial residente nas pessoas ou situações – vale dizer, que não lhes seja alheio; c) a existência de um nexó lógico entre o fator de *discrimen* e a discriminação legal estabelecida em razão dele; d) que no caso concreto, tal vínculo de correlação seja pertinente em função de interesses constitucionalmente protegidos, visando ao bem público.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> GIL. Vilma Dias B. Pactos para inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Revista LTr, vol. 74, n.06, junho de 2010.

<sup>19</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. 4. Ed. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. Brasília: Coordenaria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 1997, ps. 80.

<sup>20</sup> ARAUJO, Op. Cit. 1997, p. 84.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Antônio Bandeira, citado por Geilson Salomão Leite. Disponí-

Em resumo, a Lei 7.853/1989 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, e ainda previu a promulgação de outra lei para criar e assegurar reserva de mercado em toda a economia brasileira em favor da pessoa deficiente. Trouxe a aplicabilidade e efetividade às normas e preceitos constitucionais de direitos ao deficiente.

Em que pese o esforço normativo para diminuir a diferença entre deficiente e não deficiente na vida prática ainda temos muitos obstáculos a superar e novos hábitos a serem inseridos. As ações afirmativas, formas práticas da aplicabilidade legal como reserva de vagas e acessibilidade, enfrentam barreiras quase intransponíveis antes que surjam seus efeitos.

Como exemplo o que se deu com o direito à acessibilidade, que só foi garantido em 2000, com a Lei 10.098, mais de doze anos depois da promulgação da CF, sendo que os prazos ainda ficaram para o Decreto Regulamentar que demorou mais de quatro anos para ser feito, em patente descaso do Poder Legislativo.

O Poder Judiciário tem também sua mancha negra na história de defesa dos direitos do deficiente, afinal, demorou vinte e um anos para reconhecer às pessoas deficientes o direito de terem vagas reservadas no concurso da Magistratura!

### **1.1. REFLEXOS DA PROTEÇÃO LEGAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Sem sombra de dúvidas, a primeira consequência advinda da proteção legal do deficiente foi o reconhecimento de que são pessoas capazes, produtivas e úteis, garantindo-lhes os direitos básicos (direito à vida, dignidade, liberdade, saúde, educação, entre outros), mas também viabilizando meios para a sua inserção no mercado de trabalho e na sociedade.

Desde a Constituição de 1988, muitas normas tem sido criadas buscando efetivar esses direitos. Nesse ponto, deixando de lado os fatos, analisemos a doutrina jurídica no que se refere à contrafaticidade do direito.

Contrafaticidade significa que as normas jurídicas são contrárias aos fatos reais. Devemos entender que as normas possuem validade independente da lógica ou do senso comum. Tem o objetivo de determinar o dever ser que resulta em uma consequência jurídica que pode ser uma sanção ou um benefício. Esse caráter contrafático indica que a norma jurídica é sempre instrumento para a transformação social ou manutenção de princípios. Porém, a necessidade da imposição legal para que um objetivo seja atendido, assinala que a sociedade não está atenta a esses direitos ou aos seus destinatários.

Ao mesmo tempo em que o número grande de leis defensoras dos direitos do deficiente nos impressiona pelo cuidado do legislador em proteger, inserir na sociedade e garantir direitos fundamentais, também nos alerta para o fato de que o

---

vel em: [http://www.projetoatbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16&Itemid=44](http://www.projetoatbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=44), Acessado em 05.09.2013.

deficiente ainda vive discriminado ou invisível, prejudicado, marginalizado, necessitando assim de normas que modifiquem essa situação.

Mas há que se destacar como avanço dos direitos do deficiente como reflexo da proteção legal, com base na CF de 1988, da Convenção Internacional da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência, na legislação infraconstitucional dos Municípios, Estados e União os seguintes pontos<sup>22</sup>:

- a) O cidadão brasileiro com deficiência poderá tomar medidas administrativas, junto ao Estado, nas três esferas Governamentais, e poderá ajuizar ações judiciais, bem como medidas judiciais perante o Poder Judiciário, respeitadas as normas processuais de competência, em todas as instâncias para garantir os seus direitos e para obter recursos para a prevenção e tratamento das doenças que o acometem;
- b) Reconhecimento do Poder Judiciário e as Instituições indispensáveis à administração da justiça, como o Ministério Público e as Defensorias Públicas – art. 13 da Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência e o acesso à Justiça;
- c) Assistência jurídica gratuita;
- d) Prioridade no andamento dos processos judiciais e procedimentos administrativos;
- e) Direito ao trabalho e da não discriminação (art. 37, VII da CF/ Lei 8.112/90 e Lei 8.203/91, art. 93;
- f) Liberdade de escolha do trabalho e em igual oportunidade, em ambiente inclusivo e acessível (decorre dos princípios inerentes à dignidade da pessoa, à autonomia individual, à liberdade de fazer as suas próprias escolhas e à independência que se almeja);
- g) Direito à informação, art. 5º, XXXIV da CF. Abarca todas as informações sobre o diagnóstico, tratamento, prognóstico. Todavia, não se restringe apenas à qualidade da informação, mas também o direito a que essas informações lhe sejam transmitidas de forma mais adequada possível, por profissionais capacitados, de modo a não agravar o estado psicológico do deficiente;
- h) Benefício de prestação continuada da Assistência Social – art. 203, V da CF/ Lei 8.742/1993. Garante o recebimento de um valor mensal equivalente a um salário mínimo à pessoa deficiente ou ao idoso, desde que comprovado que não possuem meios para prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, independentemente de contribuição para a Previdência Social;
- i) Isenções Tributárias para as pessoas com deficiência – Sistema Tributá-

<sup>22</sup> Projeto AT/Brasil. AT – Proteção Legal Brasileira e Direito das Pessoas. Proteção Legal Brasileira e Direitos da Pessoa com Deficiência.

rio Brasileiro, art.s 145 a 156, disciplinando matérias alusivas à competência tributária, normas – princípio, direitos fundamentais do contribuinte, imunidades, normas gerais e tipologia tributária. O Princípio da Igualdade Tributária está expresso no art. 150, II da CF;

j) Isenção fiscal do imposto sobre operações financeiras – IOF para os deficientes – incide sobre operações de crédito, câmbio e seguro e títulos ou valores mobiliários;

k) Isenção às pessoas com deficiência sobre a renda - IRPF. Art. 153, II da CF, o IRPF está submetido aos princípios da generalidade, universalidade e progressividade, sendo regido pelas Leis n. 7.713/88 e 9.205/95 e regulamentado pelo Decreto n. 3000/99;

l) Saque do FGTS – tanto de todo o saldo da conta, como das quantias depositadas mensalmente pelo empregador do pai ou mãe, para tratamento de dependente (art. 20, Lei 8.036/90);

m) Assistência Farmacêutica desenvolvida pelo Ministério da Saúde- direcionada a aquisição de medicamentos da atenção básica à saúde;

n) Serviço Humanitário de Transporte de medicamentos importados.

Apesar de que ainda há muito a se fazer, principalmente na estruturação física de acessibilidade, tratamentos médicos, qualificação profissional do deficiente e educação da população, as normas em vigor orientam esse procedimento de reconhecimento de direitos, institucionaliza políticas públicas e mais, pelo caráter pedagógico tenta adequar o pensamento e a cultura popular para diminuir a diferença entre deficiente e não deficiente.

## **1.2. AÇÕES E MEDIDAS PARA INSERÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO A PARTIR DO JUDICIÁRIO**

A atividade laboral, de importância social, política e econômica é normatizada pela Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT, de 1943. Constitui mais que fonte de sustento, eis que provedora da dignidade, independência e bem estar do indivíduo e geradora de riquezas, bens e serviços para a coletividade.

O direito do trabalho nas Constituições é um ramo com princípios e normas próprias, tendo como objeto disciplinar o trabalho profissional, suas garantias consideradas fundamentais, as regras de organização e os direitos e deveres básicos que devem ordenar as relações de trabalho. A valoração que se desenvolve no plano Constitucional do direito trabalhista se dá em três ordens: a do trabalho, a dos direitos sociais e a dos direitos trabalhistas.<sup>23</sup>

Para a Constituição da China (1982, art.42), o trabalho é um “honroso

<sup>23</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. 2005, ps. 190 a 193.

dever de todos os cidadãos aptos a fazê-lo”. Proclama a Espanha (1978, art.35) que “todos os espanhóis tem o dever de trabalho e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão e ofício, à promoção por meio do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família”. Preceitos similares expressam as Constituições do Japão (1946, art. 27), de Portugal (1976, art. 59) e de Cuba, (1976, art.44), para a qual p trabalho “é um direito, um dever e um motivo de honra para o cidadão”.

A Constituição brasileira (1988) declara o trabalho como um dos princípios gerais da atividade econômica, a partir da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art. 170) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Os direitos e garantias fundamentais estão dispostos no art.5º, XII e no art.7º.

Segundo Amauri Mascaro, a valorização do trabalho no Brasil, até atingir o nível constitucional, percorreu um longo caminho.

A proteção ao deficiente se concentrava em algumas normas coletivas que tratavam de garantia de emprego ao acidentado.

Em 1978, a EC. N. 12 estabeleceu em um único artigo que os deficientes não poderiam ser discriminados quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários – inciso III.

A Lei n. 7.853/89 instituiu a Coordenadoria Nacional para a Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (CORDE).

A CF de 1988 inovou quanto à situação jurídica do trabalhador portador de deficiência, ao estabelecer no art.7º, XXXI a proibição de qualquer tipo de discriminação, principalmente no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalhador deficiente, propiciando importantes avanços no que toca à proteção deste. Convém destacar que na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, na Comissão de Ordem Social e na Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte, não havia texto sobre o tema.<sup>24</sup>

A partir da Convenção n. 159 da OIT, foi criada a política nacional sobre reabilitação profissional no emprego das pessoas deficientes, com a finalidade de inseri-las no mercado regular de trabalho o Decreto Legislativo n.51 de 25 de agosto de 1989 e promulgada pelo Decreto n. 129 de 22 de maio de 1991.

A legislação previdenciária agregou restrição indireta à dispensa de empregados portadores de necessidades especiais, estipulando que o obreiro submetido a processo de reabilitação profissional somente poderia ser dispensado mediante a correlata contratação de outro trabalhador em situação semelhante (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91).<sup>25</sup>

A garantia de vagas de emprego para pessoas com deficiência no Brasil está amparado pela Lei 8.213/91, conhecida como lei de cotas. Esta lei obriga as

<sup>24</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 471.

<sup>25</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr. 2009, p. 733.

empresas com 100 ou mais empregados a reservarem vagas para pessoas deficientes, em proporções que variam de acordo com o número de empregados: de 100 a 200, reserva 2%; de 201 a 500, de 3%; de 501 a 1.000, reserva de 4%; acima de 1.001, 5% das vagas devem ser reservadas às pessoas deficientes. O Estado retirou de suas costas esse dever, transferindo-o para a iniciativa privada. As empresas que descumprirem tal regramento legal estarão sujeitas a lavratura de autos de infração pela fiscalização das Superintendências Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego ou ajuizamento de Ação Civil Pública pelo MTE.

Essa lei vigora há mais de 20 anos, e o Ministério do Trabalho e do Emprego, em suas fiscalizações se deparam com o seu descumprimento, justificando as empresas a falta de mão de obra qualificada. Tarefa de difícil avaliação, a qualificação das pessoas para o trabalho, torna-se quase impossível se esse trabalhador estiver fora do mercado de trabalho, até mesmo porque a qualificação e avaliação de um trabalhador ocorre ao longo do exercício das atividades que realiza dentro da empresa, somando-se o treinamento que o trabalhador recebe no próprio local de trabalho.

### *1.2.1. As medidas extrajudiciais*

As medidas extrajudiciais para inserção da pessoa deficiente no mercado de trabalho se dão tanto na esfera da administração pública, quanto da empresa privada, Organizações não governamentais, Fundações abrangendo a Educação e a Saúde.

A sociedade atual tem como característica a produção e consumo em alta escala. Isso requisita mão de obra qualificada e competente para o exercício da atividade laborais. O obreiro deve ser treinado, conseguir um bom desempenho em sua vida escolar, além de se especializar na sua área de atuação.

Nota-se que, por exigência do mercado, um emprego que atenda às necessidades do trabalhador está cada vez mais concorrido quando se trata da pessoa sem deficiência. Imagine só as barreiras encontradas pelo deficiente para se empregar e se manter empregado.

Dessa feita, a empresa privada e a Administração Pública tem criado, juntas ou separadamente políticas de inserção do deficiente no mercado de trabalho.

A Convenção da Pessoa com Deficiência visando providenciar mecanismos estruturais de educação e profissional para a pessoa com deficiência, em obediência ao art. 27, alíneas “d” e “j” da CDPD passou essa incumbência ao Estado para a promoção de oportunidades aos deficientes para o trabalho, empreendedorismo e cooperativas, destacando-se o acesso aos programas de orientação técnica e profissional, serviços de colocação no trabalho e treinamento profissional e continuado; apoio para a procura, obtenção e manutenção do emprego.

O Governo Federal instituiu por meio do Decreto n.7.612 de novembro de 2011 o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência- PLANO VIVER

SEM LIMITE, a ser executado pela União, projeto capitaneado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência cujas ações atendem aos pedidos da Conferência Nacional, podendo contar com a participação popular, que por sua vez é muito importante, já que traduz com mais precisão quais são as necessidades do segmento e seus anseios. Essa participação é algo que faz a diferença no presente e fará no futuro, eis que as novas gerações encontrarão cidades mais acessíveis e direitos consolidados.

O Plano Viver sem Limite tratou de instituir formas práticas para viabilizar o acesso à justiça por parte da pessoa com deficiência, adequando as dependências e prédios onde funcionem os serviços do sistema de justiça, como Fóruns, Defensorias, Promotorias e Delegacias. O acesso à justiça também deverá ser assegurado inclusive quanto às ações processuais. Nosso Código de Processo Civil em vigor trata da presença do intérprete para traduzir linguagem mímica – LIBRAS – dos surdos mudos, no art. 151 III, do CPC. Entretanto, não há capacitação de funcionários da justiça ou de Magistrados, nem do Órgão Ministerial, nesse ponto.

No ano de 2012, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limite, publicou um balanço das atividades exercidas no primeiro semestre, sendo que, a maioria delas com metas atingidas<sup>26</sup>, interagindo com programas de outros setores, dividindo essas ações em Eixos, tais como PRONATEC- Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego, no Eixo Educação– disponibilizou vinte mil vagas para pessoas deficientes; entregou 678 ônibus escolares a 519 municípios; licitou 13.500 novas salas de recursos multifuncionais; selecionou 2.866 municípios que serão beneficiados com 10.000 Escolas Acessíveis.

No Eixo Acessibilidade, o programa de habitação *Minha Casa, Minha Vida* contratou 99.185 moradias adaptáveis; foi lançado o *microcrédito* que é uma linha de crédito do Banco do Brasil; foi inaugurada uma unidade do *Centro de Tecnologia da Informação (CTI) Renato Archer*<sup>27</sup>, em Campinas, incluindo a habilitação 29 Núcleos Interdisciplinares de Inovação em Tecnologia Assistida, capaz de atender demandas tecnológicas das indústrias voltadas para o tema inclusão do deficiente; início do primeiro centro tecnológico de treinamento para Cães-Guia.

No âmbito tributário, ficaram desonerados de COFINS e PIS os produtos de tecnologia assistiva por meio da Lei n.12.649/2012; lançamento do catálogo nacional de produtos de tecnologia assistiva ([www.assistiva.mct.gov.br](http://www.assistiva.mct.gov.br)).

Ainda como ações do Viver sem limite, destacamos o Eixo Saúde onde houve pactuação com o Centro de Referência em Reabilitação – CER, com a aprovação da Rede de Cuidado à Pessoa com Deficiência, via portaria n.793. Foram apro-

<sup>26</sup> Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/balanco-do-plano-agosto-de-2012>. Acessado em 06.09.2013.

<sup>27</sup> Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer. Disponível em <http://www.cti.gov.br/>. Acessado em 06.09.2013.

vadas três oficinas ortopédicas para a região Nordeste (Cuité/PB, Juazeiro do Norte/CE e Aracaju/SE); foram constituídos grupos de trabalho para publicação de diretrizes de ações de acessibilidade.

Por fim, alterações da legislação passaram a permitir a suspensão do Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social – BPC, na ocasião da contratação trabalhista do beneficiário e retorno automático após a saída do emprego, além do acúmulo do benefício com a renda do aprendiz. (Lei n.12.470/2011).

Nesse tópico vale destacar a acumulação da Aprendizagem (Lei n. 10.097/2000) e Benefício da Prestação Continuada, complementada pela Lei 11.180/2005 e art.428, § 5º e 6º da CLT. Essas normas são importantes para o contrato de aprendizagem da pessoa com deficiência, a que se junta à concessão de benefício da prestação continuada, sem a consideração da idade máxima de 24 anos para o termo final do contrato de aprendizagem.

Soma-se a essa iniciativa federal a criação de Grupos de Trabalho com o objetivo de promover ações referentes à acessibilidade e capacitação do trabalhador deficiente.

Dessa forma, a empresa privada colabora em muitos sentidos:

- a) Obedecendo à lei das cotas e até mesmo ultrapassando o número estipulado;
- b) Qualificando o empregado deficiente;
- c) Proporcionando um ambiente de trabalho hígido e adaptado para as suas condições;
- d) Criação de espaços para sensibilização e conscientização das lideranças sobre o compromisso de cumprir o programa estabelecido;
- e) Firmando parcerias com institutos que podem orientar, como o SESI (Serviço Social da Indústria);
- f) Realização de treinamento para lideranças e pessoa de recursos humanos como, por exemplo, curso de libras;
- g) Comprometimento da empresa e dos integrantes dessa para que a inclusão seja estabelecida respeitando a singularidade das deficiências e da personalidade de cada empregador.

### *1.2.2. As medidas Judiciais lato sensu*

No papel, as intenções de acessibilidade e inclusão do deficiente estão mais próximas de serem materializadas, seja pela criação de normas (leis, decretos, portarias), políticas públicas ou ações da empresa privada.

No entanto, nem é necessária a realização de uma perícia, bastando provas testemunhais para concluirmos a inexistência dos acessos determinados pela Lei, não foram realizados a adaptação e os ajustes necessários, embora os generosos prazos concedidos.

No Polo Industrial de Manaus, onde se concentram indústrias de grande e pequeno porte, fabricando e comercializando vários tipos de produtos, ainda se vislumbra situações vexatórias para a sociedade. Numa dessas fábricas, numa visita de acadêmicos de direito, um dos diretores se vangloriava dos equipamentos de última linha, enquanto que, perguntado pelas rampas de acesso, número de deficientes na linha de produção e da adequação estrutural do prédio para acolhimento dos deficientes, simplesmente respondeu que era “problema do RH”, e que tinham um banheiro para deficientes no primeiro galpão, entre os quatro existentes.

Há também notícias de uma empresa nacionalmente conhecida na fabricação de eletroeletrônicos que chegou a adaptar estações de trabalho inteiras, somando mais de 70 empregados deficientes na linha de produção, incluídos em meio aos demais empregados, mas que, infelizmente está com seu projeto suspenso em razão dos demais empregados que, sentindo “rebaixados” por estarem em meio aos deficientes, começaram a constranger e humilhar os colegas especiais.

Infelizmente, nessas situações em que o descaso, a discriminação acontecem, não por falta de informação e conhecimento, mas por livre arbítrio dos gestores e demais membros da instituição, faz-se necessário o uso de um dos braços que sustentam a sociedade, qual seja, usar os meios judiciais para resolver a questão, amparado nas leis, na moral e nas propostas de desenvolvimento humano.

Diante do grande número de pessoas deficientes que precisam ser atendidas, “do berço ao túmulo”, a justiça disponibiliza alguns instrumentos processuais, intergradados com todas as áreas do direito.

As ações podem ser propostas em todos os juízos de acordo com sua competência em razão da matéria, respeitados os limites de custas, em todas as instâncias e nas áreas Federal, Estadual, Trabalhista ou Juizado Especial, Cível ou Criminal. Essa possibilidade de defesa de direitos dos deficientes se estende até mesmo à pessoa que não tenha qualquer deficiência, mas que busca defender os direitos desses, valendo-se de representação perante os poderes públicos, garantido pela Constituição Federal.

Não se trata de rol taxativo, mas relatamos a seguir, alguns desses instrumentos de quais podemos fazer uso para a defesa dos direitos dos deficientes. São medidas que podem ser executadas com ou sem advogado; voltadas ou não para uma indenização pessoal; dirigida ou não como uma forma de correção da omissão do Poder Público. “É o exercício da cidadania pura e simples.”<sup>28</sup>

a) Uma das formas mais simples, que sequer exige a presença de advogado, sem maiores formalidades, não significando que não seja eficiente, é a REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. O cidadão, deficiente ou não, pleiteando ou não indenização, denuncia as irregularidades aos Poderes Públicos competentes, no caso ao Ministério Público. O denunciante

<sup>28</sup> ARAUJO, Op. Cit.2011, p. 40.

se torna apenas o agente iniciador do processo, entretanto, não terá qualquer controle sobre o andamento do processo, dependendo da concepção e atitude do Ministério Público, o dono da ação ou advogado do denunciante na causa.

b) Quando a necessidade é de uma providência básica e a pessoa interessada não queira denunciar ninguém, apenas solicitar que se cumpra o dever constitucional de tornar acessível o bem, pode-se fazer uso da REPRESENTAÇÃO AO PODER PÚBLICO para que tome a providência, ressaltando a denúncia ao Ministério Público em caso de descumprimento. Incumbe ao solicitante demonstrar a responsabilidade dos agentes e o potencial de seu pleito.

c) Importantíssimo instrumento processual, a AÇÃO PUPULAR, infelizmente pouco usada, é também um eficiente meio de se defender os direitos dos deficientes. Apesar da exigência de um advogado, pode ser ajuizada por qualquer cidadão, ou seja, um indivíduo que esteja com seus direitos políticos em ordem.

O objetivo da Ação Civil Pública, que pode ser preventiva, regulamentada pela Lei 4.717 de 1965, é o restabelecimento da situação, condenando os agentes públicos e os beneficiários do ato ilegal ao pagamento dos prejuízos causados. Por essa via, “a coisa pública é ressarcida não pelo dinheiro público, mas pelo dinheiro dos agentes públicos que forma negligentes ou omissos.”<sup>29</sup>

d) As ações acima elencadas tem a característica de não visar um bem pessoal, intencionando providências que promovam o bem estar geral, buscando funcionar a Administração Pública para que esta, por si mesma repare as questões danosas. Noutra ponta, o ajuizamento de AÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL, tanto com ou sem advogado, é uma providência para quem busca um direito próprio, a compensação, o ressarcimento de um dano sofrido causado pela Administração Pública ou por um particular. Esses prejuízos devem ser comprovados e a sua indenização deve ser vista como uma ação mais do que legítima. As ações no Juizado Especial, Cível ou Criminal está ordenada pela Lei 9.099/1995. Comporta pedidos de indenização por danos morais e danos materiais.

e) O MANDADO DE SEGURANÇA é também muito eficaz na defesa dos direitos dos deficientes. Ação que detém características próprias serve para resguardar direito líquido e certo diante de violação ou ameaça a direito por autoridade pública, que não seja amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*. Tem natureza de remédio constitucional, de natureza mandamental, ritos sumário e especial. Fundamentado constitucionalmente no art. 5º, incisos LXIX e LXX, o Mandado de Segurança comporta pedido

<sup>29</sup> ARAUJO, Op. Cit., 2011, p. 55.

de liminar e pode ser ajuizado em defesa de direitos próprios ou coletivos. Na defesa dos direitos dos deficientes, esse remédio processual é usado principalmente como garantidor de cotas para universidades, trabalho e cursos profissionalizantes e compra de bens com isenção de IPI.

Do Mandado de Segurança 13/2011, o STJ sumulou decisão, Súmula 377<sup>30</sup>, que reconhece que a visão monocular constitui motivo suficiente para reconhecer direito líquido e certo do candidato à nomeação e posse no cargo público pretendido entre as vagas reservadas aos portadores de deficiência física.

O cidadão que necessitar de ordem judicial, em caráter de urgência para preservar ou decretar um direito, tem como instrumento as MEDIDAS LIMINARES, que podem ser ajuizadas separadamente ou em conjunto com a ação principal. Seu objetivo primeiro é a concessão de tutela de urgência, antecipando os efeitos no todo ou em parte.

É o pedido adequado quando da necessidade de aplicação de medidas legais em defesa dos deficientes, como, por exemplo, para medida protetiva de abrigo de deficiente.

Temos ainda a tutela penal da pessoa com deficiência. O Código Penal contempla a proteção da pessoa com deficiência, sob duas formas de tutela: a proteção da pessoa com deficiência que pratica a infração pena e a proteção do deficiente que é vítima do delito, condição que pode majorar a pena.

Analisado o caso concreto e detectado um dano, seja moral ou material, o detentor do direito deve acionar a justiça, interpondo ação de indenização por danos sofridos pela omissão ou ação do agente público ou particular que não tenha atendido às determinações legais de proteção ao deficiente.

Porém, ao contrário do que tem sido visto na prática, a ação de indenização não deve ser vista como um meio de enriquecimento. Algumas pessoas, ao se verem em situação de risco, mas em condições de evitar o mal maior, ficam inertes, percebendo todo o prejuízo, vislumbrando, na ocasião, uma possibilidade de pleitear uma gorda indenização.

A natureza da ação indenizatória deixa claro seu objeto: indenizar, ressarcir, recompor, recompensar um mal causado por uma ação ilícita. Portanto, mais do que justo que se busque o ressarcimento e, mais que louvável, tomar as iniciativas necessárias e possíveis para se evitar o prejuízo.

---

<sup>30</sup> Súmula 377 – STJ. Órgão Julgador: S3 – Terceira Seção; Data do Julgamento: 22.04.2009; Data de Publicação; 05.05.2010. Enunciado: O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

### *1.2.3 Estado de direito: Liberdade Econômica, livre iniciativa e proteção do trabalhador: uma equação em desenvolvimento*

O Estado de direito é uma situação jurídica, ou sistema institucional que submete cada um ao respeito do direito do outro, do simples indivíduo até a potência pública.

A constituição prevê como pressuposto para o estado democrático a Liberdade Econômica, que significa estar livre para negociar, liberdade para dispor dos recursos de que dispõem, seja mercadoria, bens de produção ou capital. Significa também liberdade para contratar ou demitir empregados e se demitir desde que não viole a legislação trabalhista.

O princípio da Livre Iniciativa é considerado com o fundamento da ordem econômica e atribui à iniciativa privada o papel primordial na produção ou circulação de bens ou serviços. É a base sobre a qual se constrói a ordem econômica.

Buscar o equilíbrio social, de forma justa e legal, numa balança em que serão expostas a liberdade econômica, a livre iniciativa e a proteção ao trabalhador, já é uma trabalhosa equação. Quando se trata do trabalhador deficiente, essa tarefa torna-se mais desafiadora.

No seu papel de fiscalizador, incentivador e planejador, o Estado tem desempenhado muito mais a função de fiscalizador, penalizando, suspendendo projetos da iniciativa privada do que incentivando e planejando.

As soluções apresentadas são, quando da parte pública, importadas. Não se tem programas, sequer experimentais, de adequação das necessidades do mercado com a capacidade do trabalhador.

Não se ouve falar em incentivos de qualquer espécie que estimulem às empresas ao cumprimento da lei de cotas, sendo, muitas vezes financeiramente mais viável o pagamento de multas do que a implantação de setores de treinamento.

Esse equilíbrio depende da atuação do Poder Judiciário para a aplicação das leis, do executivo proporcionando soluções e da população de onde deve emanar a vontade maior de realização. No caso, desejo de diminuir as desigualdades.

## **CONCLUSÕES**

A lei tem concedido às condições possíveis na busca da defesa dos direitos dos deficientes. Os meios processuais, assim como a declaração desses direitos estão estampados por todo o sistema normativo.

Mas isso não é tudo. Até que a pessoa deficiente receba um tratamento igualitário, minimizando as dificuldades geradas por sua deficiência, seja física ou mental, ainda há muito o que se fazer.

Na seara do direito, se espera decisões mais rápidas e equilibradas, que atendam não somente ao indivíduo, mas que também sirvam a toda comunidade. O

Judiciário desempenha importante papel coibindo e punindo a discriminação, mas falta o incentivo, o estímulo para as ações positivas.

Falta ainda o comprometimento social, a coesão em torno da causa do deficiente. Desenvolvimento de tecnologias que facilitem a execução de tarefas laborais, melhorias no transporte público. Práticas médicas atualizadas e acessíveis, assim como tratamentos alternativos e preventivos ao alcance de todos, feita por profissionais especializados, como fisioterapeutas, psicólogos, professores, fonoaudiólogos, preparadores físicos.

A Constituição formal está posta a todos. Cabe aos destinatários das normas dar-lhes o cumprimento. Cabe aos cidadãos a defesa de seus direitos e de seus iguais, ainda que tenham entre si, algumas diferenças.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados – pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. 1. ed. Petrópolis: KBR. 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. 4. ed. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Brasília: Coordenaria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Antônio Bandeira, citado por Geilson Salomão Leite. Disponível em: [http://www.projetoatbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=16&Itemid=44](http://www.projetoatbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=44). Acessado em 05.09.2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr. 2009.

GIL, Vilma Dias B. *Pactos para inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Revista LTr, vol. 74, n.06, junho de 2010.

LIMA, Alvino. *Da influência, no direito civil, do movimento socializador do direito*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, out. 1939 – Apud MARQUES; MIRAGE, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; Miragem, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

NISS, Luciana Toledo Távora; NISS, Pedro Henrique Távora. *Pessoas portado-*

*ras de deficiência no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Verbatim. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

**A LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS: ADEQUAÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA BRASILEIRA**

*The domestic violence law and homoafetivas unions: adequacy and effectiveness of the brazilian justice*

**JULIANA CAMPOS SOUSA**

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Tiradentes/Se. E-mail: juli\_camposousa@hotmail.com.

**GRASIELLE BORGES VIEIRA DE CARVALHO**

Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professora e Pesquisadora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes/Se, nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia. Líder do Grupo de Pesquisa do Diretório de Pesquisa do Cnpq de Execução Penal. Advogada. E-mail: grasielle\_vieira@yahoo.com.br.

RECEBIDO EM: 21.10.2013

APROVADO EM: 15.12.2013

---

**RESUMO**

Desde a antiguidade, a mulher encontrava-se em uma situação de submissão ao homem, sendo este o principal fator para o surgimento da violência doméstica e familiar. Desta maneira, diante dos crescentes níveis de agressão contra mulher, perceberam a necessidade de criar um dispositivo legal que coibisse tal violência, chamada Lei Maria da Penha. A criação dessa legislação específica foi fruto dos Tratados de Direitos Humanos da Mulher, ratificados pelo Brasil: a Convenção Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres – CEDAW e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, conhecida como Convenção do Belém do Pará. A Lei Maria da Penha além de coibir, prevenir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher possibilita uma interpretação analógica *in bonnam partem*, para os relacionamentos homoafetivos, desde que se enquadrem como uma entidade familiar. Além disso, o trabalho elucida diversas jurisprudências a respeito do assunto, demonstrando que os homoafetivos lutam para que a Lei 11.340/2006 seja um instrumento de proteção legal a eles, como também que os princípios constitucionais sejam efetivados pela justiça brasileira.

Diante disso, verifica-se a necessidade de adequação e efetividade da justiça brasileira à tutela das uniões homoafetivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. HOMOAFETIVOS.

---

## ABSTRACT

Since antiquity, the woman was in a situation of submission to man, this being the main factor for the emergence of domestic and family violence. In this way, in the face of increasing levels of aggression against women, realized the need to create a legal mechanism that controlled such violence, call Maria da Penha Law. The creation of this specific legislation was a result of the Treaties of Women's Human Rights, ratified by Brazil: the Convention Elimination of All forms of Discrimination against women - CEDAW and the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against women, known as Convention of Belém do Pará. The Maria da Penha Law in addition to restrain, prevent and punish domestic violence against women provides an analogical interpretation *in bonnam patem*, for homosexual relationships from falling as a family entity. Moreover, the work elucidates various jurisprudence regarding the subject, demonstrating that the homosexual struggle for the Law 11.340/2006 be an instrument of legal protection to them, but also that the constitutional principles take effect by the Brazilian justice. Therefore, there is a need for adequacy and effectiveness of the Brazilian justice the tutelage of homoafetivas unions.

**KEYWORDS:** MARIA DA PENHA LAW. DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE. HOMOAFETIVOS.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006). 1.1. Tratados internacionais e a corte interamericana de justiça. 2. A violência doméstica no Brasil. 3. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha. 4. Breve análise do artigo 41 da lei nº 11.340/2006. 5. Princípios constitucionais: fundamentos que elucidam a aplicação da lei 11.340/2006 aos relacionamentos homoafetivos. 6. A origem da homossexualidade. 7. Relacionamentos homoafetivos no Brasil. 7.1. Ação direta de inconstitucionalidade nº4277 e ação de descumprimento de preceito fundamental nº132. 8. Direito comparado: Brasil e o mundo. 9. A lei 11.340/2006 e seus efeitos às uniões homoafetivas. 9.1. Violência de gênero ou violência de sexo? 10. Atuação e eficácia da justiça brasileira. Conclusão. Referência.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho inicialmente abordara sobre a Lei Maria da Penha e sua possível aplicabilidade às uniões homoafetivas, demonstrando ademais, a atuação da Justiça Brasileira sobre a temática. O problema aparece com a mudança da Lei 11.340/2006, tendo em vista que a nova lei permitiu uma interpretação por analogia de reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. Diante da questão surge o problema: Há possibilidade da Lei Maria da Penha ser aplicada a homoafetivos?

Justifica-se a escolha do tema por considerar a Lei Maria da Penha um assunto pertinente e relevante, no qual traz às mulheres uma devida proteção legal. Em decorrência disto, surgiram algumas mudanças na lei que chamam atenção, e uma delas foi que a violência doméstica e familiar independe de orientação sexual, ou seja, através dessa interpretação passou a admitir por analogia a aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 aos homoafetivos.

As relações homoafetivas estão cada vez mais tendo um aumento significativo na sociedade, entretanto o problema aparece pela ausência de previsão constitucional e legal expressa, que reconheça as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, sendo este o principal motivo para a negativa desta possibilidade. Mas o Supremo Tribunal Federal, atualmente vem reconhecendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo elevando-as à condição de entidade familiar, por analogia da Lei nº 11.340/2006. Sendo assim, deve-se analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homoafetivos, vítimas de agressões de seus companheiros.

Outro tema relevante e atual para o estudo foi a recente aprovação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da possibilidade da celebração do casamento civil, como também, a proibição dos cartórios de se recusarem a converter a união estável em casamento de pessoa do mesmo sexo.

Quanto ao motivo que justifique essa pesquisa é que não há razão para que os homoafetivos não tenham seus direitos e garantias fundamentais respeitados, pois deve-se levar em consideração os princípios constitucionais tais quais: da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Desta maneira, será abordado como a Justiça brasileira reage a respeito dos relacionamentos homoafetivos e de que forma tais decisões podem ter mais efetividade.

### 1. A LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006)

Inicialmente será abordado um breve histórico da desigualdade de gênero que dá ensejo à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desde a Antiguidade, as mulheres vêm enfrentando diversos tipos de violência seja ela física, psicologia, sexual, patrimonial e até mesmo moral. Na Idade Média a mulher estava subordinada e devota ao trabalho doméstico, por fazer parte

do patrimônio do senhor feudal, e por isso, não possuía uma posição social. (PARODI e GAMA, 2009, p. 61). No século XIV, a violência na Idade Moderna ocorreu devido à repressão por parte dos homens para que suas mulheres não participassem da reestruturação da Europa. (PARODI e GAMA, 2009, p. 61). Na Idade Contemporânea a mulher continuava excluída da vida política do estado, não existindo mudança para a condição da mulher devendo ela ser educada para a vida doméstica. (PARODI e GAMA, 2009, p. 61).

Maria Berenice Dias (2010, p.21) elucida que a submissão da mulher ao homem foi o ponto chave para o surgimento da violência doméstica. Mas com o passar dos anos a mulher foi ganhando seu espaço e se tornando cada vez mais autossuficiente e independente, passando o homem adquirir responsabilidades domésticas.

Desse modo, com evolução do feminismo, a violência doméstica e familiar foi crescendo e, então, percebeu-se a necessidade criar medidas e políticas públicas com o objetivo de coibir e prevenir a violência.

### **1.1. TRATADOS INTERNACIONAIS E A CORTE INTERAMERICANA DE JUSTIÇA**

A Lei Maria da Penha nasce com objetivo atender aos preceitos constitucionais. Estes trazidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 que diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E também conforme parágrafo 8º do mesmo artigo: “O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. (BRASIL, 1988).

Dias (2010, p.33) afirma que além da Lei 11.340/2006 basear-se em preceitos constitucionais, ela observa a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, conhecida como Convenção do Belém do Pará e a Convenção Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW.

Insta salientar que a I Conferência Mundial sobre a Mulher foi realizada em 1975, no México, que deu origem, em 1979, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, tendo eficácia em 1981. Sendo, esta, a primeira ferramenta internacional que estabelece sobre direitos humanos da mulher (DIAS, 2010, p. 34). Conforme Silva Pimentel (apud DIAS, 2010, p. 34) essa convenção tem dois propósitos: “promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher.”

É válido salientar que a CEDAW foi subscrita pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, a qual trouxe algumas recomendações entre as quais o compromisso dos Estados participantes de estabelecerem legislação específica sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. (DIAS, 2010, p.34).

Em 1993, a Conferência das Nações Unidas sobre direitos humanos, ocorrida em Viena, decidiu que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos

humanos. (DIAS, 2010, p. 35).

A ONU adotou em 1994 a Convenção do Belém do Pará, que trouxe o conceito de violência contra mulher, sendo esta tratada como problema de saúde pública. Mas o Brasil, em 1995, ratificou essa convenção, sendo atendida pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Presidente da República. (DIAS, 2010, p.35).

Ademais, diante dos diversos casos de violência doméstica contra a mulher, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) reconheceu que não houve qualquer medida efetiva pelo Estado para materializar a proteção à mulher. (ALEIXO, 2009, p. 01).

Por fim, foi promulgada a Lei nº 11.340/2006 com o intuito de cumprir as determinações da Convenção de Belém do Pará e da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (CEDAW), além de regulamentar a Constituição Federal. (ALEIXO, 2013, p.01).

## 2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

O primeiro Anuário das Mulheres Brasileiras foi lançado no dia 04 de julho de 2011, com a participação da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SEPM) e do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). O Anuário revelou que 43,1 % da população feminina do Brasil já sofreu algum tipo de violência no ambiente familiar contra 12,3 % dos homens. (DIEESE, 2011, p. 278).

Dias em seu artigo *O tempo da violência* relata:

Consta do Relatório Nacional Brasileiro, que retrata o perfil da mulher brasileira, que a cada 15 segundos uma mulher é agredida. Como o período de 24 horas contém 5.760 vezes a fração 15 segundos, a cada dia 5.760 mulheres são espancadas no Brasil. (DIAS, 2011, p. 06).

A Central de Atendimento à mulher, de janeiro a dezembro de 2012 registrou 88.685 relatos de violência. Ou seja, no ano passado dez mulheres foram vítimas de maus tratos, a cada hora. Constatou que a violência física é a mais frequente, totalizando 50.236 registros (56%), seguida pela psicológica, com 24.477 (28%); moral, com 10.372 (12%); sexual, com 1.686 (2%); e patrimonial, com 1.426 (2%). Foi registrado também, 430 casos de cárcere privado, no mesmo ano. A pesquisa constatou também quem são os agressores: 70% são companheiros ou cônjuges das vítimas; entre os demais vínculos afetivos, 89% marido, ex-marido, namorado e ex-namorado e 10% foram agressões perpetradas por vizinhos, amigos, parentes e desconhecidos. (SETTI, 2013).

É válido analisarmos, nesse momento, como a Justiça brasileira tratava os delitos antes da Lei Maria da Penha entrar em vigor. Dessa maneira, observa-se

que violência doméstica, antes mesmo do advento da Lei 11.340/2006, não teve por parte do Legislador, da sociedade e nem do Judiciário a devida atenção que merecia. (DIAS, 2010, p. 25).

Assim, foi criada a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), com o cunho de conciliação, processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo com pena de até 02 anos, como preceitua o artigo 3º e o artigo 61 desse dispositivo legal. Desse modo, muitos dos delitos práticos em desfavor da mulher como: lesão corporal leve, calúnia, injúria e ameaça foram encaminhados aos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs). (DIAS, 2010, p.26).

Com base no artigo 2º da Lei 9.099/95 o processo será analisado observando os princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia processual. Em conformidade, Mirabete (2002, p.24) leciona:

Passou-se, assim, a exigir um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos, de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes.

Insta salientar que muitas das vítimas não prestam queixa contra o agressor, ou até mesmo desistem de dar continuidade ao processo, por serem hipossuficientes em relação a estes, mas quando a vítima procura ajuda é porque não aguenta mais essa situação de submissão e impotência. Dias (2010, p.27) afirma:

A mulher quando procura socorro, já está cansada de apanhar e se vê impotente. A submissão que lhe é imposta e o sentimento de menos valia a deixam cheia de medo e vergonha. Aliás, este é o motivo de ela não denunciar a primeira agressão.

Diante dos crescentes níveis de agressão contra mulher, as pessoas começaram a ver o grau de importância que a matéria tem, percebendo, então, a necessidade da criação de um dispositivo legal que coibisse a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, no dia 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem à luta empreendida pela farmacêutica cearense de mesmo nome, a qual diante da inércia da justiça brasileira resolveu lutar e manifestar sua indignação diante de tal descaso.

### 3. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, caput, conceitua violência doméstica e familiar, afirmando “Para os efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. (BRASIL, 2006). Este artigo traz em seus incisos as esferas de aplicação deste dispositivo legal, quais sejam: no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família e em qualquer relação íntima de afeto.

O inciso primeiro define o que seria unidade doméstica: “compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”. Logo, deve-se observar se o vínculo entre os indivíduos é de âmbito familiar, para que seja cabível a aplicação da lei em estudo. Leciona, a respeito disto, Marcelo Yukio Misaka (apud DIAS, 2010, p. 59): “A expressão unidade doméstica deve ser entendida no sentido de que a conduta foi praticada em razão dessa unidade da qual a vítima faz parte”.

Incontinenti, a Lei Maria da Penha, não há porque ser aplicada no caso de desavenças entre vizinhos, uma vez que não existe relação de convivência em ambiente doméstico. Nesse sentido, assegura a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

PROCESSUAL PENAL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AMEAÇA E DIFAMAÇÃO CONTRA MULHER – CONTENDA ENTRE VIZINHOS – AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONVIVÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º DA LEI MARIA DA PENHA – CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – COMPETÊNCIA DO JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL – LEI MARIA DA PENHA- CONFLITO PROCEDENTE Para configuração da violência doméstica e familiar contra mulher, regida pela Lei Maria da Penha (11.340/06), indispensável haja relação de convivência no âmbito da unidade doméstica ou relação íntima de afeto na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, nos moldes do preceituado no artigo 5º da novel legislação. (Apelação 117241/SC 2007.011724-1, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 15/05/2007, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/05/2007).

Com relação às empregadas domésticas, estas fazem parte do âmbito doméstico (CUNHA e PINTO, apud DIAS, 2010, p. 59). Mas, não fazem parte desta esfera as faxineiras e diaristas, como prevê Damásio de Jesus e Hermelino de Oliveira Santos (2006, p. 08):

A empregada “diarista” (primeira categoria) não está protegida pela lei nova em razão de sua pouca permanência no local de trabalho, normalmente limitada ao cumprimento de suas tarefas específicas. Trata-se de uma tênue relação com os membros da família, não se caracterizando o vínculo de emprego com esta.

A respeito do inciso segundo, é válido destacar que o código civil de 1916 trazia um conceito jurídico de família bastante delimitado, mas com a promulgação da Constituição de 1988 esse conceito sofreu algumas mudanças. Diante disto, com o advento da Lei Maria da Penha, seu art. 5º, inciso II, trouxe um conceito atual de família quando não especificou os sujeitos que fazem parte dela, em homem ou mulher, acabando por generalizar quando se utilizou da palavra “indivíduos” como se vê:

Art. 5º, Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; [...]. (BRASIL, 2006) (grifo nosso).

Insta salientar que o legislador não reconhece apenas como família a relação formada através do casamento, elevando-se também à condição de entidade familiar as famílias constituídas por meio da união estável, bem como as anaparentais, paralelas e as homoafetivas (DIAS, 2010, p. 61). A Constituição Federal de 1988 trouxe proteção para estas relações, em seu artigo 226, parágrafo 4º, prevendo: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

O inciso terceiro traz uma proteção referente a “qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.” É importante frisar que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM aponta as relações íntimas de afeto como um conceito atualizado de família. (DIAS, 2010, p.63).

O Supremo Tribunal Justiça atualmente considera o namoro ou noivado uma relação íntima de afeto e, então, as agressões perpetradas mesmo que por ex-namorado configura violência doméstica. A exemplo de decisões proferidas pelo STJ, o ministro Jorge Mussi, em seu entendimento, afirma que o namoro evidencia uma relação íntima de afeto, independente de morarem juntos, como mostra a jurisprudência a seguir:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS. VIOLÊNCIA COMETIDA EM RAZÃO DO INCONFORMISMO DO AGRESSOR COM O FIM DO RELACIONAMENTO. CONFIGURAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO. (CC 103.813/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 24/06/2009, Dje 03/08/2009) (grifo nosso).

De tal modo, o ministro entende que mesmo que o relacionamento tenha acabado a agressão seja ela física ou moral, que provenha por causa do namoro, configurará violência doméstica. Compreende-se então que para a Lei 11.340/2006, basta que conviva ou tenha convivido com o agressor, independentemente de coabitação.

#### **4. BREVE ANÁLISE DO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/2006**

O Código Penal em seu art. 129 trata do delito de lesão corporal, e em seu parágrafo 9º trouxe uma proteção no âmbito da violência doméstica. Quanto a este parágrafo, a Lei 11.340/2006 alterou sua pena de seis meses a um ano para três meses a três anos.

É válido apreciar se essa mudança é razoável, e com base nos preceitos doutrinários de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 669) ponderou:

O mínimo legal ficou equiparado à lesão simples, o que é uma ilogicidade evidente, mas o máximo - quase nunca aplicado pelos magistrados brasileiros – saltou para 3 anos. O intuito teria sido, apenas, afastar a infração do campo das de menor potencial ofensivo.

Algumas ações começaram a impugnar a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 11.340/2006, como o artigo 1º, 33 e 41, este que será analisado a partir de agora. O artigo 41 prevê a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos delitos por ela alcançados, e então surgiu uma polêmica a respeito do crime de lesão corporal, discutindo-se se ação penal seria pública condicionada ou incondicionada. De acordo, com o que foi estudado no capítulo anterior, a Lei Maria da Penha alterou a pena do artigo 129, §9 do Código Penal para 3 meses a 3 anos de detenção, e, assim, a infração deixou de ser de menor potencial ofensivo, não sendo possível, portanto, aplicar o artigo 88 da Lei 9.099/95 que preceitua “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.” (NUCCI, 2011, p.669).

O Superior Tribunal de Justiça, na terceira seção, julgou em 2010 um Recurso Especial 1.097.042-DF, entendendo ser necessária a representação da vítima

nos casos de lesões corporais leves no âmbito da violência doméstica ou familiar, para que ação penal contra o autor seja processada. O STJ entendeu que “É imprescindível a representação da vítima para o Ministério Público propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica”. Logo, o STJ entende pela aplicabilidade da ação penal pública condicionada.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.
2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.
3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.
4. Recurso especial improvido.  
(REsp 1097042/DF, ReI. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010). (grifo nosso).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no dia 09 de fevereiro de 2012, julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424.

Com relação à ADC nº19, ajuizada pela Presidência da República, que objetivava o reconhecimento da legitimidade dos artigos 1ª, 33 e 41 da Lei 11.340/2006, os ministros do STF, por unanimidade, declararam a constitucionalidade desses artigos questionados. O Ministro Carlos Ayres Britto afirmou em seu voto que a Lei não afronta a Constituição Federal, e classificou como um “constitucionalismo fraterno”, alegando “A Lei Maria da Penha é mecanismo de concreção da tutela especial conferida pela Constituição à mulher. E deve ser interpretada generosamente para robustecer os comandos constitucionais”. (ADC nº19, publicada no DJE e no DOU em 10 de fevereiro de 2012).

A respeito da ADI nº 4424, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, o STF julgou por maioria dos votos dos ministros procedente, com a finalidade de que as ações penais fossem processadas sem representação da vítima, ainda que não possam ser julgadas pelos Juizados Especiais:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico [...]. (ADI 4424, publicada no DJE e no DOU em 17 de fevereiro de 2012).

Por fim, Nucci (2011, p.669) entende que independentemente da lesão corporal ser de natureza leve ou grave, ação será pública incondicionada, ou seja, o titular para propor a ação penal é o Ministério Público. Nesse sentido, Nucci (2011, p. 669), a respeito do assunto leciona: “[...] Ora, a violência doméstica, embora seja uma espécie de lesão corporal, cuja descrição típica advém do caput, é forma qualificada de lesão, logo, não mais depende de representação da vítima. [...]”.

Ademais, e válido esclarecer que a decisão do Supremo Tribunal Federal possuir efeito vinculante, todos devem cumpri-la, não é mais vontade do juiz ou promotor propor ou não ação penal, a ação deve ser proposta de forma incondicionada.

## **5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: FUNDAMENTOS QUE ELUCIDAM A APLICAÇÃO DA LEI 11.340/2006 AOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS**

Nada mais do que importante analisar neste tópico princípios constitucionais relevantes que mostrem a necessária aplicação da Lei Maria da Penha aos homoafetivos. Observa-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 apresenta diversos princípios, dos quais serão analisados: o Princípio da Dignidade da pessoa humana, o Princípio da Igualdade e o Princípio da Liberdade.

A Carta Magna, desde o artigo 1º, especificamente em seu inciso III, trouxe proteção à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Dayane de Oliveira Ramos Silva, em seu artigo *Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Um olhar na vertente do gênero feminino* entende que, o princípio da dignidade da pessoa humana norteia o ordenamento jurídico brasileiro, considerando a Constituição brasileira como princípio fundamental, ou seja, é o pilar basilar de todo o Estado Democrático de Direito.

O artigo 3º da Constituição Federal afirma que é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou de tipo. Desse modo, percebe-se que o direito à dignidade é um direito de todos, sejam eles negros, pobres, índios, idosos, presos, crianças, mulheres, homossexuais, portadores de deficiência e adolescentes.

Dias (2011, p. 88) preceitua que “Discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito à dignidade humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal.”

O artigo 5º, caput, da Carta Magna enuncia serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo por fim, o direito à liberdade e à

igualdade. O inciso I leciona que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O inciso II destaca que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Logo, nas palavras de Kelsen (apud AGRA, 2002, p.147): “[...] o princípio da Liberdade é delimitado pela existência de normas que impeçam o cidadão de ter um determinado comportamento; se não existem normas que vedem tal conduta, ele tem plena liberdade para realizá-la”.

Incontinenti, é válido observar que o princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, além de igualar todos perante a lei, veda a discriminação em decorrência de diferenças. Paulo Roberto de Oliveira Lima (apud DIAS, 2011, p.91) atenta:

Não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, é também imprescindível que a lei em si considere a todos igualmente, ressaltadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevalecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal.

É de suma importância ressaltar que quando falamos em liberdade, a liberdade sexual está acoplada. O direito a Liberdade Sexual objetiva a liberdade na escolha da orientação sexual de cada pessoa. Nesse sentido, Dias (2011, p 84) compreende:

Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. [...]. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não consegue alcançar a felicidade.

Ademais, não há motivos para que os homoafetivos sejam tratados de forma diferente em relação aos demais, uma vez que igualdade significa direito à diferença. Logo, se o Poder Judiciário não atua em favor da aplicabilidade da Lei 11.340/2006 aos homoafetivos, significa dizer que temos um Estado preconceituoso, indo de encontro com os princípios constitucionais.

## 6. A ORIGEM DA HOMOSSEXUALIDADE

Etimologicamente a palavra homossexual vem do grego *homo*, que significa semelhante ou igual e do latim *sexus*, constituindo “sexualidade semelhante”. (DIAS, 2011, p. 43). Ao médico húngaro Karoly Benkert foi introduzido o termo homossexualismo, em 1869 (DIAS, 2011, p. 43). Foi na Idade Média, a partir de

influências religiosas, que o homossexualismo passou a ser visto como uma enfermidade que causava insanidade mental. (DIAS, 2011, p. 48).

Segundo Dias (2011, p. 42 e 48), grandes discussões ocorreram na Medicina, na Genética, na Psicologia e Psiquiatria para encontrar a origem do homossexualismo, sendo tratada pela Classificação Internacional de Doenças – CID, por muitos anos, como um transtorno ou desvio sexual. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde – OMS introduziu o homossexualismo no capítulo dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Foi em 1995, que ocorreu a revisão da Classificação Internacional de Doenças, 10ª edição – CID 10, deixando de considerar o homossexualismo como doença mental, como se pode vê:

Na 10ª. Revisão do CID-10, em 1995, foi nominada entre os transtornos psicológicos e do comportamento associados ao desenvolvimento e orientação sexual (F66), constando uma nota: A orientação sexual por si só não é para ser considerada como um transtorno. (DIAS, 2011, p.48).

Ao deixar de lado essa ideia do homossexualismo ser doença, Dias (2010, p.01) conclui “Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou-se falar em homossexualidade, que sinaliza um determinado jeito de ser.”

A homossexualidade foi amplamente aceita, desde épocas remotas, sendo os Gregos e Romanos os mais maleáveis à homossexualidade. Conhecida como pederastia, à homossexualidade era vista como um rito sagrado na estrutura social, onde ocorria a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem. (DIAS, 2011, p, 33).

Na Idade Média, com o surgimento da Igreja católica, a relação de pessoas do mesmo sexo era vista com perversão, uma aberração da natureza (DIAS, 2011, p. 37). Débora Vanessa Caús Brandão (apud DIAS, 2011, p. 37) afirma ser a igreja a maior repreendedora dos homossexuais, por meio da Santa Inquisição.

Segundo Vechiatti (2008, p. 55), a homofobia foi crescendo e sendo comparada a feitiçaria e demonismo com a homossexualidade e a sociedade heterossexual cada vez menos aceitava as relações homoafetivas.

A respeito do Brasil, Dias (2011, p.37) relata:

No Brasil, como até a proclamação da Republica o cristianismo era a religião oficial, a Igreja Católica teve influência social mais forte do que as demais religiões. A doutrina católica só aprova as relações heterossexuais dentro do matrimonio, classificando a contracepção, o amor livre e a heterossexualidade como condutas moralmente inaceitáveis, que distorcem “o profundo significado da sexualidade”.

Por fim, é válido tratar sobre a evolução que decorreu do afrouxamento dos

laços entre a Igreja e o Estado que acabou interrompendo essa excessiva obediência às regras da Igreja Católica (DIAS, 2011, p. 39). No século XX, a sociedade passou a ser mais tolerante quanto à orientação sexual de cada indivíduo, isso decorreu de normas de proteção de direitos humanos. No mundo pós-moderno, surgiu um conceito plural de família, em razão ao respeito à diferença, por isso surge direito das famílias. (DIAS, 2011, p. 40).

Atualmente, existem diversas classificações referentes à sexualidade como: bissexuais, transexuais, travestis, Drag queens, transformistas, etc. A seguir será demonstrado que a Lei Maria da Penha também visa proteger essas relações homoafetivas.

## 7. RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Existem diferentes formas de manifestar a sexualidade, a seguir iremos entender algumas destes conceitos, fazendo uma análise como eles se identificam pertencentes ao gênero feminino.

Segundo Juliana Frota da Justa Coelho (2006, p. 02), o “travestismo” ou “travestilidade” acontece quando uma mulher se veste de homem ou um homem se veste de mulher, sendo este fisicamente um homem, porém se vê como mulher. A respeito do assunto Thiago Lauria (apud OCHIRO, 2010, p.12), entende também que:

Travesti seria o indivíduo que se comporta e se veste como o gênero oposto, mas não quer a cirurgia para mudar de sexo, a pessoa deseja ser diferente, existe a contradição entre corpo e mente, mas esta contradição não é tão acentuada como no caso do transexualismo, os travestis não tem somente uma identidade, possuem as duas, sentem-se homem e mulher.

Quanto à transexualidade está é caracteriza por um conflito forte entre o sexo morfológico e a identidade de gênero, compreendendo um forte desejo de realizar a adequação, seja cirurgicamente ou hormonalmente (VIEIRA, 2011, p. 412). O que acontece é que o desejo do transexual de modificar o próprio corpo pode prejudicá-lo, ocorrendo uma confusão entre o seu corpo e sua mente, podendo até mesmo rejeitar seu próprio corpo. (OCHIRO, 2010, p.11).

Em 2002, a Resolução nº 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina foi revogada e substituída pela Resolução nº 1.652/2002, esta autoriza cirurgia de transgenitalismo e define o paciente transexual “como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio”. (BRASIL, 2002).

Salienta-se que as cirurgias de mudança de sexo são gratuitas, realizadas pelo Sistema único de Saúde desde 2008, após decisão do Tribunal Federal da 4ª

Região, que baseou sua decisão nos em princípios constitucionais.

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIHSUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. (Apelação civil n. 2001.71.00.026279-9/RS, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, Terceira Turma. Data de julgamento: 14/08/2007, Data de Publicação: 23/08/2007). (grifo nosso).

Incontinenti, a justiça brasileira passou a aceitar a alteração do registro civil dos transexuais, para melhor adequação do nome ao sexo, independentemente de intervenção cirúrgica. Deste modo, deve-se observar a Jurisprudência a abaixo relatada pelo Desembargador Rui Portanova:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030504070 - RS, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009. Data de publicação: 05/11/2009) (grifo nosso).

Segundo Dias (2011, p. 185) o nome é o identificador essencial de uma pessoa e, no tocante a busca pela alteração, preceitua:

Conforme a Organização Mundial de Saúde- OMS: Saúde é o completo estado de bem-estar físico, psíquico e social. A falta de identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar nem físico, nem psíquico e nem social. Assim, o direito à adequação do

registro é uma garantia à saúde, e a negativa de modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos (grifo nosso).

Podemos concluir que os homossexuais, mesmo sendo biologicamente do sexo masculino, se sentem parte do sexo feminino. Assim sendo, a Lei 11.340/2006 vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário nas uniões estáveis homoafetivas, na qual os homoafetivos foram vítimas de agressões perpetradas por seus companheiros.

### **7.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº4277 E AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº132**

Nesse momento iremos ponderar sobre as mudanças que ocorreram no enquadramento jurídico das relações homoafetivas após a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Inicialmente é válido destacar a polêmica que essa decisão do STF trouxe com relação ao ativismo judicial. Discutia-se, entretanto a atuação do Poder Judiciário no lugar do Poder Legislativo, por este ter sido omissivo as relações homoafetivas, como observa Luciana Cristina Andreatta Levada (2011, p. 01):

O fato é que o Judiciário, por sua Suprema Corte, fez o que o Legislativo brasileiro, em atitude de covarde conveniência, tem deixado de fazer até aqui, ou seja, regulamentar de modo corajoso, e consentâneo com a realidade social, as mudanças de conduta e de exame do que sejam famílias na atualidade - e que não podem restringir-se ao conceito clássico de casais entre sexo diverso e para fins de reprodução da espécie.

Essa foi uma questão bastante discutida entre os constitucionalistas, por considerar que o ativismo judicial do STF violava o princípio da separação de poderes, ou seja, que o Poder Judiciário estaria monopolizando o papel que seria do Poder Legislativo (DIAS, 2011, p. 206). Por outro lado, existem doutrinadores que defendem o ativismo judicial, por possibilitar ao Judiciário uma atuação extensa, possibilitando assim uma efetiva concretização dos valores e fins constitucionais, quando há deficiência do Legislativo, de acordo afirma Luis Roberto Barroso (2009, p.05):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Salienta-se que o ativismo judicial não pode ser aplicado a qualquer momento, apenas em *ultima ratio*, como aconteceu no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 que decorreu da absoluta inércia do Legislativo a respeito das relações homoafetivas e com objetivo de impedir a violação de direitos constitucionais fundamentais. (DIAS, 2011, p. 206).

Desta maneira, no dia 05 de maio de 2011, os ministros do STF julgaram por unanimidade procedente a ADI 4277 e ADPF 132 que equipara as relações homoafetivas às uniões estáveis. A primeira ação garantia que o não reconhecimento dessas uniões feriria os princípios fundamentais da Constituição Federal, como a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana. A segunda objetiva garantir aos homossexuais o direito a previdência e ao auxílio-saúde.

Diante disto, a constitucionalidade dessas ações gerou o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pois segundo o voto do Ministro relator Carlos Ayres Britto, caberia ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecimento esse que deve seguir as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 07/05/2011. p.46).

A Ministra Carmem Lúcia, em seu voto tratou do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, que prevê “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.” Para ela, primeiro deve avaliar a norma do art. 226, §3º da CF, para então pronunciar sobre a aplicabilidade do art. 1723 do CC, porque segundo o Ministro relator Carlos Ayres Britto a mera interpretação do código civil poderia provocar interpretações excludentes a respeito das uniões homoafetivas. (ADI 4277. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 07/05/2011. p.88).

No entanto, preceitua Dias (2011, p. 01) em seu artigo *2011 – Um ano cheio de vitórias!*:

Como a decisão foi proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem caráter vinculante e eficácia contra todos, ninguém – nem a justiça e nem qualquer órgão da administração pública federal, estadual ou municipal – pode negar que as uniões de pessoas do mesmo são uma entidade familiar, sinônimo perfeito de família e merecedoras dos mesmos direitos e deveres da união estável (grifo meu).

No dia 25 de outubro de 2011 ocorreu o primeiro julgamento a respeito do assunto, onde, por maioria dos votos favoráveis, os ministros da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram contra a decisão anterior do Tribunal de Justiça do

Rio Grande do Sul ao aceitar o casamento civil entre duas mulheres.

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. (Recurso Especial Nº 1.183.378 - RS 2010/0036663-8, Quarta turma, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 25/10/2011. Data de publicação: 01/02/2012). (grifo nosso)

Assim, podemos entender o valor que essas decisões tiveram para os casais homoafetivos que lutavam para que suas relações fossem igualadas e incluídas no conceito de entidade familiar, ao considerar ser esta relação íntima individual, evitando assim o preconceito e a humilhação.

## **8. DIREITO COMPARADO: BRASIL E O MUNDO**

Como foi visto o Supremo Tribunal Federal reconheceu as Uniões homossexuais no Brasil. É importante agora fazermos uma análise de como os relacionamentos homossexuais são tratados no âmbito nacional e internacional, averiguando quais países admitem a união civil ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No Brasil, no dia 14 de maio de 2013 foi aprovada pelo Congresso Nacional de Justiça (CNJ), por maioria dos votos a proibição dos cartórios de recusar a celebração do casamento civil ou de negar a conversão de união estável em casamento dos homossexuais.

A Resolução CNJ nº 175 levou em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo e considerou também a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, que possibilita a celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Segundo André Molinar Veloso e Marcelo Rebouças Franceschet (2012), a Holanda, em 2001, foi o primeiro país a conhecer o casamento civil entre homossexuais garantindo-lhes os mesmo direitos e deveres dos casais heterossexuais, inclusive o direito à adoção. Mas ressalta-se que desde 1998, a Holanda acolhe a união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Em seguida, entre 2005 a 2009, outros países como a Bélgica, Canadá,

Espanha, África do Sul, a Noruega e a Suécia passaram a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em 2010, Portugal e Islândia passaram a tratar de forma legal a união civil nesses tipos de relacionamentos, mas nestes países não foi concedido o direito à adoção.

Ainda conforme, André Molinar Veloso e Marcelo Rebouças Franceschet (2012), os Estados Unidos, autorizam o casamento gay em algumas cidades como: Iowa, Connecticut, Massachussets, Vermont, Califórnia e New Hampshire, como também na capital Washington.

A respeito da América do Sul, países como Uruguai e Colômbia ampliaram seus direitos no tocante à união civil, trazendo garantias aos relacionamentos homoafetivos. Em 2012, a Argentina, sancionou uma lei que admite o casamento entre homossexuais. Desta maneira preceitua André Molinar Veloso e Marcelo Rebouças Franceschet:

Os argentinos foram os primeiros na América Latina e os décimos no mundo a autorizar o casamento gay. No país, a Lei de União Civil da cidade de Buenos Aires, aprovada no final de 2002, foi o primeiro antecedente antes do reconhecimento nacional ocorrido em 2010. O projeto, sancionado pela presidente Cristina Kirchner, garante a gays e lésbicas os mesmos direitos e responsabilidades de casais heterossexuais, além da mudança dos termos “marido e mulher” no Código Civil Argentino para “contratante” ou “cônjuges”. Isto inclui muito mais direitos do que as uniões civis, incluindo adoção, direito a herança e benefícios sociais e patrimoniais.

Desde 2005, o Reino Unido autoriza a União Civil entre homossexuais. Mas recentemente, no dia 16 de julho de 2013, um projeto de Lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, impelido pelo primeiro-ministro britânico David Cameron, foi aprovado pela Câmara dos Comuns. No dia seguinte, a rainha Elizabeth II sancionou a Lei, admitindo a realização do casamento entre homossexuais na Inglaterra e em Países Gales. É válido considerar que só esta permitida a realização do casamento homossexual a partir de 2014, pois o governo tem algumas pendências administrativas para resolver. (PRESSE, 2013, p.01).

No dia 23 de Abril de 2013, a França ratificou o casamento entre homossexuais, sendo sancionado pelo presidente do país, François Hollande. Mas mesmo diante desta conquista, muitas pessoas na França protestaram contra a legalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. (RIBEIRO, 2013, p. 01)

Podemos perceber que a cada ano que passa os relacionamentos homoafetivos vem ganhando espaço, e cada vez mais os países vêm autorizando a celebração do casamento dessas uniões. Mas apesar dos crescimentos dos direitos dos homossexuais, existe por parte da população um grande preconceito e intolerância, que geram a violência, tornam vítimas os homossexuais.

## 9. A LEI 11.340/2006 E SEUS EFEITOS ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

A priori é importante esclarecer quem são os sujeitos da violência doméstica e familiar. O sujeito ativo pode ser um homem ou até mesmo uma mulher, mas precisa estar caracterizado o vínculo familiar, doméstico ou de afetividade. O sujeito passivo pode ser a mulher, o homem e os homossexuais.

A lei 11.340/2006, como já estudado visa coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas incluiu no seu contexto um novo conceito de família, a família homoafetiva. Tal inclusão encontra-se no artigo 2º da Lei:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006) (grifo meu).

Como também o artigo 5º, parágrafo único, menciona que as relações pessoais e as situações que configuram violência familiar e doméstica independem da orientação sexual. Parodi e Gama (apud DIAS, 2010, p.44) defendem:

Assim, toda relação de parentesco, de afinidade, de socioafetividade ou de afeto, em eficácia ou rompida, tenha havido ou não coabitação ou prática de relações sexuais, todo e qualquer relacionamento desta natureza está protegida pela Lei Maria da Penha.

Salienta-se que é possível a aplicação da lei por analogia em favor do sexo masculino, quando forem agredidos no âmbito familiar ou na unidade doméstica em situação de hipossuficiência. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso denegou Habeas Corpus em favor da agressora por entender ser possível a aplicação por analogia *in bonam partem* da Lei 11.340/2006 ao seu companheiro como se observa:

HABEAS CÓRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI Nº. 11.340/2006, A CHAMADA LEI MARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA.

DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL (HC 6313/2008. Segunda Turma Recursal, TJMT. Relator: Des. Sebastião Barbosa Farias. Julgado em: 09/06/2009, DJMT 24/06/2009) (grifo meu).

A Lei Maria da Penha englobou um novo conceito de família ao considerar a sua aplicabilidade aos homoafetivos, assegurando a estes a mesma proteção legal dada às mulheres.

### 9.1 . VIOLÊNCIA DE GÊNERO OU VIOLÊNCIA DE SEXO?

Inicialmente é válido diferenciar gênero e sexo que constantemente são utilizados como sinônimos. Desta forma, conceitua Kelly Kotlinski (2007, p. 02):

Sexo- refere-se às características específicas e biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, ao seu funcionamento e aos caracteres sexuais secundários decorrentes dos hormônios. [...]. O sexo não determina por si só, a identidade de gênero, e muito menos, a orientação sexual de uma pessoa.

Gênero- não é um conceito biológico, é um conceito mais subjetivo, podemos dizer que é uma questão cultural, social. [...] Nesse sentido, gênero é uma construção social, é preciso um investimento, a influência direta da família e da sociedade para transformar um bebê em ‘mulher’ ou ‘homem’. [...] (grifo nosso).

Considerando esses conceitos, entende-se que o sexo feminino ou masculino de uma pessoa faz parte de um critério morfológico; já o gênero é atribuído ao longo do tempo e está ligado a um critério social. Cabe agora analisar se a Lei Maria da Penha visa coibir e prevenir a violência de sexo ou de gênero.

Essa questão está elencada no artigo 5º da referida Lei, no qual trata de maneira taxativa ao afirmar “Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero [...]”. Nesse contexto, Laura Nayara Gonçalves Costa Gomes (2011, p.01) em seu artigo *A Aplicação da Lei Maria da Penha ao Gênero Feminino* assegura: “[...] o termo “mulher” pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino.”. E ainda pondera Luiz Flávio Gomes (2009, p.01) a respeito da Lei “Buscou-se especificamente a tutela da mulher, não por razão de sexo, sim, em virtude do gênero.”.

Portanto, o que se analisa para a aplicabilidade da Lei 11.340/2006 é a violência de gênero, pois é construída a partir de questões políticas, sociais e culturais, e não de questões biológicas. Assim sendo, a Lei deve ser aplicada aos homoafetivos, visto que a finalidade não é apenas proteger o sexo feminino propriamente dito, visa também proteger aqueles que se sentem, se comportam, se veem como mulheres na sociedade.

## 10. ATUAÇÃO E EFICÁCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Para aprimorar o estudo é relevante analisarmos alguns casos e decisões dos Tribunais de Justiça que adotam a possibilidade de se utilizar das Medidas Protetivas de Urgência previstas da Lei Maria da Penha para os relacionamentos homoafetivos.

O primeiro julgamento a respeito da aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006, as uniões homoafetivas ocorreu, segundo Maria Berenice Dias, em 2011, pelo Juiz Osmar de Aguiar Pacheco, no Rio Grande do Sul. Este por sua vez, conferiu medida protetiva prevista na presente lei, a um casal homossexual, proibindo que o agressor se aproxime da vítima por considerar que as garantias e direitos legais devem ser alcançados por todos, uma vez que a Carta Magna veda qualquer forma de discriminação (CASSOL, 2011, p. 01).

No Rio de Janeiro, o juiz Alcides da Fonseca Neto da 11ª Vara Criminal concedeu a aplicação da Lei Maria da Penha em razão da violência doméstica praticada entre ex-namorados homossexuais, proibindo que o réu se aproxime da vítima a 250 metros de seu companheiro. Em sua decisão, o juiz afirma:

A especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar, eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas ‘protetivas’ de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia. (SPILLARI, 2011, p.01).

Em Aracaju, a 11ª Vara Criminal é responsável pelo julgamento dos processos referentes aos crimes contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo competente para julgar os casos a Juíza Titular Dr.ª Eliane Cardoso Costa Magalhães. A Vara inicialmente com o aparecimento dos casos que envolviam violência doméstica e familiar em uma relação homoafetiva, entre homens, declarava-se incompetente para julgar o caso, afirmando que a vara abrange apenas os casos que envolvam vítima mulher.

No dia 08 de junho de 2011, ocorreu o primeiro um julgamento sobre o Conflito Negativo de Competência, no qual o Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal, entendia ser competente para dirimir o presente caso a 2ª Vara Criminal, por considerar não ser de seu encargo, justificando ter competência apenas para processar e julgar a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Todavia, a magistrada em exercício da 2ª Vara Criminal entendeu que o Juízo Suscitante é competente para o feito, uma vez que a Lei Maria da Penha deve ser estendida às relações homoafetivas. Ressalta-se que o Representante do Ministério Público manifestou-se a favor da magistrada, reconhecendo a competência do Juízo Suscitante. Desse modo,

o Tribunal do Pleno por unanimidade, entendeu ser o Juízo Suscitante competente para dirimir o presente caso.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO- APLICAÇÃO DA LEI ‘MARIA DA PENHA’ ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS - AGRESSÕES PRATICADAS PELO EX-COMPANHEIRO DA VÍTIMA NO SEIO DO AMBIENTE DOMÉSTICO - SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE CONFIGURADA - PROTEÇÃO LEGAL QUE SE CONFERE, AINDA QUE A VÍTIMA SEJA HOMEM - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - CONFLITO CONHECIDO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. (Conflito De Jurisdição Nº 0114/2010, 11ª Vara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Elvira Maria De Almeida Silva. Julgado em 08/06/2011. Publicado em: 10/06/2011).

Ademais, a juíza convocada Dr.<sup>a</sup> Elvira Maria de Almeida Silva, em seu voto a respeito do conflito de jurisdição afirmou:

Ocorre que com a igualdade de direitos que vem sendo estabelecida em nosso ordenamento jurídico entre as relações heterossexuais e as relações homoafetivas, tenho que os direitos concebidos a uma devem ser, obrigatoriamente, estendidos à outra. A proteção que se busca conferir através da referida lei é a proteção da pessoa mais fraca que, presumidamente, é a mulher. Todavia, sendo a vítima do caso presente, um homossexual que incorporou a personalidade feminina, inclusive porque faz questão de ser chamado pelo nome de Silvia, tenho que, no caso em voga, é o mesmo a parte mais vulnerável da relação, razão pela qual considero que a proteção legal tem aqui inegável aplicação. (Conflito De Jurisdição Nº 0114/2010, 11ª Vara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Elvira Maria De Almeida Silva. Julgado em 08/06/2011. Publicado em: 10/06/2011).

No dia 15 de dezembro de 2011, outro Conflito Negativo de Competência, foi provocado pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal, decidindo o Tribunal do Pleno unanimemente que a competência é do Juízo Suscitante.

Conflito de Jurisdição. Agressões físicas cometidas pelo ex-companheiro em uma relação homoafetiva. Pretensão da vítima no sentido da aplicação, a seu favor, de medidas cautelares. Legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar. Precedentes do STF e do STJ. O fato de existir uma relação homoafetiva entre a vítima e agressor em nada afasta a aplicação da Lei 11.343/06, posto que esse diploma legal é expresso em estabelecer que as relações pessoais enunciadas independem de orientação

sexual. Aplicabilidade da Lei nº 11.340/06 que se impõe, em obediência ao princípio da isonomia. Competência do Juízo Suscitante. Decisão unânime. (Conflito De Jurisdição Nº 0057/2011, 11ª Vara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relatora: Desa. Geni Silveira Schuster. Julgado em 15/12/2011. Publicado em 17/12.2011). (grifo nosso).

Diante do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no qual foi favorável à aplicabilidade da Lei 11.340/2006 aos homoafetivos, por entender que é possível uma interpretação analógica *in bonam partem*, permitindo assim a aplicação não apenas nas relações heterossexuais, mas também nas relações homoafetivas. A partir de então, a 11ª Vara Criminal passou a dirimir situações que envolvessem esse tipo de relação, aplicando-se, portanto a Lei Maria da Penha a eles.

O promotor de Justiça da 6ª Promotoria Criminal, Dr. José Elias Pinho de Oliveira, alegou que durante os 2 anos e meio que exerce a função na 11ª Vara Criminal, se deparou apenas com dois casos de homoafetividade, entendendo ser aquele que apesar de ser biologicamente masculino, possui identidade feminina, psicologicamente é mulher. Deste modo, entende o promotor que não é necessário que tenha realizado cirurgia de transgenitalização, para receber a proteção da Lei 11.340/2006. O promotor ponderou ainda em consideração aos homossexuais, afirmando que estes nem sempre estarão protegidos pela Lei Maria da penha, apenas quando se considerarem do gênero feminino.

Apesar do ordenamento pátrio brasileiro não reconhecer expressamente a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha aos homoafetivos, esta Lei permite, como estudado, uma interpretação analógica que garante proteção a essas uniões. Embora o Estado continue omissa a respeito do reconhecimento das relações homoafetivas, estas continuarão existindo e lutando por uma regulamentação jurídica.

## CONCLUSÃO

As relações homoafetivas, estão presentes desde os tempos remotos, onde eram aceitas pelos Gregos e Romanos. Mas com o advento da Idade Média, a Igreja Católica passou a repudiar esse tipo de relação, comparando-os com demônios e feitiçaria e até mesmo passou a serem vistos por alguns estudiosos como uma doença mental.

Como visto, o desrespeito e intolerância às relações homoafetivas não é um fato do presente, e, assim, eles buscam a observância e cumprimento de seus direitos humanos como uma forma de tentar diminuir o preconceito, abusos e qualquer tipo de violência cometida contra deles.

O presente trabalho teve como objeto de estudo demonstrar a finalidade da Lei 11.340/2006, na qual visa coibir, punir e prevenir a violência doméstica e familiar em desfavor da mulher; criar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar

contra a Mulher e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Todavia, fica evidenciado que a Lei em alguns dos seus artigos não traz delimitação quanto ao âmbito de aplicação, de tal modo que assevera ser a violência doméstica e familiar baseada no gênero e que independe de orientação sexual. Deste modo, estarão protegidas no mesmo grau de igualdade, não apenas as relações formadas por pessoas de sexos opostos, como também por pessoas do mesmo sexo, vítimas da violência doméstica e familiar.

Por sua vez, o reconhecimento e a proteção aos relacionamentos homoafetivos, decorreu da decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela constitucionalidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 aceitando então, as relações homoafetivas como entidade familiar.

Diante da possibilidade de uma interpretação analógica *in bonam partem*, diversas decisões jurisdicionais demonstradas no trabalho, evidenciam que cada vez mais os Tribunais vêm admitindo a aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas de violência doméstica e familiar baseada no gênero, com o fito de garantir proteção a estes homoafetivos. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, caminha no mesmo sentido dos Tribunais Superiores e assim, em Aracaju, a competência é da 11ª Vara Criminal para processar e julgar os conflitos referentes a esse tipo de relação, desde que se observe o gênero feminino.

Assim, alguns homoafetivos se sentem como possuidores do gênero feminino e não daquele correspondente ao sexo com o qual nasceu, e, portanto não há como negarmos a aplicação da Lei 11.340/2006 a estes casos, sob pena de infringir os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. E, se o Estado não admite a aplicação da Lei aos homoafetivos, entende-se que o próprio Poder Judiciário está agindo com preconceito.

Ademais, percebe-se que a Justiça Brasileira vem caminhando no sentido de adotar com efetividade e adequação a Lei n 11.340/2006 a essas uniões homoafetivas. A Constituição deve ser vista como um instrumento para ampliar direitos e não para limitá-los. De tal modo que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada sempre que houver uma pessoa em situação de vulnerabilidade, ainda que seja uma relação homoafetiva constituída por homens.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber De Moura. *Direitos Individuais e Coletivos*. In: AGRA, Walber De Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

ALEIXO, Bruna Massaferró. *A constitucionalidade da Lei Maria da Penha à luz do princípio da igualdade*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20139/a-constitucionalidade-da-lei-maria-da-penha-a-luz-do-principio-da-igualdade>. Aces-

sado em: 11.03.2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf). Acessado em: 12.03.2013.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277*. Fundamental nº 132. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STF/IT/ADI\\_4277\\_DF\\_1319338828608.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STF/IT/ADI_4277_DF_1319338828608.pdf). Acessado em: 12.03.2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.652*, 06 de novembro de 2002. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Acessado em: 01.03.2013.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em: 05.11.2012.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.340/2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acessado em 21.10.2012.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>. Acessado em: 24.05.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1815444&ad=s#41%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%201>. Acessado em: 20.03.2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1097042. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. processo penal. Lei Maria da Penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. São Paulo, 03 jan. de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802279706>. Acessado em: 20.03.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Federal da 4ª Região. *Apelação Civil n. 2001.71.00.026279-9/RS*. Relator Juiz Federal Roger Raupp Rios. Órgão julgador: 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Data da publicação: 14/02/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8650719/apelacao-civel-ac-26279-rs-20017100026279-9-trf4/inteiro-teor>. Acessado em: 01.03.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Especial nº 1.183.378 - RS 2010/0036663-8*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomao. Quarta Turma do Tri-

bunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgado em: 25/10/2011, Data de publicação: 01/02/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor>. Acessado em: 13.03.2013.

CASSOL, Daniel. *Justiça gaúcha aplica lei Maria da Penha para proteger homem gay*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rs/justica+gaucha+aplica+lei+maria+da+penha+para+proteger+homem+gay/n1238114999603.html>. Acessado em: 20.08.2013.

COELHO, Juliana Frota da Justa. *Do casulo à borboleta: uma compreensão fenomenológica da travestilidade*. Disponível em: [http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/J/Juliana\\_Coelho\\_16.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/J/Juliana_Coelho_16.pdf). Acessado em 28.02.2013.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria Da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *O tempo da violência*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4\\_-\\_o\\_tempo\\_da\\_viol%EAncia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_o_tempo_da_viol%EAncia.pdf). Acessado em: 12.03.2013.

\_\_\_\_\_. Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *2011 – Um ano cheio de vitórias!* Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2011\\_%96\\_um\\_ano\\_cheio\\_de\\_vit%F3rias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2011_%96_um_ano_cheio_de_vit%F3rias.pdf). Acessado em: 13.03.2013.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Anuário das mulheres brasileiras*. DIEESE – São Paulo: DIEESE, 2011. Disponível em: [http://www.spm.rs.gov.br/upload/20110705150554anuário\\_das\\_mulheres\\_2011.pdf](http://www.spm.rs.gov.br/upload/20110705150554anuário_das_mulheres_2011.pdf). Acessado em: 12.03.2013.

GOMES, Laura Nayara Gonçalves Costa. *A Aplicação da Lei Maria da Penha ao Gênero Feminino*. Disponível em: [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_23343224\\_A\\_APLICACAO\\_DA\\_LEI\\_MARIA\\_DA\\_PENHA\\_AO\\_GENERO\\_FEMININO.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_23343224_A_APLICACAO_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_AO_GENERO_FEMININO.aspx). Acessado em: 16.03.2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha: aplicação em favor de homem*. Publicado em: 26 de junho de 2009. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 14.03.2013.

JESUS, Damásio de e SANTOS, Hermelino de Oliveira. *A empregada doméstica e a Lei “Maria da Penha”*. 2006. Disponível em: [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br). Acessado em: 05.11.2012.

KOTLINSKI, Kelly. *Diversidade Sexual - Uma breve introdução*. Disponível

em: [http://www.direitos.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3048&Itemid=2](http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3048&Itemid=2). Acessado em: 16.03.2013.

LEVADA, Luciana Cristina Andreaça. *As uniões homoafetivas*. Disponível em: [http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/as\\_uni%F5es\\_homoafetivas.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/as_uni%F5es_homoafetivas.pdf). Acessado em: 13.03.2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Penal. HC 6313/2008. Segunda Turma Recursal, TJMT. Impetrado: Juizado Especial Criminal Unificado da Capital. Relator Des. Sebastião Barbosa Farias. Julgado em 09/06/2009; DJMT 24/06/2009. Disponível em <http://www.tjmt.jus.br>. Acessado em: 14.03.2013.

MINAS GERAIS. Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Conflito de Competência nº103.813 MG 2009/0038310-8*; Rel. Ministro Jorge Mussi; Terceira Seção, julgado em 24/06/2009, Data da Publicação: 03/08/2009 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062631/conflito-de-competencia-cc-103813-mg-2009-0038310-8-stj>. Acessado em: 05.11.2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, André. *Juiz aplica Lei Maria da Penha para casal homossexual no RS*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/881133-juiz-aplica-lei-maria-da-penha-para-casal-homossexual-no-rs.shtml>. Acessado em: 28.03.2013.

NUCCI. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 7. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

OCHIRO, Camila Rebeque. *Lei Maria da Penha: Constitucionalidade e Sujeito Ativo e Sujeito Passivo*. 2010. Disponível em [http://www.femparpr.org.br/artigos/upload\\_artigos/camila%20rebeque%20ochiro.pdf](http://www.femparpr.org.br/artigos/upload_artigos/camila%20rebeque%20ochiro.pdf). Acessado em: 28.02.2013.

PARODI, Ana Cecília. GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha: Comentários à Lei nº 11.340/2006*. 1. ed. São Paulo: Russel Editores, 2009.

PRESSE, Agence France. *Rainha Elizabeth II aprova lei do casamento homossexual*. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/rainha-elizabeth-ii-aprova-lei-do-casamento-homossexual.html>. Acessado em: 22.07.2013

RIBEIRO, Tayguara. *França confirma a legalização do casamento gay dias depois de protestos*. Disponível em: <http://portugues.christianpost.com/news/franca-confirma-a-legalizacao-do-casamento-gay-dias-depois-de-protestos-16045/>. Acessado em: 17.07.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70030504070*. Relator: Des. Rui Portanova. Órgão Julgador: Oitava Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Data de publicação: 05/11/2009. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acessado em: 02.03.2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Conflito de Jurisdição n° 117241 SC 2007.011724-1*; Rel. Des. Amaral e Silva; Primeira Câmara Criminal; Data da Publicação: 15/05/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5651610/conflito-de-jurisdicao-cj-117241-sc-2007011724-1-tjsc>. Acessado em: 05.11.2012.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Conflito de Jurisdição n. 01114/2010 referente ao processo n. 2010118658*, Juíza convocada: Elvira Maria de Almeida Silva. 11ª Vara Criminal do Tribunal do Estado de Sergipe. Julgado em: 08/06/2011. Disponível em: [http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:-D1eGNPHt7gJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp\\_numprocesso%3D2010118658%26tmp\\_numacordao%3D20117727+rela%C3%A7%C3%A3o+homoafetiva+&client=juris\\_sg&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=juris\\_sg&ie=UTF-8&site=sg-decisoes%7Csg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=\\*&oe=UTF-8](http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:-D1eGNPHt7gJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2010118658%26tmp_numacordao%3D20117727+rela%C3%A7%C3%A3o+homoafetiva+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-decisoes%7Csg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8). Acessado em: 28.03.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Conflito de Jurisdição N° 0057/2011 referente ao processo n. 2011116356*, DESA. Geni Silveira Schuster. 11ª Vara Criminal do Tribunal do Estado de Sergipe. Julgado em 15/12/2011. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2011116356&tmp.numacordao=201117911>. Acessado em: 28.03.2013.

SETTI, Ricardo. *No Dia Internacional da Mulher, a má notícia*: a cada hora, dez mulheres foram vítimas de violência no Brasil em 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/no-dia-internacional-da-mulher-a-ma-noticia-a-cada-hora-dez-mulheres-foram-vitimas-de-violencia-no-brasil-em-2012/>. Acessado em 22.04.2013.

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. *Aplicabilidade da Lei Maria da Penha*: Um olhar na vertente do gênero feminino. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8892](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892). Acessado em: 26.02.2013.

SPILLARI, Carolina. *Lei Maria da Penha é aplicada a casal gay no Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,lei-maria-da-penha-e-aplicada-a-casal-gay-no-rio-de-janeiro,708486,0.htm>. Acessado em: 20.08.2013.

VELOSO, André Molinar e FRANCESCET, Marcelo Rebouças. *União homoafetiva*: a diferente realidade enfrentada por casais homossexuais no Brasil e no mundo. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23498/uniao-homoafetiva-a-diferente-realidade-enfrentada-por-casais-homossexuais-no-brasil-e-no-mundo/3#ixzz2ZJt4c5KQ>>=. Acessado em: 17.07.2013

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Homoafetividade*: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Transsexualidade*. In: Diversidade e direito homoafetivo. Coordenação: Maria Berenice Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**SOLIDARISMO ÉTICO E LIBERDADE NEGOCIAL: A LIVRE INICIATIVA A PARTIR DA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

*Solidarism ethical and negotiating freedom: free initiative from the 1988  
Constitution*

**MARCELO DE SOUZA SAMPAIO**

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual pela Universidade Tuiuti do Paraná. Professor na FANEESP. E-mail: pachoctba1@gmail.com.

**LEONARDO SANCHES FERREIRA**

Bolsista do CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa “Cidadania Empresarial”, liderado pela Prof. Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, registrado no CNPq. Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: sanchesf.leonardo@gmail.com.

RECEBIDO EM: 29.09.2013

APROVADO EM: 04.11.2013

---

**RESUMO**

O presente trabalho visa analisar a boa-fé objetiva e seu papel marcante, desde a sua aceção como regra social de conduta até a sua consolidação como cláusula geral e como vetor da nova ordem contratual, notadamente trazendo para o bojo dos acordos de vontade privatísticos o valor fundante da Constituição Federal de 1988, a saber, o solidarismo ético, a delimitar o exercício regular da autonomia privada, da liberdade negocial e da livre iniciativa. De acordo com a pacificação da opinião jurídico-científica a boa-fé objetiva é uma figura jurídica desenvolvida com base na construção doutrinária e jurisprudencial, sendo ambas as fontes de relevada importância. A metodologia adotada consiste na pesquisa bibliográfica de livros, artigos e obras que versam acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. BOA-FÉ. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.

---

**ABSTRACT**

The present work analyzes the objective good faith and his role striking, since its meaning as a social rule of conduct until its consolidation as a general clause and as a vector of the new contractual order, notably bringing the bulge of the agreements will privatísticos founding value of the Constitution of 1988, namely the solidarity ethical, to establish regular exercise of personal autonomy, freedom and free enterprise bargaining. According to the pacification of the legal opinion the scientific objective good faith is a legal developed based on doctrinal and jurisprudential construction, being both sources of high importance. The methodology consists in the literature of books, articles and products that deal on the subject.

**KEYWORDS:** SOCIAL FUNCTION OF CONTRACT. CONTRACTUAL OBLIGATIONS. GOOD-FAITH. PRINCIPLE OF TRUST.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Função social do contrato e efeitos das obrigações contatuais. 2. A boa-fé e o princípio da confiança. Conclusão. Referências.

---

**INTRODUÇÃO**

Como dever de conduta e como elemento da responsabilidade civil, notadamente contida na Teoria do Abuso de Direito, a boa-fé objetiva se manifesta no meio ambiente contratual não apenas na fase de execução dos pactuados, mas também na fase de pré-contrato e, ainda antes, na fase de negociação ou de tratativas, quando tecnicamente nem contrato ainda haveria.

Uma vez encerrada a relação contratual, algumas obrigações remanescem operantes entre as partes e, até mesmo em alguns casos, surtindo efeitos para terceiros. Por essa razão, a boa-fé objetiva também será aplicada à etapa pós-contratual.

A responsabilidade civil aquiliana pode se manifestar em qualquer uma dessas etapas negociais, não sendo exclusividade da violação positiva dos contratos. A atuação da boa-fé objetiva em cada uma das fases do itinerário contratual será vista, agora, de maneira pontuada.

**1. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES CONTATUAIS**

Visto que da Idade Média para a contemporaneidade, especialmente o mundo ocidental migrou de um modelo econômico baseado nos feudos, nas feiras, nas trocas, indo para as aquisições dos bens da vida por dinheiro, até que se estru-

turou o modelo capitalista econômico, a partir da Revolução Industrial no Século XVIII e experienciando a evolução do capitalismo moderno para os diversos modelos operacionais contemporâneos, adequados à realidade de cada país, sendo uns mais protecionistas e, em outros, liberais, não regulados, sem atritos jurídicos sobre a economia.

O contrato esteve presente em todas essas etapas da vida, garantindo a formalização das trocas entre os particulares. As diversas espécies de obrigações restaram regradas desde os instrumentos mais rudimentares, antes mesmo da Lei das XII Tábuas, que é um dos marcos principais do Direito Romano, e a qual já aludia aos direitos creditícios e possessórios de maneira expressa, inclusive cominando penas para os possuidores e para os depositários de má-fé<sup>31</sup>.

Da mesma forma como o modelo econômico se adaptou à evolução dos tempos, também o Direito e mais especificamente as obrigações e os contratos se transformam, adequando-se à necessidade social, uma vez que ambos existem em favor e pela sociedade, para regular e dar vazão segura às relações sociais. Não é a sociedade que existe por causa, ou em função do Direito e sim o inverso. E assim o meio ambiente econômico depende do Direito e dos contratos – do seu tempo – para se estabelecer de maneira ordenada. Nesse sentido, Mônica Yoshizato Bierwagen<sup>32</sup>:

Por efeitos de um novo panorama político, econômico e social que se instaurou no Século XIX, com a consolidação de Estados liberais fundados na ideologia individualista pregada pela Revolução Francesa e o estabelecimento do regime capitalista de produção decorrente da Revolução Industrial, os contratos revelaram-se instrumento de grande valia no desenvolvimento da vida econômica da época: garantiam a regulação de interesses individuais com igualdade entre as partes contratantes, ao mesmo tempo que atendiam à necessidade premente de ampliação e difusão das relações de troca.

Da concepção clássica emergem também os princípios clássicos orientadores do contrato, a saber, a igualdade formal das partes, donde se extrai que “todos são iguais perante a lei”, a força obrigatória dos contratos, donde se tem que o contrato faz lei entre as partes e, de maneira socialmente excludente, mantendo sua eficácia distante de terceiros, bem como, a supremacia da vontade individual, sobrepondo-se a regulações de ordem pública ou de cunho social:

Formou-se a partir dessa ideologia liberal aquilo que hoje se denomina

<sup>31</sup> Vide tábuas sexta, sétima e oitava. Disponível em: <http://solatelie.com/cfap/pdf/leiXIItabus.pdf>. Acessado em: 04.04.2013.

<sup>32</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 25.

modelo clássico de contrato, assentado nas concepções de ampla liberdade de contratar e de total submissão a seus termos, como se fosse lei entre as partes. Os princípios da igualdade das partes, da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade (liberdade contratual), da relatividade dos contratos (efeitos restritos às partes), e da intangibilidade destes, se por um lado foram concebidos para garantir ampla e total liberdade entre os contratantes, para dispor de seus interesses da forma como bem desejassem, por outro, o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor. (BIERWAGEN, 2003, pp. 25-26).

Esses princípios basilares ganharam um novo colorido – não anacrônico – com sua situação na contemporaneidade hermenêutica. Desta forma, acima do interesse exclusivamente egoístico, prevalece o interesse social do contrato, sua interação e potenciais reflexos para toda a comunidade, advindo daí a relativização da vontade individual e também a compreensão da eficácia do contrato perante terceiros. A isonomia passa a ser entendida da perspectiva substancial, e não mais meramente formalista.

Todas essas noções coadunam com as lições anteriormente apresentadas de Norberto Bobbio, tanto relativas à funcionalização das figuras jurídicas, quanto à esquematização do estudo da Era dos Direitos, que culmina na Fraternidade atual, extraindo-se de ambos o valor ético como princípio fundante da Constituição Federal.

Constitucionalmente, o valor ético – e não somente normativo – da funcionalização social do contrato, resta atrelado ao preâmbulo da Carta Magna, donde emerge a Fraternidade como paradigma axiológico. E a concepção de contrato também ganha, portanto, o colorido das transformações jurídicas do governo das relações privadas, à luz da Fraternidade. Ainda se abordará mais amiúde a relação entre a ética e o Direito, conquanto fundamental a toda a construção desta pesquisa, passando pelo solidarismo ético, a função social do Direito e culminando com a materialização da boa-fé objetiva nas etapas contratuais.

Como já anotado, o Código Civil, em seus artigos 187 e 421, prescreve a função social como elemento norteador da licitude e do equilíbrio do exercício do direito regular e da liberdade de contratar.

O enunciado 539 da V Jornada de Direito Civil apresenta maiores digressões interpretativas a respeito do abuso de direito:

ENUNCIADO 539 – O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. Artigo: 187 do Código Civil. Justificativa: A indesejável vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura. Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil. Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do código. O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil.

O artigo 187 do Código Civil Brasileiro seguiu os moldes do artigo 334<sup>o</sup> do Código Civil Português. Sobre seu teor, explica Antonio Menezes Cordeiro<sup>33</sup> que o preceito se refere à boa-fé objetiva, porque não contempla vetores diretamente ligados ao sujeito, “mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem.” E nessa esteira o sujeito transita dentro das possibilidades jurídicas, “o que, já por si, implica a incidência de realidades normativas e devem, além disso, observar limites impostos [...], dos quais um, a boa-fé. O sentido desta implica a determinação do conjunto.”

De acordo com Karina Nunes Fritz<sup>34</sup>, a boa-fé objetiva se estende até a conduta humana, constituindo-se em um “limitador ético ao exercício dos direitos”, o que ensejou uma “renovação na teoria do abuso de direito”, que dantes era fulcrada unicamente na culpabilidade.

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, pp. 661-662.

<sup>34</sup> FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá. 2008, p 95.

O abuso de direito, portanto, é um dos realizadores da função social de toda e qualquer figura jurídica, na medida em que enquadra a conduta já autorizada juridicamente ao cidadão, em uma esfera de manutenção dos interesses coletivos e de concretização do ideário constitucional para o estabelecimento de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária.

Para definir esses novos contornos trazidos pela função social não basta lançar a afirmação categórica de que a função social dos contratos existe e agora “é lei”. É preciso estabelecer esses novos parâmetros, com base na verificação dos desequilíbrios modernos e com base nas necessidades contemporâneas, a exemplo do reconhecimento da potencial vulnerabilidade (relacionando-se com a travessia da isonomia formal para substancial) de uma das partes. Tereza Negreiros<sup>35</sup> afirma: “De fato, a principiologia contratual, ao invalidar a premissa clássica da igualdade entre os contratantes, requer a formulação de critérios de avaliação do grau de disparidade de poder negocial.”

Vale ainda, da mesma autora<sup>36</sup>, registrar a lição do cotejo da fraternidade de maneira aplicada à queda da intangibilidade plena e à eficácia das obrigações sobre terceiros:

o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas. Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional.

Conforme Paulo Nalin<sup>37</sup> escreveu sobre o contrato pós-moderno. Dentre as ilações conceituais que performa, destaca-se:

a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.

<sup>35</sup> NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006, p. 206.

<sup>36</sup> NEGREIROS, Tereza. Op. Cit. pp. 208-209.

<sup>37</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed., 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

Flavio Tartuce<sup>38</sup> comenta, elogiosamente, que o conceito de Paulo Nalin é “instigante e prático porque conclui que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes”. E acrescenta que “a doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato”.

Rosalice Fidalgo Pinheiro<sup>39</sup> comenta a correlação entre o ambiente jurídico em que são formados os contratos e o cenário político da democracia, correlacionando ambos os institutos:

Contrato e democracia foram projetados pela Modernidade em cenários jurídicos diversos, restando paradoxal relacioná-los. Porém, todo paradoxo se desfaz ao percorrer, sob os passos do contratualismo, o percurso que se estende do contrato à democracia e da democracia ao contrato. No primeiro desses trajetos, revela-se o desencontro entre contrato e direitos fundamentais, suscitado pela eficácia desses direitos, tão-somente, às relações entre Estado e cidadãos. [...] No cenário político moderno, o contrato é utilizado por inspiração das teses contratualistas, com o propósito de depositar no consenso a origem do Estado e da sociedade, legitimando o poder soberano. [...] Trata-se de delinear a autonomia contratual como um direito natural, imune a tudo que lhe seja artificial. Entra em cena o papel instrumental do contrato, tecido pelas codificações oitocentistas: a dinâmica que move as titularidades individuais. Na remoção das desigualdades sociais, suscitadas pelos conflitos entre pessoa e mercado, os direitos sociais são inscritos nas Constituições, sob o viés da jusfundamentalidade. Na realização desses direitos, a democracia se faz presente na sociedade; invade o cenário privado para impor medidas existenciais aos indivíduos e grupos que se encontrem em dificuldades de desenvolvimento, em termos econômicos e sociais. É nesse momento, que se cogita um novo papel para o contrato, o de “ponto de encontro de direitos fundamentais”.

Na sequência, Rosalice Pinheiro<sup>40</sup> aborda a questão dos “direitos funda-

<sup>38</sup> TARTUCE, Flavio. *Conceito de contrato na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>. Acessado em: 15.05.2013.

<sup>39</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. pp. 4667-4686. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice\\_fidalgo\\_pinheiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf). Acessado em: 15.05.2013.

<sup>40</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/>

mentais sociais e a existência de um mínimo existencial a influenciar os novos contornos da autonomia contratual”.

A idéia segundo a qual há um “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”, transitou do cenário jurídico alemão para o brasileiro. [...] Semelhante teorização encontrou lugar na Corte Constitucional alemã, conferindo-se ao “mínimo existencial” status constitucional: a garantia de condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo do princípio do Estado social de direito. No cenário jurídico pátrio, o “mínimo existencial” encontrou lugar por obra de Ricardo Lobo Torres. Sustenta uma metamorfose dos direitos sociais em “mínimo existencial”, que encontra fundamento na passagem dos direitos de justiça para os direitos de liberdade. Esta deposita seu fundamento nas condições para seu exercício, importando dizer que sem aquela garantia, desaparecem os pressupostos materiais de liberdade.

Mas como essa temática, que influencia diretamente no contorno e também no conteúdo contratual contemporâneo, vem o questionamento: como a questão é tratada na Constituição Federal brasileira?

A ausência de disposição expressa na Constituição da República de 1988 não subtrai a garantia do “mínimo existencial” da tutela constitucional. Seu reconhecimento apóia-se no princípio da dignidade da pessoa humana e em seu núcleo essencial de direitos fundamentais. Trata-se da proteção a um mínimo de subsistência. Semelhante exigência conduz às dimensões do “mínimo existencial”, reveladas pelos direitos sociais. A essencialidade, presente nesses direitos, permite proclamar sua jusfundamentalidade: “a parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”. Esboça-se o elo entre dignidade da pessoa humana e direitos sociais, o que permite conferir ao “mínimo existencial” status de direito fundamental<sup>41</sup>.

É permanente o retorno para o princípio da dignidade da pessoa humana, seja no tutelamento do interesse positivo ou negativo.

Ana Paula Barcellos identifica no princípio da dignidade da pessoa huma-

---

arquivos/anais/salvador/rosalice\_fidalgo\_pinheiro.pdf. Acessado em: 15.05.2013.

<sup>41</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice\\_fidalgo\\_pinheiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf). Acessado em: 15.05.2013.

na, uma dupla eficácia: negativa e positiva. A primeira constitui-se em um limite ao legislador, enunciando o princípio de proibição de retrocesso e um parâmetro interpretativo dos atos do poder público. Já a segunda, está contida em um consenso mínimo assegurado pela Constituição, ao qual se atribui o caráter de regra. Nesta medida, a não realização dos efeitos mínimos constitui-se em violação do princípio, importando em prestação equivalente. Trata-se de um “conteúdo mínimo da dignidade”, concretizando o “mínimo existencial”<sup>42</sup>.

Contudo, aliado à ponderação da principiologia constitucional e civilista, aborda a função existencialista do contrato e seu mínimo existencial, induzindo a uma interpretação dos bens de utilidade relacionados ao contrato como propriedades no sentido constitucional que é alcançado pela função social:

Diante da insuficiência da civilística clássica, procura-se tutelar a pessoa no contrato, em face do mínimo existencial. Busca-se uma composição de princípios, na qual “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e sua dignidade possam ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos”. Ao introduzir a pessoa no centro da contratação, o paradigma da essencialidade, desenhado por Teresa Negreiros, revela-se como instrumento do “mínimo existencial”. Em crítica à classificação dos bens, presente no Código Civil, atenta Pietro Perlingieri, que a relevância do bem não pode ser ditada tão-somente pela titularidade do interesse depositado nas mãos de seu titular, mas, ainda, pela tutela do bem, reservada a terceiros, que dele recebem uma utilidade não apenas econômica. Com efeito, os bens devem ser classificados segundo a utilidade que representam para a pessoa que deles se serve. Isto encontra tradução no contrato, à medida que a classificação e o regime que lhe sejam aplicáveis considerem a destinação do objeto da contratação<sup>43</sup>.

E conclui, afirmando pela necessidade social da democracia atrelada às relações privadas<sup>44</sup>:

Em atenção a essa ordem de idéias, a eficácia dos direitos fundamentais

<sup>42</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit.

<sup>43</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/rosalice\\_fidalgo\\_pinheiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf). Acessado em: 15.05.2013.

<sup>44</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Op. Cit. 78.

sociais nas relações privadas, sujeita-se a um cuidadoso desenho, que se vale de critérios de ponderação. Trata-se de enunciar categorias argumentativas para direcionar a atividade hermenêutica de reconhecimento da eficácia horizontal daqueles direitos. Para tanto, o direito à moradia e o direito à saúde se entrelaçam nas relações contratuais, presentes nos tribunais brasileiros, tecendo um núcleo essencial de preservação dos direitos fundamentais sociais, que se julga indispensável à dignidade da pessoa humana: o “mínimo existencial”. Em face da vinculação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais sociais sempre incidem imediatamente perante particulares, quando se tratar do “mínimo existencial”. A tarefa de ponderação, entre autonomia privada e direitos fundamentais sociais, mostra-se complexa, chamando-se, para tanto, o princípio democrático. Busca-se neste princípio, o fundamento de incidência daqueles direitos nas relações jurídico-privadas. Nesses termos, o Estado democrático de direito está indissolúvelmente ligado à realização dos direitos fundamentais sociais. Garantir condições mínimas de existência é um pressuposto de uma democracia que não se limita à esfera política, mas avança para a esfera privada, com o propósito de alcançar igualdade substancial e justiça social.

Imperioso o registro da opinião doutoral de Tereza Negreiros<sup>45</sup> acerca da função social dos contratos como vertente principiológica:

Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.

José Oliveira Ascensão<sup>46</sup>, trata da sistematização do tema, considerando o sistema bipartite do Código Civil brasileiro:

Consideremos a autonomia privada. Hoje em dia, é em todos os países um princípio fundamental. Mas o tratamento sistemático que recebe pode variar muito. Será versada pelo ponto de vista do negócio jurídico? Ou isso

<sup>45</sup> NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006, p. 211.

<sup>46</sup> ASCENSÃO, José Oliveira. *Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia*. In: V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acessado em 15.05.2013.

representa abstração excessiva e será melhor colocar em primeiro plano o contrato? Mas o contrato, por sua vez, deve ser estudado e regulado numa Parte Geral, havendo um Código Civil, ou em qualquer caso na Parte Geral de uma exposição sistemática? Ou deverá antes ser versado no âmbito do Direito das Obrigações, por o contrato ser fonte de obrigações? Tudo isto interessa também à reflexão jurídica brasileira. Muitos dos institutos examinados, mesmo os tirados de alterações recentes, ou estão já aceites ou estão em debate na ordem jurídica brasileira. Chamaria a atenção para uma inovação relativa do Código Civil brasileiro (2002): a função social do contrato, consagrada no art. 421 do Código Civil. Não representa em absoluto uma novidade. O princípio da função social abrange tendencialmente todas as situações jurídicas privadas, e portanto também as obrigações. Mas o fato de ter sido expressamente proclamado concitou as atenções. Fez multiplicar os estudos sobre o tema, como se fosse matéria nova. E isso levou a chegar a conclusões que não eram visíveis no estado legislativo anterior. Em muitos outros setores encontramos um panorama análogo. Mesmo não mudando a lei, a prática pode supri-la na descoberta das virtualidades do sistema vigente. Para isso, a reflexão sobre a situação jurídica alheia e o confronto com a nacional pode ser a via para alcançar grandes progressos que se perspectivam.

Considerando que nos próximos tópicos trataremos das etapas contratuais, valem algumas considerações sobre a função social e a boa-fé nos contratos que não atingem plenos efeitos.

Na I Jornada de Direito Civil<sup>47</sup>, datada de 2002, foi aprovado o enunciado doutrinário n. 23:

a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A tradicional e clássica obra de Orlando Gomes, atualizada pelos juristas paulistas Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino<sup>48</sup> abordam justamente as consequências da amplitude da aplicação prática – e não apenas teórica – da função social como fator ensejante da ineficácia *ad posteriori*:

<sup>47</sup> I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>. Acessado em: 13.05.2013.

<sup>48</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007, p. 37.

Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato.

O enunciado 537<sup>49</sup> está relacionado ao artigo 169 do Código Civil brasileiro, também atacou a função social, agora em diálogo com os negócios jurídicos nulos:

A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela. Justificativa: A tradição jurídica brasileira afirma que a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos mercedores de tutela pelo ordenamento (ex.: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na “adoção à brasileira”. Além disso, o CC consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato. É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo. (g.n.)

O jurista Rui Alarcão<sup>50</sup>, representante da Escola de Coimbra, ressalta o

<sup>49</sup> V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20JORNADA1.pdf>. Acessado em: 13.05.2013.

<sup>50</sup> ALARCÃO, Rui. *Menos leis, melhores leis*. Revista Brasileira de Direito Comparado n°.

fenômeno da contratação como uma espécie de fazimento particular da lei, em que pese o contrato não importar mais em um instrumento intangível. E defende a técnica legiferante dos microsistemas como mecanismo de manutenção de um Direito “arejado”, flexível e adequado às questões específicas, que efetivamente causam preocupação ao dia-a-dia dos particulares. De toda sorte, impossível não se visualizar que as construções contratualistas ditas “sócio-políticas” ora afetam a toda a sociedade, vez que pacificam as relações em geral e diminuem o apelo aos Tribunais e a necessidade da intervenção minuciosa do Estado-Lei. Mas tudo equilibrado pela nova interpretação principiológica dos contratos.

[...] e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas, mas institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimensões modernas ou pós-modernas.

De acordo com Claudio Bueno Godoy<sup>51</sup>:

Em diversos termos, tem-se que a função social do contrato, em primeiro lugar, parte da própria relação envolvendo os contraentes, de resto como, igualmente, se dá com a função social da propriedade que, por exemplo, sendo rural, se atende quando seu exercício preserva o bem-estar também do proprietário, e não só de terceiros (art. 186, IV, da CF).

Portanto, a função social dos contratos apresenta-se como parte da nova principiológica contratual, aliada ao mínimo existencial, ou à função existencial dos contratos, materializando um vertente de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o artigo 422 do Código Civil brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Dos elementos que compõem o sistema economicamente e socialmente funcional, destaca-se a figura jurídica de maior relevância para este trabalho, a saber, a boa-fé objetiva.

---

31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009, pp. 2-8.

<sup>51</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 131.

De acordo com Cláudia Lima Marques<sup>52</sup>:

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Paulo Nalin<sup>53</sup> oferece importante opinião a respeito da aplicação subjetiva da boa-fé objetiva:

Avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará partes do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sócio cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que as mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.

A exemplo do que se viu da função social dos contratos, de acordo com Carlyle Popp<sup>54</sup>, o papel da boa-fé é principiológico, mas deve alcançar efeitos práticos:

A boa-fé objetiva é princípio geral de direito e está instrumentalizada no Código Civil vigente/2002. A sua aplicação prática é fundamental para a democratização das relações jurídicas, sobretudo diante do paradigma da pós-modernidade. A utilização de critérios específicos de aplicação será de grande valia para a efetividade de tal princípio. Estes critérios são: a) a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana; b) a verificação se os deveres de conduta foram respeitados; c) o uso da equidade; d) a res-

<sup>52</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

<sup>53</sup> NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 133.

<sup>54</sup> POPP, Carlyle. *Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade*. In: *Direito Empresarial e Cidadania. Questões Contemporâneas*. GEVARD, Jair; TONIN, Marta Marília; org. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17.

tauração dos parâmetros da moral objetiva e, conseqüentemente da ética, e, por fim; e) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Portanto, conforme se passará a ver, nos próximos tópicos, o contrato contemporâneo não se distingue do moderno apenas pelo seu novo conteúdo, mas também por seus reflexos serem estendidos aos momentos anterior e posterior da contratação. Nesses cenários, a boa-fé objetiva desempenha papel fundamental para se medir os efeitos obrigacionais.

E ainda, por fim, mesmo que em rápidas palavras, há que se registrar a relevância do trato jurisprudencial para a delimitação do conteúdo jurídico da boa-fé objetiva. Conforme Antonio Menezes Cordeiro<sup>55</sup>, autor lusitano de um dos maiores tratados da atualidade sobre a boa-fé no direito civil, a jurisprudência foi responsável pela construção dos parâmetros de materialidade da boa-fé objetiva, alçando-a a valor jurídico concreto, como se verá pormenorizadamente, na análise das diversas fases contratuais em sua concepção contemporânea.

## 2. A BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Jorge César Ferreira da Silva<sup>56</sup> trata de uma afetação importantíssima da boa-fé, a saber, “o princípio da boa-fé como fundamentador de deveres jurídicos e um dos principais elementos materiais: a confiança”. Afirma o autor que a este princípio foi produzida menção no Código de Napoleão e adentrou o Brasil através do Código Comercial de 1850, mas “somente no século XX ele ganhou atribuição normativa própria, deixando de ser mero instrumento retórico ou complemento de outras disposições.” Um dos fatores principais para essa nova realidade foram os “desenvolvimentos interpretativos realizados acerca do BGB, sobretudo em decorrência do seu §242”, mas não de imediato à concepção codificada, por não ser o escopo primevo do legislador essa conferência de poderes de criar o direito para a boa-fé. Foram a doutrina e a jurisprudência que lhe concederam este papel, passando a compreender a boa-fé como um “elemento mitigador de rigorismos e capacitada a desenvolver e impor uma série de deveres jurídicos de conduta”, reconhecendo a eficácia diversa, “prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na ideia de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais”.

Em uma acepção prática do princípio da confiança, manifestado na pré, na contratualidade e na pós-contratualidade, ensina Jorge César Ferreira da Silva<sup>57</sup>:

<sup>55</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina. 2001, pp. 1290-1291.

<sup>56</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, pp. 45-48.

<sup>57</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro :

Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações. Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo que, presumivelmente, havia renunciado. No mesmo sentido, foi entendida a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos do antigo. Como se percebe, todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de *confiança* (grifos originais).

O enunciado 27 da I Jornada de Direito Civil afirma, interpretando o artigo 422, do Código Civil Brasileiro, que: “Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistêmicas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

E nesse sentido, adentrando aos elementos metajurídicos, Jorge César Ferreira da Silva<sup>58</sup>:

Sociologicamente, a confiança pode ser compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social. A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá.

Se é por meio da confiança que o sujeito faz as suas projeções daquilo que lhe aguarda, para bem ou para mal, isso certamente afeta a sua expectativa de que o direito e as leis sejam cumpridas e, conseqüentemente, possa ele cumprir com a sua parte no acordo. Conforme ensina Carlyle Popp<sup>59</sup>, “a teoria da confiança nasce como forma de resolver os conflitos existentes entre a teoria da vontade e a da declaração”. A teoria da confiança prima pela “vontade interna declarada”, limitando o valor da declaração à capacidade de tradução da vontade interna do agente. Já a teoria da

---

Renovar, 2007, pp. 48-49.

<sup>58</sup> SILVA, Jorge César Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 49.

<sup>59</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 115.

declaração, de cunho formalista, ocupa-se mais do “conteúdo declarado” e menos da “real intenção do declarante”. A teoria da confiança teria vindo para mitigar a teoria da declaração, tornando-a mais acurada. Seus adeptos afirmam que a preocupação primordial não é descobrir se a predominância graça com a vontade ou com a declaração, mas antes conferir total importância à segurança, porque, de acordo com Orlando Gomes<sup>60</sup>, “a declaração de vontade é eficaz, ainda que não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber ou não puder saber que não corresponde à vontade”.

Retomando as lições de Carlyle Popp<sup>61</sup>, a confiança diz com a relevância do “comportamento das partes, dentro do tráfico jurídico. Reflete mais uma preocupação social e solidarizante”. “Protege-se aquele que recebe a manifestação de vontade alheia, desde que esta seja séria e o declaratório não tenha porque duvidar de sua retidão”. Contudo, “a visão da doutrina da confiança não pode ser de mão única. O comportamento do declarante e os limites de sua autodeterminação também devem ser considerados”.

Conforme Ferrer Correia<sup>62</sup>, “o declarante responde pelo sentido que ele próprio devia considerar acessível à compreensão”. De acordo com Carlyle Popp<sup>63</sup>, “a presença da confiança deverá ser verificada na situação específica, pela presença de dois elementos”, a saber, “a) objetivo: se o comportamento do declarante era suficiente para gerar confiança segundo um padrão médio;” e, “b) subjetivo: se o declaratório efetivamente confiou no comportamento da parte contrária”.

De acordo com as lições de Ana Prata<sup>64</sup>, o suprarreferenciado elemento objetivo é gerado de situações concretas (e via de consequência descarregam no âmbito subjetivo):

- a) a natureza profissional do sujeito que intervém na negociação, como critério comparativo com o leigo, pois para este será mais fácil confiar em um convite para contratar realizado por alguém com as características daquele, do que se o convite de um profissional for direcionado a outro profissional;
- b) as características pessoais do sujeito que inicia as negociações são de

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense. 2010, pp. 277-278.

<sup>61</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 116-117.

<sup>62</sup> CORREIA, Antonio Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001, p. 200.

<sup>63</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 119.

<sup>64</sup> PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45. Apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 122-123.

extremo relevo, pois se se tratar de uma pessoa conhecida, respeitada, tida como correta e honesta; [...] c) a existência de anterior relação entre as partes, cuja natureza periódica (épocas do ano ou do mês, por exemplo) gere a efetiva confiança de que nova contratação advirá, aspecto que poderá importar em realização de despesas, confiante na nova contratação. d) o tipo de contrato, a sua natureza, a sua importância econômica ou social, a sua frequência e a forma como habitualmente é concluído. [...] e) a existência de uma proposta efetiva que motive o início de negociações sérias. Proposta desta natureza, onde todos os elementos definitivo estão presentes, influirá, certamente, na convicção da outra parte, acerca da retidão de propósitos da outra parte. Não se trata de mero convite para contratar [...] f) a concreta configuração de contato havido entre os sujeitos é fundamental para gerar confiança. [...] Se este comportamento gerou confiança na outra parte de que o negócio seria realizado pode ocorrer a responsabilidade pré-negocial. (grifos originais)

Por fim, há que se abordar, ainda que em rápidas palavras, um tema adjacente, que interessa ao tutelamento do princípio da confiança, o qual é tratado pela imperatividade da doutrina estudiosa da boa-fé, mas que, tecnicamente, está atrelado a condutas inadmissíveis.

Antonio Menezes Cordeiro<sup>65</sup> ensina que a proteção da confiança atua, por aspecto reverso, como “proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas” e três campos de estudo, em especial, derivam desse conceito.

Conforme Carlyle Popp<sup>66</sup>:

a tutela da confiança merece proteção não somente como corolário da boa-fé, não protege somente as legítimas expectativas do declaratório com relação com relação aos procedimentos do declarante, mas também mediante a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas.

A primeira figura jurídica dessas condutas proibidas é o *venire contra factum proprium*, assim explanado por Regis Fichtner Pereira<sup>67</sup>:

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não

<sup>65</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p. 720.

<sup>66</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 125.

<sup>67</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 84-85.

é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral de boa-fé. O que se quer evitar com a proibição do venire contra factum proprium é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente. (g.n.)

De larga aplicabilidade é a figura do *tu quoque*, que pune ao contrante que dá causa para o descumprimento obrigacional e, ato contínuo, pretende exigir a satisfação da sua contraparte, sob pena de extinção do contrato e/ou de cominação indenizatória.

De acordo com Antonio Menezes Cordeiro<sup>68</sup>, o *tu quoque* traduz, com “generalidade, o aflorar de uma regra pela qual uma pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”.

E conforme Carlyle Popp, “há cerca similitude, então, com a *exceptio non adimpleti contractus*, não se olvidando que esta decorre de norma legal [...] e aquele de regra principiológica, pelo menos no ordenamento pátrio”.

A respeito das figuras da *supressio* (*verwirkung*) e da *surrectio* (*erwirkung*), resume Neimar Batista<sup>69</sup>:

E, por fim, a *supressio*, resultante da inexigibilidade de uma obrigação pela falta de exercício de uma das partes, o que leva a crer que não o fará novamente, e a *surrectio*, que é a situação inversa, ou seja, a parte reiteradamente exerce determinada posição que não é reprimida expressamente pela parte contrária.

De maneira mais elaborada por Antonio Menezes Cordeiro<sup>70</sup>, explica que

<sup>68</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p. 837.

<sup>69</sup> BATISTA, Neimar. POPP, Carlyle. *O abuso de direito nos contratos de distribuição mercantil e suas repercussões jurídicas*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2012, p. 108.

<sup>70</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p 797.

a *supressio* é “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”. Quanto à *surrectio* preconiza<sup>71</sup>:

Para Jürgen Schmidt, as regras codificadas quanto ao influxo da efectividade sobre a regulação jurídica constituem, até pela sua diversidade, *leges speciales*. Sobre elas, como complementação do Direito legislado, ergue-se a *lex generalis*, susceptível de revestir dois aspectos: ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efectividade social – é a *supressio* – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente – é a *surrectio*.

Por fim, Régis Fichtner Pereira<sup>72</sup>, alude a uma casuística de relevo na doutrina, explicando que a “invocação da *exceptio doli* e da aplicação do princípio da boa-fé, acha-se expressa no brocardo latino *dolo agit qui quod statim redditurus est*”:

Cuida-se aqui da exigência de os direitos serem exercidos no interesse do seu titular. [...] O exercício de um direito pressupõe um interesse da parte que o invoca. Não é admitido o exercício de determinado direito apenas para prejudicar a parte contrária, de tal modo que o cumprimento por esta do seu dever jurídico nenhum benefício traga ao titular do direito. Essa exigência constitui uma das vertentes da doutrina do “abuso de direito”, segundo a qual os direitos devem ser exercidos normalmente, dentro de sua finalidade própria.

Sem a pretensão de estabelecer uma ordem hierárquica entre as figuras jurídicas, esta última certamente possui um valor destacado, por uma razão sintetizada nos dizeres de Régis Fichtner Pereira<sup>73</sup>: “O princípio da boa-fé não admite que os meios sejam transformados em fins em si mesmos”.

## CONCLUSÃO

Surgem no cenário, contempladas figuras jurídicas de notório relevo: a função social e a função econômica dos contratos, a boa-fé e os bons costumes.

O legislador valeu-se do instituto da boa-fé por cinquenta e cinco vezes,

<sup>71</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra : Almedina, 2001, p 816.

<sup>72</sup> PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 85.

<sup>73</sup> PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012, p. 85.

especialmente quando trata de direitos das obrigações. Deste arcabouço, relevante, contudo, salientar a tutela do artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desume-se, portanto, que o solidarismo é então civil-constitucional, notadamente materializando a nova tipificação da ilicitude, aliada ao citado vetor do artigo 422, e afeta diretamente ao ambiente negocial e contratual, retirando-o juridicamente do contexto liberal e egoístico, para inseri-lo em uma visão contemporânea do contrato, em que o mesmo alcança função social, econômica e existencial, adentrando-se a uma era em que a conduta dos particulares é norteadada ética e moralmente por força de lei, transformando o conteúdo contemporâneo da autonomia negocial.

Por sua vez, a função social é um instrumento adotado pela hermenêutica advinda da racionalidade do direito civil-constitucional, que importa na releitura de todas as figuras jurídicas à luz de seu conteúdo solidarista. Mesmo a figura jurídica mais privatística ganha outro conteúdo quando aplicado sob a ótica dos preceitos constitucionais. E do solidarismo emergem outros princípios diretores das relações privadas, tais como a Boa-Fé (objetiva) Negocial, a Confiança e Transparência.

E a liberdade de iniciativa, descrita no artigo 170 da Constituição Federal, não tem destino diferente. A própria Constituição Federal se ocupa de funcionalizar a atuação lícita do mercado delimitando-a em razão da efetividade de valores e princípios maiores, como, por exemplo, a proteção do consumidor, do meio ambiente e da empresa nacional.

O solidarismo ético não se resume a uma norma positivada, mas se constitui em um princípio de justiça. Em seu arcabouço se concentra a dignidade da pessoa humana e valores constitucionais expressamente estabelecidos a partir da edição da Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui. *Menos leis, melhores leis*. Revista Brasileira de Direito Comparado n°. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2009.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia*. In: V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em 15 mai. 2013.

BATISTA, Neimar. POPP, Carlyle. *O abuso de direito nos contratos de distribuição mercantil e suas repercussões jurídicas*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário de Curitiba, Curitiba, 2012.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contra-*

tos no novo código civil. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CORREIA, Antonio Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. Curitiba: Juruá. 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva. 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense. 2010.

I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current>. Acessado em: 13.05.2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro : Renovar. 2012.

PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45. Apud POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais*. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi: Cidadania e a Efetividade dos Direitos, 17., 2008, Salvador. Anais. pp. 4667-4686. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice\\_fidalgo\\_pinheiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rosalice_fidalgo_pinheiro.pdf). Acessado em: 15.05.2013.

POPP, Carlyle. *Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade*. In: Direito Empresarial e Cidadania. Questões Contemporâneas. GEVARD, Jair; TONIN, Marta Marília; org.

Curitiba: Juruá, 2006.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

TARTUCE, Flavio. *Conceito de contrato na contemporaneidade*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=48>. Acessado em: 15.05.2013

V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VI%20JORNADA1.pdf>. Acessado em: 13.05.2013.

Vide tábuas sexta, sétima e oitava. Disponível em: <http://solatellie.com/cfap/pdf/lei-XIItabuas.pdf>. Acessado em: 04.04.2013.



**VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA NO CASO “GOMES LUND E OUTROS”:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONFLITO ENTRE A SENTENÇA DA CIDH E A  
CONFIRMAÇÃO DA LEI DE ANISTIA PELO STF**

*Truth, memory and justice in the case “Gomes Lund and Others”:  
an analysis from the conflict between the decision of the IACHR and the  
confirmation of the amnesty law by the Supreme Court*

**EDGARD MARCELO ROCHA TORRES**

Mestrando em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: edgardmarcelo@gmail.com.

**LUIZA DIAMANTINO MOURA**

Mestranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: luiza.diamantino@gmail.com.

RECEBIDO EM: 19.02.2013

APROVADO EM: 06.08.2013

---

**RESUMO**

O Direito à Memória e à Verdade no contexto de uma Justiça de Transição têm sido intensamente buscados pelas jurisdições internacionais. Em se tratando da transição brasileira do Regime Militar para um governo democrático, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base no Pacto de San José da Costa Rica, analisou e condenou o Brasil no caso “Gomes Lund e Outros” evidenciando a incompatibilidade do ordenamento brasileiro com a proteção dos direitos humanos no que tange ao período da ditadura militar no país. A necessidade da harmonização dos sistemas normativos domésticos e internacionais, bem como de suas jurisdições é um imperativo para o cumprimento dos acordos internacionais no atual estágio do cenário internacional. Nesse sentido, o conflito das decisões da Corte Interamericana neste caso e da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal expõe um descompasso entre política externa e doméstica, cabendo ao Estado brasileiro garantir instrumentos internos de aplicação das normas internacionais e efetivação de um Direito à Verdade e um Direito à Justiça no país. Procurou-se, portanto, demonstrar o porquê de se falar em incongruência dessas duas sentenças e o porquê da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” ainda não ter sido cumprida integralmente no Brasil, apesar de claramente obrigatória para o país, levantando quais os prováveis obstáculos

para esse cumprimento em um contexto de interdependência e evolução do Direito Internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. LEI DE ANISTIA.

---

## ABSTRACT

The Right to Memory and Truth in the context of a Transitional Justice have been intensely sought by international courts. In the case of the Brazilian Military Regime's transition to a democratic Government, the Inter-American Court of Human Rights, based in San José da Costa Rica Pact, analyzed and condemned Brazil in the case "Gomes Lund and Other" showing the spatial mismatch with the protection of human rights with respect to the period of the military dictatorship in the country. The need for harmonization of domestic and international regulatory systems as well as of their jurisdictions is essential to the fulfillment of international agreements in the current stage of the international scene. In this sense, the conflict with the decisions of the Inter-American Court in this case and of the ADPF n. 153 by the Supreme Court exposes a disconnect between foreign and domestic policy, and fitting to the Brazilian State to guarantee internal instruments of implementation of international standards and a Right to the Truth and a Right to Justice in the country. It was, therefore, demonstrated why talk about incongruity of these two sentences and why the judgment of the case "Gomes Lund and Others" still has not been accomplished entirely in Brazil, although clearly mandatory for the country, raising the likely obstacles to this meeting in a context of interdependence and evolution of the International Law.

**KEYWORDS:** INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. TRANSITIONAL JUSTICE. AMNESTY LAW.

---

**SUMÁRIO:** Introdução 1. Verdade, memória e justiça no contexto de uma justiça de transição. 2. O caso "Gomes Lund e Outros" e a sentença da Corte Interamericana. 3. O não cumprimento da sentença da corte pelo judiciário do Brasil. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Atualmente, falar em Verdade, Memória e Justiça nos transporta para o universo da Justiça de Transição, momento que diversos países veem experimentando nas últimas décadas quando da transição de regimes políticos. Nesse sentido podemos identificar particularmente os Estados latinoamericanos quando da transição de governos totalitários para governos democráticos, destacando-se inclusive a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na promoção de uma Justiça de Transição garantidora de Verdade, Memória e Justiça.

No que tange ao Brasil Justiça de Transição pode ser identificada com a passagem do regime da Ditadura Militar (1964-1985) para o regime democrático, e se deu em grande medida com a Lei 6883 de 1979, a chamada Lei de Anistia, pela qual se concedeu anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

O conceito de crimes conexos incluído na Lei de Anistia acabou sendo utilizado para beneficiar os agentes envolvidos em práticas de tortura, desaparecimentos e assassinatos, impossibilitando a investigação e responsabilização penal dessas graves violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura.

Nesse sentido, a transição brasileira foi analisada através do caso “Gomes Lund e Outros” *versus* Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que veio a condenar o país com base no Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH), evidenciando a incompatibilidade do ordenamento brasileiro com a proteção dos direitos humanos quanto ao período da Ditadura Militar, não fornecendo mecanismos para a reparação das vítimas ou para efetivos Direito à Verdade e Direito à Memória brasileiros.

Ante a esse fato é de se estranhar que o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máximo brasileiro, tenha se pronunciado pela constitucionalidade e consequente manutenção da Lei de Anistia no julgamento da ADPF n. 153.

Assim, o objetivo deste artigo é apresentar o caso “Gomes Lund e Outros” e a correspondente sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e aferir sua contribuição para efetivação da Verdade, da Memória e da Justiça no Brasil. Ainda, pretende-se demonstrar o porquê a sentença da Corte ainda não foi integralmente cumprida no país, apesar da clareza constitucional de sua obrigatoriedade, apresentando os prováveis óbices que levam o Poder Judiciário a negar o seu cumprimento, esperando-se despertá-lo para seu papel de protetor dos direitos humanos e garantidor da efetividade das normas internacionais.

### 1. VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA NO CONTEXTO DE UMA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O momento de transição de regimes políticos, particularmente da transição de um regime totalitário para um regime democrático, tem implicações sobre toda a

sociedade e a justiça que deve existir nesse momento, a chamada Justiça de Transição, pode ser apreendida a partir das medidas que devem ser adotadas com vistas a que sentimentos de revanchismo não sejam criados e a que legitimidade e segurança jurídica sejam estabelecidas. Com efeito, a Justiça de Transição “é um modelo de justiça que pretende reconciliar a nação com o seu passado, manifestando-se por meio de medidas eficazes de superação dos traumas advindos de um momento de repressão e violência” (REMIGIO *apud* SOUSA, 2010, p.68).

Nesse quadro, podem-se identificar quatro campos de ação que resumem as medidas necessárias a uma Justiça de Transição, quais sejam: a) a reforma das instituições do regime político findo; b) a responsabilização criminal daqueles que cometeram crimes; c) a reparação das vítimas e d) a busca pela Verdade.

A busca pela Verdade pode se dar por meio de diferentes meios, tais como a abertura de arquivos secretos do governo autoritário, a construção de monumentos e memoriais públicos indicativos do período, o reconhecimento dos crimes e violações cometidos, o estabelecimento de mecanismos para se dar voz às vítimas, e a instituição de Comissões de Verdade. A partir da busca pela Verdade, portanto, revela-se o histórico do período e é possível construir a Memória daquele povo. De fato, de posse da Verdade é possível impedir que os acontecimentos atroz que marcaram a sociedade sejam anulados da Memória nacional, e a busca pela Verdade pode ser dita uma efetivação do Direito à Memória ou Direito à Verdade. Em resumo, a Verdade permite a construção da Memória de determinada sociedade.

Cabe destacar que a preocupação com a Memória procede da sua capacidade de constituição e manutenção da coesão de um grupo social. Na dinâmica social a lembrança e esquecimento levam à construção da memória e à construção da própria identidade do grupo. Assim, enquanto seleção e identidade a Memória compreende a escolha do tipo de sociedade – ou pessoa – que se pretende ser.

Isso posto, a Memória do Direito está na reconstrução do passado a partir de interpretações. Quando se olha para o passado para interpretá-lo tem-se uma dinâmica de lembrar e esquecer, ou seja, seleciona-se hoje um passado tendo em vista o futuro. Pode-se dizer, portanto que o tempo e o Direito se encontram de forma recíproca, não sendo “possível “dizer o direito” senão “dando o tempo”” (OST, 2005, p. 14).

[O] direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. [...] O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. (OST, 2005, p. 14).

É por isso interessante pensar nas quatro categorias de tempos normativos e temporais trazidos por François Ost (2005), a partir dos quais seria possível falar em uma “retemporalização”: memória, perdão, promessa e questionamento.

Igualmente, é sobre uma medida em quatro tempos que se toca esta partitura. Lado do passado, a memória e o perdão; lado do futuro: a promessa e a retomada da discussão. A memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo, portador de futuro [...]. A promessa, que liga o futuro através dos comprometicimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, visando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora de mudança. (OST, 2005, p. 17).

O ato de memória garante que o que foi importante no passado continue importante no futuro, contribuindo para a estabilidade e identidade da sociedade. Frente à mudança da transição, a sociedade relembra os acontecimentos relevantes e compreende-os como ocorreram de verdade. A instituição do perdão indica a necessidade de inovação, visto que a atividade jurisdicional leva à resolução do conflito e aplicação de um castigo ou perdão social, baseada em uma justa apreciação do direito. O perdão, nesse sentido, tem um caráter libertador para a sociedade, pois quando ele ocorre permite a construção de um futuro de respeito aos direitos da coletividade.

Por meio da promessa a sociedade se apropria do seu futuro e garante segurança para esse futuro, já que o direito protege os acordos e o poder público se compromete a respeitar as leis que colocou. Assim, os compromissos discutidos e pactuados serão os norteadores da ação social. Nesse quadro, o questionamento aparece enquanto possibilidade de antecipar o perdão quando da mudança das circunstâncias: o questionamento é necessário para revisar os fatos e fazer com que as promessas feitas pela sociedade sejam valorizadas e realizadas, orientadas sempre pelos ideais de justiça.

Estas quatro categorias do tempo do Direito permitem ainda pensar as etapas da Justiça de Transição. Por este ciclo proposto por François Ost “a sociedade alcançaria o objetivo principal da Justiça de Transição, qual seja a pacificação social, bem como prosseguiria com o diálogo acerca do acontecido, precavendo-se de violações semelhantes às já sofridas” (MACHADO, 2011, p. 10).

Com efeito, na transição de regimes é preciso observar que memória, perdão, promessa e questionamento sejam contemplados com vistas a uma temporalização do direito que inclua toda a dinâmica social em transformação e esteja atenta aos valores da sociedade. Dito de outra forma, o momento de transição implica que a sociedade opte entre esquecer o que foi o regime autoritário anterior ou assumi-lo,

de modo a garantir que excessos e abusos não voltem a ocorrer no novo regime.

A “Justiça de Transição” no Brasil diz respeito à transição entre o regime da Ditadura Militar, que governou entre 1964 e 1985, e o regime democrático, e nos leva necessariamente à Lei de Anistia pela qual se operou a transição. A Lei 6883/79 concedeu anistia a todos que no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 cometeram crimes políticos ou conexos, além de anistiar todos aqueles que direta ou indiretamente participaram do movimento subversivo ou luta armada, os banidos e os exilados voluntariamente, concedendo a eles o direito de retorno ao país e a extinção dos processos a que respondiam.

Observa-se que o conceito de “crimes conexos” incorporado ao texto da Lei teve por consequência beneficiar os agentes de Estado envolvidos na prática de crimes de violação aos direitos humanos, tal quais as torturas, desaparecimentos e assassinatos. Desse modo desviou a anistia do propósito de indultar os cidadãos processados pelas normas de exceção do regime militar e impossibilitou a investigação e responsabilização penal desses assombrosos crimes.

A Lei de Anistia brasileira, portanto, foi criada para pacificar o país e levar ambos os lados para o esquecimento, e no esquecimento não pode haver justiça. Como colocado por François Ost (2005) a justiça só tem lugar quando a vítima e o culpado são reconhecidos como tal, e a partir desse reconhecimento o culpado pode ser responsabilizado e o perdão alcançado. Na anistia não existe Direito justamente porque ela nega o momento de perdão pela vítima e de remissão e redenção pelo culpado, impedindo-o de restaurar seu lugar de cidadão. Com isso o passado é amputado, a Justiça não se opera, a Verdade não é apurada e a Memória não é construída.

Ao contrário das medidas de anistia, que esvaziam o espaço público e privatizam as memórias para melhor “pacificar”, as medidas de Justiça de Transição são muito mais capazes de propiciar uma verdadeira pacificação e conciliação nacional, que não seja fruto de falsos consensos, mas sim decorrente do sadio dissenso oriundo da pluralidade humana. Isso se dá pelo aspecto multifacetado com que as medidas de Justiça de Transição tratam as questões da mudança de um regime autoritário para um regime democrático e das violações de direitos humanos durante regimes de exceção.

[...]

A busca pela verdade, a reparação, a reforma das instituições e os julgamentos, em conjunto, possibilitam que as memórias dos oprimidos encontrem seu lugar dentro do espaço público e, dando voz oficial a estes, abre margem para que o perdão, embora ainda difícil, seja possível. E não somente isso. Elas também fortalecem o espaço público, de maneira tanto a impedir que as atrocidades anteriores se repitam, quanto de propiciar um projeto conjunto de comunidade. (SOUSA, 2010, pp. 70-71).

Desse modo, a Lei de Anistia brasileira não compreende uma Justiça de Transição efetiva, capaz de possibilitar o desenvolvimento do Direito à Memória ou à Verdade e uma conciliação da sociedade com seu passado. Além disso, ao invés de fortalecer a lógica de proteção aos direitos humanos a Lei de Anistia impede a consolidação de um juízo de repreensão contra as atrocidades aqui cometidas, uma vez que erroneamente abarca crimes contra a humanidade como os de tortura e desaparecimentos forçados como crimes comuns ou políticos. É a esse respeito que o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e Outros”.

## **2. O CASO “GOMES LUND E OUTROS” E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA**

O caso “Gomes Lund e Outros” se refere à demanda submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil em 26 de março de 2009 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tal demanda se deu em nome das vítimas e familiares da Guerrilha do Araguaia em decorrência da responsabilidade brasileira pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região quando da operação do Exército com objetivo de erradicar a Guerrilha no contexto da Ditadura Militar no país.

Enquanto contestação do regime, a Guerrilha do Araguaia pretendia criar um exército popular e usar a luta armada para por fim à ditadura. Desde 1972 o governo brasileiro organizou campanhas contra a Guerrilha, mas as operações no Araguaia acabaram sendo definidas em termos de eliminação de guerrilheiros. A Guerrilha do Araguaia, portanto, compreendeu um conjunto de atrocidades perpetradas contra os opositores do governo: “Quem morria, sumia” (GASPARI, 2002, p. 428). Não se entregava cadáveres ou mesmo reconhecia sua existência, existindo indícios de que os desaparecidos eram torturados depois de capturados e outros ainda decapitados, facilitando sua identificação. Também,

Há informações de que corpos de militantes sepultados na selva foram desenterrados e queimados. Há relatos de que alguns corpos teriam sido atirados nos rios da região. O governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia. Proibiu a imprensa de dar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento. (COMISSÃO, 2009, p. 21).

Nesta conjuntura de silêncio que foram praticados os crimes de desaparecimento forçado do caso “Gomes Lund e Outros” e, mais de 30 anos após a Guerrilha, os restos mortais dos desaparecidos que constam no caso ainda não foram identificados. Assim, tem-se que os fatos relacionados à Guerrilha do Araguaia afetaram seriamente as famílias dos desaparecidos, que continuam em busca de Verdade e Justiça – e, se possível, dos restos mortais de seus entes queridos, ainda não localizados.

Com efeito, o Brasil foi demandado perante a Corte Interamericana porque os recursos judiciais cíveis disponíveis para obtenção de dados acerca da Guerrilha do Araguaia não foram efetivos para garantir informações aos familiares; porque medidas administrativas e legislativas adotadas pelo Estado acabaram restringindo indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; porque devido à Lei de Anistia não foi realizada uma investigação penal com o objetivo de julgar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos; e porque a impunidade dos responsáveis pelas violações e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares das vítimas – também considerados vítimas.

Deste modo, a Comissão solicitou ao Tribunal que declarasse o Estado brasileiro responsável pela violação dos direitos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Especificamente, a Comissão responsabilizava o Brasil pela violação aos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todos em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitava à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

Enquanto parte da Convenção Americana de Direitos Humanos e tendo reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1988 para os fatos posteriores a essa data, a CIDH é competente para julgar o caso haja vista o entendimento reiterado no Direito Internacional dos Direitos Humanos de que os crimes de desaparecimentos forçados possuem caráter contínuo ou permanente e os alegados fatos e omissões do Estado quanto à falta de investigação e julgamento dos responsáveis e restrições ao direito de acesso à informação terem persistido a partir de 1998.

Nesse sentido, a sentença da Corte de 24 de novembro de 2010 conclui pela responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de 62 vítimas e, conseqüentemente, pela violação dos direitos aos reconhecimentos da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7), em relação à obrigação do Estado de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção (artigo 1.1).

Há de se destacar que a oposição do Brasil à demanda se deu quanto às obrigações do Estado frente às Convenções internacionais, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica – a responsabilidade estatal já havia sido reconhecida pela Lei 9140/95. Assim, a Corte teve de se pronunciar sobre a compatibilidade da Lei de Anistia brasileira com os direitos consagrados da Convenção Americana, haja vista as graves violações aos direitos humanos perpetradas pela Ditadura Militar no país.

De fato, a interpretação da Lei de Anistia, com a noção de crimes conexos, somada à falta de investigação e sanção penal resulta na impossibilidade dos familiares das vítimas e da sociedade em geral conhecer a verdade sobre a Guerrilha do Araguaia. Além disso, as leis de anistia que incluem graves violações de direitos humanos são contrárias às obrigações pactuadas na Convenção Americana e à jurisprudência da Corte Interamericana.

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (...) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (CIDH, 2010, p. 64).

Ademais, vale destacar que nenhuma norma de direito interno – tais como as disposições de anistia, regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade – pode impedir que um Estado cumpra uma obrigação pactuada em um tratado internacional, especialmente em se tratando de graves violações de direitos humanos que compreendam crimes contra a humanidade, a exemplo dos desaparecimentos forçados, pois estes crimes são inaniestáveis e imprescritíveis.

O Brasil foi condenado por não ter empreendido as ações necessárias para investigar, julgar e condenar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados, por os recursos judiciais à disposição dos familiares das vítimas não terem sido efetivos para garantir-lhes acesso às informações sobre os fatos no Araguaia – além disso, medidas legislativas e administrativas adotadas pelo governo restringiram de forma indevida o direito de acesso a informações.

Assim, a sentença da Corte Interamericana determina que o Brasil elimine todos os obstáculos jurídicos que impediram o acesso à informação, à verdade e à justiça, a exemplo da Lei de Anistia. O Estado deve conduzir investigação penal eficaz dos fatos da Guerrilha, esclarecendo-os e imputando as responsabilidades penais correspondentes, além de publicar a sentença pelo qual foi condenado e realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional quanto às violações estabelecidas pela Corte. O Brasil foi também sentenciado a implementar

em prazo razoável um programa permanente e obrigatório sobre direitos humanos dirigido às Forças Armadas; prestar atendimentos médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, adequado e efetivo às vítimas que o solicitem; realizar esforços para determinar o paradeiro das vítimas (inclusive identificando e entregando os restos mortais aos familiares); dar continuidade às iniciativas de busca, sistematização e publicação de informações a respeito da Guerrilha do Araguaia e das violações de direitos humanos ocorridas no período, a elas garantindo acesso; tomar medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado; pagar as quantias fixadas a título de indenização; e criar uma Comissão da Verdade.

De modo geral, as determinações da sentença da Corte Interamericana compreendem medidas de reparação, reabilitação, satisfação e não repetição quanto às violações aos direitos humanos perpetrados no contexto da Guerrilha do Araguaia, reiterando assim o dever estatal de investigar e punir os crimes de lesa-humanidade, que há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*.

Essa sentença veio reiterar a jurisprudência da Corte Interamericana, que em três emblemáticos casos anteriores havia enfrentado a questão das “leis de autoanistia”, quais sejam: “Caso Barrios Altos vs. Peru”, sentença em 14 de março de 2001, “Caso Almonacid y outros vs. Chile”, sentença em 26 de setembro de 2006, e “Caso La Cantuta vs. Peru”, sentença em 29 de novembro de 2006. Em todos estes casos a Corte declarou a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos do Homem, sendo estas desprovidas de qualquer efeito jurídico quando abrangem graves violações aos direitos humanos, não admitindo nenhuma disposição de direito interno, prescrição, coisa julgada, ou excludentes internos de responsabilidade para sua aplicação, uma vez que não possuem validade no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com a Corte Interamericana a *ratio* das leis de anistia, que deixa impunes graves violações de direitos humanos, que provoca sua incompatibilidade com o Pacto de San José da Costa Rica. Com efeito, o conteúdo da anistia viola os direitos às garantias e proteção judiciais em relação aos direitos humanos, perpetuando a impunidade e impedindo o conhecimento da Verdade e a obtenção de reparações com vista à Justiça. Com efeito, tem-se que as leis de anistia não possuem validade jurídica.

Frente a esse cenário é estranho conceber a decisão de 29 de abril de 2010 do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153, que manteve o entendimento de que a Lei de Anistia brasileira teria sido ampla, geral e irrestrita, considerando-a integralmente amparada pela Constituição Federal de 1988.

Quando um Estado se torna Parte de um tratado internacional tal qual a Convenção Americana de Direitos Humanos todo seu ordenamento jurídico é submetido ao tratado, inclusive seus juízes, aos quais incumbiria a obrigação de garantir o cumprimento também das obrigações pactuadas na seara internacional. A obrigação de cumprir as obrigações internacionais contraídas voluntariamente corresponde não somente ao princípio básico do *pacta sunt servanda* sobre a responsabilidade

internacional dos Estados, mas também ao disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, à qual o Brasil também aderiu, que dispõe que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais por razões de ordem interna (artigo 27).

O Poder Judiciário, dessa forma, está obrigado a exercer também um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana.

As leis brasileiras estão sujeitas a dois tipos de controle vertical: (a) de constitucionalidade e (b) de convencionalidade. Nem tudo que é recebido pela Constituição é convencional e válido, porque agora as leis devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais. Uma lei pode ser constitucional, mas inconveniente. Tanto no caso de inconstitucionalidade como na hipótese de inconveniência, a lei não vale. É preciso que os operadores jurídicos brasileiros se familiarizem com os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. (GOMES; MAZZUOLI, 2011).

Nesse quadro, o Supremo Tribunal Federal não exerceu esse controle de convencionalidade em sua decisão da ADPF n. 153, não levando em conta as obrigações internacionais pactuadas pelo Brasil, notadamente aquelas estabelecidas na Convenção Americana (artigos 8 e 25 em relação aos artigos 1.1 e 2 do tratado) e impedindo que as vítimas de graves violações de direitos humanos tenham a possibilidade de justiça. Assim, o STF desconsiderou o dever contraído pelo Estado de garantir o cumprimento das disposições da Convenção Americana e seus efeitos no âmbito interno brasileiro.

Frente a esse cenário o cumprimento das determinações da sentença que condenou o Brasil será supervisionado pela Corte. Mas ainda não é possível falar em um cumprimento integral da sentença. De maneira geral, pode-se destacar a criação da Comissão da Verdade pela Lei 12.528/2011, cujo objetivo é resgatar as informações sobre o período da Ditadura Militar, inclusive sobre as violações de direitos ocorridas, mas sem caráter punitivo. Em consonância com o Direito à Memória, espera-se que a Comissão venha a ser influenciada pelo julgado da Corte Interamericana, mas ainda não existem resultados que possam ser apreciados. Além disso, a Lei 12.527/2011 foi criada para regular o acesso à informação, limitando o prazo de sigilo e acabando com a possibilidade de sigilos eternos no país, o que também é um avanço.

As buscas pelos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia foram retomadas, mas por determinação da 1ª Vara Federal do Distrito Federal, de 2009. O programa de direitos humanos para as Forças Armadas ainda está no início, e não pode ser dito integral, sendo uma diretriz estabelecida pela Estratégia Nacional de Defesa, aprovada em 2008. A tipificação do crime de desaparecimento forçado por enquanto é apenas uma proposta, ainda sem previsão para virar realidade.

Fora isso, a Lei de Anistia continua vigente e impedindo a apuração de crimes cometidos durante a ditadura, inclusive os de tortura e assassinato. No que tange aos desaparecimentos forçados, enquanto crimes contínuos ou permanentes, não existe necessariamente incompatibilidade quanto à decisão do Supremo na ADPF n. 153 e sua persecução penal, mas ainda prevalece o incômodo dos magistrados em contrariar a lógica do STF. Tanto é assim que as tentativas da investigação dos fatos da guerrilha ainda não deram frutos na seara judicial. De fato, pode-se falar que predomina o não reconhecimento da sentença da Corte Interamericana pelo Judiciário brasileiro.

### **3. O NÃO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE PELO JUDICIÁRIO DO BRASIL**

Pode-se identificar no Brasil uma resistência das cortes domésticas em aplicar normas internacionais. Com efeito, essa dificuldade de internalizar normas internacionais se fundamenta no próprio posicionamento do STF de que os tratados internacionais são inseridos na legislação brasileira com força de lei ordinária federal (RE 80.004 de 1977), podendo ser revogados por lei ordinária posterior ou especial. (CARDOSO, 2012, p. 108-109).

Isso implica em enorme insegurança jurídica para Estados que firmem convenções com o país, haja vista que lei ordinária federal pode revogar um tratado internacional, em claro desrespeito ao Direito Internacional, particularmente ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”). Demonstra-se, assim, a falta de prestígio e de obrigatoriedade das normas internacionais por parte do Judiciário brasileiro.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos o posicionamento jurisprudencial no Brasil é um pouco mais avançado, mas ainda não garante sua plena aplicação. Em se tratando da natureza e força constitucional dos tratados de direitos humanos

a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, não tendo chegado a uma solução uniforme e tampouco satisfatória. Este quadro insatisfatório levou a doutrina mais abalizada a qualificar de ‘lamentável falta de vontade’ do Poder judiciário a falta de aplicação devida ao parágrafo 2º do art. 5º da Constituição. (MAZZUOLI, 2009, p. 752).

Na tentativa de por fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, acrescentou-se o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 45 de 2004. Contudo, só evidenciou a falta de compreensão e interesse sobre o

tema. Ora, em decorrência do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição<sup>74</sup> os tratados de direitos humanos ratificados pelo país são normas materialmente constitucionais, pois se reconhece

[...] claramente no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do Direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). (MAZZUOLI, 2009, p. 751).

A polêmica trazida pela introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º diz respeito a se os tratados de direitos humanos anteriores à emenda e que não passaram pelo crivo especial do Congresso Nacional seriam somente materialmente constitucionais e os posteriores à emenda e aprovados em consonância com o disposto do parágrafo seriam material e formalmente constitucionais. Essa discussão, contudo, não interfere na força constitucional de que goza a Convenção Americana de Direitos do Homem, já que não há divergência quanto a que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são materialmente constitucionais, anteriores ou posteriores à emenda<sup>75</sup>. Assim, depois do advento da Emenda 45/2004,

duas situações devem ser levadas em consideração: (a) em regra, são incorporados ao Direito brasileiro com status supralegal, ou seja, contendo hierarquia inferior à Constituição e superior às normas infraconstitucionais, conforme decidiu o STF no RE 466.343; (b) excepcionalmente, e de modo facultativo, podem ser internalizados com força normativa de emenda constitucional, caso sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos de seus integrantes (art. 5º, parágrafo, 3º, da Constituição. (CARDOSO, 2012, p. 109).

Tem-se, portanto, que o caráter constitucional da Convenção Americana de Direitos do Homem é inegável. Este foi inclusive o entendimento expresso através do Documento n.1/2011, de 21 de março de 2011, da Coordenação Criminal da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, onde

<sup>74</sup> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil* seja parte.

<sup>75</sup> O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos do Homem através do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e também o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2004, sendo perfeitas do ponto de vista jurídico a validade e a vigência da Convenção Americana.

com muita inteligência e profunda preocupação com o seu dever constitucional e convencional de aplicação interna dos tratados internacionais de direitos humanos, demonstrou de forma clara a obrigatoriedade decorrente do ordenamento jurídico interno para o cumprimento da sentença do “Caso Gomes Lund” a ser observado pelos Procuradores da República e devendo servir de norte para todas as autoridades nacionais, inclusive o próprio STF. (BRASIL, 2011).

Neste mesmo documento o MPF estabeleceu diretrizes de atuação com a finalidade de levar ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana, destacando a legitimidade deste tribunal internacional, reconhecendo os tratados internacionais de direitos humanos como fonte de direito interno e afirmando que a decisão do STF na ADPF n. 153 não constitui obstáculo ao cumprimento da decisão da Corte, visto que ambas tem amparo na Constituição. Na perspectiva do MPF subsiste, portanto, a obrigação do Brasil de dar cumprimento às decisões da Corte, significando que deveria se dar início às investigações criminais para responsabilização das condutas de violação de direitos humanos durante a Guerrilha do Araguaia. (BRASIL, 2011).

Desse modo, o Ministério Público Federal reconheceu plenamente a autoridade da sentença da CIDH, e busca através dos instrumentos legais e constitucionais que possui buscar a sua efetivação no Brasil, instando as cortes domésticas a fazerem o mesmo. Para tanto, deixou claro em mais de uma oportunidade que a decisão do STF na ADPF n. 153 não tem maior eficácia vinculante, não sendo obstáculo ao cumprimento da decisão internacional, que também é acolhida pela Constituição Federal de 1988.

Não é, contudo, essa disponibilidade de se cumprir a sentença do caso “Gomes Lund e Outros” que se visualiza na prática. No que diz respeito à posição do Estado brasileiro quanto a honrar o compromisso relativo à competência da Corte Interamericana após essa sentença e o aparente conflito com a decisão do STF de declarar constitucional a Lei de Anistia, o Governo Federal, através da Advocacia-Geral da União, em parecer encaminhado à Corte Suprema,

disse que o Brasil não estaria obrigado a cumprir a decisão da Corte Interamericana. Para isto, argumentou que a Convenção Interamericana, que foi a base legal para a condenação ao Brasil, foi referendada 13 anos depois do início da vigência da lei de anistia. Acrescentou que está amparada na Constituição e na decisão do STF em manter a anistia a todos os crimes cometidos por agentes de Estado e por militantes de esquerda durante a ditadura. ‘Os votos lançados no acórdão embargado expõem fundamentos jurídicos extraídos da Constituição Federal e explicitam, ainda, que o Brasil não estaria obrigado a adotar convenções internacionais por ele não ratificadas ou convenções que tenha vindo a ratificar em data posterior à anistia concedida pela lei 6.683/1979, afirmou Adams. (PINTO, 2012).

Tal parecer demonstra o descompasso entre a política externa exercida pelo

Brasil, que se propôs a ratificar a Convenção Americana e aceitar a competência da Corte, e sua política interna. A incoerência externa/interna da política brasileira também é evidenciada nas constrangedoras afirmações do então presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, que defendeu a prevalência da decisão da ADPF n. 153 sobre a sentença da Corte Interamericana, e do ministro Carlos Ayres Britto, voto vencido na ADPF, que apesar de reconhecer a “saia justa” em que se encontra o Brasil por não cumprir a sentença da Corte não discute a prevalência da decisão da Suprema Corte doméstica.

O presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. “Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo”, disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos. O ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão do STF para cumprir a sentença da Corte Interamericana. “É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF”, disse. “Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo. E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal.” Voto vencido no julgamento da Lei de Anistia, o ministro Carlos Ayres Britto concordou que prevalece a decisão do STF sobre a sentença da Corte Interamericana. Mas admitiu que o Brasil fica em posição delicada no âmbito internacional. “Isso é uma saia justa, um constrangimento para o País criado pelo poder que é o menos sujeito a esse tipo de vulnerabilidade (o Judiciário)”, disse: Se o Supremo decidiu que a Lei de Anistia beneficiou os agentes de Estado que cometeram, por exemplo, crimes de tortura durante a ditadura militar, a Corte Interamericana condenou o Brasil a investigar e punir criminalmente esses mesmos agentes “As disposições da lei são incompatíveis com a Convenção Americana (de Direitos Humanos), carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis”, decidiu o tribunal. (PINTO, 2012).

Este posicionamento do STF tem forte efeito negativo ao influenciar os juízes de primeiro instância e Tribunais a julgar improcedentes daqui em diante qualquer ação judicial que tenha por pretensão punir os crimes contra os direitos humanos perpetrados durante a Ditadura Militar tendo por base a sentença do caso “Gomes Lund e Outros”. A tendência é que os magistrados se apeguem ao simples argumento de que a decisão da ADPF n. 153 põe termo às questões.

Foi exatamente o que aconteceu na Ação Civil Pública n. 2008.61.00.011414-

5, que tramitou na 8ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, e hoje espera julgamento da apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O Juiz Federal afastou todos os pedidos do Ministério Público Federal, mais uma vez sem sequer mencionar as jurisprudências internacionais da Corte Interamericana sobre as leis de autoanistia, sob o argumento de que

De acordo com a interpretação adotada no julgamento da assaz citada ADPF n. 153, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos dias 28 e 29 de abril de 2010, decidiu por maioria, com eficácia vinculante para todos, que a anistia concedida por meio desses dispositivos é ampla, geral e irrestrita, produzindo o efeito jurídico de apagar todas as consequências (cíveis e criminais) dos atos anistiados. (BRASIL, 2010, p. 19).

Tem-se assim uma vinculação automática à decisão do STF e a ausência de considerações acerca do cumprimento da sentença da Corte Interamericana, demonstrando como os juízes brasileiros são avessos a basearem suas decisões na jurisprudência internacional e sua não tentativa de solucionarem os conflitos de cunho internacional. A sentença desta Ação Civil Pública é um alerta à quantidade de decisões de Juízes singulares e Tribunais que poderão afastar o cumprimento da sentença da Corte, em um claro desrespeito do Brasil ao seu compromisso de efetivar internamente a proteção aos direitos humanos.

Outro exemplo é o da negativa da Justiça Federal em processar o coronel da reserva Sebastião Rodrigues de Moura, o Curió, com base no tempo de ocorrência dos fatos e em decorrência da Lei Anistia dar guarida a torturadores. Contudo, a razão acabou prevalecendo e a juíza titular Nair Cristina Corado Pimenta de Castro, da 2ª Vara Federal em Marabá, reavaliou a decisão apresentada anteriormente por seu substituto, e “aceitou a argumentação do Ministério Público Federal (MPF) e decidiu dar sequência ao caso pelo sequestro de cinco militantes entre janeiro e setembro de 1974”. (PERES; BREDÁ, 2012). A mesma juíza, no mesmo dia, decidiu dar sequência também à ação contra o major da reserva Lício Augusto Maciel, conhecido como doutor Asdrúbal, “denunciado pelo rapto de Divino Ferreira de Sousa, o Nunes, visto pela última vez em 1973”. (PERES; BREDÁ, 2012).

Estas duas decisões históricas<sup>76</sup> contra militares que atuaram na repressão à

---

<sup>76</sup> O primeiro no país a reconhecer a sentença da Corte Interamericana para fundamentar uma sentença sobre crimes cometidos pela Ditadura Militar foi o juiz Guilherme Madeira Dezem, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que também reconheceu a mudança da causa e do local da morte do militante João Batista Drumond no atestado de óbito. Agora, onde antes se lia “Avenida 9 de julho” deve constar “DOI-Codi”, aparelho de repressão do regime, e onde constava “traumatismo craniano” será grafado “decorrência de torturas físicas”. (PERES, João. Ditadura: Justiça reconhece pela primeira vez sentença internacional. *Rede Brasil Atual*, 17 abr. 2012. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/04/ditadura-justica-reconhece-pela-primeira-vez-sentenca-internacional>. Acessado

Guerrilha do Araguaia devem ser vistas como positivas e indicadoras de um caminho a ser consolidado, haja vista sua fundamentação em uma reflexão mais aprofundada pelo Judiciário – e não mais uma simples constatação da existência da Lei de Anistia.

A juíza acolheu a argumentação anterior do STF de que sequestros são crimes continuados, que não cessam enquanto não se apresenta o corpo, não se comprova a morte ou se coloca a vítima em liberdade. [...]

Agora, a magistrada aponta que a investigação penal sobre os crimes é um direito das famílias das vítimas e pode, inclusive, levar à certeza sobre a morte dos militantes. [...]

Nair Pimenta de Castro foi, inclusive, além da argumentação do STF nos casos de extradição e afirmou que a Lei de Anistia, aprovada em 1979 pelo Congresso ainda sob ditadura, não pode, neste caso, valer como impeditivo para apurações sobre os fatos do passado. “Na hipótese dos autos, entretanto, está-se diante de algo que não passou, de evento que, em tese, não ficou no passado, antes perdura até que os indícios de sua permanência sejam suplantados por elementos evidenciadores de sua cessação”, disse. (PERES; BREDA, 2012).

Como demonstra a argumentação do Ministério Público Federal, a decisão do STF quanto à anistia não é obstáculo ao cumprimento da decisão da Corte. De fato, para o MPF

a responsabilização penal de Sebastião Curió e Lício Maciel é obrigação do Estado Brasileiro diante da sentença da [Corte] Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, e não contradiz a Lei de Anistia ou o julgamento do Supremo Tribunal Federal. Os procuradores responsáveis pelos dois casos sustentam as acusações em investigações próprias e apontam os acusados como responsáveis por crimes contra a humanidade. (GUERRILHA..., 2012).

Desse modo, nenhuma decisão doméstica pode afastar as pretensões de cumprimento da sentença do caso “Gomes Lund” apenas apontando a decisão do Supremo como fundamento.

Nesse quadro, a decisão de aceitar as denúncias aponta para a realização da Justiça e da Verdade no Brasil e abre caminho para novas denúncias, inclusive contra outros envolvidos na Guerrilha do Araguaia ou na ditadura como um todo, que poderão ser rejeitadas ou aceitas. Em último caso, contudo, trata-se de um primeiro passo, sendo importante observar a trajetória que será construída para esses e outros processos que venham a ser instaurados. É inclusive possível ponderar que a discus-

---

em: 24.09.2012).

são desses processos chegue até o Supremo, que terá que responder sobre a anistia e os crimes de desaparecimentos forçados. Se isso acontecer o STF terá mais uma chance de acertar sua posição quanto aos direitos humanos e orientar-se na direção do sistema americano de proteção.

Mas, se a sentença da Corte Interamericana do caso “Gomes Lund e Outros” é obrigatória porque o Judiciário brasileiro ainda ignora a jurisprudência e as normas internacionais? Quanto a isso, Gabriela Griebel (2011) apresenta teorias que poderiam em alguma medida explicar o comportamento do Judiciário, contribuindo para a compreensão de como uma conduta, ou ausência de conduta, das cortes domésticas pode influenciar o Direito Internacional. Assim, tem-se a teoria legalista, a teoria neorrealista, a teoria neoinstitucionalista e a teoria da competição democrática.

A teoria legalista parte da premissa de que juízes conhecedores do Direito Internacional o aplicariam com mais facilidade, e sua não aplicação decorre tão somente do desconhecimento da matéria.

Teorias legalistas partem do pressuposto de que a lógica e a razão, inerentes ao sistema normativo internacional, garantem a aplicação das normas do DIP. A estrutura jurídica internacional compele o seu cumprimento pelos atores internos. As cortes nacionais seriam convencidas pelo argumento legal da validade e da supremacia do direito internacional sobre o direito interno e a importância de sua aplicação. A ocorrência de condutas desviantes seriam erros não intencionais gerados por erro de informação. Isto é, uma vez treinados e educados sobre o funcionamento do sistema jurídico internacional, os juízes nacionais, espontaneamente, agiriam como mecanismos de garantia de cumprimento das normas internacionais. (GRIBEL, 2011, p. 81).

Ora, a decorrência lógica da falta de conhecimento leva a sua não aplicação, mas o contrário não é verdade. No Brasil, o Direito Internacional é matéria obrigatória em todas as faculdades e concursos, e nem por isto este ramo do direito goza de grande status entre os magistrados brasileiros. Como colocado por Griebel (2011), nem mesmo na União Europeia, com uma estrutura de treinamento de juízes e processo de aplicação dos tratados mais avançada, a aplicação do Direito Internacional não se encontra tão “automática” quanto se poderia esperar. Assim, o treinamento e a divulgação da matéria não são garantidores de sua aplicação pelos magistrados.

Na teoria neorrealista o “comportamento judicial é determinado pelos interesses políticos e econômicos do Estado a que pertencem. Argumenta-se que as decisões judiciais tanto no âmbito internacional como no nacional são moldadas pelo cálculo do “*interesse nacional*”.” (GRIBEL, 2011, p. 82). Os governos, deste modo, possuiriam as ferramentas para influenciar o comportamento das cortes domésticas.

Esta teoria não resolve todo o problema – assim como a teoria legalista –

mas nos aproxima de uma possível explicação de porque a sentença do caso “Gomes Lund” não tem sido cumprida no Judiciário. O discurso de proteção dos Direitos Humanos é um grande justificador da atuação dos Estados em todo o mundo e também no Brasil. Esse discurso pode se prestar tanto aos mais escusos quanto aos mais nobres interesses, de modo que é possível se deparar com uma política estatal que atenda interesses privados sob o argumento de defesa dos direitos do homem, mas que não compreende políticas públicas concretas para sua real efetivação. Assim, o maior desafio para a proteção dos Direitos Humanos é justamente sua efetivação, que depende imensamente de um custo-benefício político e econômico muito alto.

O Brasil, por exemplo, fez da defesa dos direitos humanos no âmbito internacional uma bandeira, em consonância com a sua pretensão de se tornar um grande ator das relações internacionais. Dada sua posição de hegemonia na América do Sul, o custo-benefício de ser um ferrenho defensor desses direitos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) é relativamente pequeno – ainda mais se levado em conta que a Organização não possui mecanismos de *enforcement* contra ilícitos internacionais cometidos pelos seus membros, tal como o não cumprimento de uma decisão da Corte. Todavia, quando se passa para o âmbito interno, o custo-benefício político aumenta já que a decisão dos juízes brasileiros são obrigatórias e geram sanções para a União e suas autoridades. Assim, é inegável a possibilidade de ser exercida influência sobre o Judiciário quanto à aplicação do Direito Internacional caso prejudique uma política de governo ou interesse privado relevante.

Nesse sentido, a decisão de internalizar ou não internalizar normas internacionais e transformá-las em imperativos nacionais – contrários ou não à política de governo – é influenciada pelo contexto político-econômico. Contudo, o interesse individual dos próprios magistrados também ajuda a explicar este comportamento quanto ao Direito Internacional. Esta seria a terceira teoria, neoinstitucionalista, pela qual

o direito internacional será aplicado pelas cortes internas pelo fato de ser capaz de criar incentivos aos juízes. O aumento do poder do judiciário por meio da aplicação do direito internacional faz com que os juízes sejam mecanismos eficazes para a garantia do cumprimento de normas internacionais. Como nem todos os atores domésticos são favorecidos pela aplicação do direito internacional, sua conduta será determinada por um cálculo de custo-benefício da aderência ao DIP. (GRIBEL, 2011, p. 83).

A teoria neoinstitucionalista leva ao questionamento acerca do interesse individual de cada um dos Ministros do Supremo em adotar um posicionamento contrário ao governo da época que não tinha o menor interesse na declaração de inconstitucionalidade da lei de anistia. Por que a Corte Suprema do país iria basear a sua decisão na jurisprudência da Corte Interamericana se apenas algumas poucas vítimas

remanescentes da ditadura iriam ser beneficiadas, em contrapartida ao alto custo político desta decisão? Hoje, com a condenação do Brasil, a criação da Comissão da Verdade e o crescente clamor popular por uma investigação e punição dos abusos de poder da ditadura, podemos imaginar que estes interesses individuais estariam mais tendentes a seguir uma outra direção.

Um destes interesses individuais a pautar o comportamento do Judiciário é o da manutenção do seu poder na estrutura estatal. Dificilmente os magistrados decidirão pela prevalência de uma sentença internacional, em nome da consagração do Direito Internacional, mas que “tiraria” a autoridade de uma corte doméstica ou tribunal superior. Não visualizamos por enquanto o Supremo Tribunal Federal “abdicando” de seu poder de ter a última, irrecorrível e irrevogável palavra sobre o direito brasileiro, seja ele doméstico ou internacional, lembrando que os juízes e tribunais inferiores do país têm muito menos interesse em afrontar a posição de supremacia do STF. De fato, a manutenção do poder de submeter o governo brasileiro às suas decisões é um corolário da Corte Suprema – como elucida a posição dos Ministros externada acima – que de forma alguma se derrogaria da competência para dizer sobre a aplicação dos direitos humanos no país e reconhecer a prevalência de qualquer sentença da Corte Interamericana.

Este seria o exemplo concreto do que elucida a quarta teoria, construída sob a perspectiva da política democrática, que destaca a existência de constrangimentos advindos da estrutura organizacional que vão impactar no interesse dos atores.

A competição entre as próprias cortes é o grande motivador da aplicação do direito internacional pelos juízes internos. Como todo corpo burocrático, a estrutura do judiciário nacional impõe constrangimentos que moldam o interesse dos atores, na medida em que atribui funções e competências distintas a cada um. Diferentes cortes agem de forma distinta em relação ao direito internacional. Esse comportamento será definido pelo modo como as normas de direito internacional favorecem seu posicionamento dentro da estrutura judicial. O DIP é visto como mais um instrumento à disposição das cortes domésticas que o utilizarão para gerar vantagens na competição burocrática entre diferentes níveis do judiciário e entre o judiciário e os órgãos políticos. Nessa perspectiva, não há interesse pelos juízes de se garantir o cumprimento do direito internacional; esta poderá ser uma consequência de sua freqüente utilização para garantir um melhor posicionamento na estrutura burocrática estatal. (GRIBEL, 2011, p. 84).

Pode-se perceber que sob vários aspectos estas quatro teorias, separadas e em conjunto, contribuem para explicar a resistência do Judiciário brasileiro em reconhecer a obrigatoriedade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros”. A falta de conhecimento da matéria, as pressões e escolhas políticas do governo, os interesses dos magistrados e a própria estrutura burocrática estatal brasileira são fatores

determinantes. Contudo, é o cálculo custo-benefício político da aderência ao Direito Internacional que pauta as decisões judiciais em última instância, sendo este cálculo a real faceta da falta de boa vontade do Judiciário apontada pela doutrina, como o motivo pela desconsideração nas normas internacionais, inclusive de direitos humanos, na jurisprudência brasileira.

Neste quadro, observa-se que dentre as autoridades nacionais dos três Poderes do Estado goza o Ministério Público de posição de maior independência às ingerências e interesses políticos que rondam a aplicação efetiva da proteção dos direitos humanos no país, que é o maior óbice ao reconhecimento da autoridade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros”, o que explica seu posicionamento sobre a obrigatoriedade da sentença no caso em questão. Para o Ministério Público é nitidamente mais fácil avaliar e pagar o custo-benefício em reconhecer a competência da Corte Interamericana e a autoridade de suas decisões. Além disso, o MPF foi perfeito em demonstrar que do ponto de vista jurídico não há argumentos para afastar tal autoridade e competência. Apontando tão robustos argumentos e tirando da decisão do STF na ADPF n. 153 a certeza de competência suprema, máxima e incontestável, as várias ações civis públicas e as persecuções penais interpostas dão nova oportunidade ao Judiciário nacional, inclusive o STF, de contribuir de forma inédita para a consagração dos direitos do homem protegidos internacionalmente no país.

Vale destacar que apesar do caráter obrigatório da proteção aos direitos humanos não existe um sistema coercitivo internacional capaz de garantir a obrigatoriedade das normas. O que existem são mecanismos de constrangimentos políticos, tais como a citação do Estado infrator no relatório anual da Organização dos Estados Americanos. Ainda, o não cumprimento da sentença levaria a uma nova responsabilidade internacional para o país, ensejando nova ação internacional perante a Corte Interamericana, nova condenação, e assim por diante.

De fato, o não cumprimento da sentença da Corte Interamericana pode muito bem ser caracterizado como um ato ilícito internacional, dando causa à determinação de sanções ao Brasil pela OEA ou mesmo sendo capaz de levar à expulsão do país da Organização pelo descumprimento das obrigações pactuadas pelo Estado.

Ademais, o não cumprimento das decisões da Corte uma vez que o país se obrigou à Convenção Americana e à competência da Corte representa potencial desprestígio internacional. Isso não é interessante a um país como o Brasil que busca crescentemente influenciar a sociedade internacional e se concretizar como poder mundial.

Assim, é de extrema relevância que se coordene mecanismos internacionais e domésticos para o cumprimento das obrigações internacionais. As decisões dos tribunais domésticos podem ser um destes mecanismos para a garantia do Direito Internacional, mas podem contribuir tanto para a consagração das normas internacionais como representar um ilícito internacional.

O direito internacional é um corpo normativo que regulamenta, além de relações entre pessoas de direito público, matérias que envolvem agentes privados. Em todos os casos, seu caráter obrigatório recai sobre todos os ramos do Estado, inclusive o judiciário que tem o dever de aplicar em seus julgamentos as normas acordadas internacionalmente. Dessa forma, a decisão judicial que afeta o DIP representará uma infração do compromisso internacional pelo Estado. (GRIBEL, 2011, p. 53).

Daí a relevância das cortes domésticas não infringirem as normas internacionais. As decisões no âmbito doméstico, na medida em que aproveitam o sistema hierarquizado e coercitivo interno, facilitam – ou tornam possível – compelir as demais autoridades nacionais a cumprir os tratados internacionais. O STF, com a decisão da ADPF n. 153, se negou a assumir este papel. Igualmente, os Tribunais nacionais e Juízes singulares sempre evitaram e continuam evitando este papel.

Quando o Judiciário brasileiro não reconhece a obrigatoriedade da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” não somente deixa de assumir sua função de garantidor dos acordos internacionais, como se apresenta como um transgressor das normas de proteção de direitos humanos no país.

Dessa forma, as cortes domésticas agem como atores internacionais sempre que lidam com demandas que envolvam o direito internacional, na medida em que suas ações geram efeitos externamente. [...] Assim, a violação do direito internacional poderá resultar do comportamento contrário tanto pelos juízes como de qualquer outro agente público. (GRIBEL, 2011, p. 55).

Ante o exposto é essencial que o Judiciário assuma sua função de garantidor do “sistema normativo internacional” (GRIBEL, 2011, p. 56-57). Trata-se exatamente da postura contrária à tomada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao analisar a Lei de Anistia perdeu a oportunidade de ser um agente transformador do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>77</sup>. Contudo, ainda há tempo para que o Judiciário brasileiro comece a atuar como órgão capaz de garantir a observância das normas internacionais no país. Para tanto é preciso que o STF tenha a humildade suficiente para reconsiderar seu posicionamento quando novamente demandado, e que as cortes domésticas inferiores tenham a coragem de não tomarem a ADPF n. 153 como obstáculo para o cumprimento da sentença do caso “Gomes Lund” proferida pela Corte Interamericana. Isso representaria uma contribuição concreta para a evolução do Direito Internacional no Brasil.

<sup>77</sup> Esse papel transformador foi empreendido, por exemplo, pela Corte Britânica quando do caso Pinochet, em que declarou que o ex-chefe de Governo chileno não poderia alegar imunidade em relação às acusações de crime de tortura e contra a humanidade, pois estas se aplicariam a todos.

Assim, enquanto o Judiciário do país não compreenda a relevância do seu papel para a consolidação do Direito Internacional não será possível pensar na sua evolução ou na concretização de um papel de destaque no cenário internacional. Além disso, não será possível pensar na concretização de uma Justiça de Transição brasileira.

Como vimos, a Justiça de Transição só pode se dar com a reforma das instituições, a reparação das vítimas, a busca pela Verdade e a responsabilização criminal daqueles que cometeram crimes. Ora, a sentença do caso “Gomes Lund” vem justamente buscar garantir essa Justiça de Transição. Contudo, enquanto os Poderes brasileiros continuarem a colocar obstáculos à concretização da sentença, inclusive com a manutenção da Lei de Anistia, nega-se às vítimas a possibilidade de responsabilização criminal e acaba-se negando seu direito à Justiça. Ademais, nega-se à sociedade a possibilidade de conhecer a Verdade e de construir uma Memória compatível com a proteção dos direitos humanos e efetivação da democracia.

A manifestação da Corte Interamericana sobre este caso vem justamente lembrar o Estado brasileiro de sua responsabilidade para com as obrigações internacionais e para com a construção da justiça no país. Depreende-se da sentença que as leis de anistia em relação a graves violações aos direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e com as obrigações internacionais dos Estados, contribuindo para a impunidade e para a não efetivação do Direito à Verdade e do Direito à Memória. Enquanto existir essa incompatibilidade tem-se um ambiente favorável a que novas violações contra a humanidade venham a ocorrer.

Com efeito, o não cumprimento da sentença da Corte no caso “Gomes Lund” representa a não efetivação pelo Brasil dos direitos humanos em seu âmbito interno, o que indica uma trajetória contrária à evolução do Direito Internacional. Ao contrário, o cumprimento da sentença significaria um fortalecimento da democracia e a construção de uma memória brasileira de repúdio às violações de direitos humanos, consolidando a proteção desses direitos no país.

Ante o exposto, o Judiciário brasileiro tem um importante papel a cumprir no que tange a efetivação do cumprimento da sentença da Corte Interamericana e, conseqüentemente, efetivação da Justiça de Transição no Brasil. A esse respeito, resta agora acompanhar os processos em andamento – a exemplo das ações contra o “doutor Asdrúbal” e o “coronel Curió” – e os casos que se apresentarem, verificando se vão seguir caminho diferente do que se construiu até o momento e levar a concretização da Justiça, da Verdade e dos direitos humanos no país.

## CONCLUSÃO

O processo de uma Justiça de Transição no Brasil ainda não se findou. O conjunto de medidas políticas, institucionais e jurídicas necessárias para a transição de um Estado ditatorial para um Estado verdadeiramente democrático e compromete-

tido com sua memória se encontra ainda em construção. Nesse quadro, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153 que declarou constitucional a Lei de Anistia, longe de ser um primeiro e importante passo para a punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos quando da Ditadura Militar no país, tornou-se um ato de violação à proteção internacional destes direitos.

Ao declarar a Lei de Anistia constitucional com “eficácia vinculante para todos” e entendendo-a ampla, geral e irrestrita, a corte suprema brasileira ignorou por completo a jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos que há muito vinha declarando a violação da Convenção Interamericana pelas chamadas “leis de autoanistia”. Apesar de declarada constitucional, a Lei de Anistia é inconvenção, já que viola as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, e inválida, na medida em que contraria o *jus cogens* internacional. Com efeito, a decisão do STF coloca o Brasil na esteira contrária do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que a Corte Interamericana vem constantemente reiterando em sua jurisprudência.

Não obstante o Estado brasileiro reconhecer que a Corte Interamericana seria o tribunal maior com competência para declarar a proteção dos direitos do homem (Decreto 4.463 de 2002), a Corte Suprema do país sequer faz menção às decisões da CIDH. Ainda arraigado em uma concepção dualista extrema do Direito Internacional, a atuação do Supremo passa a nítida impressão de que ainda considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos uma realidade distante, sem aplicação no âmbito interno, e que deveria ser apenas tema de discussão entre estadistas e diplomatas, não possuindo as cortes domésticas qualquer papel na consolidação da proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, o Judiciário brasileiro, apoiado em grande medida nos entendimentos do STF, ainda não atentou para o papel essencial a ser exercido para a consolidação, expansão e transformação do Direito Internacional. Essa concepção antiquada é extremamente prejudicial para o Direito Internacional e seus âmbitos de proteção, na qual se destaca a garantia dos direitos humanos, um dos fundamentos constitucionais do Estado brasileiro. Além disso, uma atuação do Judiciário apartada do Direito Internacional não é interessante para um país que busca constantemente ampliar sua inserção e relevância no cenário internacional.

Em um ambiente internacional de profunda interdependência entre os Estados não há lugar para um descompasso entre política externa e doméstica. Cabe ao Estado garantir instrumentos internos de aplicação das normas internacionais e o cumprimento dos acordos e tratados internacionais, sob pena de frustrar não somente a observância das obrigações e contribuir para a insegurança do sistema, mas também de frustrar a própria evolução do Direito Internacional. A possibilidade de o Brasil ser responsabilizado por ato ilícito internacional dado o não cumprimento integral da sentença da Corte no caso “Gomes Lund e Outros” é uma realidade. Contudo, não é em nada interessante para um país cuja política externa nos últimos anos

tem sido de fortalecer sua importância regional e mundial, inclusive no âmbito dos direitos humanos, com vistas a influenciar os rumos do sistema internacional.

O reconhecimento e a aplicação integral da sentença do caso “Gomes Lund e Outros” pelo Judiciário brasileiro elevará o cumprimento do Direito Internacional no Brasil ao mais alto nível, condizente com a pretensão estatal de se tornar de fato um ator de peso nas relações internacionais, e onde não mais haverá discrepância entre os compromissos assumidos internacionalmente e seu cumprimento no âmbito interno. Política externa e política interna no Brasil finalmente seriam compatíveis.

Atualmente, a decisão do STF na ADPF 153, bem como seu posicionamento frente ao Direito Internacional, contribui para a impunidade, não impedindo que novas violações aconteçam; obsta a consolidação do Direito à Verdade e do Direito à Memória, e não leva à Justiça. Assim, cabe ao Supremo e a todo Judiciário brasileiro a reflexão sobre seu papel essencial no que diz respeito a, ao invés de enfraquecer a obrigatoriedade das normas internacionais, atuar para consagrá-las e levar à realização dos direitos humanos e da justiça no país.

O problema da aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, dada sua materialidade constitucional, é mais uma questão de falta de vontade do que propriamente de Direito. Nesse sentido, é preciso trabalhar o interesse brasileiro em efetivar a Verdade, a Memória e a Justiça, lembrando que os instrumentos internacionais de direitos humanos podem contribuir imensamente para isso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. 8ª Vara Justiça Federal em São Paulo. *Sentença Ação Civil Pública N. 2008.61.00.011414-5*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União, Carlos Alberto Brilhante Ustra, Audir Santos Maciel. São Paulo, 5 mai. 2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/processo-20086100011414-extincao.pdf>. Acessado em: 19.09.2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Coordenação Criminal, *Documento n.1/2011*. Brasília, 21 mar. 2011. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/diversos/justica-de-transicao/Doc1-ReuniaoInternadecisaoCorteInteramericana-CasoGomesLund%20vs%20Brazil.pdf>. Acessado em: 21.06.2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 196, p. 105-116, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso 11.552 Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acessado em: 16.04.2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DREITOS HUMANOS. *Sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil*. 24 nov. 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acessado em: 16.04.2012.

GUERRILHA do Araguaia: Sebastião Curio agora é réu por crime de sequestro. *Jornal do Brasil*, Brasília, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/08/30/guerrilha-do-araguaia-sebastiao-curio-agora-e-reu-por-crime-de-sequestro/>. Acessado em: 24.09.2012.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério. *A Lei de Anistia viola convenções de direitos humanos*. 10 mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acessado em: 16.04.2012.

GRIBEL, Gabriela Frazão. *As Cortes Domésticas e a Garantia do Cumprimento do Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

MACHADO, Bruno Ribeiro. A Justiça de Transição e a Reparação de danos no Brasil: a necessidade de consideração dos danos morais na fixação do quantum indenizatório. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n 5, 2009. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/.../22/>. Acessado em: 21.04.2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

PERES, João; BRENDA, Tadeu. 30 ago. 2012. Aceitas duas primeiras denúncias contra agentes da ditadura. *Rede Brasil Atual*. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2012/08/aceitas-primeiras-denuncias-contragentes-da-ditadura>. Acessado em: 24.09.2012.

PINTO, Marcos José. A condenação do Brasil no caso da Guerrilha do Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21291/a-condenacao-do-brasil-no-caso-da-guerrilha-do-araguaia-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos/2>. Acessado em: 26.09.2012.

SOUSA, Arnaldo Vieira. *Lei da Anistia: o Direito entre a memória e o esquecimento*. 2010. 89f. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/39477611/Monografia-Arnaldo-concluida>. Acessado em: 21.04.2012

## 8

**A ADOÇÃO DE FILTROS E MECANISMOS DE CONTENÇÃO PARA OS TRIBUNAIS SUPERIORES: A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E A INSTITUIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL NO DIREITO BRASILEIRO<sup>78</sup>**

*Adoption of filters and mechanisms of contention for Superior Courts: a valuation of jurisprudence and establishing the general impact on brazilian law*

**MÁRCIO DE SESSA**

Mestrando UNINOVE. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”. E-mail: marciosessa@gmail.com.

**MÔNICA BONETTI COUTO**

Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Líder do Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”. E-mail: monicabonetticouto@yahoo.com.br.

RECEBIDO EM: 10.08.2013

APROVADO EM: 20.12.2013

---

**RESUMO**

A explosão de litigiosidade a qual o sistema de justiça brasileiro se submete, denominada *crise do Judiciário* e, em um recorte menor, crise dos Tribunais Superiores e, em particular, do STF, tornou-se o contexto da necessária adoção de filtros de contenção e da recuperação das funções institucionais de Corte Constitucional e Política ao STF. A finalidade pública, transcendental ao interesse das partes, consolida-se com a tendência de *abstrativização* dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, aproximando-se, em larga medida, do controle concentrado. A valorização da jurisprudência cumpriu importante função, estimulando a adoção de filtros e mecanismos de contenção, cuja análise se volta para a evolução do papel da jurisprudência e da Repercussão Geral para admissão do recurso extraordinário. No entanto, há que se verificar a utilidade processual que se tem dado a este importante método de racionalização dos trabalhos do Supremo Tribunal para, cotejando com os números oficiais, aferir sua eficácia real. Neste quesito, o objeto de análise foi

---

<sup>78</sup> Este artigo foi escrito com base nas discussões, leituras e trabalhos desenvolvidos no Grupo de Pesquisa/CNPQ “Reforma e Inovação do Poder Judiciário”, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

a Repercussão Geral, cujo resultado, apesar dos esforços teóricos, expõe a (ainda) limitada utilização do filtro e a equivocada exposição dos dados que o justificariam publicamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** FILTROS DE CONTENÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA.

---

## ABSTRACT

The explosion of litigation which the Brazilian justice system undergoes called crisis of the judiciary, and a minor cut, the crisis of the Superior Courts and in particular the Supreme Court, became the context of the adoption of necessary filters and containment the restoration of the institutional functions of the Constitutional Court and the Supreme Court Policy. The public purpose, the transcendental interest of the parties, consolidated with the trend of abstrativização the effects of diffuse control of constitutionality, approaching a large extent, the concentrated control. The appreciation of the law played an important role, encouraging the adoption of filters and restraint mechanisms, whose analysis turns to the changing role of case law and Repercussion General admission to the extraordinary appeal. However, we have to verify procedural utility that has been given to this important method of streamlining the work of the Supreme Court for, comparing to official figures, assess their actual effectiveness. In this aspect, the object of analysis was General Rebound, whose result, despite the theoretical efforts, exposes the (still) limited use of the filter and misleading presentation of the data that justify publicly.

**KEYWORDS:** FILTERS CONTAINMENT. GENERAL REPERCUSSION. ROLE OF JURISPRUDENCE.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Crise do Supremo Tribunal Federal. 2. Convite à litigiosidade e reserva de jurisdição. 3. Tribunal de Superposição; Corte Constitucional; político e jurídico. 4. O STF, o recurso extraordinário e as funções da Corte Constitucional. 5. Valorização da jurisprudência. 6. Repercussão geral. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A adoção de filtros e mecanismos de contenção para os Tribunais Superiores localiza-se no contexto social da chamada *crise do Judiciário* e, em um recorte menor, na *crise dos Tribunais de Cúpula*, com particular atenção para a sobrecarga

do Supremo Tribunal Federal (STF).

O percurso aqui escolhido partirá da análise dessas crises num contexto histórico amplo, utilizando-se dados quantitativos sobre a evolução de processos entrados no STF desde a década de 1940 até o ano de 2010, com o propósito de tentar compreender a necessidade de adoção de filtros de acesso (ou contenção) para os Tribunais Superiores.

A crescente evolução da litigiosidade será observada a partir do paradigma de *convite à litigiosidade*, observando-se qual o conceito de *acesso à justiça* aí implicado e qual o paradoxo que acomete o Estado Constitucional pelas expressões *judicialização da política* e *politização da justiça*

No mesmo sentido, as origens da jurisdição constitucional serão recuperadas, ainda que em linhas gerais, a fim de tentar se compreender a natureza de uma Corte Constitucional e sua relação com o “político”, bem como observar a *judicialização da política* em relação direta com o *ativismo jurídico*.

O Recurso Extraordinário será visto por seu papel político de viabilizar a função institucional do STF enquanto Corte Constitucional e por sua outra função de revisor de julgados associada à evidente finalidade pública que exerce.

A valorização da jurisprudência será analisada para compreender a necessidade e a crescente racionalização dos trabalhos do STF, extraindo-se um método de trabalho que simplifique e oriente o Poder Judiciário. Neste território, surge com força a figura do chamado *precedente*, que desempenha *dupla coerência* no sistema de justiça mas que, porém, não tem sistematizado seu método de reconhecimento, nem, pode-se dizer, previsão legal para sua escorreita aplicação.

Por fim, tratar-se-á da Repercussão Geral, um novo pressuposto de admissibilidade ao recurso extraordinário, enquanto filtro político que assegura e reforça a função nomofilática do STF. Ante os números apresentados pelo próprio Supremo Tribunal, verificar-se-á se a repercussão geral foi incorporada ao sistema de justiça enquanto um efetivo filtro de ordem constitucional e quais os limites que apresenta em sua aplicação, bem como quais os possíveis equívocos que gerariam uma falsa justificativa para legitimação do filtro.

## 1. CRISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Observar a crise do Supremo Tribunal Federal diante do volume de recursos que inviabiliza o pleno exercício de suas funções de Corte de Superposição<sup>79</sup>, significa observar, com estreitamento de objeto, a crise da justiça brasileira. Os contornos desta permitem-nos compreender as feições e causas daquela.

<sup>79</sup> COUTO, Mônica Bonetti. O papel dos tribunais de cúpula, a missão do STF e a repercussão geral. In: De LUCCA Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartir Latin, 2012, p. 744.

O paradoxo da justiça brasileira talvez seja o ponto de partida para investigação aqui proposta, e a um só tempo, uma síntese da crise que historicamente o sistema de justiça enfrenta: “o amplo e efetivo acesso à justiça é um objeto promovido e perseguido por um Estado que não tem condições de suportá-lo”; e acresça-se, ainda, que:

a legislação processual, madura e sofisticada, parece não proporcionar, sozinha, o ideal de acesso efetivo à justiça. As características da sociedade contemporânea favorecem o aumento do volume e complexidade das demandas judiciais e o Estado, de seu turno, não dispõe de estrutura judiciária adequada para dar vazão ao número crescente de litígios. Com mais demandas e menos estrutura judicial, a chamada “crise da justiça” tende a aumentar<sup>80</sup>.

No percurso da sociedade brasileira, a transformação estrutural de um país predominantemente agrário e rural para industrial e urbano (tomando como base 1930); a vivência do período do regime militar com restrito e contido acesso à justiça; e o posterior momento de abertura democrática com o novo paradigma da Constituinte de 1988 que alçou o Poder Judiciário ao centro da vida pública, são elementos sociológicos e jurídicos que podem ser apontados como determinantes para a crise da justiça e, portanto, para a crise do STF. São dados que, por si sós, justificam e explicam a multiplicação dos conflitos que fizeram crescer exponencialmente o volume de processos entrados no Poder Judiciário e, via de consequência, dirigidos ao STF<sup>81</sup>.

Concomitante às mudanças sociais, “as sucessivas constituições brasileiras ampliaram, gradativamente, a competência de julgamento do STF”<sup>82</sup>, ampliando o Controle Jurisdicional de Constitucionalidade até o atual formato de atribuições e competências outorgado na Constituinte de 1988, mas que, porém, não se esgotou diante das alterações introduzidas com a Emenda Constitucional 45/2004 - por intermédio da adoção de filtros de contenção para os Tribunais Superiores, como o recurso extraordinário e a súmula vinculante, e que refletem e produzem novas interpretações sobre o controle de constitucionalidade e os seus efeitos.

Neste amplo cenário da chamada crise da justiça brasileira, a problemática que se coloca ao STF não se resume à altíssima quantidade de recursos entrados e

<sup>80</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial*. 154f. Dissertação de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.10.

<sup>81</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: Mudanças e Reformas*. São Paulo. Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, pp.81;86.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Guilherme José Brás. *Repercussão Geral das Questões Constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário*. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2009, p.30.

pendentes de julgamento, a aumentar-lhe a *taxa de congestionamento*<sup>83</sup>, mas, em realidade, desdobra-se em uma limitadora problemática institucional e qualitativa que compromete as principais funções da Corte, inclusive indagando-lhe sobre o seu *status* verdadeiro de Corte.

Isso porque, como uma das autoras deste ensaio já registrou em outra oportunidade, tal situação afeta a função institucional maior do STF, que é a de zelar pela supremacia da Constituição<sup>84</sup>. Mas não apenas. O sufoco imposto pela quantidade de processos se traduz na “perda da importância dos julgados da mais alta Corte do país”<sup>85</sup> e o enfraquecimento do seu poder<sup>86</sup> enquanto tal.

E, embora a Constituição de 88 tenha universalizado o acesso ao Poder Judiciário<sup>87</sup>, é certo que o crescente aumento no volume de processos deu lugar aos chamados julgamentos de escala, em que as questões são analisadas em bloco<sup>88</sup>, sem maior análise dos temas. E aqui se consuma a perda de importância e o enfraquecimento dos julgados e do poder do STF, que acaba por sucumbir à necessidade de dar resposta à sociedade e ao seu próprio sistema sem a necessária observância da qualidade substantiva da prestação jurisdicional, desconsiderando a alta complexidade das causas que necessitam e consomem tempos de julgamentos<sup>89</sup>.

É justo lembrar, então, que o tempo do direito não é o tempo cotidiano, mas o tempo diferenciado e instituído para acolher o conflito no processo, sendo incompatível com o reinado da urgência das sociedades contemporâneas<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> Indicador que pretende medir se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentes de períodos anteriores são finalizados ao longo do ano. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2009: Panorama do Judiciário Brasileiro*. Brasília, 2010, pp.16;178

<sup>84</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *Op.cit.* p. 752.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Guilherme José Brás. *Op.cit.* p.32.

<sup>87</sup> Quanto a este ponto, oportuno abrir-se um parêntese apenas para elucidar que, a nosso ver, inteira razão assiste a Rodolfo de Camargo Mancuso, quando assevera ser *ufanista* – e algo mentirosa, acrescentaríamos nós - a ideia de que o *acesso à justiça (entendido na sua visão stricto sensu, é dizer, enquanto sinônimo de acesso ao Poder Judiciário)* no Brasil é absoluto. Diz referido professor: “O inc. XXXV do art. 5 da vigente CF/1988, dispondo que a lei não pode subtrair à apreciação judicial históricos de lesão sofrida ou temida, tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que a descolou da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão *ufanistas como irrealistas*.” (*Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 194).

<sup>88</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>90</sup> Cf. SESSA, Márcio de. *A Morosidade e o Gerenciamento de Processos Cíveis: da crise à instituição da razoabilidade no sistema de justiça*. in Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade estadual do Rio de Janeiro. REDP, [http://redp.com.br/arquivos/redp\\_8a\\_edicao.pdf](http://redp.com.br/arquivos/redp_8a_edicao.pdf), ano 5, vol. VIII, julho/dez. 2011, p. 741.

O histórico da quantidade de processos distribuídos ao STF revela o potencial da saturação em afetar as funções institucionais, e essenciais, da Corte de Superposição, apresentando um cenário absolutamente incompatível com sua função de intérprete final da Constituição<sup>91</sup>.

Movimento processual do STF desde a década de 1940<sup>92-93</sup>

<b>Movimentação</b>	<b>Processos</b>	<b>Processos</b>	<b>Julgamentos</b>	<b>Acórdãos</b>
<b>STF</b>	<b>Protocolados</b>	<b>Distribuídos</b>		<b>Publicados</b>
2013*	8.016	4.965	9.875	1.338
2012	66.930	43.190	80.730	10.702
2011	59.581	35.476	90.607	14.103
2010	71.670	41.014	103.869	10.814
2009	84.369	42.729	95.524	17.704
2008	100.781	66.873	130.747	19.377
2007	119.324	112.938	159.522	22.257
2006	127.535	116.216	110.284	11.421
2005	95.212	79.577	103.700	14.173
2004	83.667	69.171	101.690	10.674
2003	87.186	109.965	107.867	10.840
2002	160.453	87.313	83.097	11.685
2001	110.771	89.574	109.692	11.407
2000	105.307	90.839	86.138	10.770
1999	68.369	54.437	56.307	16.117
1998	52.636	50.273	51.307	13.954
1997	36.490	34.289	39.944	14.661
1996	28.134	23.883	30.829	9.811
1995	27.743	25.385	34.125	19.507
1994	24.295	25.868	28.221	7.800
1993	24.377	23.525	21.737	4.538
1992	27.447	26.325	18.236	2.482

<sup>91</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *Op.cit.* p.752.

<sup>92</sup> A tabela apresentada foi fracionada em décadas, porém, manteve a integridade a partir de 1987 em virtude da Constituição promulgada em 1988 para acompanhar o movimento da re-democratização e, posteriormente, para compreensão dos efeitos dos filtros de contenção; em especial, a partir da Lei 11.418/2006, que regulamentou a repercussão geral para o recurso extraordinário.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acessado em 07.03.2013.

1991	18.438	17.567	14.366	1.514
1990	18.564	16.226	16.449	1.067
1989	14.721	6.622	17.432	1.886
1988	21.328	18.674	16.313	4.760
1987	20.430	18.788	20.122	4.876
1980	9.555	9.308	9.007	3.366
1970	6.367	6.716	6.486	3.328
1960	6.504	5.946	5.747	4.422
1950	3.091	2.938	3.371	3.395
1940	2.419	2.211	1.807	1.469
Total <sup>1</sup>	2.000.596	1.673.450	2.079.613	475.809

Neste contexto, apenas como exemplo do que será exposto adiante, um dado se mostra extremamente interessante: no período de 1990 a 2007, 1.215.948 processos foram recebidos no STF; 162.577 não foram distribuídos aos ministros e; no entanto, somente 98.405 processos, aproximadamente de 08%, abordaram matéria constitucional. Não é possível que uma Corte de Superposição, com finalidade precípua de guarda e último intérprete da Constituição, seja acometida por um desvirtuamento crônico e sistêmico.

Com este cenário, a necessidade de se criar e adotar filtros e mecanismos de contenção para os Tribunais Superiores torna-se indispensável a fim de viabilizar o funcionamento e o desempenho do STF, enquanto Corte efetivamente Constitucional, e do próprio sistema de justiça que sofre diretamente com a instituição de 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> instâncias de julgamento. E, além do prejuízo institucional e social, há que se considerar, sobretudo, o prejuízo dos cidadãos-jurisdicionados.

## 2. CONVITE À LITIGIOSIDADE E RESERVA DE JURISDIÇÃO

A garantia constitucional do acesso à Justiça tem recebido um tratamento exacerbado na medida em que se transformou num “convite à litigiosidade”, o que causa, na visão de Mancuso, três efeitos deletérios: 1) a judicialização do conflito se torna o caminho natural e necessário, favorecendo e reforçando esta visão para o jurisdicionado; 2) a falsa idéia que toda pretensão resistida ou insatisfeita deva ser resolvida pela coisa julgada, com julgamento de mérito; 3) o desestímulo da busca pela solução alternativa dos conflitos, que sofre com a relutância da população acostumada a liturgia da justiça togada.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux [et. al]. São Paulo, RT, 2006, p. 1070.

Estes efeitos são expressões da própria redução da concepção de Justiça que se cultua com o ritual da judicialização dos conflitos, transformando em sinônimo Justiça e Poder Judiciário.

Falseia-se ao cidadão comum uma esperança de singularidade *no seu* julgamento, favorecendo a crença que o seu caso é absolutamente diferente dos demais; esta expectativa, no entanto, o Estado brasileiro já demonstrou não ter condições de suportar e nem mesmo de responder satisfatoriamente unicamente pela via judicial.<sup>95</sup>

Para Mancuso, o que está realmente garantido no art. 5º, XXXV, da CF, é uma *cláusula de reserva* para o Poder Judiciário; *reserva de jurisdição*, segundo Cândido Rangel Dinamarco. Alguns autores, como Mônica Sifuentes, afirmam que esta *cláusula de reserva* seria, mesmo com um pouco de exagero, “o novo nome da separação dos Poderes”<sup>96</sup>, pela perspectiva da unidade do Poder e da sua funcionalização. O acesso à justiça é tão somente um dos meios pelos quais um conflito possa ser resolvido<sup>97</sup>. Há que se ampliar [e diferenciar] a concepção de justiça, de acesso à justiça e de efetividade.

Contudo, há que se receber essa interpretação sobre a *reserva de jurisdição* com cautela: o argumento é sedutor, porém, se entender que a abstração da separação de poderes possa ser reduzida a uma cláusula constitucional de *reserva de jurisdição*, legitima-se, no mesmo viés, a tendência de os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário imiscuírem-se reciprocamente e a partir da desigualdade de posições constitucionalmente previstas.

E nesta redução da concepção de Justiça à institucionalidade do Poder Judiciário cria-se um paradoxo: ao mesmo tempo em que se reduz a Justiça ao Judiciário, o poder do Poder Judiciário amplia-se superpostamente aos demais poderes do Estado.

O fortalecimento do Judiciário na destinação dos rumos da vida pública, e que causou o que se convencionou denominar de *judicialização da política*, constituiu uma força *política* que arrasta consigo a ratificação de toda justiça material e efetiva da vida social, desde pequenos conflitos até, em última instância, toda decisão nacionalmente importante. E a *judicialização da política* se revela, dialeticamente, no que se denominou de *ativismo judiciário*. Em outras palavras, tem-se a *politização da justiça*.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op.cit, *apud* SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante – um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo, Saraiva, 2005, p.88.

<sup>97</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op.cit, p. 1071.

<sup>98</sup> Cf. entrevista de José Sarney, quando então presidente do Senado Federal, comentou sobre a judicialização da política: “Levamos ao extremo... Quando se perde qualquer coisa, diz-se ‘vou ao Supremo’. Isso implica em outro perigo, o da politização da Justiça”; in <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE90N07J20130124?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0&sp=true>. Acessado em 07.03.2013.

Tem-se isso ao observar que toda justiça material e efetiva dependa, quase que obrigatoriamente, de passar pela via institucional do Poder Judiciário, mitigando o poder dos demais Poderes Legislativo e Executivo de exercerem-na diretamente, com autonomia e sem subordinação.

O Poder Judiciário, por sua Corte máxima, tem a vantagem deliberada de se alçar ao patamar de *constituente permanente* na guarda e interpretação da Constituição. O entendimento sobre uma cláusula de *reserva de jurisdição* [que mitiga a separação dos poderes] autoriza e ratifica ao STF, *juris et de jure*, uma Superposição no Estado Constitucional em relação aos demais poderes.

Todo este cenário, independente da controvérsia que se estabeleça, afeta e influencia diretamente a litigiosidade crescente na via judiciária, *latu sensu*, e na saturação de litígios levados ao STF, *strictu sensu*.

Daí a necessidade de se pensar na Justiça para além da via institucional da judicialização, elaborando-se as vertentes de uma possível *desjudicialização*<sup>99</sup> dos conflitos.

### 3. TRIBUNAL DE SUPERPOSIÇÃO; CORTE CONSTITUCIONAL; POLÍTICO E JURÍDICO

O movimento que instaura a criação de Cortes Constitucionais na Europa se inicia ao final da 2ª Guerra Mundial com o intuito de conter, via Poder Judiciário, os horrores perpetrados com a ação direta e predominante dos outros Poderes durante a guerra. Ainda num contexto de prevalência do modelo francês em que o Poder Legislativo tinha preponderância sobre o Poder Judiciário enquanto defensor da Constituição, não podendo este se pronunciar sobre a constitucionalidade dos atos dos outros Poderes, a Constituição Austríaca foi a pioneira exceção a instituir uma jurisdição constitucional com poder de controle concentrado de constitucionalidade<sup>100</sup>.

A barbárie da segunda Guerra Mundial tornou imprescindível a criação de mecanismos que contivessem os abusos governamentais. No plano internacional foram adotadas as Declarações e Convenções que criaram órgãos jurisdicionais com a atribuição de julgar as violações aos Direitos Humanos perpetrados pelos Estados. Em nível nacional, alguns Estados (Áustria, Itália e Alemanha) estabeleceram novas Constituições com jurisdição para o controle concentrado de constitucionalidade, “com la manifesta intención de detener los eventuales desbordes de los otros poderes del Estado que pudieran afectar los derechos fundamentales consagrados em esas Constituciones”, como garantias concretas, e não meras declarações, capazes

<sup>99</sup> Desjudicialização é o tema abordado na disciplina “Jurisdição: entre a segurança jurídica e a efetividade”, ministrado pela Professora Doutora Mônica Bonetti Couto no âmbito do curso de Mestrado da Universidade Nove de Julho.

<sup>100</sup> OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema: entre la justicia sin política y la política sin justicia*. La Plata: Liberia Editora Platense, 1994, pp.16-17.

de ser tuteladas por um Tribunal com competência e poder suficiente para limitar as possíveis violações<sup>101</sup>.

Na história dos Estados Unidos da América o caso *Marbury vs Madison* foi o julgado paradigma que reconheceu à Corte Constitucional o poder de controle de constitucionalidade. Para Oteiza, trata-se do caso fundante da capacidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade dos atos dos outros Poderes e que caracteriza a *transcendência política* de sua Corte<sup>102</sup>.

A própria origem das Cortes Constitucionais, portanto, tem de uma decisão política em sua gênese e um processo político próprio de escolha de seus representantes habilitados a exercer o poder. Contudo, o elemento político, além de constitutivo em sua forma, também se encontra presente em sua atuação.

As Cortes Constitucionais são essencialmente políticas, desde que lhes sejam o viés jurídico inexorável; e são as Cortes Constitucionais essencialmente jurídicas, desde que lhes sejam o caráter político inexorável. A relação entre a política e o jurídico é constitutiva para as Cortes e exatamente o que as caracteriza como Cortes Constitucionais com poder de controle de constitucionalidade<sup>103</sup>. Para Eduardo Oteiza, a adoção deste modelo, Cortes com forte conteúdo político, significa o reconhecimento da falibilidade do legislador<sup>104</sup>.

Ademais, substancialmente as Cortes Constitucionais desempenham uma função política. O próprio ato de interpretar uma norma constitucional para lhe conferir determinando entendimento, como intérprete último da Constituição, faz com que os juízes participem do processo político<sup>105</sup>. Uma interpretação em detrimento de outra sempre é uma escolha política balizada pelo jurídico. Foi este o sentido quando Oteiza afirmou que:

La Corte no decide sus casos como meras abstracciones, la voluntad del juez se ve influenciada por los distintos efectos que podría producir según ella sea dictada en uno u outro sentido. Los jueces, al determinar cuál es la lectura que se le debe dar a una norma constitucional y fijar si se antepone una norma individual o general, participan en el proceso político.

E aqui nesse poder de interpretação fundado em escolhas político-jurídicas para aplicação da norma a determinado caso concreto, sob a consideração das circunstâncias históricas, inclusive, há que se vislumbrar o *ativismo judicial*.

No Brasil, como acima explicitado, a Constituinte de 88 foi o marco maior de constitucionalização do Estado com a definição, num caminhada histórica, de

<sup>101</sup> Ibidem, p.31.

<sup>102</sup> Ibidem, pp.16-17.

<sup>103</sup> Ibidem, passim.

<sup>104</sup> Ibidem, p.31.

<sup>105</sup> Ibidem, p.27.

ampliação do controle jurisdicional de constitucionalidade, passando a priorizar, ou no mínimo equilibrar, o controle concentrado com o controle difuso de constitucionalidade, até então predominante.

Do mesmo modo, a forma da escolha dos juízes ratifica o elemento político de sua constituição, sendo indicação da Presidência da República com necessária submissão à sabatina do Congresso Nacional.

Mais recentemente, com a Emenda 45/2004 o controle difuso, com a instituição do filtro da repercussão geral para o recurso extraordinário, ganhou sua caracterização de interesse público e de transcendência aos interesses privados das partes no caso concreto, aproximando os efeitos da declaração de constitucionalidade aos efeitos do controle concentrado, como se verá adiante. Trata-se de questão que reforça e consolida o papel eminentemente público da Corte Constitucional e, portanto, para além de jurídico, político.

Tem-se, portanto, com a constitucionalização do Estado brasileiro em 1988 e seus efeitos de *judicialização da política e ativismo judicial*, a caracterização da posição de Tribunal de Superposição do Supremo Tribunal Federal em relação ao Poderes Legislativo e Executivo na conformação político-jurídica de organização dos poderes do Estado.

#### 4. O STF, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E AS FUNÇÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL

Para viabilizar e reconduzir o STF ao “lugar de *intérprete final* da Constituição, velando por sua supremacia”<sup>106</sup>, faz-se necessário reconhecer a função pública que exerce na dupla feição de guarda da Constituição e revisor de julgados<sup>107</sup>.

Pelo controle concentrado o STF realiza sua precípua função de guarda da Constituição e, via controle difuso realizado pelo recurso extraordinário, opera como revisor de julgados de casos concretos em ato, no entanto, eminentemente político. Para Mônica Bonetti Couto, o recurso extraordinário possui inarredável interesse público, conseqüência de seu caráter político, sendo sua própria *razão de ser* ao consubstanciar mecanismo de manutenção da superioridade da Constituição. Tal caráter político e público ficou ainda mais evidente [e consolidado] com a adoção do requisito da repercussão geral para sua admissão<sup>108</sup>.

Cuida-se, portanto, de privilegiar a finalidade pública da Corte de Constitucional, transcendendo o mero interesse privado das partes no recurso extraordinário que instou o STF, via mecanismo eminentemente político e de interesse público, a julgamento de matéria constitucional.

<sup>106</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *Op.cit.* 749.

<sup>107</sup> FUCK, Luciano Felício. *O Supremo Tribunal Federal e a Repercussão Geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais; in Revista de Processo, v. 35, n. 181, março 2010, p.12.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p.09

Esta tendência de *abstrativização*<sup>109</sup> do controle difuso tem na repercussão geral o amparo jurídico necessário para sua aproximação, no que tange aos efeitos da declaração, ao controle concentrado. Nota-se que ao controle concentrado a característica de controle abstrato esteve originária e historicamente vinculada, dada sua formulação em *tese*; no entanto, a *abstrativização* do controle difuso com o reconhecimento da função política e pública do recurso extraordinário, porta aos efeitos da decisão de (in)constitucionalidade a característica de abstratação, transcendendo o interesse das partes para produzir maior eficácia à decisão, havendo de se conferir efeito *erga omnes* e (para se refletir) vinculante.

Neste sentido, uma das subscritoras deste trabalho já traduziu a tendência desta mudança de significação do recurso extraordinário, de transcendência de seu caráter subjetivo, de vínculo exclusivo às partes e, portanto, aos indivíduos, para reconhecer a sua força política e social em julgados do STF:

De fato, é perceptível uma tendência à *abstrativização* do controle difuso, o que é perceptível de alguns julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Julgamento que se pode dizer ‘emblemático’ foi o havido no Recurso Extraordinário 197.917/SP, em torno da fixação do número de vereadores em cada município, à luz do princípio da proporcionalidade (art. 29, IV, da CF). Tratava-se, como se disse, de um recurso extraordinário (e, portanto, de uma manifestação do Supremo Tribunal no controle difuso), mas, em relação a este julgamento, foi atribuída uma eficácia *erga omnes* (relator Min. Maurício Correa). Merece ser referida também a decisão tomada pelo Plenário do STF, no Habeas Corpus n. 82.959, originário de São Paulo (em 23.02.2006), relativamente à discussão da argüida inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90 (dispositivo este que veda a progressão de regime nos crimes hediondos)<sup>110</sup>.

Esta tendência de *abstrativização* do controle difuso através da força do recurso extraordinário deve ser localizada, antes, em sua gênese: o pacto federativo do Estado brasileiro, com a repartição das competências legislativas no texto constitucional e com relação de autonomia entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sem subordinação, portanto, propicia um cenário de pluralidade de fontes normativas.<sup>111</sup>

Neste contexto plural, de autonomia dos entes e de repartição de competências legislativas e observada a supremacia da Constituição, o recurso extraor-

<sup>109</sup> V. a respeito: COUTO, Mônica Bonetti. *Objetivação do Recurso Extraordinário: notável tendência?* São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual, p.05.

<sup>110</sup> Ibidem, p.11, nota de rodapé 11.

<sup>111</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *O papel dos tribunais de cúpula, a missão do STF e a repercussão geral*. 2010, pp. 745-746.

dinário, fundado na controvérsia do caso concreto e amparado por sua previsão constitucional (art. 102, III, CF), exerce a função de manutenção da “integridade da ordem política”<sup>112</sup> do Estado brasileiro ao manter, por sua finalidade, a “inteireza do direito”<sup>113</sup>, a orientação futura para os julgados sobre o “conteúdo e alcance dos direitos”<sup>114</sup>, enquanto paradigma, e o modelo transcendente de questões privadas para públicas, com força normativa e orientadora para os demais órgãos do Estado e da sociedade<sup>115</sup>.

Portanto, da necessária manutenção da inteireza do Direito diante do pacto federativo, com o reconhecimento do “interesse público imanente ao recurso extraordinário e, mais proximamente, de sua missão de assegurar o respeito e a superioridade da Constituição, desponta a sua função *nomofilática*”.<sup>116</sup>

Neste sentido que, para Eduardo Oteiza, “as Cortes são peças-chave na construção do Estado de Direito” e toca-lhes dar a leitura final da legislação, essa tarefa essencial aos sistemas jurídicos e que evidencia a dimensão pública de transcendência ao interesse das partes do caso concreto<sup>117</sup>. O equilíbrio entre as finalidades públicas e privadas possibilita que as Cortes mantenham e exerçam a capacidade de chegar “a interpretações que consolidem e ofereçam consistência ao sistema”.<sup>118</sup>

Neste exercício de construção do Estado de Direito, de manutenção da inteireza do direito e de interpretação final da Constituição, a adoção do filtro da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, advém importante contribuição teórica e procedimental para a efetivação do caráter político e de finalidade pública do controle difuso, com a aproximação dos seus efeitos aos do controle concentrado, a conseqüente abstrativização. A repercussão geral é o filtro político de uma Corte Constitucional Política e que assim merece e deve ser reconhecida para que se fuja de armadilhas ilusórias da exclusiva “tecnicidade”, ou juridicidade, da Corte.

No mesmo sentido, mas em outra perspectiva funcional da finalidade pública do recurso extraordinário, há que se reconhecer a sua função paradigmática, ou modelar, que adverte à Corte Constitucional sobre seu papel orientador sobre o conteúdo e o alcance de direito, como afirma Oteiza. Trata-se de reconhecer ao STF a racionalidade de eixo instituinte de juridicidade ao país e a ordem político-jurídica.

<sup>112</sup> Ibidem, p.08;21.

<sup>113</sup> Cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral – Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>114</sup> OTEIZA, Eduardo. *A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas*. São Paulo, Revista dos Tribunais; in Revista de Processo, v. 35, n. 187, set/2010, p. 230.

<sup>115</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *Op.cit*, p.750.

<sup>116</sup> Ibidem, p.750.

<sup>117</sup> OTEIZA, Eduardo. *Op.cit*, pp. 226-227.

<sup>118</sup> *Op.cit*, p.228.

Há que se assentar no presente as bases das decisões futuras sobre casos de mesma natureza jurídica.

*A força normativa e a supremacia da Constituição*, precípua missão, enquanto finalidade, e própria *razão de ser*, enquanto Poder, deve, ao transcender o caso concreto, transcender a própria Corte no processo de julgamento e, sobretudo, depois de seu pronunciamento. Talvez se deva elaborar a função paradigmática em consonância com o processo aberto de interpretação da Constituição, proposto por Peter Haberle<sup>119</sup>, como democratização do processo de interpretação. A hipótese colocada seria de, num processo democratizado e participativo de interpretação constitucional, a consolidação e o apoderamento das decisões da Corte, pela sociedade, se daria enquanto um eixo instituinte de juridicidade.

Essa possibilidade, e que efetivamente já ocorre no STF, vide as audiências públicas sobre os mais variados temas, tem adequação com o controle concentrado de constitucionalidade. A questão seria como adequar a pluralidade de interpretes participantes de um processo aberto de interpretação num caso concreto, via recurso extraordinário, no controle difuso.

## 5. VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Nesta empreitada de valorização dos efeitos do controle difuso que o aproximou do controle concentrado, em evidente valorização da função política e constitucional da Corte Suprema, tem-se como pano de fundo o “crescimento do chamado *direito judicial*, (...) diagnosticado por Cândido Rangel Dinamarco, no que chamou de ‘caminhada de valorização da jurisprudência’”<sup>120</sup>, que apresenta quatro passos: i) a súmula do STF, criada em 1963, fundada nos assentos da Casa de Suplicação, destinada a “favorecer a estabilidade da jurisprudência e, de igual modo, simplificar o julgamento das questões mais frequentes”<sup>121</sup>; para Victor Nunes Leal era um método de trabalho do Tribunal; ii) a chamada Lei dos Recursos, Lei 8038/1990, que trouxe para o plano legal o que era meramente regimental, ratificando os poderes do relator e dando igual tratamento ao recurso especial processado no STJ, instituído um ano antes, criado na Constituinte de 1988; iii) a Lei 9.756/1998 que “ampliou os poderes do relator, seja nos Tribunais locais ou nos de superposição (STJ e STF), sempre em associação com a observância dos precedentes judiciais”; iv) o “efeito vinculante

<sup>119</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, 1997. Sergio Antonio Frabris Editor. Tradução Gilmar Mender.

<sup>120</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux [et. al]. São Paulo, RT, 2006, p. 1069.

<sup>121</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit*, p. 1069.

das decisões do Plenário do STF no controle de constitucionalidade - quer difuso ou concentrado<sup>122</sup>.

Mancuso acrescenta o quinto passo nesta caminhada de valorização da jurisprudência, advindo com a Emenda 45/2004, ao afirmar o prognóstico de Dinamarco sobre a “força dos precedentes com eficácia geral e efeito vinculante”, a positividade da Súmula Vinculante projeta um inegável efeito preventivo geral, na medida em que desestimula a judicialização de pretensões contrárias aos seus enunciados.<sup>123</sup>

Além disso, nesta caminhada de valorização da jurisprudência, a *abstratização* dos efeitos do controle difuso, aproximando-o do controle concentrado, também expressa outro movimento: a aproximação dos modelos jurídicos da *commow law* e da *civil law*.

A mudança (na Europa pós segunda guerra; nos Estados Unidos com o caso *Marbury vs Madison*; e no Brasil com a constituinte de 1988) que deslocou o Estado Legislativo, cujo eixo central eram os códigos, para o Estado Constitucional, cuja ênfase reside na jurisdição e a partir da separação entre *texto* e *norma*, provocou, conseqüentemente, alterações e diferenças na interpretação jurídica de cada contexto histórico.

No Estado Constitucional, as normas são “fruto de uma *outorga* de sentido aos textos pelos seus destinatários”. Até então, no Estado Legislativo, concebia-se o *texto* e a *norma* enquanto *unidade* e sinônimo, “sendo função da jurisdição tão somente *declarar* a norma preexistente para solução do caso concreto”.<sup>124</sup>

Foram, portanto, três grandes mudanças ocasionadas por essa passagem histórica do Estado Legislativo ao Estado Constitucional: a primeira no terreno das *fontes jurídicas*, com a convivência de uma pluralidade de fontes: o Código perde sua centralidade e plenitude para desempenhar a função de centralidade infraconstitucional, muitos e variados instrumentos concorrem para disciplinar a vida social, são estatutos, leis especiais, instrumentos infra-legais, etc; segundo, na compreensão da natureza da *interpretação jurídica*, como dito; e terceiro, com a *técnica legislativa*. Este deslocamento, aponta a doutrina, muda a vocação, de outrora, para a legislação e a ciência do Direito para a vocação, dos tempos atuais, para a jurisdição, ou, em última instância, para a vocação para o processo.<sup>125</sup>

Vocação para o processo, eis o cenário atual em que, no caso brasileiro, o STF exerce a Superposição de Corte constitucional e política. Isso, no contexto e no movimento histórico de valorização da jurisprudência, para Daniel Mitidiero, traduz-se, atualmente, na importância central que a *decisão judicial* apresenta:

<sup>122</sup> Ibidem, p.1069.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Revista de Processo – Repró, 206, 2012, p. 66.

<sup>125</sup> Ibidem, pp. 65-66.

enquanto seja a garantia de contraditório para as partes do caso concreto, extrai-se desta decisão os fundamentos que podem ser elevados à categoria de *ratio decidendi*, aplicável, portanto, suas razões generalizáveis e abstratas, na resolução de outros casos concretos, conferindo confiabilidade e segurança para o sistema de justiça e para os jurisdicionados.<sup>126</sup>

Trata-se da *dupla coerência* da decisão judicial: congruência social e consistência sistêmica. São dois discursos diferentes e com destinatários igualmente diferentes, como aponta Mitidiero, o discurso para o caso concreto “constitui *direito fundamental da parte* e compõe o núcleo duro do *direito ao processo justo* (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF/1988)”. O discurso do precedente é de “*ordem institucional*, está estruturado para desenvolver a *unidade do direito* e visa à realização da *segurança jurídica*, da *igualdade* e de *coerência normativa*”.<sup>127</sup>

Percebe-se, portanto, que a função institucional preconizada pelo precedente enquanto garantia e consistência sistêmica, confiabilidade e segurança jurídica, vinculam-se ao desempenho da função *nomofilática* pela Corte Constitucional ao voltar-se para a manutenção da *unidade do Direito*. Contudo, como aponta Mitidiero, a partir da pesquisa sobre *commom law* que a doutrina deve buscar os meios pelos quais os precedentes possam ser corretamente identificados, aplicados em juízo a partir da adoção de um sistema de precedentes criticamente elaborado.<sup>128</sup>

Tal como se apresenta hoje, a caminhada de valorização da jurisprudência que resultou na adoção objetiva de filtros de contenção para os Tribunais Superiores, como a súmula vinculante e a repercussão geral, carece de previsão legal que regulamente um *sistema de precedentes* e reconheça, primeiro, a existência dos precedentes e, a partir disso, qual o método de extração e construção do discurso da *ratio decidendi* que gere sua validade e seus efeitos jurídicos no sistema de justiça.<sup>129</sup>

Portanto, por um lado, têm-se avanços significativos na evolução do controle de constitucionalidade quanto à tendência de os efeitos de abstração *erga omnes* e *vinculante* emanarem também pela via difusa; por outro, há que se reconhecer que mesmo esta tendência ainda prescinde de regulamentação, não sendo claro quais decisões e por qual método será reconhecido o efeito *nomofilático* do recurso extraordinário.

Esta ausência de critérios objetivos quanto à escolha de julgados que terão o reconhecimento de sua *abstrativização* dialoga, potencialmente, com a adoção de

<sup>126</sup> Ibidem, passim.

<sup>127</sup> Ibidem, pp. 62-73.

<sup>128</sup> Ibidem, p.69.

<sup>129</sup> Neste sentido deve-se ter extrema cautela ao *nominar* de *precedentes* figuras existentes no direito brasileiro algo análogas ao precedente do direito anglo-saxão (v.g., jurisprudência dominante, súmula). Ver, por todos, a crítica muito bem construída por Lênio Streck e Georges Abboud, na obra “O que é Isto – O precedente Judicial e as súmulas Vinculantes”, Ed Livraria do Advogado, 2013 (2.edição).

um sistema de precedentes que exerça a função *nomofilática* endereçada à consistência sistêmica da Justiça e do poder, enquanto eixo instituinte de juridicidade, do Supremo Tribunal Federal.

## 6. REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral imprimiu nova feição ao recurso extraordinário, potencializou sua função política ao permitir a organização do *discurso político-jurídico*, fundado no precedente, para dirigir o Judiciário e a sociedade no tocante à segurança jurídica e confiabilidade na instituição.

Como visto, a razão de ser do recurso extraordinário deita raízes no sistema federativo adotado pelo Brasil, cuja forma de organização política do Estado implica na descentralização do poder estatal e na autonomia dos entes que a integram e, em específico, na repartição das competências normativas, o que implica diretamente na importância da função *nomofilática* do recurso extraordinário em manter a integridade do Direito brasileiro<sup>130</sup>, seja com endereçamento ao sistema de justiça, a sociedade e seja materialmente enquanto intérprete final da Constituição.

Portanto, a *supremacia da Constituição* constitui princípio dos mais importantes para o reconhecimento de uma estrutura escalonada no ordenamento jurídico e da sua própria rigidez. O recurso extraordinário, como instrumento de controle de constitucionalidade pela via difusa, detém especial importância no regime federalista, marcado pela pluralidade de fontes normativas e pela supremacia da Constituição. É necessário um recurso com as características que considerem essas peculiaridades.<sup>131</sup>

O recurso extraordinário, neste sentido, foi dotado de feição eminentemente política. Destarte, sirva aos interesses das partes, a razão de ser do recurso extraordinário comporta inarredável interesse público, ainda mais com a adoção da repercussão geral. Deste modo, ao mesmo tempo em que o STF é um tribunal político, é, também, colocado em grau recursal com a possibilidade da revisão da decisão anterior, *a quo*. Com a repercussão geral, sobreleva-se, portanto, as funções *nomofilática* e *paradigmática* do STF através do recurso extraordinário.

Tal como a Súmula Vinculante, a repercussão geral foi elaborada na esteira da valorização da jurisprudência, além do que, na realidade, não se trata de mecanismo inteiramente novo no ordenamento brasileiro. Luciano Felício Fuck relembra o instituto da *arguição de relevância da questão federal*. Com os poderes outorgados pela Constituição de 1967-1969, o STF passou a disciplinar o recurso extraordinário por seu regimento interno, mecanismo que utilizou para restringir paulatinamente o seu cabimento. Através da Emenda Regimental nº 3 de 1975, o STF limitou ainda

<sup>130</sup> COUTO, Mônica Bonetti. *O papel dos tribunais de cúpula, a missão do STF e a repercussão geral*. 2010, p.752.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.04.

mais as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário com a criação da *arguição de relevância da questão federal*, depois consagrada pela Emenda Constitucional nº 7/1977.<sup>132</sup> “A *arguição de relevância* foi desenvolvida para filtrar o conhecimento do recurso extraordinário fora dos casos de alegação de ofensa a norma constitucional e das hipóteses destacadas no Regimento Interno do STF”<sup>133</sup>. Tratava-se, pois, de ato político de seleção das questões federais “por seus reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa”.<sup>134</sup>

Contudo, a *arguição de relevância* não obteve o êxito suficiente para se manter no ordenamento jurídico com a chegada da Constituição de 1988; o modelo da *arguição de relevância* “recebeu severas críticas por conta de sua falta de transparência e de legitimidade”, além da carência de fundamentação de seus acórdãos<sup>135</sup>. Do mesmo modo, o baixíssimo percentual de acolhimento da *arguição de relevância* estimulou a oposição dos advogados ao instituto.<sup>136</sup>

Apesar disso, para Mancuso, a não recepção pela Constituição de 1988 do instituto da *arguição de relevância de questão federal* e de o poder faculdade concedido ao STF, pela Constituição de 1967-1969, de disciplinar o recurso extraordinário por seu Regimento Interno, indicando as “causas de que conheceria”<sup>137</sup>, franqueou o acesso desmesurado de recursos ao STF e ao recém criado STJ.<sup>138</sup>

Sem filtros e com o vertiginoso aumento da litigiosidade, a jurisprudência defensiva foi o mecanismo espontâneo adotado pelos ministros do STF para conter a enorme carga de processos. No entanto, a adoção desta autodefesa também causou o enfraquecimento da questão constitucional em favor de um processualismo exacerbado. É neste sentido que Luciano Felício Fuck apontou o cenário anterior à Emenda Constitucional 45/2004:

Como exposto, até a EC 45/2004, a excessiva sobrecarga de feitos no STF provocou o desenvolvimento de jurisprudência cada vez mais defensiva

<sup>132</sup> FUCK, Luciano Felício. O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo, Revista dos Tribunais. Revista de Processo, ano 35, n.191, mar/2010, p.20.

<sup>133</sup> Ibidem, p.20.

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Regimento Interno, art. 327, §1º; redação da Emenda Regimental n. 2/1985.

<sup>135</sup> FUCK, Luciano Felício. *Op.cit.*, p.21.

<sup>136</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux [et. al]. São Paulo, RT, 2006, p. 1076.

<sup>137</sup> BRASIL. Emenda Constitucional n. 1/1969, art. 119, III, redação da Emenda Constitucional n. 7/1977.

<sup>138</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.* p.1075.

no que tange ao conhecimento do recurso extraordinário. Como efeito, o caráter extraordinário do apelo extremo denotava-se cada vez mais pela excepcionalidade do conhecimento do recurso e cada vez menos como remédio constitucional apto a harmonizar a interpretação das normas constitucionais. A própria violação de normas constitucionais perdia importância em face de diversos requisitos processuais que deveriam ser preenchidos para que o recurso fosse conhecido (...). De certa forma, inverteu-se a hierarquia de propósitos: a aplicação e a harmonização da interpretação das disposições constitucionais subordinavam-se às normas e aos institutos de processo civil, que deixaram de ser mero instrumento para absorverem quase por completo a atividade do STF<sup>139</sup>.

Com a Emenda Constitucional 45/2004 inicia-se a fase de intensa e necessária racionalização dos trabalhos do STF para pacificação das controvérsias constitucionais perante si próprio e a todo Poder Judiciário. Além da Súmula Vinculante, foi instituída a repercussão geral enquanto um novo pressuposto de admissibilidade ao Recurso Extraordinário: não se trata de mera regra de direito processual, mas de instituto de jurisdição constitucional que propicia a aplicação eficaz e homogênea das normas constitucionais.

O que se repercute por força da *transcendência* é a “*questão constitucional discutida*” e não a causa, as partes ou o recurso extraordinário, propriamente. Cuida-se de objetivação do controle difuso<sup>140</sup>; de critério político-jurídico que torna possível a *abstrativização* do controle difuso em direção ao efetivo exercício de Corte Constitucional e Política, tal como ocorre com o controle concentrado.

Portanto, somente quando se reconhecer a transcendência do caráter subjetivo do caso concreto, superando os interesses privados das partes, será admitido o recurso extraordinário. “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”<sup>141</sup>. De outro modo, a repercussão geral permite obstar o recurso extraordinário ainda quando presentes os demais pressupostos de admissibilidade.<sup>142</sup>

Contudo, a despeito da importante função que a repercussão geral veio a cumprir para alçar o STF ao efetivo posto de Corte Constitucional no desempenho das funções *nomofilática* e *paradigmática*, há que se observar o uso que o STF fez nos últimos anos para elaborar algumas considerações. Segundo as informações oficiais através do portal on line do STF, conforme os dados específicos sobre a repercussão geral, têm-se o seguinte:

<sup>139</sup> FUCK, Luciano Felício. *Op.cit.*, pp. 21-22.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

<sup>141</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, art. 543-A, §1º; incluído pela Lei 11.418/2006.

<sup>142</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p. 1077.

Dos 629 casos de repercussão geral apreciados entre o 2º semestre de 2007 e o 2º semestre de 2012, cerca de 5 anos: 445 (70,75%) temas com repercussão geral reconhecida; 7 (1,11%) temas em análise; e 177 (28,14) temas com repercussão negada. Dos casos com repercussão negada, 142 (80,23%) referem-se a matéria infraconstitucional e apenas 35 (19,77%) tiveram repercussão negada por outro motivo.<sup>143</sup> Conforme tabela:

	Repercussão Geral reconhecida	Repercussão Geral negada		Em análise	Total
<b>Quantidade</b>	445	177		07	629
<b>Porcentagem</b>	70,75%	28,14%		1,11%	100%
<b>Quantidade</b>	--	142	35	--	--
<b>Tema</b>	Constitucional	Infraconstitucional	Outro motivo	--	--
<b>Porcentagem</b>	--	80,23%	19,77%	--	--
<b>Período</b>	Entre o 2º semestre de 2007 e o 2º semestre de 2012				

As informações oficiais do STF, reproduzidas na tabela acima, revelam uma distorção no uso do filtro da repercussão geral: dos 28.14% dos casos com repercussão negada, mais de 80 % deles se referiam a matéria infraconstitucional, sendo desnecessária a existência de um filtro com as características da repercussão geral para obstar tais recursos. Estes casos não superariam os demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo inócuo, portanto, imputá-los ao filtro político da transcendência sendo que não ofertavam violação à norma constitucional para serem apreciados pelo STF.

Na realidade, se reduzir do gráfico a quantidade de casos com matérias infraconstitucionais, tem-se que apenas 7,19% de recursos foram obstados de subir ao STF em virtude da repercussão geral. Ou seja, dos 487 casos apreciados no período supra, apenas 35 tiveram a repercussão geral negada em virtude de outros motivos que não a infraconstitucionalidade da matéria aventada.

Apesar de a repercussão geral ter sido instituída com o intuito de filtrar matérias que não transcendessem o interesse privado das partes, há o indicativo que sua função política e institucional não foi consolidada pelo STF.

Esta associação entre a não repercussão geral e as matérias infraconstitucionais foi também vislumbrada em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça, cuja constatação aponta para a negativa da existência de um filtro consolidado de relevância constitucional.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao> acesso em 10.03.2013.

Nas decisões do STF tem havido forte associação entre ausência de repercussão geral e infraconstitucionalidade. O Tribunal vem tendendo a admitir como possuidora de repercussão geral a grande maioria dos casos em que a questão discutida é realmente de índole constitucional. Assim, neste momento não é o art. 543-A do Código de Processo Civil, mas o art. 543-B, o mais influente na sistemática da repercussão geral. O que se faz, na verdade, é aplicar este último artigo para os casos infraconstitucionais que não dariam ensejo a recurso extraordinário e, por isso, obviamente não estariam sujeitos ao filtro de relevância que foi estabelecido pelo art. 543-A. Assim, é reforçada a constatação, discutida acima, de que não há, no momento, propriamente um filtro consolidado de relevância constitucional. Em outras palavras, há predominância do uso do critério da infraconstitucionalidade da questão para declarar a inexistência de repercussão geral, o que faz com que praticamente todas as questões que escapam desse crivo sejam consideradas constitucionais e dotadas de repercussão geral. Assim, a repercussão geral parece estar funcionando muito mais como um mecanismo de racionalização do sistema a partir do estabelecimento de quais questões não devem ser discutidas na Corte (e, portanto, não devem ser para lá remetidas) do que propriamente um filtro das questões constitucionais relevantes.<sup>144</sup>

São várias as razões que podem explicar a ineficácia da repercussão geral enquanto filtro de índole constitucional e política. Esta exploração foge aos limites deste ensaio, mas apenas por indicativo, pode-se apontar uma possibilidade de, numa primeira fase do instituto, o STF possa estar a demarcar sua fronteira constitucional, posto que anteriormente sua função de corte de revisão era predominante e “demarcando as fronteiras do que pode ser considerada uma controvérsia genuinamente constitucional”<sup>145</sup>. Somente em momento posterior, sem a pressão da sobrecarga recursal, talvez seja possível a consolidação do filtro político-jurídico enquanto Corte predominantemente Constitucional e Política.

Contudo, várias determinantes influem nesse processo, inclusive a cultura estabelecida no STF de, anteriormente ao filtro, toda e qualquer questão apresentar relevância constitucional. Isso nos limites de um paradigma de fragilidade institucional, sem o viés de interesse público que acompanha o recurso extraordinário e que exige a força política e pública para imposição da supremacia da norma constitucional.

---

<sup>144</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. *A Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes*. Série Pensando o Direito. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord), São Paulo, 2010, p.29.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.29.

## CONCLUSÃO

Diante a crescente litigiosidade de nossa sociedade, sobretudo elevada com a redemocratização fundada numa Constituição que a si reserva a última palavra sobre a legalidade e a constitucionalidade dos atos estatais e dos atos da vida privada, cujo paradigma cultural traduz como sinônimos Justiça e Poder Judiciário, os filtros e mecanismos de contenção de processos aos Tribunais Superiores são necessários para a racionalização do trabalho, ofertando resposta quantitativa ao sistema de justiça e a sociedade, como para a efetiva elevação do STF ao patamar de Corte Constitucional e Política, em uma evidente resposta qualitativa e institucional ao sistema e a sociedade.

Há que se aprofundar essa visão ao perceber que ambas as respostas, ao fundo, direcionam-se aos jurisdicionados como garantia do contraditório, da segurança jurídica e da confiabilidade na instituição. O prazo razoável da duração processual deve ser compreendido enquanto eixo instituinte da temporalidade judicial, perpassando todo o sistema de justiça enquanto parte de sua racionalidade.

Por outro lado, há que ampliar a concepção de Justiça, extrapolando os limites institucionais versados no devido processo. A redução da Justiça ao Poder Judiciário criou um paradoxo: se toda justiça se reduz ao judiciário, o judiciário se amplia para decidir toda questão da vida social e política. O Estado Constitucional da constituinte de 88, desta forma, judicializou a política, alçando-se ao lugar de Superposição em relação aos demais Poderes. No entanto, ao mesmo movimento que se tem a judicialização da política, tem-se, ao mesmo modo de Superposição de intérprete da Constituição, a politização do judiciário. Toda interpretação da Constituição é política e, portanto, são escolhas de como se decidir um caso concreto.

Ambas as facetas de politização e judicialização são inerentes à concepção de Estado Constitucional fundado numa jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade. Esta a razão da inexorável relação dialógica entre Corte, Política e Constituição. Este desenho atual, não sem razão, suscita questões sobre a própria conformação da Democracia. O Supremo, Corte Constitucional e Política, exercendo o poder de último *intérprete da Constituição* transforma-se, de fato, de direito e por direito, numa espécie de *constituente permanente*.

Eis aqui a problemática: neste exercício de constituinte permanente, quem lhe conferiu legitimidade? Com poder conferido por quem? Parece, num juízo preliminar, que o papel de constituinte permanente não encontra amparo na legitimidade conferida em determinado espaço e tempo próprio aos *legisladores constituintes* em virtude de *outorga* popular. Este exercício não teria vínculos com a legitimidade originária e o *poder* conferido pela Constituição não abarcaria a interpretação para além dos limites objetivos da própria Constituição. Isso nos traria a problemática (muito bem aceita) de interpretações da Constituição que a modificam sem, contudo, a redução de seu texto. É uma outra série de questões, como por exemplo, a modulação

dos efeitos das decisões sobre constitucionalidade.

Ainda, o alcance de Superposição da Corte Suprema pode ter causado, e assim parece, o esvaziamento político do Legislativo, reduzindo seu papel e ocorrendo uma perda de importância perante a sociedade. No mesmo sentido, pode-se observar a relação entre Executivo e Legislativo, marcada por uma aliança em nome da *governabilidade*, neste contexto da Superposição do Judiciário, talvez como uma *união de forças* para a execução da Política [escolhida].

E nesta superposição do STF, dentro do federalismo de múltiplas fontes legislativas, cumpre o Recurso Extraordinário o papel de manutenção da inteireza do Direito e da orientação e conformação do Poder Judiciário e sociedade às decisões da Corte Constitucional e Política. O instituto da Repercussão Geral enquanto filtro político dentro dos pressupostos de admissibilidade do Recurso Extraordinário reforça a finalidade pública deste recurso que necessita transcender aos interesses subjetivos das partes para justificar e legitimar o STF como o guarda da Constituição no desempenho da função de um eixo instituinte de juridicidade do sistema de justiça e para a sociedade. Quanto a isto, no que concerne aos jurisdicionados litigantes em processos, a contraditório efetivamente exercido dentro da cooperação e do debate dos fundamentos, a segurança jurídica e a confiabilidade na instituição, cumpre também função material o recurso extraordinário e a repercussão geral.

Neste percurso, a valorização da jurisprudência, caminha iniciada desde a Casa de Suplicação, com os assentos, e depois com a Súmula de Jurisprudência Predominante, por previsão regimental, por emenda constitucional, da Corte em 1963, muitos mecanismos de filtros foram instituídos e aprimorados. Neste trabalho se privilegiou, pela razão das funções institucionais de finalidade pública, a Súmula Vinculante, a repercussão geral e um possível sistema de precedentes a ser elaborado para o ordenamento brasileiro.

O sistema de precedentes se mostra uma interessante idéia, sobretudo pelo papel que o precedente pode desempenhar em consonância com a finalidade pública de manutenção da inteireza do direito, sua função *nomofilática*, com o discurso direcionado para o sistema de justiça, enquanto ordenamento e orientação, o que lhe acarreta função *paradigmática* também. Contudo, as questões que se colocam fazem frente aos mecanismos que já se possui. Qual a diferença entre um precedente e uma súmula? Entre um precedente e uma súmula vinculante? Qual o método de extração ou elaboração da *ratio decidendi* para servir de fundamento ao sistema jurídico? Qual a diferença entre o precedente e a decisão que conhece da repercussão geral de um recurso extraordinário? Ou que não conhece? O que há em comum e o que afasta esses mecanismos de um sistema de precedentes? Há muito o que se debater sobre o assunto, inclusive sobre as vicissitudes do sistema de justiça que impedem o exercício da regular função de súmulas e da repercussão geral.

A Súmula Vinculante, neste contexto da valorização da jurisprudência, incorpora-se ao ordenamento com a Emenda 45/2004, sendo notória a observação que

sua primeira proposta ocorreu em 1994. Com a Reforma do Judiciário, a Súmula Vinculante surge com a força de imprimir poder político e jurídico às decisões do Supremo, vinculando o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta e prevendo sua própria fórmula de revisão e cancelamento. Notório, ainda, que os legitimados, além da própria Corte, a propor uma Súmula Vinculante, oriunda de casos concretos via controle difuso de constitucionalidade, são os mesmos legitimados ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

A notável tendência, portanto, foi a abstrativização dos efeitos do controle difuso, aproximando-o do controle concentrado de constitucionalidade. A Emenda 45 apresenta-se como o principal marco de efetiva constituição, ao menos teórica, do STF em Corte Constitucional e Política. Tal foi assim que a Repercussão Geral, de caráter eminentemente político, reforçou a natureza pública do Recurso Extraordinário, fazendo com que a decisão, obrigatoriamente, tenha de transcender os limites subjetivos do caso concreto.

Contudo, desde sua efetiva regulamentação, pela Lei 2006, a repercussão geral não desempenhou o papel ao qual foi instituída e incumbida pela Reforma. A análise do números apresentados pelo STF de 2007 a 2012 revelam que sua utilização passou ao largo da função política e jurídica: a imensa maioria das decisões que negaram o conhecimento da Repercussão Geral o fizeram porque a matéria tratada no recurso era infraconstitucional. Portanto, matérias que independeriam do filtro da repercussão para não serem admitidos no STF. Por outro lado, a imensa maioria das matérias constitucionais tiveram seu reconhecimento de repercussão para seguir julgamento pelo STF.

Os números são alarmantes: apenas 7,19% de recursos foram obstados de subir ao STF em virtude da repercussão geral de matéria constitucional e não os anunciados 28,14%. Este número se revela com a exclusão da quantidade de processos com negativa de repercussão por serem matérias infraconstitucionais.

No entanto, este resultado deve ser contextualizado dentro da sobrecarga de processos entrados no STF, cuja redução vem ocorrendo nos últimos anos com a contribuição da repercussão geral, ainda que utilizada sem toda a força de sua atribuição. No mais, há se perguntar se não estamos diante um movimento de consolidação da Repercussão Geral que depende, inicialmente, de uma drástica redução de processos a serem julgados. Por outro lado, há se especular sobre a própria cultura da instituição que se acostumou a julgar a constitucionalidade de todo tipo e de importância de demandas, causando uma dificuldade inicial de se reconhecer os valores intrínsecos ao instituto novo e que depende de uma mudança de racionalidade também.

Pode-se vislumbrar que o cenário seja favorável há uma disputa dos significados da Repercussão Geral, instando, para além da juridicidade e politicidade do tema, a seara da cultura jurídica da Corte Suprema e do próprio sistema de justiça.

**REFERÊNCIAS**

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 63-100.

BRASIL, Ministério da Justiça. *A Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes*. Série Pensando o Direito. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagan (Coord), São Paulo, 2010.

COUTO, Mônica Bonetti. *Objetivação do Recurso Extraordinário: notável tendência?*. In Revista Dialética de Direito Processual n.83.

\_\_\_\_\_. *O Papel dos tribunais de Cúpula, a Missão do STF e a Repercussão Geral*. In: De LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartir Latin, 2012.

\_\_\_\_\_; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Os mecanismos de contenção: repercussão geral e súmula vinculante e o acesso à justiça. In: XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito CONPEDI, 2011, belo horizonte. XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito CONPEDI. florianopolis: Fundação Boiteux, 2011. v. 1. pp. 266-384.

FUCK, Luciano Felício. *O Supremo Tribunal federal e a repercussão geral*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Revista de Processo*; ano 35, n.181; mar./2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A realidade do judiciário brasileiro e os tribunais da federação: STJ e STF: inevitabilidade dos elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos*. In: Luiz Fux. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. RT, 2006.

MENDES, Gilmar; MEYER-PFLUG, Samantha. *Passado e futuro da Súmula Vinculante*. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. *Reforma do Judiciário*. SP: RT, 2005, pp.327-375.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Repercussão Geral das questões constitucionais e suas conseqüências para o julgamento do recurso extraordinário*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito do Largo Dão Francisco, 2009.

OTEIZA, Eduardo. *A função das Cortes Supremas na América Latina*. *Revista de Processo* n. 187, set.2010, pp. 181-230.

\_\_\_\_\_. *La Corte Suprema: entre la justicia sin política y la política sin justicia*. Libreria editora platense, 1994.



**TRÁFICO HUMANO E DESARRANJOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:  
CONFUSÕES CONCEITUAIS ENTRE TRÁFICO DE PESSOAS E CONTRABANDO DE  
PESSOAS**

*Human trafficking and breakdowns in the protection of human rights:  
conceptual confusions between trafficking in persons and smuggling of  
persons*

**WALDIMEIRY CORRÊA DA SILVA**

Doutora em Direito Internacional Público e Relações Internacionais pela Universidade de Sevilla. Professora do Programa de pós-graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da Universidade Tiradentes/SE. E-mail: m\_sevilla7@yahoo.es.

RECEBIDO EM: 25.02.2013

APROVADO EM: 14.06.2013

---

**RESUMO**

No presente artigo buscamos realizar uma análise dos Direitos Humanos relacionados ao Tráfico de humano através dos conceitos do Tráfico de Pessoas (TP), e do contrabando de imigrantes. Objetivamos examinar as confusões conceituais dentro dos fluxos migratórios e as tensões para os direitos humanos derivadas da falta de clareza conceitual entre o TP e o contrabando de imigrantes. De um lado temos uma violação massiva de Direitos Humanos – que ocorre no processo do TP inseridos nos processos migratórios-. De outro, uma infração administrativa contra o Estado que ocorre no contrabando de imigrantes. Aproveitado do “vazio” deixado pela globalização, o crime transnacional organizado busca sacar benefícios financeiros das correntes migratórias, de modo que ocorre uma violação sistemática dos direitos humanos das vítimas do Tráfico de seres humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS HUMANOS. TRÁFICO DE SERES HUMANOS. CONTRABANDO DE IMIGRANTES.

---

**ABSTRACT**

In the present article, we analyze Human Rights through concepts such as Women Trafficking and Traffic with Immigrants—irregular smuggling with immigrants. Our objective is to examine the confusion in terminology present in migratory waves as well as tensions that arise from this lack of jargon clarity that often mistakes Women Trafficking for Irregular Traffic with Migrants. On the one hand, with Women Trafficking occurs a massive violation of Human Rights—that often takes advantage of migratory processes. On the other hand, human trafficking results in an administrative infringement against the State. As a result of the legal void left by globalization, the transnational organized crime aims at profiting as much as possible from waves of migration. Therefore, there is a systematic violation of the rights of victims of Women trafficking.

**KEY WORDS:** HUMAN RIGHTS. HUMAN TRAFFICKING. TRAFFIC WITH IMMIGRANTS.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1.Necessidade de uma clareza conceitual para a salvaguarda dos direitos humanos nos fluxos migratórios. 2. Tráfico de pessoas: primazia pelos direitos humanos? 3. Contrabando de imigrantes: infração administrativa e abuso da vulnerabilidade. 4. Confusões conceituais entre o tráfico de pessoas e o contrabando ilegal de imigrantes. Conclusão. Referências.

---

**INTRODUÇÃO**

Foi somente a partir dos anos 1990 que a ligação entre o tráfico de pessoas (TP) e o contrabando de imigrantes<sup>146</sup>, também conhecido como imigração irregular, foi percebida. A partir de então, o Tráfico deixa de ser discutido no âmbito de outras questões relacionadas a direitos humanos, como a prostituição e a imigração ilegal de pessoas, e passa a ser o tema central de reuniões, produções doutrinárias e literárias bem como de, e políticas públicas. Nesse sentido, o relatório apresentado pela Secretaria de Estado dos EUA de 2010 adverte que: o TP é um movimento fluido que responde às demandas do mercado, ao enfraquecimento das leis e das penalidades e à disparidade econômica fruto do mundo capitalista.

Com vistas a alcançar uma discussão conceitual que permita aliviar as ten-

---

<sup>146</sup> Neste contexto optamos pela tradução literal do término utilizado pela Convenção de Palermo: *Smuggling* como o Contrabando de imigrantes, de modo a enfatizar o ato delitivo como meio de entrada no território, de modo a que seja perceptível a fragilidade do sujeito (migrante) no processo migratório.

sões de direitos humanos tangentes ao TP, optamos por uma divisão em três partes para realizar o presente estudo. Primeiramente este artigo apresenta o que consideramos “tensões e direitos humanos no Tráfico humano”, a partir dos conceitos de Tráfico de seres humanos e Contrabando de imigrantes (ou imigração irregular). Buscando com isso trazer a necessidade de clareza conceitual para a promoção e proteção dos direitos humanos dos migrantes. Apresentaremos uma análise de como o Tráfico esta relacionado com as migrações internacionais e o crime transnacional organizado. Num segundo momento realizamos a comparação entre os elementos constitutivos de cada um dos conceitos de modo a comprovar que estamos diante instituições distintas desde o direito internacional, e que ao não levar em consideração tal fato gera uma violação de direitos humanos às vítimas TP. Posteriormente a definição de conceitos e análises de seu contexto dentro dos fluxos migratórios colocaremos em evidencia um quadro explicativo no qual buscamos evidenciar as diferencias conceituais entre TP e Imigração irregular. Concluiremos o presente estudo evidenciando as consequências de simplificar o debate sobre o tema para a vulneração de direitos.

Usamos metodologicamente o enfoque dos Direitos Humanos para determinar os conceitos estabelecidos pelos normativos internacionais para o TP, sua relação como uma forma contemporânea de escravidão e conseqüente violação de direitos humanos. Neste sentido, recorreremos a uma análise descritiva e comparada para estudar os normativos internacionais e outros instrumentos internacionais. Vale enfatizar que temos em consideração a perspectiva de gênero no presente artigo, contemplando as variáveis de gênero e TP e os estereótipos de gêneros (papéis atribuídos a homens e a mulheres por razões sócio-culturais) que são favorecedores da desigualdade, da dominação patriarcal e favorece tráfico de mulheres e a exploração do trabalho (seja laboral ou sexual). Para o presente entendemos que ao abordar a migração devemos trazer o ser humano ao centro do debate e para tanto tomamos a pertinente consideração realizada por HAZEU de que:

A migração não pode ser descrita como um processo linear, de um lugar (origem) para outro (destino), mas como processo que assume configurações complexas de cadeias, processos circulares, vivências paralelas em vários lugares alternados, sem destinos definitivos (o lugar de origem pode se tornar um lugar de destino e o que foi destino se tornar origem) (2001, pp.16-17).

## **1. NECESSIDADE DE UMA CLAREZA CONCEITUAL PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS**

O movimento transnacional de pessoas sempre esteve na pauta da agenda internacional, ora por sua preocupação em salvaguardar os direitos humanos das pessoas envolvidas no fluxo migratório, ora por políticas de imigração específicas

que no admitem a entrada em algumas pessoas de determinadas nacionalidades em seu território sem previa autorização (vistos). Favorecendo com essa atitude um contexto de alto risco de desrespeito aos direitos humanos (GALLANGER, 2001, p. 25). Diante de semelhante afirmação se pode observar que os temas de Tráfico de seres humanos e contrabando de imigrantes não são preocupações do século XXI e, tampouco surgem do nada para tornam-se prioridades na agenda internacional por uma série de razões. Entre elas, a preocupação pelo ser humano, toda vez que estamos diante um fenômeno que comporta o deslocamento humano, que na maioria dos casos conflui em violação dos direitos humanos das pessoas vítimas de TP. A este respeito Vaz Cabral alega que ainda que a definição teórica entre TP e Contrabando de imigrantes seja clara teoricamente, na prática não é, já que ambas as práticas utilizam as mesmas rotas de imigração, em muitos casos as mesmas redes o que dificulta a visibilidade e a categorização de muitos fatos que se tornam complexos. Dai a importância de uma legislação que tenha uma definição clara com o fim de separar o que signifique ordem pública do que constitua uma violação de direitos humanos<sup>147</sup>.

Nos últimos anos muito da mencionada preocupação da comunidade internacional relativa ao movimento migratório se dá principalmente pela penetração do crime transnacional organizado e dos controles fronteiriços. Já que aquele tem aproveitado a porosidade das fronteiras, tirado vantagem das inovações tecnológicas (Dentro desta trama a tecnologia tem um papel essencial no intercambio financeiro e no fluxo de informações já que diminui virtualmente o espaço mundial, possibilitando um contato mais complexo entre os seres humanos), bem como das lacunas existentes entre a diversidade dos sistemas jurídicos e suas instituições jurídicas<sup>148</sup>.

Dentro desta lógica está um grupo significativo de pessoas que poderiam ser beneficiados da permeabilidade das fronteiras devido à globalização, mas que do contrário situam-se a margem desta possibilidade tendo que recorrer a meios escusos para migrar. Neste sentido Cepeda assevera que as pessoas – ou trabalhadores não possuem ao mesmo grau de liberdade que o capital, do contrário, prevalece “dinâmica a la inversa a través de la multiplicación de barreras a su libre circulación.

<sup>147</sup> Em palavras de Vaz Cabral: “L’utilisation des mêmes trajectoires est moins évidente qu’en théorie. L’utilisation des mêmes trajectoires d’immigration, des mêmes réseaux et le constant va-et-vient entre les deux catégories rendent la visibilité des phénomènes et la qualification juridique des faits extrêmement complexes. C’est pourquoi il est important que les législations nationales disposent d’une définition claire de la traite, de manière à dissocier ce qui relève du <trouble à l’ordre public> et d’un <crime contre la personne>.” Em: VAZ CABRAL, G.: *La traite des êtres humains. Réalités de l’esclavage contemporain*. Paris: La Découverte, 2006, p.17.

<sup>148</sup> Neste sentido Calvani argumenta que os grupos delitivos internacionais aproveitam da tríade: violência, corrupção e obstrução da justiça. Veja: CALVANI, S. Representante do UNODC, Bogotá-Colômbia, realiza um comentário pormenorizado sobre a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.sandrocalvani.com/speech/Conv.%20Palermo.pdf> Acessado em:24.05.2011.

Los gobiernos han perdido el control sobre el capital, pero controlan férreamente las fronteras de los trabajadores.” (CEPEDA, 2004, p.4). A migração irregular passa a ser vista como meio de alcançar melhores condições de vida, através de possibilidades alentadoras de trabalho. Como adverte Cançado Trindade recorrem ao subterfúgio da migração ilegal, como meio de escapar de situações de vulnerabilidade às quais se encontramos, como fome, miséria, conflitos armados, etc. (CANÇADO TRINDADE, 2008, p.137).

Precisamente com vistas a paliar este vazio de poder que propicia a subsistência e/ou a penetração da delinquência organizada, que quebranta tanto leis administrativas do Estado, como os Direitos humanos de milhares de pessoas envolvidas nas correntes migratórias foi, elaborada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional<sup>149</sup> – Convenção de Palermo – que foi suplementada por três protocolos adicionais, entre eles um referentes ao Tráfico de seres humanos - O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças<sup>150</sup>, também conhecido como Protocolo de Palermo -; e outro referente ao Contrabando de imigrantes - o Protocolo Adicional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea<sup>151</sup>.

Os Estados que o assinaram e ratificam se colocam de acordo em que o TP consiste em um grave problema internacional e não é o mesmo que introduzir imigrantes ilegalmente<sup>152</sup>. A partir dos dois Protocolos mencionados, foram definidos os conceitos de *trafficking* e *smuggling*. De um lado, *trafficking* é definido como Tráfico de pessoas com fins de exploração, já seja para fins sexuais, laborais, remoção de órgãos, para fins de mendicidade ou adoção ilegal. De outro, *smuggling* se define com o contrabando irregular de pessoas.

O TP está inserido dentro dos fluxos migratórios e em sinergia com o Contrabando de imigrantes. Neste sentido não podemos deixar passar despercebido o fato de que a migração internacional é também parte da história da humanidade e como tem avançado junto a mesma<sup>153</sup>. Depois da destruição causada pela II Guerra

<sup>149</sup> Adotada pela Assembléia Geral da ONU no dia 15 de novembro de 2000, mediante a Resolução: A/RES/55/25. Foi suplementada por três protocolos facultativos.

<sup>150</sup> Promulgado no Brasil mediante o Decreto N. 5.017 de 12 de março de 2004.

<sup>151</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto N° 5.016, de 12 de março de 2004.

<sup>152</sup> Tal como podemos observar no Artigo 3 do Protocolo de Palermo. Para Gallanger, entre los factores que distinguen estes dois atos juridicos, está “The profit in trafficking comes not form the movement but from the sale of a trafficked person’s sexual services or labor in the country of destination.” Veja também: GALLAGHER, A.: *Trafficking, Smuggling and Human Rights*, FM Review, Dic, 2001, p. 25.

<sup>153</sup> Neste sentido Del Rio Fernandez analisa como o movimento migratório mais importante que se deu com o descobrimento da America em 1492. E que a partir de então, se estima que, nos séculos XVI e XVII, entre 2 a 3 milhoes de europeus migraram para “o novo continen-

Mundial, durante os anos 50 e 60, os países devastados pelas guerras se encontravam carentes de mão de obra, fato que veio a contribuir para que os fluxos migratórios transpassassem com maior facilidade. Não obstante, com a crise do Petróleo de 1973 gera uma mudança brusca em mencionada política migratória<sup>154</sup>, já que os países que anteriormente haviam fomentado as correntes migratórias - para suprir sua falta de mão de obra - começaram a dificultá-los, salvo algumas exceções firmadas mediante compromissos internacionais, como as obrigações de: reagrupação familiar, o direito de asilo e refúgio, causas humanitárias, entre outras. Neste contexto surge então o termo: “imigração ilegal” - que até 1964 não existia e tinha um conceito distinto do que nos proporciona o Protocolo sobre o Tráfico irregular de imigrantes – para fazer referencia a “oleada” de imigração produzida pela chegada de imigrantes provenientes de países “menos desenvolvidos” ou “subdesenvolvidos” nos países “desenvolvidos” (ou do “primeiro mundo”) em busca de melhores condições de vida. Deste modo, os países “desenvolvidos” estabelecem políticas de restrição à imigração dificultado e reduzindo às possibilidades de entrada legal em seus territórios nacionais. Aproveitando desta conjuntura as organizações criminais vislumbram no comércio de seres humanos como um negócio lucrativo<sup>155</sup>.

Não obstante, as políticas migratórias dos países de destino tendem a priorizar a luta contra o tráfico irregular de pessoas/contrando (*smuggling*), caindo assim em uma crescente intolerância pelas migrações irregulares, sem guardar o devido respeito à proteção dos direitos humanos das vítimas de TP. Como afirma Gallanger, a conexão entre a TP e o Contrabando de imigrantes tem ocasionado dificuldade para animar aos governos a situar os direitos humanos no centro de seus debates políticos (GALLANGER, 2001, p. 26).

---

te”, e que foram traficados outros 7 milhões de escravos africanos, aproximadamente. Veja: DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: “*Globalización e inmigración: El reto del siglo XXI*”, en *La Ley*, Nº5 (2005), p. 1639. Durante este período da história, o Europa foi predominantemente um continente de emigração, neste sentido veja: ROJO TORRECILLA, E.: “*Inmigración y Derechos humanos: retos y perspectivas*”. In: *Jueces para la democracia*. Nº44 (junio 2002), p. 54. Sobre o impacto das migrações na construção da identidade com base na territorialidade veja: HAZEU, Marcel. *Migração internacional de mulheres na periferia de Belém: identidades, famílias transnacionais e redes migratórias em uma cidade na Amazônia*, 2011. Dissertação de Mestrado UFPA. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/2987>.

<sup>154</sup> Para maiores informações veja: *Informe sobre Derecho Comparado de la inmigración (Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Suecia y Unión Europea)*. Generalitat de Catalunya; marzo 2002, p. 9.

<sup>155</sup> De acordo com ONU se estima que move aproximadamente 9 bilhões de dólares por ano, sendo o terceiro delito internacional mais lucrativo. UNODC, 2010. Veja também: PÉREZ CEPEDA, A.I.: “*Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del delito de tráfico de personas: Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos*”, en *REDUR* Nº0 (junio 2002), p. 45.

## 2. TRÁFICO DE PESSOAS: PRIMAZIA PELOS DIREITOS HUMANOS?

O Protocolo de Palermo surge como uma necessidade de resposta em face aos novos desafios e metas que se apresentam no mundo globalizado. Com a adoção deste Protocolo, a Comunidade internacional se orienta de maneira que a violação aos Direitos humanos ocorridos no processo de TP seja reconhecida universalmente<sup>156</sup>. Ademais, vai mais além da compreensão tradicional de TP (para fins de prostituição forçada, conforme o Convênio de 1949<sup>157</sup>, referente ao objeto de proteção e, da dimensão punitiva), já que acrescenta uma compreensão multidimensional, aparte de adotar compromissos de prevenção ao delito de TP, proteção e assistência às vítimas e repressão dos traficantes<sup>158</sup>. Para Raymond, “instaura uma linguagem e uma legislação global para definir o tráfico de pessoas” (RAYMOND, 2001, p. 492). É considerado o principal instrumento jurídico a nível mundial para combater o TP<sup>159</sup>.

Na Comunidade internacional, se considera que o Protocolo de Palermo expressa uma opinião moderna e progressista moderada, apresentando a realidade – um tanto escondida – do crime de TP. Nele se incluem todas as formas de movimento de pessoas, documentado e não documentado, através ou dentro das fronteiras, por qualquer meio em que o objetivo seja a exploração.

Aludido instrumento internacional de proteção delinea a extensão e a busca da defesa dos direitos humanos, ao combinar a proteção e assistência às vítimas, por meio da prevenção, punição, repressão e cooperação judicial com vistas a salvaguardar os direitos da pessoa. Para tais fins em seu artigo 3, encontramos a seguinte definição de TP:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de ex-

<sup>156</sup> ONU, doc: A/CONF.213/, de 5 de fevereiro de 2010, párr. 54. 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal Salvador (Brasil), 12 a 19 de abril de 2010.

<sup>157</sup> Convênio para a Repressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição Alheia. Resolução 317(IV) da Assembleia Geral da ONU de 1949.

<sup>158</sup> O que comumente é chamado o triplo ‘P’ do Protocolo de Palermo (Perseguição/Punição, Proteção e Prevenção).

<sup>159</sup> Conforme a Decisão 4/4 - La trata de seres humanos adotada no 4º período de sessões, da Conferência das Partes da Convenção de Palermo: Reconheceu que o Protocolo Palermo é o principal instrumento juridicamente vinculante a nível mundial para combater o TSH. Em: CTOC/COP/WG.4/2010/2, p. 2.

ploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

De acordo com o exposto, a definição do TP contém três elementos: 1. Captação, transporte, traslado, acolhida ou recepção de pessoas; 2. Uso da ameaça; 3. Fins de exploração. Estes elementos estão inter-relacionados, já que se trata de uma ação que se assenta na captação, transporte, acolhida de pessoas, determinando assim uma conduta com o fim de exploração (CEPAL, 2003, p. 46). Para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra se utiliza a ameaça, a força ou outras formas de coação, o rapto, a fraude e o engano, o abuso de poder diante uma situação de vulnerabilidade, assim como a concessão ou recepção de pagos ou benefícios; seu fim é a exploração<sup>160</sup>. Incluindo como mínimo a exploração da prostituição alheia ou outras formas de exploração sexual, trabalhos forçados, práticas análogas à escravidão, a remoção de órgãos ou tecidos, a mendicidade e exploração sexual infantil.

Já na opinião da Professora Leal (2002, p.44), a definição jurídica feita pelo Protocolo de Palermo confirma sua orientação limitada, já que se encontra caracterizado pelo uso da violência, pelo abuso da autoridade e pela coação. De este modo, para Leal não se permite uma descrição más detalhada das pressões estruturais e das estratégias de ação subjetivas inerentes ao fenômeno. Afirmando ainda que o mesmo: “É muito genérico, preso ao texto da violência criminal e fora de lugar de uma análise macro-social e cultural do fenômeno.” Além de ser também uma definição ampla, que tampouco leva em consideração nem a idade nem o sexo. De acordo com seu posicionamento, para que ocorra um incremento na tipificação do TP, seria necessário definir a exploração sexual comercial como:

---

<sup>160</sup> A este respeito Global Rights afirma: “A exploração como elemento central da expressão ‘Tráfico de pessoas’ não obteve uma definição legal, o que é criticado, com razão, porque deixa aos tribunais nacionais ampla margem de interpretação. Há que se considerar porém, que esta margem de interpretação não deve implicar abusos ou desvios quando aplicada por um judiciário funcional, num Estado de Direito. Ademais, os casos exemplificativos do Artigo 3º, alínea(a) limitam consideravelmente o espaço de discricão”. Veja: GLOBAL RIGHTS. p. 8.

“[...] uma violência sexual que se realiza nas relações de produção e mercado (consumo, oferta e excedente) através da venda dos serviços sexuais das crianças e adolescentes pelas redes de comercialização do sexo, por pais ou similares, ou por via do trabalho autônomo. Esta prática é determinada não apenas pela violência estrutural (plano de fundo), como pela violência social e interpessoal. É o resultado, também, das transformações ocorridas nos sistemas de valores arbitrados nas relações sociais, especialmente o patriarcalismo, o racismo, e a separação social, antíteses da idéia de emancipação das liberdades econômico/culturais e das sexualidades humanas.” (LEAL, 2002, p. 44).

O Relatório Criminológico da Guarda Civil Espanhola de 2003/2004 aquece o debate sobre esta definição, já que manifesta que o fenômeno do TP é um tanto complexo por fazer referência a condutas criminais heterogêneas, que têm como objetivo comum a exploração de pessoas em suas distintas formas: já seja mediante a prostituição, a exploração laboral, a adoção ilegal, a venda de crianças, a pornografia infantil ou tráfico de órgãos, principalmente (ESPANA, 2005, p.3).

Em face do exposto, observamos que estamos diante uma definição sujeita a críticas; tanto pelo fato de conferir uma tipificação muito genérica para o TP, como “sujeita ao texto da violência criminal e fora de lugar em uma análise macro-social e cultural do fenômeno” (LEAL, 2002, p.44). Em consequência, coincidimos com Piscitelli de que o Protocolo sobre o TP deveria ter definido especificamente: a) Quais são as formas consideradas coercitivas; b) Que se considera uma “situação de vulnerabilidade”; c) A que se faz referência com o termo “a exploração sexual de outros”; d) Que são “outras formas de exploração sexual” (PISCITELLI, 2004, p.7).

Não obstante, não se pode negar que pese a distintas críticas, o Protocolo de Palermo foi bem acolhido pela Comunidade internacional. Já que, por um lado, este normativo propiciou uma definição internacionalmente aceita, fundamentada em três elementos constitutivos (ação, meio e fins) que facilitam a identificação de um caso de TP. Por outro, ha gerado o compromisso pelos Estados parte ao cumprimento das obrigações sobre a matéria de TP, baixo o triplo “P”, da Proteção e assistência às vítimas, a Prevenção e combate ao crime, e a Punição e sanção dos delinquentes. Neste contexto, se pode vislumbrar o pano de fundo para a promoção dos Direitos humanos de uma parte através do controle judiciário da persecução e execução penal contra o traficante ou aliciador; e de outro, a proteção dos direitos humanos da vítima. Significando imprescindível uma ação conjugada do Estado com a sociedade civil, com vistas a redução dos fatores de risco, ao acolhimento e assistência integral das vítimas, e ações direcionadas de modo eficaz a prevenir e reprimir o TP.

Conscientes de que o TP é uma das formas más lucrativas do crime organizado transnacional (UNDOC, 2009), foi desenvolvido no seio da ONU o anteriormente mencionado Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico

de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, como uma ferramenta de aplicação da norma internacional orientada para a proteção dos Direitos humanos das vítimas de TP<sup>161</sup>. Isso se produz para satisfazer o desejo dos Estados de criar um instrumento para combater o enorme crescimento do crime organizado transnacional, assim como a necessidade de conferir proteção às vítimas envolvidas em mencionado delito. De acordo com o Alto Comisionado de Direitos Humanos:

“[...] el enfoque basado en los derechos humanos es un enfoque basado desde el punto de vista normativo en las normas internacionales de derechos humanos y dirigido desde el punto de vista operacional a la promoción y la protección de los derechos humanos. Un enfoque de ese tipo requiere un análisis de las formas en que se vulneran los derechos humanos a lo largo de todo el ciclo de la trata de personas, así como de las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>162</sup>.

O enfoque nos Direitos humanos, como afirma o Alto Comisionado expressa que: “todos los aspectos de la respuesta nacional, regional e internacional a la trata de personas queda anclada en los derechos y las obligaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos” (OACDH, 2010, p. 51).

De acordo com o artigo 10 da Convenção de Palermo, os Estados Parte estão obrigados a adotar “as medidas que sejam necessárias”, com o objetivo de: “estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas<sup>163</sup> pela participação em delitos

<sup>161</sup> A primazia dos direitos humanos das vítimas tem sido confirmada pela Comunidade internacional e por distintos órgãos de direitos humanos do sistema da ONU através de inúmeras resoluções, informes, recomendações. Entre elas: E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002. *Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. Informe del Alto Comisionado de las NU para lo DDHH al Consejo Económico y Social; Naciones Unidas, doc: A/RES/63/156, 30 de enero de 2009. Resoluciones de la Asamblea General 63/156: Trata de Mujeres y niñas; doc: A/RES/61/144, 1º de febrero de 2007. Resolución de la Asamblea General 61/144: Trata de Mujeres y niños; doc: A/RES/59/166, 10 de febrero de 2005. Resolución 59/166: trata de mujeres y niños; resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños (17 junio 2009); El informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujer y niños, Sr Joy Ngozi Ezeilo, doc: A/HRC/10/16, 20 de febrero de 2009, párr. 44; Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda (E/CN.4/2006/62, 13 a 27 de marzo de 2006), párr. 81, entre otros.

<sup>162</sup> OACDH: *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas (Comentario)*. HR/PUB/10/2. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2010, pp. 51-52. Assim mesmo destaca que: “Pretende identificar la forma de corregir las prácticas discriminatorias y la distribución injusta del poder que subyacen en la trata de personas, y que mantienen en la impunidad a los responsables y niegan justicia a las víctimas.” *Ibidem*, p. 52.

<sup>163</sup> O apartado 2) dispõe: “La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole

graves em que esteja envolvidos um grupo delitivo organizado”. Este caráter obrigatório dos Estados é de grande relevância no terreno da luta contra a criminalidade relacionada ao TP, uma vez que, na medida em que se possibilita, por exemplo, o “confisco de bens”<sup>164</sup>, destinando parte do mesmo à criação de fundos para a indenização das vítimas, nos casos em que o TP seja realizado por pessoas que estejam envolvidas em redes criminais.

### **3. CONTRABANDO DE IMIGRANTES: INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E ABUSO DA VULNERABILIDADE**

A Comunidade internacional se mostra atenta às tensões causadas nos processos migratórios irregulares e convicta da necessidade de tratar os migrantes com humanidade e proteger plenamente seus direitos<sup>165</sup>, e já cientes do o aumento significativo das atividades dos grupos criminosos organizados relacionadas com Contrabando de migrantes e outras atividades criminosas conexas<sup>166</sup>. Evidencia sua preocupação com fato de o tráfico irregular de migrantes muitas vez colocar em risco a própria vida dos migrantes. De resto a forma de migração irregular acarreta situação de vulnerabilidade para o imigrante que poderá se converter em uma vítima de TP. Cientes desta “tensão”, foi também celebrado o Protocolo sobre o Tráfico irregular de imigrantes<sup>167</sup> - que como já sinalamos optamos pelo termo Contrabando de imigrantes - cujo objetivo prevenir e combater o tráfico de migrantes (artigo 2) e se encontra definido no o artigo 3º institui, entre outras, as definições a que se segue:

- a) A expressão “tráfico de migrantes” significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente;
- b) A expressão “entrada ilegal” significa a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.
- c) A expressão “documento de viagem ou de identidade fraudulento” sig-

---

penal, civil o administrativa.” Asimismo corresponde a cada Estado: “4. (...) velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

<sup>164</sup> Conforme os artigos 5, 12, e 14 da Convenção de Palermo.

<sup>165</sup> Protocolo sobre o Tráfico irregular de imigrantes, Preâmbulo: terceiro parágrafo.

<sup>166</sup> Ibidem, quinto parágrafo.

<sup>167</sup> Anteriormente citado na nota 6: “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea”.

nifica qualquer documento de viagem ou de identificação: (i) Que tenha sido falsificado ou alterado de forma substancial por uma pessoa ou uma entidade que não esteja legalmente autorizada a fazer ou emitir documentos de viagem ou de identidade em nome de um Estado; ou (ii) Que tenha sido emitido ou obtido de forma irregular, através de falsas; declarações, corrupção ou coação ou qualquer outro meio ilícito; ou (iii) Que seja utilizado por uma pessoa que não seja seu titular legítimo.

No contexto do contrabando de imigrantes percebemos que a criminalização deste satisfaz a uma lógica de proteção à rigidez dos limites de fronteira e de regularidade migratória (políticas migratórias restritivas), que propriamente à de refrear a exploração da pessoa do migrante, de regra também exposto a situação típica de vulnerabilidade. Para Cançado Trindade: *The increasing controls and current hardships imposed upon migrants have led some to behold and characterize a contemporary situation of “crisis” of the right of asylum* (TRINDADE, 2008, p.139). Nesta lógica, grupos criminosos propiciam – mediante altas quantias de capital - a possibilidade de migração aos que se encontram impedidos de realizar este anseio.

#### **4. CONFUSÕES CONCEITUAIS ENTRE O TRÁFICO DE PESSOAS E O CONTRABANDO ILEGAL DE IMIGRANTES**

Já apresentados os conceitos internacionalmente aceitados, neste ponto se faz necessário diferenciar entre TP e Contrabando de imigrantes, já que muitas vezes são utilizados como sinônimos pese referir-se a conceitos diferentes como expostos com anterioridade<sup>168</sup>. Objetivando brindar uma clareza conceitual destacamos as principais discrepâncias entre os dois conceitos, de conformidade com dois dos Protocolos que complementam a Convenção de Palermo.

A diferença entre os dois conceitos reside em que o contrabando de imigrantes consiste em facilitar o traslado, a travessia ou entrada irregular de uma pessoa a um país estrangeiro, mediante o pagamento de dinheiro ou outros benefícios; finalizando a relação entre o imigrante e o “coiote” (ou atravessador) com a chegada a seu destino. Tráfico é uma situação de abuso devido à dificuldade de imigrar pelas vias legais. Por isso que os “coiotes” “atravessadores” aproveitam para sacar partido

<sup>168</sup> Ainda que sejam conceitos diferenciados também possuem nexos de união que o desejo de melhores suas condições de vida que lhes empurra a um projeto migratório sem sopesar as conseqüências. Neste contexto também se faz importante tomar consciências dos fatores causantes neste projeto migratório, como salienta a Relatora especial sobre a violência contra a mulher destaca que o “la trata de personas debe de considerarse en el contexto de los movimientos y migraciones internacionales y nacionales que tienen cada vez mayor intensidad a causa de la mundialización económica, la feminización de la migración, los conflictos armados, la desintegración o reconfiguración de los Estados y la transformación de las fronteras políticas.” Em: ONU, doc: E/CN.4/2000/68, parr. 1.

explorando financeiramente aos migrantes que desejam sair de seu país. O traficante não oferece nenhuma garantia já que sua relação consiste na travessia de fronteiras; uma vez realizado o pagamento e a chegada ao país de destino, finaliza a relação (VAZ CABRAL, 2006, p.17). Portanto, a pessoa envolvida no contrabando de imigrantes, comete uma infração administrativa contra o Estado. Sem embargo, no TP pode ou não haver cruzamento de fronteiras (baixo engano, fraude ou coerção), com o fim de explorar o trabalho alheio. Consequentemente, se produz uma violação dos direitos humanos (ainda que a vítima haja dado seu consentimento inicial para a “viagem”), já que a vítima se encontra baixo situação de ameaça, coação e/ou violência entre outros direitos violados.

Tanto no contexto de TP como no de Contrabando de imigrantes, a definição dos conceitos foi uma conquista nos dois protocolos. Ainda que não estejamos diante definições perfeitas<sup>169</sup>, são ferramentas importantes para alcançar avanços no sentido de respeito e proteção dos direitos humanos violados nos processos migratórios. Na Comunidade internacional, são parâmetros que ajudam ao entendimento tanto do contrabando de imigrantes, como do TP. Neste sentido, Gallanger (2001, p. 26) afirma que definir TP e diferenciá-lo do contrabando de imigrantes é um ponto de partida para combatê-los de maneira mais efetiva. Assim mesmo, sustenta que: “Incorporation of a common understanding of trafficking and migrant smuggling in to national laws and policies will enable states to cooperate and collaborate more effectively than ever before.” (GALLANGER, 2001, pp. 26-27)<sup>170</sup>.

De uma forma muito simplificada, podemos observar no quadro a seguir os elementos que ajudam a estabelecer a diferença entre o TP e o Contrabando de imigrantes.

---

<sup>169</sup> Para mais considerações sobre o impacto dos dois protocolos para o sistema de proteção dos direitos humanos, veja: GALLANGER, A.: *Trafficking, Smuggling and Human Rights*, op. cit. pp. 26-28. Para esta autora, o crescimento do TSH e do Contrabando de imigrantes é uma consequência direta do fracasso mundial para gestionar a migração sem tratar suas causas profundas.

<sup>170</sup> A este respeito Vaz Cabral assevera: “La migration légale étant devenue presque impossible, un véritable marché s’est développé; le Prix de l’émigration est exorbitant. De plus, le trafic de migrants est, par définition, transnational, alors que la traite peut être nationale.” Veja: VAZ CABRAL, G. *La traite des êtres humains*, op. cit., p. 17.

	<b>Tráfico de Seres Humanos (<i>Trafficking</i>)</b>	<b>Contrabando de imigrantes (<i>Smuggling</i>)</b>
<b>Como começa?</b>	Geralmente o contato ocorre sob situações de engano, e/ou abuso, e/ou coação.	O migrante estabelece contato direto e voluntário com o traficante.
<b>Âmbito de atuação</b>	Pode ocorrer tanto nacional como internacionalmente (Dentro ou fora do país).	Implica sempre a travessia de fronteiras.
<b>Relevância do pagamento para concretizar o ato “delitivo”</b>	O dinheiro para trasladar-se não é um fator importante.	O dinheiro é um fator intrínseco no traslado.
<b>Sujeitos envolvidos</b>	A relação entre tratante e vítima não finaliza com o transpasso de fronteiras.	A relação entre traficante e migrante termina quando chega ao destino.
<b>Tipo de vítimas</b>	Suas vítimas fundamentais são mulheres e menores.	Implica majoritariamente homens.
<b>Riscos</b>	Se minimizam os riscos para a saúde e a vida durante o traslado, mas a longo prazo o impacto físico e psicológico é muito mais prolongado.	Durante o traslado tem maiores riscos para a saúde e a vida do imigrante.
<b>Contra quem se produz o delito?</b>	É um delito contra o indivíduo (violação sistemática de seus direitos humanos).	É fundamentalmente uma infração contra o Estado.

Estas diferenças apresentadas se fazem imprescindíveis para acionar a obrigação dos Estados de conferir proteção integral às vítimas de TP. Não obstante, não se pode tratar ao imigrante que usa das distintas vias irregulares de imigração como um criminal. E sim um ser humano que usando de liberdade de movimento, busca melhores condições de vida para realizar um trabalho digno e diante de política migratórias restritivas se vê obrigado a recorrer a meios irregulares propiciados pelas redes de contrabando de imigrantes.

## CONCLUSÃO

Ao não brindar uma clareza conceitual se prioriza a luta contra imigração irregular, seja com políticas migratórias restritivas, seja confundindo as vítimas de TP como imigrantes, ou marginalizando aos imigrantes e colocando-os em situação de vulnerabilidade passíveis à exploração, não oferecendo a proteção devida.

O Conceito de TP deve sempre levar em consideração uma perspectiva multidisciplinar, dentre elas: a de gênero, a de direitos humanos, a demográfica, a econômica, a de saúde pública e de segurança pública (tendo em consideração também os aspectos de segurança humana)<sup>171</sup>. Evidenciando que no TP se deve levar em

<sup>171</sup> A este respeito, o Secretario General da ONU considera que: “El problema se ha abordado desde diversos puntos de vista, a saber, a) los derechos humanos, en particular como discriminación contra la mujer y violencia contra la mujer; b) la migración y su reglamentación;

consideração que nos encontramos diante de um conceito síntese: já que trata-se de uma categoria que descreve a conjunção de diversos crimes, de modo praticamente simultâneo, em uma só pessoa quebrando com isso sua liberdade e dignidade.

Vale ressaltar que o TP está estreitamente unido com a escravidão, é uma violação de direitos humanos, uma violência de gênero, um crime contra a humanidade (conforme o art. 7 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional), e que consiste em afastar uma pessoa de seu entorno ou origem com fim de explorá-la em outro lugar de destino<sup>172</sup>. A este respeito, a jurisprudência internacional<sup>173</sup> interpretou que o Tráfico possui estreita relação com a escravidão, seja pelo domínio ou pela exploração do trabalho alheio.

Coexistem diferentes formas de TP, já que a exploração pode ser de caráter laboral - constringendo a vítima a realizar trabalhos forçados, sem remuneração, e/ou com isolamento, de servidão por dívidas (supostamente contraídas), ou sexual (para abastecer o mercado sexual); Do mesmo modo, pode ser para fins sexuais/comerciais, submetendo a vítima à prostituição ou à escravidão sexual<sup>174</sup>. O traficante se aproveita da situação de vulnerabilidade da pessoa, já que a mesma se encontra em um lugar alheio e estranho a seu entorno social.

O exposto até agora nos faz questionar sobre os avances sobre esta matéria para defesa dos Direitos humanos das vítimas de TP. Já que a Comunidade internacional se orgulha da luta que se leva a cabo contra o TP. Neste sentido, diante da confusão conceitual entre o TP e o Contrabando de imigrantes, nos questionamos se o que realmente importa é combater a lacra social que é o TP, ou realizar um controle de fronteiras e acabar com a delinquência organizada? Não negamos a necessidade de se enfrentar de modo ativo a delinquência, seja ela nacional ou transnacional or-

---

c) la prevención del delito y d) los servicios sociales”. Em: ONU: doc: A/50/369, párr. 45.

<sup>172</sup> Como assegura Vaz Cabral “La traite des femmes est généralement examinée sous l’angle de la criminalité. Il est rare que les femmes et les fillettes en question soient considérées comme les victimes d’un système inégalitaire en genre, alors que les violations des droits humains qu’elles subissent sont à la fois une cause et une conséquence de la traite. C’est pourquoi la question de la traite des femmes ne peut être abordée sans une analyse de genre qui permettra notamment de comprendre pourquoi la migration peut être perçue par certaines femmes comme le seul moyen d’échapper à leur détresse, quelle place leur est donnée dans la société et quelle autre stratégie de lutte s’offre à elles pour améliorer leur condition ». Veja: VAZ CABRAL, G.: *La Traite des êtres humains. Réalités de l’esclavage contemporain*. La découverte. Paris, 2006, p. 7.

<sup>173</sup> TPIY 2001 Case Prosecutor v. KUNARAC e outros e no TEDH : Caso Rantsev v. Rússia e Chipre em 2010.

<sup>174</sup> Ante mencionada perspectiva Kara explica cómo se desarrolla el negocio de la esclavitud sexual: “La adquisición de esclavas sexuales se produce principalmente mediante uno de estos cinco medios: el engaño, la venta por la familia, el rapto, la seducción e el cortejo o la captación con la ayuda de otras esclavas.” Véase: KARA, S.: *Tráfico Sexual. El negocio de la esclavitud moderna*. Madrid: Alianza editorial, 2010, p.30.

ganizada, ou mesmo as “redes familiares” que sustentam o TP. Sem embargo, não se pode obviar que nos dois processos analisados fazemos referência ao movimento de seres humanos, no qual se deve prevalecer como eixo motor a liberdade e dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

CALVANI, S. Representante do UNODC, Bogotá-Colômbia, *Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.sandrocalvani.com/speech/Conv.%20Palermo.pdf>.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights*. Revista Brasileira de Política Internacional [en línea] 2008, vol. 51 [citado 2012-08-30]. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35811693008>.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *Globalización, Tráfico Internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares, 2004.

CHIAROTTI, Susana. *Trata de Mujeres: Conexiones y Desconexiones entre Género, Migración y Derechos Humanos*. Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional: Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas. CEPAL, Santiago de Chile, 20 a 22 de noviembre de 2002.

CORRÊA DA SILVA, W. *Tráfico de Pessoas: Cenário, Atores e Crime. Em busca do Respeito à Dignidade Humana*. Ed. UFMt: Rio de Janeiro, 2011.

CUNHA, Guilherme L. da. *Migrações, Direitos Humanos e Direito de Asilo*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. *O direito internacional no terceiro milênio*. São Paulo: Ltr, 1998.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: “*Globalización e inmigración: El reto del siglo XXI*”. La Ley, N°5, 2005.

ESPAÑA. *Informe criminológico tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual (2003/2004)* Guardia Civil - Unidad Técnica de Policía Judicial.

HAZEU, Marcel. *Migração internacional de mulheres na periferia de Belém: identidades, famílias transnacionais e redes migratórias em uma cidade na Amazônia*. UFPA, Belém, 2011. Dissertação de Mestrado UFPA. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/2987>.

HELD, David; MACGREW, Anthony; GOLDBLATT, David. *Global Transformations*. California: Stanford University, 1999.

GALLANGER, A. *Trafficking, Smuggling and Human Rights: Trick and treaties*”. Forced Migration Review, December, 2001.

IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Migración y derechos huma-*

nos: Reunión de personas expertas. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

KARA, S. *Tráfico Sexual. El negocio de la esclavitud moderna*. Madrid: Alianza editorial, 2010.

ONU, doc: A/CONF.213/, de 5 de fevereiro de 2010, párr. 54. 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal Salvador (Brasil), 12 a 19 de abril de 2010.

ONU, doc: E/CN.4/2000/68, de 29 de fevereiro de 2000. *Informe de la Relatora especial de violênciã contra la mujer: sus causas y conseqüências*.

OACDH: *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas (Comentario)*. HR/PUB/10/2. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2010.

PÉREZ CEPEDA, A.I. *Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del delito de tráfico de personas: Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos*. REDUR, Junio 2002.

PISCITELLI, A.: *Entre a praia de Iracema e a União Européia: turismo sexual internacional e migração feminina*. Em: PISTICELLI, A. et alli (org) *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Rio de Janeiro, Garamond, 2004.

RAYMOND, J. G. "The New UN Trafficking Protocol." *Women's Studies International Forum*. Vol. 25, n.5 2002.

UNODOC. *Manual para la lucha contra la trata de personas*. New York: UNODC, 2009.

UNODOC. *Trata de Personas hacia Europa con fines de explotación sexual*. UNODOC. Ginebra/NY, 2010.

VAZ CABRAL, G. *La traite des êtres humains: Realités de l'esclavage contemporain*. La Découverte. Paris, 2006.





**PARTE ESPECIAL**  
*Special Part*





# **INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

*Internationalization of Law*



**PONDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS DA NOVA TESE DA SUPRALEGALIDADE DOS  
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF**

*Cautionary ethical and legal theory of the new treaty supralegalidade  
international human rights by STF*

**PEDRO PAULO CORINO DA FONSECA**

Mestre e doutorando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Direito Empresarial. Advogado. E-mail: pedrocorino@gmail.com.

RECEBIDO EM: 20.09.2013

APROVADO EM: 07.12.2013

---

**RESUMO**

Os articulistas têm por principal objetivo tecer considerações gerais, com passagens ético-sociais, a respeito da importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, seja sob a forma de princípios esculpados na Constituição Federal, seja sob a forma de tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil. Os autores baseiam seu trabalho no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que os colocou sob nova perspectiva jurídica, influenciando assim todo sistema jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** TRATADOS INTERNACIONAIS. RECEPÇÃO. SUPRALEGALIDADE. DIREITOS HUMANOS.

---

**ABSTRACT**

The article writers whose main objective to make general considerations with ethical-social passages, about the importance of human rights in the Brazilian legal system, whether in the form of principles carved in the Constitution, either in the form of international treaties and conventions signed by Brazil. The authors base their work on the positioning of the Supreme Court on the subject, who placed them under new legal perspective, thereby influencing all the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** INTERNATIONAL TREATIES. RECEPTION. SUPRALEGALIDADE. HUMAN RIGHTS.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direitos humanos como fundamento da República Brasileira. 2. A jurisdição como um dos meios de aplicação de normas ético-jurídicas. 3. O atual posicionamento do STF. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

As normas são criadas como resultado de um processo lógico de valoração do mundo fenomênico – expressam e regulam o *ser*, numa formação de um *dever ser*. E esta base fática da norma, usada para sua constituição, provém de um comportamento normal do homem.

Portanto, uma valoração ética comum identificada no mundo físico transforma-se numa norma jurídica – consequentemente obrigatória, pois acrescentada de sanções. Destarte, reverbera-se socialmente uma valoração ética. E nossa Constituição Federal não é diferente.

Para uma boa compreensão de tema aqui tratado, devemos entender o significado de “princípio”, e quais seus propósitos no ordenamento jurídico brasileiro. “Princípio”, proveniente do grego *αρχη*, equivalente latim *principium* (de *princeps*, aquele que ocupa o primeiro lugar)<sup>175</sup>.

É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. [...] No plural, significa as normas ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] Indicam o alicerce do Direito<sup>176</sup>.

Portanto, os princípios são normas gerais orientadoras que, em conjunto, determinam os passos a serem seguidos no estudo sobre algum objeto. Assim se forma o que se chama de ciência.

Deste modo, os princípios em conjunto determinam como deve se desenvolver o direito brasileiro; todos seus artigos e normas devem traduzir sempre, seja direta ou indiretamente, os princípios que o norteiam, que irradiam cada feixe do direito, visando a manutenção da integridade da ordem jurídica estabelecida – o

---

<sup>175</sup> CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 1.

<sup>176</sup> De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, p. 639.

direito positivo<sup>177</sup>.

Os princípios são mais abstratos e daí vagos em suas formulações, na comparação com as normas, menos gerais e mais precisas. Isso significa que usualmente as normas se aplicam diretamente ao caso concreto, enquanto que os princípios precisam de intermediação normativa. Enquanto as normas se reportam a determinado fato visando uma tipificação ou quase isso, os princípios apontam valores, o que alarga a determinação de seu conteúdo. Os princípios podem ser reconhecidos implicitamente no sistema jurídico ou mesmo supostos. As normas devem existir efetivamente para poderem ter validade, vigência e eficácia.<sup>178</sup>

## 1.DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA

Ao escolher em seu art. 1º, inciso III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos *princípios fundamentais* da República, a Constituição Federal consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa, por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais, assegurando, portanto, uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, quer pelo Estado:

TÍTULO I Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Assim agindo, “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> Pertinentes são as ponderações de Vicente Rao: “o direito positivo é próprio de cada povo. As regras obrigatórias do direito que cada povo adota formam o seu direito positivo. Assim, sucede porque o direito ( eminentemente nacional), deste modo concebido, nasce dos fatos – *ex facto oritur jus* – e deles nascido, passa a regê-los”. (RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. v. 1. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960, p. 97).

<sup>178</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 119.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e, se podemos definir “existência” como o modo de ser do homem no mundo, a dignidade da pessoa humana é o núcleo da existência humana, valor inato, imaterial, essencial, de máxima grandeza<sup>180</sup>.

De fato, o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças<sup>181</sup>.

Aí está demonstrada a vontade do povo brasileiro – por meio de sua carta política máxima – para que, da mesma forma, assim seja seu Estado. A expressão “*tem como fundamentos*”, *esculpida na Magna Carta* significa o porquê do Estado brasileiro ser um Estado Democrático, Social e de Direito.

A exigência que se faz de absoluto respeito a essas premissas é de importância tão grande que se identifica a proteção a valores éticos, inerentes ao ser humano, e representados como “direitos humanos” desde a época classificada pela história como Estado Antigo, em torno de 4000 a. C., principalmente na Mesopotâmia e Egito.

E inegável a afirmação de que a evolução história dos direitos humanos fundamentais diretamente contribuiu para a formação de uma atuação mais coerente, justa e essencial do Estado na sociedade, de modo a regulá-la com vistas a um ideal equilíbrio social.

O antecedente histórico considerado mais importante das defesas de direitos humanos encontra-se na Inglaterra: trata-se da *Magna Charta*, datada de 1215, outorgada por João I, também conhecido por “João Sem-Terra”, marcando o início da monarquia constitucional, por limitar o poder real, e se tratar não só de um conjunto de direitos do povo, mas, principalmente, de um tratado de deveres do rei para com seus súditos.

Mas o Estado Moderno – período que compreende os séculos XV a XVIII – nasceu absolutista, e durante ele os problemas das monarquias foram confundidos como sendo as características de um Estado. E eis a justificativa do povo, que entendeu o Estado não como um instrumento de efetivação de políticas públicas, mas como um inimigo da manutenção saudável da sociedade.

Todavia, com a Revolução Francesa, em 1789, as teorias de filósofos como

<sup>180</sup> ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana*, . Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, Out/Dez/2005, p.29.

<sup>181</sup> *Idem, ibidem*.

Voltaire, Locke, Rousseau, Diderot e Montesquieu foram consolidadas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>182</sup>, promulgada neste mesmo ano, inspirada na Revolução Americana de 1776, e nas idéias provenientes do Iluminismo.

Pela primeira vez na história, são proclamadas as liberdades e os direitos fundamentais do homem de forma ecumênica, com caráter universal, e visando contemplar toda a humanidade.

Do ponto de vista político, e sob a influência dessa importância aos direitos humanos, aliada àquela visão do Estado como inimigo da sociedade, sua intervenção mínima na vida social foi a doutrina que se pregou em toda a Europa a partir da Revolução Francesa. Nasce e propaga-se, daí, o liberalismo, a partir do início do século XVIII.

Pode-se resumir a doutrina do liberalismo como o conjunto de objeções fundamentais à interferência do governo<sup>183</sup>, caracterizando, de uma vez, o que se chama de Estado Liberal ou Estado Mínimo.

Inegáveis as contribuições dessa doutrina, como a valorização do indivíduo e da liberdade humana, desenvolvimento industrial e considerável progresso econômico.

Todavia, a liberdade excessiva, deixando a sociedade se auto-regular, convivendo e tentando consertar seus problemas acabaram por causar uma degradação na justiça social, fortalecendo ainda mais os economicamente privilegiados em detrimento daqueles que pouco ou nada possuíam. “E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade”<sup>184</sup>.

Com o passar dos anos, cada vez mais a situação dos trabalhadores se agravou. Assim sendo, em torno do final do século XIX, início do século XX, a própria sociedade percebeu a importância um Estado mais ativo nas relações sociais, e que sim interferisse na economia e na valorização do ser humano.

Compete também ao Estado velar que o trabalho seja valorizado, que respeite o ser humano e seja pautado em relações de justiça e equidade. Que normas garantam condições mínimas de uma existência digna para o trabalhador e sua família. Não basta que o indivíduo tenha liberdade, mas que sua liberdade seja instruída com a suficiente dignidade.

Posteriormente, nesse diapasão, importantíssimo ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi promulgada no dia 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, com o intuito de servir como texto-base de garantia aos princípios básicos do ser humano em todo o mundo.

<sup>182</sup> Serviu de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a atual. Também foi a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>183</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 279.

<sup>184</sup> Idem, p. 281.

Em resumo, a Declaração Universal da ONU objetivou (e ainda o faz) uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana quando valoriza e consagra valores básicos que, a partir de então, tornaram-se universais.

*A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos*<sup>185</sup>.

Desde então, a evolução social humana só houve por fortalecer seus valores morais e éticos, que hoje estão refletidos tanto em suas normas constitucionais e infraconstitucionais, quanto efetivadas na aplicação ao caso concreto, função precípua do Poder Judiciário.

Nessa esteira, a sistemática estabelecida pelo legislador constituinte, de proteção aos direitos humanos, conclui de modo claro a ênfase ética e social do tema.

O termo “ética” provém do grego *ethos*, e está ligado à idéia de “hábito”, um determinado modo de agir do indivíduo: “*capacidade de ação livre e autônoma do indivíduo. Significa, acima de tudo, capacidade de resistência que o indivíduo tem em face das externas pressões advindas do meio (inclusive pressões morais ilegítimas)*”<sup>186</sup>.

Podemos afirmar, com certa tranqüilidade, que as normas garantidoras de proteção aos direitos humanos podem ser classificadas como de natureza ético-jurídicas. Elas refletem anseios naturais e inerentes dos indivíduos – reforçando, aí, seu lado ético – como centros da própria existência humana, mas reforçadas por uma estrutura jurídica, afastando-se de meras proposições intencionais.

Trazemos como exemplo os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º de nossa Constituição: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Fica evidente o reflexo ético da segurança dessa proteção aos direitos humanos, que deve provir (também, mas não tão-somente) do Poder Judiciário. E, por causa disso, não basta a simples previsão de tal proteção no texto legal. Falta, aí, a garantia da eficácia da norma ético-jurídica, que se dá, sim, em conjunto, pela previsão legal aplicada ao caso concreto: fala-se em subsunção<sup>187</sup>. E o instrumento utilizado para a subsunção é o que se chama de jurisdição.

<sup>185</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002, p. 146.

<sup>186</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 526.

<sup>187</sup> Entendemos como o raciocínio consistente na revelação, pelo aplicador da lei, da ligação e consequente aplicação lógica de uma previsão genérica e hipotética de uma norma numa situação fática concreta.

## 2. A JURISDIÇÃO COMO UM DOS MEIOS DE APLICAÇÃO DE NORMAS ÉTICO-JURÍDICAS

Quando se discute sobre *jurisdição*, logo vem à mente a idéia de decisão, de julgamento, de interferência estatal em problemas sociais. Realmente, o exercício da jurisdição se dá por meio de decisões fundamentadas no ordenamento jurídico vigente, realizando uma das três principais funções<sup>188</sup> do Estado de Direito brasileiro, qual seja, a função jurisdicional.

Aquilo que se chama de Direito emana diretamente e unicamente do próprio Estado (art. 5º, inc. II da Carta Magna), desta forma regulando a sociedade e exercitando sobre ela sua soberania. E assim o faz por possuir poderes diretamente advindos da lei máxima – a Constituição Federal – elaborada e promulgada democraticamente por representantes do povo. Ou seja, o Estado detém o poder para criar e impor normas jurídicas, se necessário utilizando meios de coação, visando a ordenar as relações sociais “e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade (...) caracteriza a soberania do Estado”<sup>189</sup>.

Giuseppe Chiovenda define jurisdição como: “*a função do Estado que tem como escopo a atuação concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”.<sup>190</sup>

Apesar de muito bem delineadas, as definições dos grandes juristas se aproximam mais da idéia de o Estado ser um contínuo aplicador de leis do que um pacificador social. É evidente que o Estado, para atingir o proposto da pacificação, deve se utilizar do que possui em mãos para fazê-lo, o ordenamento jurídico. Este, formulado por inúmeras regras gerais e abstratas, serve como base obrigatória para o juiz, investido na função jurisdicional, agir como o próprio Estado-julgador (Poder Judiciário), solucionando o conflito de interesses levado para seu conhecimento por uma das partes do litígio. Dando a palavra final ao problema, aplicando o direito estático ao caso concreto, exaurida está aí sua função perante a sociedade.

Jurisdição é prática do dever-poder, nesta ordem. Possuindo prerrogativas inerentes à sua função e provenientes de um poder dado pelo próprio Estado, o Poder Judiciário exerce a jurisdição como seu principal dever, e razão de existir. O que aqui se qualifica como dever-poder demonstra a exata subordinação do poder entregue para realizar o dever que lhe foi proposto.

<sup>188</sup> À função jurisdicional somam-se a legislativa e a administrativa (ou governamental), consoante o artigo 2º da Constituição da República, obedecendo ao princípio da separação ou divisão de poderes.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 111.

<sup>190</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1943, p. 11.

Além do mais, a mera aplicação da lei não é, por si só, atividade jurisdicional. Ora! A todo momento, pessoas sujeitas a um regime jurídico estão obedecendo às suas regras espontaneamente, mesmo sem conhecê-las todas. E é normal que isso aconteça. Em verdade, a via judicial existe, teoricamente, apenas nos casos excepcionais, nos quais a lei não é cumprida. Utilizando-se de meios que o ordenamento dispõe a ele, o Estado exige tais comportamentos pré-determinados, buscando “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”<sup>191</sup>. Zela pela realização forçada das regras de conduta, institui direitos e deveres, e apenas quem as descumpra, até mesmo, se necessário, com a privação da liberdade do indivíduo. Tudo em nome da paz social.

Sabe-se que a função jurisdicional não escapa das normas, e nem poderia. Aliás, nasce a função judicante intrínseca à legislativa. Mas o juiz não é um cego aplicador de normas. Caso fosse, desnecessária seria sua existência; computadores formulariam a conclusão correta para o caso concreto; só adequá-lo à norma.

É nesse diferencial que se encontram os princípios; que se acham os pilares fundamentais e constitutivos das normas – sua função teleológica. E, por mais que alguns doutrinadores e estudiosos queiram separar os valores morais e éticos das normas postas – aproximando-se, ainda, da antiga crença do normativismo puro kelseniano – não se pode olvidar suas influências no atual momento jurídico. São os classificados por José Afonso da Silva como princípios político-constitucionais.

Tais princípios são formadores do sistema constitucional de uma nação, ou seja, extraem-se valores éticos, morais, econômicos, políticos (entre outros) de uma sociedade para então se construir normas-princípio que irradiarão à formação de todas as outras normas do sistema jurídico, ressaltando-se aí sua função orientadora.

Apesar disso, a atual formação e estrutura do judiciário, de certa forma, não contribui muito para uma distribuição de justiça de modo uniforme. Explica-se.

Uma das garantias intrínsecas do Poder Judiciário, que assegura sua livre atividade, de modo a garantir seu ideal funcionamento, é a independência funcional, ou seja, a livre possibilidade de cada membro poder exercer sua função sem nenhum tipo de interferência externa, utilizando em sua atividade, apenas, as normas jurídicas e sua consciência.

Tal independência funcional é necessária, fundamental, e não pode ser, de modo, algum restringida. A garantia de uma justiça neutra e seguramente imparcial nasce dessa independência.

Entretanto, a falta de uniformidade pode trazer algumas situações não tão interessantes para o bom funcionamento da distribuição de justiça. Daí, então, podem ocorrer decisões contraditórias a respeito de mesmas situações, o que contribui, de certa forma, para uma natural insegurança jurídica.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 – conhecida como

<sup>191</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 196.

a “Reforma do Poder Judiciário” – tentou-se corrigir parte dessa distorção, criando alguns mecanismos de uniformização da jurisprudência, e de posicionamentos consolidados nos Tribunais Superiores como, por exemplo, a súmula vinculante<sup>192</sup>, cujo objetivo principal é constituir a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Conjugando, então, direito e ética, indaga-se se possível haver a conquista efetiva do objetivado teleologicamente pelas normas consideradas ético-jurídicas. Usaremos como exemplo evento prático ocorrido há pouco tempo em nosso tribunal de cúpula do Poder Judiciário: o E. Supremo Tribunal Federal.

### 3. O ATUAL POSICIONAMENTO DO STF

Antes de introduzida a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 em nosso ordenamento jurídico, o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação<sup>193</sup> de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil fosse signatário, era de considerá-los com *status* de lei ordinária.

A emenda retro citada acrescentou um parágrafo terceiro ao artigo 5º da Carta Magna, prevendo que: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Como consequência dessa modificação, este parágrafo terceiro representou, a nosso ver, um avanço significativo do direito brasileiro em relação à efetividade de normas ético-jurídicas, garantindo, de forma indireta, uma conquista social.

Esse novo mecanismo criou uma possibilidade real de introdução no ordenamento jurídico de normas dessa natureza, pelo qual, respeitada a aludida formalidade, confere-se a elas *status* de norma constitucional<sup>194</sup>.

<sup>192</sup> Artigo 103-A da Constituição Federal.

<sup>193</sup> Resumidamente, o processo dá-se nessa ordem: a) celebração do tratado internacional pelo Presidente da República (negociação, conclusão e assinatura – art. 84, VIII da CF); b) aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo (art. 49, I da CF); c) depósito dos instrumentos de ratificação (ou adesão, pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional); d) promulgação, por decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial, cf. Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, p. 438.

<sup>194</sup> Trazemos à baila exemplo de incorporação, com *status* constitucional, de uma convenção internacional de direitos humanos: *Decreto legislativo Nº 186, DE 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção*

Entretanto, apesar do reconhecido avanço social contido nessa inovação, acabou por escapar entre os dedos do legislador constituinte reformador uma grande oportunidade de reforço à idéia de aplicabilidade mais concreta e efetiva de uma ética jurídica; pouco ousando, apenas estabeleceu um “mecanismo de concessão de status constitucional”<sup>195</sup>.

Outro ponto nesse avanço diz respeito ao avanço do posicionamento jurisprudencial no nosso Tribunal de cúpula quando se refere a tratados e convenções internacionais, assinadas pelo Estado brasileiro, mas que não referendados pelo citado mecanismo do artigo 5º, §3º da Carta Magna.

O E. Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP, em 03 de dezembro de 2008, enfrentou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel<sup>196</sup>.

Nossa Constituição Federal atribui duas únicas hipóteses em que haverá prisão civil, quais sejam “*a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” – artigo 5º, LXVII.

Entretanto, dois tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faz parte – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>197</sup> e Pacto de San José da Costa Rica<sup>198</sup> – proibem expressamente a prisão civil do depositário infiel,

---

*sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem a referida Convenção e seu Protocolo Facultativo, bem como quaisquer outros ajustes complementares que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 9 de julho de 2008.*

<sup>195</sup> Talvez, melhor seria conferir-se automaticamente, a todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, status de norma constitucional.

<sup>196</sup> Em palavras simples, depositário infiel é aquela pessoa que se desfaz de bem cuja guarda lhe foi atribuída pela Justiça.

<sup>197</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi incorporado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Logo, é um pacto de amplitude mundial. Entrou em vigor em 1976, quando foi atingido o número mínimo de adesões (35 Estados). O Congresso Brasileiro aprovou-o por meio do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em território nacional em 24 de abril do mesmo ano. Desde então, o Brasil tornou-se responsável pela implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos no Pacto. (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acessado em 10.10.2009).

<sup>198</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. O governo brasileiro depositou a Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992, e a convalidou mediante Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992. (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acessado em 10.10.2009).

respectivamente, em seus artigos 11<sup>199</sup> e art. 7º, item 7<sup>200</sup>.

Ao concluir o julgamento, por cinco votos a quatro, o E. Supremo Tribunal Federal por maioria modificou seu antigo posicionamento, declarando que todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que o Brasil faça parte, se não incorporados na forma do artigo 5º §3º da Constituição Federal, têm status de normas supralegais, ou seja, estão hierarquicamente acima de todo o ordenamento jurídico, e somente abaixo da Constituição Federal<sup>201</sup>. Como consequência direta disso, qualquer norma infraconstitucional em sentido contrário de tais normas terá sua eficácia paralisada.

Reforçando esta tese acima, e seguindo o mesmo raciocínio, no julgamento do habeas corpus nº 96772/SP, o E. Supremo Tribunal Federal entendeu – por maioria de votos – que, pelo fato do Brasil ter subscrito o Pacto de San José da Costa Rica, o qual contém limitação à prisão civil por dívida apenas em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, a legislação ordinária referente ao depositário infiel, então teria sido derogada.

Em consequência disso, neste mesmo julgamento, a Súmula 619 do STF, assim redigida “*a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*” foi cancelada.

Como essas decisões repercutem como paradigma de incontáveis as decisões do sistema judiciário, sem dúvida, fortaleceu-se em muito a reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. E, assim valorizando-o, ganham não só os destinatários diretos dessa decisão, mas toda sociedade.

Se uma decisão judicial, solucionando um caso concreto, é a efetiva aplicação dos ideais de toda uma sociedade, que estava estante em normas jurídicas positivadas, quanto mais perto esta decisão se encontrar de uma ética implícita, de um conjunto de manifestações coordenadas em um mesmo sentido – buscando um bem comum, mais esta sociedade verá harmonia entre suas vontades em seu desenvolvimento social.

Após a instituição democrática da nossa atual Constituição Federal (também chamada de “Constituição Cidadã”), acreditamos que este novo posicionamento do tribunal de cúpula do Poder Judiciário tenha sido uma das mais avançadas conquistas.

---

<sup>199</sup> “Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

<sup>200</sup> “Art.7º,7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

<sup>201</sup> Corrente doutrinária também defendida por Augustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002, pp.91-92.)

Mas pode-se mais. Pode-se buscar maior valorização na defesa mais incisiva de valores éticos e de valores morais. Pode-se buscar a uniformização no sentido de serem todos os tratados e convenções dessa natureza como constitucionais, tese defendida, desde sempre, pela Professora Flávia Piovesan<sup>202</sup>, da qual partilhamos. Aguardemos, ansiosos, novas manifestações.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, Out/Dez/2005.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1943.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acesso em 10.10.2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. v. 1. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. v. 1. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

---

<sup>202</sup> Pedimos vênia para encabeçar esta tese com o nome da ilustre autora, mas que também defendida por outros ilustres e igualmente tão importantes autores como Pedro Lenza e Antonio Augusto Cançado Trindade.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.



**A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA  
CONTEMPORANEIDADE: IMPACTOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO  
DIREITO**

*The effectiveness of international treaties and conventions on fundamental  
rights in the globalized society: impacts in contemporary*

**LUCÉLIA APARECIDA DE SOUSA LIMA**

Mestranda bolsista CAPES/PROSUP pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Osasco-UNIFIEO. Bacharel em direito pela Universidade Cidade de São Paulo. Advogada. Pós-graduada em direito constitucional com ênfase em direitos humanos e em docência no ensino superior pela Universidade Nove de Julho. E-mail: lucelialima@adv.oabsp.org.br.

RECEBIDO EM: 25.10.2013

APROVADO EM: 25.01.2013

*“O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe  
como legítima e necessária a preocupação dos atores estatais  
e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de  
outros Estados são tratados.*

*(Kathryn Sikkink)*

*“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.”*

*(Hannah Arendt)*

---

**RESUMO**

Este artigo tem como objetivo investigar a efetividade da internacionalização dos direitos humanos, em mundo globalizado, estes direitos já existiam, embora nem sempre fossem considerados, em razão dos óbices no que concerne a relativização da soberania de cada Estado, no entanto, na contemporaneidade a concretização dos direitos inerentes ao homem que tem ganhado forças paulatinamente, muitas vezes provocando modificações nas Constituições em razão do receio de represálias dos Tribunais e Organizações Internacionais, tendo como escopo as mudanças que internacionalização dos direitos humanos na América Latina, Argentina principalmente na Constituição Brasileira.

Há uma preocupação Internacional que impacta países membros de Convenções e Tratados que versem a respeito dos direitos humanos, com o escopo de a precaução de represálias no âmbito Internacional no tocante a violação dos direitos humanos em um mundo globalizado na contemporaneidade. Atualmente o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem têm transformado as Constituições modernas democráticas com base na internacionalização dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** GLOBALIZAÇÃO. DIREITOS HUMANOS. EFETIVIDADE. INTERNACIONALIZAÇÃO. CONSTITUIÇÕES. SOBERANIA NACIONAL. MODIFICAÇÕES. TRIBUNAIS INTERNACIONAIS.

---

#### **ABSTRACT**

This article aims to investigate the effectiveness of the internationalization of human rights in a globalized world, these rights existed, although not always considered due to the obstacles, concerning the relativization of the sovereignty of each state, however, is the contemporary embodiment rights inherent to man that has gained strength gradually, often causing changes in the constitutions because of fear of reprisals from the Courts and International Organizations, having as scope changes that internationalization of human rights in Latin America, Argentina especially in the constitution of Brazil.

There is a concern that impacts International member countries of conventions and treaties that deal with human rights, with the scope of the precaution of reprisals under International regarding the violation of human rights in a globalized world nowadays. Currently the recognition and protection of fundamental human rights have become the modern democratic constitutions based on international human rights.

**KEYWORDS:** GLOBALIZATION. HUMAN RIGHTS. EFFECTIVENESS. INTERNATIONALIZATION;-CONSTITUTIONS. NATIONAL SOVEREIGNTY. MODIFICATIONS. INTERNATIONAL TRIBUNALS.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A internacionalização dos direitos humanos no Brasil. 2. A internacionalização dos direitos humanos na Argentina. 3. Breve relato sobre a internacionalização dos direitos humanos. 4. Declaração universal dos direitos humanos. 5. Dignidade da pessoa humana. 6. Breves considerações sobre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. 7. A Constituição Brasileira internacionalizada pelos direitos humanos. 8. A Constituição Brasileira de 1988 prevê formas de garantias de aplicação e controle das normas constitucionais e infraconstitucionais. Conclusão. Referências

---

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é perquirir a efetividade da internacionalização dos direitos humanos em mundo globalizado, esses direitos já existiam, embora nem sempre fossem considerados em razão dos óbices no que concerne a relativização da soberania de cada Estado, no entanto, na contemporaneidade a concretização dos direitos inerentes ao homem que tem ganhado forças paulatinamente, muitas vezes provocando modificações nas Constituições em razão do receio de represálias dos Tribunais e Organizações Internacionais, tendo como escopo as mudanças que internacionalização dos direitos humanos na América Latina, principalmente nas Constituições do Brasil e da Argentina.

Indubitavelmente com a Emenda 45, de 8 de dezembro de 2004, uma das maiores inovações no Judiciário Brasileira do últimos tempos, trouxe várias modificações para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre as transformações deslocamento de competências, ratificação de Tratados e Convenções Internacionais aprovados pelo Congresso Nacional conforme quórum necessário para aprovação de emendas constitucionais são equivalentes às emendas constitucionais.

O que não pode se perder de vista é porque a necessidade de alterações do ordenamento externo para o ordenamento interno?

A justificativa plausível é o impacto causado com a globalização e a internacionalização de direitos humanos.

A interligação e interação globalizada seria causa da efetivação da internacionalização dos direitos humanos nos Estados, principalmente Brasil e Argentina?

Existe a prevenção de represálias no âmbito Internacional com relação a violação dos direitos humanos que enseja a relativização da soberania nacional e conseqüentemente a mudança no ordenamento positivado como forma de internacionalização dos direitos fundamentais em um mundo globalizado.

O receio de represálias internacionais fez com que no Brasil, Argentina e os países globalizados adotassem medidas de repressão a violação dos direitos humanos por precauções a responsabilização dos Estados perante Órgãos e Tribunais Internacionais.

### 1. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Considerando um contexto negativo com início nos anos 1990, de barbáries e impunidades, marcados por frequentes violações aos direitos humanos, - podemos citar os casos do julgamento da missionária Dorothy Stang e advogado Manoel Mattos militantes do direitos humanos, massacres, chacinas e crimes de mando ocorridos em Eldorado dos Carajás, Vigário Geral, Carandiru, Parauapebas, Xapuri, Candelária e Queimados e entre outros.

Na tentativa de repelir a perpetração de impunidades e erros futuros, com

interferência também de pressões internacionais frente ao desrespeito com os direitos fundamentais com receio de possíveis represálias internacionais.

Houve um divisor de águas jurídico com a Emenda 45 de 8 de dezembro de 2004, uma das maiores inovações no Judiciário Brasileiro dos últimos tempos, trouxe dentre as transformações deslocamento de competências da justiça estadual para federal.

E ainda, a equivalência de emenda constitucional aos tratados ou convenções que versassem sobre direitos humanos quando aprovados por quórum especial de emenda constitucional, mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros tudo isto conforme processo legislativo indicado no art.60 da Constituição Brasileira de 1988.

Considerando o que foi dito por Picorrel, 2009 “A idéia da federalização dos crimes contra os direitos humanos, isto é, de incluir na competência da Justiça Federal o processo e julgamento de condutas violadoras de direitos humanos mantidas impunes no âmbito das agências penais dos estados-membros, começa a se desenvolver no início dos anos 90. A primeira expressão dessa idéia é encontrada no anteprojeto de lei de reformulação do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), elaborado por uma Comissão Especial constituída pelo então Ministro da Justiça, Célio Borja(...) *A idéia surgiu em decorrência da cobrança feita por organismos internacionais ao Brasil para fazer cessar a impunidade de crimes praticados no campo e na cidade.*”

PIOVESAN, explica, que a internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o regime nazista, juntamente com a falta de controle estatal em garantir a eficácia desses direitos, e resguardar a dignidade humana.

Indubitavelmente, a efetividade dos direitos humanos no internacional será cada vez mais cobrada, vez que já houve várias barbáries na história como as guerras mundiais, o nazismo e entre outros, o mundo globalizado não pode coadunar com essas violações, o contrário dessas afirmações é o retrocesso de humanização, que infelizmente ainda não alcançaram os países do oriente médio, regimes totalitários e socialistas.

## 2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ARGENTINA

Na Argentina, pela última reforma, os tratados sobre direitos humanos passaram a ter força constitucional, obviamente por influência da força dos direitos humanos no plano internacional a constituição da Argentina é de 1994 e inicia-se com preâmbulo que dá conta de objetivo de se constituir união nacional, realizar-se a justiça, consolidar a paz interior, prover a defesa comum, promover-se o bem-estar

geral e assegurar-se a todos os benefícios da liberdade, invocando-se a Deus como fonte de toda razão e justiça. Adota-se o modo representativo republicano e federal como forma de governo.

Os objetivos da reforma foram incluídos no Pacto de Olivos. Entre eles estava encurtar o mandato presidencial, mas permitir a reeleição para um único período, mitigar o presidencialismo, *os direitos humanos* incluem terceira e quarta geração, estabelecer penalidades contra golpes, e dar prioridade legal aos tratados internacionais, a criação de Conselho da Magistratura, a autonomia da Cidade de Buenos Aires, entre outras medidas.

Segundo Norberto Bobbio, que em sua obra —A Era dos Direitos, expressa que o grave problema da atualidade em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Tratando-se de um problema não filosófico, mas de âmbito político.

Nos textos da Constituições do Estados Democráticos de Direito protege-se os direitos humanos na tentativa de efetivá-los e evitar se represálias no plano internacional.

Como ressalta CANOTILHO, os “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), ou seja, os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal”.

### **3. BREVE RELATO SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Como bem assevera AZKOUL, o processo de internacionalização dos direitos humanos pressupôs um redimensionamento acerca dos limites do conceito de soberania estatal, bem como a uma redefinição da situação do indivíduo no panorama internacional para se aduzir o status de um verdadeiro sujeito de direito internacional.

As guerras mundiais e o Nazismo significaram a ofensa de preceitos perante os direitos humanos, a internacionalização dos direitos humanos exprime esta reconstrução. O que demonstrou a tamanha necessidade de uma ação que ensejasse impactos na esfera internacional, o que evidentemente tornaria mais eficiente para a proteção dos direitos humanos, tendo como resultado a criação sistemática normativa de proteção internacional.

Vale salientar se que pressupõe se a relativização da soberania, antes considerada como absoluta dos Estados frente aos direitos humanos. Passando a ser uma importante efetivação na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas durante a história.

#### 4. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

É de forma universal que a DUDH certifica seus direitos, no sentido de que os receptores dos preceitos nela compreendidos não são mais para os cidadãos deste ou daquele lugar específico, mas sim todos os indivíduos sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Ainda neste âmbito, corroboramos com a lição de DALMO DALLARI, ao consagrar que a DUDH possui três objetivos fundamentais: —a certeza dos direitos, que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

#### 5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nas palavras de SALET, os direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Este conceito não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a idéia alcança uma universalidade no mundo contemporâneo, como teremos ocasião de demonstrar.

*Os direitos humanos são os direitos e liberdades básicos de todos os seres humanos. Normalmente o conceito de direitos humanos tem a ideia também de liberdade de pensamento e de expressão, e a igualdade perante a lei entre homens e mulheres.*

Estes fundamentos mínimos considerados como necessários para a garantia da dignidade humana necessitam de tutela para a subsistência da raça humana em harmonia o que justifica a universalização dos direitos humanos entre os Estados.

Breves considerações sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Piovesan, 2006, o instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominado de Pacto de San Rose da Costa Rica, assinada em 1969, entrando em vigor em 1978. Apenas Estados Membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir a Convenção Americana.

No que concerne ao conteúdo, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos, dentre o universo de direitos destaca-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e de religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

É imprescindível mencionar que Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico; limita-se a determinar que os Estados que alcancem progressivamente.

## **6. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os Estados Partes, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

Quanto à sua composição, a Comissão é integrada por sete membros “ de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos”, que podem ser nacionais de qualquer Estado- membro dos Estados Americanos, seus membros são eleitos, a título pessoal, pela Assembléia Geral por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos por mais uma vez.

A comissão tem as seguintes funções: conciliadora, assessora, crítica, legitimadora, promotora, protetora, que possui procedimento próprio para apuração se houve ou não violação da Convenção Americana por alguns do Estados-membros.

## **7. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA INTERNACIONALIZADA PELOS DIREITOS HUMANOS**

A primeira Constituição, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a adotar, em seu texto, essa inspiração foi da de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. As anteriores – 1824 e 1891 – como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.

Por sua vez, a Declaração contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores e, além de consagrar os “direitos e deveres individuais e coletivos”, a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os direitos sociais.

Assim, a exemplo das anteriores, a Constituição da República Federativa do Brasil não pretende enumerar os direitos fundamentais; pois, além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Portanto, hodiernamente a Constituição reconhece e assegura Direitos Fundamentais explicitamente no art. 5º: Direitos cujo objeto imediato é a liberdade: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de ação; liberdade sindical; direito de greve.

Direitos cujo objeto imediato é a segurança: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio; Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária.

## **8. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 PREVÊ FORMAS DE GARANTIAS DE APLICAÇÃO E CONTROLE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS**

Segundo Silva, 2003 “o Brasil seguiu o sistema norte- americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa e controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade”.

A forma de impedir que norma contrária à constituição permaneça no ordenamento jurídico. Cuida da eficácia dos preceitos constitucionais, tendo como base a supremacia da Constituição escrita, uma Lei maior que sobrepõe as demais normas do ordenamento jurídico. As normas infraconstitucionais têm que estar em perfeita sintonia com a Lei Fundamental.

Segundo Silva, 2003 “o Brasil seguiu o sistema norte- americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa e controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade”.

Tendo estabelecido critérios de Controle – a) difuso – o controle da constitucionalidade é exercido por todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário; b) concentrado – o controle é exercido por um tribunal superior do país ou por uma corte constitucional. Meio de controle – a) incidental ou via de defesa - decide sobre um fato concreto declarando-o contrário aos preceitos constitucionais, neste caso, o juiz soluciona apenas o litígio posto à sua apreciação; b) principal ou via de ação – por meio de uma ação própria busca a declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional;

Natureza da decisão – a) inter partes – produz efeitos somente em relação às partes. É uma consequência do controle incidental; b) erga omnes – decisão produz efeitos para todos. Verifica-se no controle pela via da ação.

Forma de verificar a constitucionalidade – a) abstrato ou direto – é o processo de natureza objetiva, em que é questionada a própria constitucionalidade ou não da lei, não se admitindo a discussão de situações de interesses meramente individuais; b) concreto ou indireto – é a satisfação de um direito individual.

Cláusula de reserva de plenário – Prevista no artigo 92 e artigos 480 a 482

do Código de Processo Civil – No controle incidental, os tribunais somente podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial (depende da estrutura do tribunal).

Suspensão de Lei pelo Controle difuso – o STF após declarar inconstitucional determinada norma, no todo ou em parte, pelo controle difuso, comunica ao Senado Federal, para que ele, por meio de resolução, suspenda a vigência da norma ou dispositivo julgado inconstitucional. Lembre-se que no Brasil – O Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição. Ele é a Corte Constitucional do país. As modalidades de ação direta (ADIN, ADECON, ADPF).

PIOVESAN, 2006 a sistemática internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis o Estado se amostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Diz ainda que essas transformações decorrentes do movimento de internacionalização dos direitos humanos contribuíram ainda para o processo de democratização do próprio cenário internacional, já que além de Estado, novos sujeitos de direito passam a participar da arena internacional, como os indivíduos e as organizações não governamentais.

Sendo assim, com a cooperação dos Estados na Fiscalização da normas de direitos fundamentais formam um círculo de proteção aos direitos inerentes ao ser humano, considerando que quanto mais Estados aderirem esta forma de primazia dos direitos humanos, mais forte será o círculo de proteção da humanidade.

## CONCLUSÃO

A globalização tem gerado vários impactos no que tange a efetividade da internacionalização dos direitos humanos, esses direitos já existiam, embora nem sempre fossem considerados em razão dos óbices no que concerne a relativização da soberania de cada Estado, que anteriormente era absoluta, no entanto, na contemporaneidade a concretização dos direitos inerentes ao homem tem evoluído paulatinamente, muitas vezes provocando modificações nas Constituições em razão do receio de ter que arcar com responsabilização perante os Tribunais e Organizações Internacionais.

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento maior a dignidade da pessoa humana conforme artigo 1º inciso III da Constituição, a súmula vinculante 11 do STF, neste contexto torna-se imprescindível que seja parte de nosso ordenamento os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, quando aprovados por quórum especial de emenda constitucional, mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma de-

las, pela maioria relativa de seus Membros tudo isto conforme processo legislativo indicado no art.60 da Constituição Brasileira de 1988

Urge salientar ainda que Emenda Constitucional 45/2004, trouxe várias alterações ao ordenamento, isto porque hoje temos a federalização dos crimes contra os direitos humanos, isto é, de incluir na competência da Justiça Federal o processo e julgamento de condutas violadoras de direitos humanos mantidas impunes no âmbito das agências penais dos estados-membros.

Existe a prevenção de represálias no âmbito Internacional com relação a violação dos direitos humanos que enseja a relativização da soberania nacional e conseqüentemente a mudança no ordenamento positivado como forma de internacionalização dos direitos fundamentais em um mundo globalizado na contemporaneidade.

Atualmente o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas.

Observa-se ainda que os direitos fundamentais do homem constituem uma variável ao longo da história dos últimos séculos, cujo elenco se modificou e continua se modificando, ao sabor das condições históricas, dos interesses, das classes no poder ou dos meios disponíveis para a realização dos mesmos.

A internacionalização dos direitos humanos é uma ação afirmativa, vez que é uma proteção dos indivíduos contra o Estado, o que reafirma a importância do homem na sua individualidade para um mundo globalizado.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Federalização dos crimes contra os direitos humanos*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6762/federalizacao-dos-crimes-contra-os-direitos-humanos>. Acessado em: 07.09.2013

AZKOUL, Marco Antonio. *Justiça Itinerante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 22.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997-2004. p. 217.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 39.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Constituição federal interpretada artigo por artigo e parágrafo por parágrafo*. Costa Machado Organizador. pp.5-51

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro, 2006- Editora Forense.

PICORELLI, Fernanda Estevão. *O Incidente de Deslocamento de Competência como mais um mecanismo de proteção dos direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2195, 5 jul. 2009, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13102>.

Acessado em:07.09.2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7. ed., revista, ampliada e atualizada.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23. ed. revista e atualizada, 2003.

Streck, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed.,1999 revista e atualizada.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed.,Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

www.jus .com.br, pesquisa realizada em 10.09.13.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Reforma\\_constitucional\\_argentina\\_de\\_1994](http://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_constitucional_argentina_de_1994) , pesquisa realizada em 10.09.13.



**EL DILEMA DEL PRISONERO: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHO DE VOTO DE LOS CONDENADOS**

*The dilemma prisoner - critical reflections on the case law of the european court of human rights on voting rights of the damned*

**MARCO OLIVETTI**

Professore ordinario di diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia (Italia). E' autore di circa 200 saggi su riviste giuridiche italiane e internazionali e delle monografie "La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano" (Giuffrè, Milano, 1996), "Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni" (Il Mulino, Bologna, 2002) e "Messico" (Il Mulino, Bologna, 2013, collana "Si governano così"). Ha coordinato, con Raffaele Bifulco e Alfonso Celotto, il "Commentario alla Costituzione" (Utet, Torino, 2006, 3 volumi). E' stato componente della Commissione per le riforme costituzionali nominata nel 2013 dal governo italiano. E-mail: m.olivetti65@gmail.com.

---

**SUMARIO:** 1. La restricción del derecho de voto en consecuencia de una condena penal: del derecho penal al derecho constitucional. 2. Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las libertades de reunión y de asociación. 3. La garantía de elecciones libres y secretas. 4. Las limitaciones del derecho de voto compatibles con el Convenio y el problema de los condenados a una pena de prisión. 5. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros: el caso Hirst contra Reino Unido. 6. El caso Frodl v. Austria. 7. El caso Greens y el caso Scoppola 3. 8. Las decisiones de 2013: los casos Firth, Anchugov and Gladkov y Söyler. 9. Notaciones críticas. 9.1. Críticas de método. 9.2. Para una justificación teórica plausible de la privación del derecho de voto de los condenados.

---

**1. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE VOTO EN CONSECUENCIA DE UNA CONDENA PENAL: DEL DERECHO PENAL AL DERECHO CONSTITUCIONAL**

En las últimas dos décadas el tema de la privación del derecho de voto de los autores de crímenes condenados a una pena que comporta la privación de la libertad personal se ha convertido en unos de los objetos privilegiados del diálogo entre las jurisdicciones de diferentes sistemas jurídicos<sup>203</sup>, que es una de las dimensiones más

<sup>203</sup> Como es bien sabido, dicho diálogo tiene una dimensión «horizontal», en la cual estan

interesantes del constitucionalismo contemporáneo. Varias sentencias de Tribunales supremos o constitucionales fueron adoptadas en Sudáfrica<sup>204</sup>, Canadá<sup>205</sup>, Australia<sup>206</sup>, Israel<sup>207</sup>, Estados Unidos<sup>208</sup>, México<sup>209</sup>. A estas sentencias se añadió después de 2004

envueltos jueces de diferentes ordenes jurídicos estatuales, y una dimensión «vertical», que concierne las relaciones entre jueces internacionales o supranacionales. Para una síntesis de unos problemas planteados por dicho diálogo se v. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bolonia, 2010.

<sup>204</sup> *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, 15 n. 30 (CC) (S. Afr.), que fue adoptada en ausencia de una «disqualifying rule» prevista por la ley y *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO)* 2005 (3) SA 280 (CC).

<sup>205</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, (1992), 7 O.R. (3d) 481 (según la cual un «blanket disenfranchisement» es inconstitucional porque el derecho de voto es garantizado por la Carta canadiense de derechos y libertades sin la previsión de limitaciones) y *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68 (según la cual la privación del derecho de voto para los condenados a una pena de más de dos años de reclusión es inconstitucional por violación del principio de proporcionalidad: el fin legítimo que el gobierno canadiense declaraba perseguir – una punición suplementar, que fomente la responsabilidad cívica y el estado de derecho – no convenció al Tribunal y porque los medios utilizados por el gobierno no eran proporcionales al fin).

<sup>206</sup> *Roach v. Electoral Commissioner*, [2006] HCA 43, 2.5.2007, según el cual la privación del derecho de voto para todos los prisioneros condenados es inconstitucional, pero el legislador puede establecer la misma medida limitandola a los condenados a una pena de más de tres años.

<sup>207</sup> *Alrai v. Minister of the Interior* H CJ 2757/06, 50(2) PD 18 [1996] (Isr.).

<sup>208</sup> La decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) es la menos recientes de las decisiones aquí citadas y quizá la única adoptada según un criterio de *judicial self-restraint*. No es una coincidencia que dicha decisión haya considerado constitucionalmente legítimas las fuertes limitaciones del derecho de voto previstas en varios estados miembros de Estados Unidos. El argumento central utilizado por *Richardson v. Ramirez* es que la sección 2 de la XIV enmienda a la Constitución, que menciona la privación del derecho de voto por las leyes estatuales «por participación en una rebelión o en otro crimen» permite a los estados de excluir los condenados del derecho de voto y excluye un control de la legislación estatal desde el punto de vista del respeto del principio de la *equal protection* fundada en la sección 1 de la misma XIV enmienda. Sin embargo, en el fallo *Hunter v. Underwood*, 471 US 222, 233 (1985) el Tribunal supremo declaró inconstitucional una norma de la Constitución de Alabama que había quitado el derecho de voto a las personas condenadas por crímenes de *moral turpitude*, aun si dichos crimen no eran sancionados con la carcel. El Tribunal supremo opinó que dicha norma, aun si construida formalmente de manera neutral desde el punto de vista racial, había sido en realidad adoptada con finalidades discriminatorias. Para una exposición de los fallos mas recientes sobre este tema se v. M.E. Feinberg, *Suffering Without Suffrage: Why Felon Disenfranchisement Constitutes Vote Denial Under Section Two of the Voting Rights Act*, in *Hastings Poverty and Law Journal*, 8:2 (2011), p. 61 y ss.

<sup>209</sup> Se vean, entre otros, las decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federa-

una importante corriente jurisprudencial elaborada en el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa.

Estas sentencias se sitúan al interior de un doble conflicto: el entre los jueces supremos o constitucionales y las Asambleas representativas democráticamente elegidas – que en varios casos introdujeron<sup>210</sup> o confirmaron<sup>211</sup> la privación del derecho de voto de los condenados – y el entre los tribunales nacionales y los supranacionales, en los casos en los cuales la privación del derecho de voto de los condenados tenía un fundamento constitucional interno<sup>212</sup>.

ción en los fallos SUP-JDC-20/2007, SUP-JUD 98/2010 y SUP-JDC-157/2010. Sobre estos fallos v. nuestro comentario en M. Olivetti, *Presunción de inocencia, custodia cautelar y limitaciones al sufragio pasivo*, ponencia en el III Observatorio Judicial Electoral, Ciudad de México, 2011 y L. Ríos Vega, *La suspensión preventiva del sufragio pasivo: ¿prisión, libertad o proporcionalidad?*, Documento de Trabajo para el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, TEPJF, Ciudad de México, 2010.

<sup>210</sup> Es por ej. el caso de Australia (2006) y de Nueva Zelanda [si v. *l'Electoral (Disqualification of sentenced prisoners) Amendment Act 2010*, que insertó la letra (d) en el art. 80.1 del *Electoral Act 1983*, bajo el cual no tiene derecho de voto «a person who is detained in a prison pursuant to a sentence of imprisonment»]. Sobre este último caso, se v. la opinión crítica de A. Geddis, *Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand's Parliament Failed*, en *New Zealand Law Review*, 2 (2011) pp. 454-455.

<sup>211</sup> Es por ej. el caso de Canadá y de Reino Unido, en el primer caso después de la primera sentencia *Sauvé*, en el Segundo después de la sentencia *Hirst* del TEDH. Sobre el debate parlamentario en la Cámara de Comunes británica de febrero 2011 (v. House of Commons, *Debates*, vol. 523, col. 493), al final del cual dicha asamblea rechazó la modificación del *Representation of the People Act 2000* pedida por el TEDH se v. D. Nicol, *Legitimacy of the Commons Debate on Prisoner Voting*, en *Public Law*, oct. 2011, p. 681 y ss. Sin embargo, en noviembre 2012 el *Lord Chancellor* publicó el *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* y anunció el nombramiento de un *Joint Committee* de las dos Cámaras, encargado de proceder al *pre-legislative scrutiny*. El borrador de proyecto de ley imagina tres soluciones: la solución A y la B reconocen el derecho de voto a todo los que están espionando penas de prisión respectivamente de menos de 4 años o 6 meses, mientras que la solución C confirmaría la exclusión completa del voto de todos los prisioneros condenados. El 18 de diciembre de 2013 el *Joint Committee* publicó un Informe en el cual se afirma: «we recommend that the Government introduce a Bill at the start of the 2014-15 session, which should provide that all prisoners serving sentences of 12 months or less should be entitled to vote in all UK parliamentary, local and European elections; and moreover that prisoners should be entitled to apply, up to 6 months before their scheduled release date, to be registered to vote in the constituency into which they are due to be released». Para el informe ahora citado se v. <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/10302.htm>.

<sup>212</sup> Además, en varios estados miembros los Tribunales constitucionales o supremos se han pronunciado sobre el tema en examen en el contexto generado por la jurisprudencia del TEDH: se vea por ej. las decisiones del Tribunal constitucional de Austria de 27.11.2003 y de 27.9.2007 y el Tribunal supremo del Reino Unido en *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

En su conjunto, la jurisprudencia ha desplazado la perspectiva del análisis de este tema – situado «at the intersection of voting rights and criminal justice»<sup>213</sup> – del derecho penal al derecho constitucional, internacional y electoral. Sin embargo, en esta modificación de perspectiva se ha producido una desvalorización de las razones que justificaban – y que a nuestro parecer pueden seguir justificando<sup>214</sup> – la restricción del derecho de voto.

En este ensayo se analizará la evolución de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, que ha adoptado varias decisiones sobre este tema entre 2004 y 2013, dando origen a un “recorrido jurisprudencial” no siempre lineal y todavía no acabado. Después de una breve introducción sobre la colocación sistemática del derecho de voto y de los derechos políticos en el sistema del Convenio europeo de los derechos humanos (parr. 2 y 3) se analizarán las limitaciones a dicho derecho y en particular la que consigue a una condena penal definitiva (par. 4). Entonces se analizará la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros condenados, evidenciando sus elementos de continuidad y sus contradicciones (par. 5-8) y se intentará una crítica general de las posiciones prevalentes en ella (par. 9).

## 2. LOS DERECHOS POLÍTICOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LAS LIBERTADES DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

Los derechos de participación política están situados al margen del *corpus* principal de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, que en su texto originario, se presentaba como una codificación limitada a los derechos clásicos de libertad, en el sentido estricto de esta noción, es decir como limitado a los *Abwehrrechte* (derechos de defensa), o libertades negativas. En comparación con estas últimas, los derechos de participación política constituyen una categoría de derechos distintos, cuya característica común es la de permitir a los ciudadanos de participar a la formación de la voluntad del estado<sup>215</sup>: entonces entre las libertades clásicas y los derechos políticos hay la distancia identificada por Benjamin Constant entre las

<sup>213</sup> A.C. Ewald, “Civic death”: the ideological paradox of criminal disenfranchisement law in the United States, en *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1054.

<sup>214</sup> Si v. *infra*, par. 9.2.

<sup>215</sup> Arndt, *Art. 3, ZP 1*, in U. Karpenstein, F.C. Mayer (a cura di), *EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2012, p. 390 subraya que se trata de un „Teilhaberecht“ y que el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 requiere que los estados adopten medidas positivas. El TEDH, en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, App. no. 42202/07, § 67, 15.3.2012 comentó que «In the context of Article 3 of Protocol No. 1, the primary obligation is not one of abstention or non-interference, as with the majority of civil and political rights, but one of adoption by the State of positive measures to “hold democratic elections”». Sobre el voto como *status activus civitatis* se v. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1905, pp. 136 y ss. y 159 ss.

libertades de los modernos y las libertades de los antiguos.

Sin embargo, la participación de los ciudadanos a la vida política no es un fenómeno extraño al Convenio, en primer lugar por las razones histórico-políticas que el 4 de noviembre de 1950 fueron a la base del Convenio mismo: la de ofrecer una síntesis de los derechos de la tradición liberal-demócrata de Europa Occidental, como alternativa sea a los fascismos derrotados en la segunda guerra mundial, sea a los regímenes comunistas entonces triunfantes en la Europa del Este bajo dominación soviética. La importancia de la democracia representativa y, por reflexo, de los derechos de participación política que este tipo de régimen político supone, se percibe, en el texto originario del Convenio, por lo meno en dos aspectos: de un lado la referencia a una sociedad democrática como contexto en el cual se sitúan los derechos garantizados por el Convenio<sup>216</sup>; de otro lado la inclusión, entre los derechos protegidos por el CEDH, de unas libertades que desarrollan un papel de «puentes» entre las libertades privadas y la participación a la vida política: es el caso de los derechos de reunión y asociación, garantizados por el art. 11 del CEDH, cuya proyección política deriva de su carácter de derechos individuales de libertad con a ejercicio colectivo. Si es cierto que las libertades de reunión y de asociación son relevantes también en la perspectiva de la vida privada y social (pero “pre-política) de las personas (como se vé en la explícita mención en el art. 11 de la libertad de asociación en sindicatos), es también claro que dichas libertades – así como la libertad de opinión protegida por el art. 10 – permiten al ciudadano, y a los ciudadanos organizados, de influir en la esfera pública y en la vida política. Esta relevancia «pública» de los derechos protegidos por el art. 11 es confirmada por la jurisprudencia del TEDH, que incluye la libertad de asociación en partidos políticos entre las diferentes formas de la libertad de asociación protegida por el Convenio. El Tribunal ha subrayado que dicho perfil de la libertad de asociación goza de una protección reforzada, con la consecuencia que en las limitaciones a la libertad de los partidos los Estados miembros disponen de un margen de apreciación más estricto<sup>217</sup>.

<sup>216</sup> Véase el Preámbulo (cf. *Zdanoka v. Latvia - GC*, App. 58278/00, dec. 16.3.2006, § 98 y ss) y los art. 9.2, 10.2 y 11.2 del CEDH.

<sup>217</sup> *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 133/1996/752/951, 30.1.1998, § 46. Sin embargo, según el TEDH tampoco este perfil de la libertad de asociación es exente de límites y los partidos que persiguen un programa político incompatible con los valores democráticos consagrados en el Convenio pueden ser disueltos por los estados miembros (*Refah Partisi et al. C. Turquie*, Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, dec. 13.2.2003 § 100, 102 y ss.; *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, Req. 25803/04 et 25817/04, dec. 30.6.2009 § 63-64, 78, 82).

### 3. LA GARANTÍA DE ELECCIONES LIBRES Y SECRETAS

En el sistema jurídico del Convenio europeo de los derechos humanos el derecho de voto (es decir el más importante de los derechos de participación política) es objeto de una regulación escrita solo gracias al primer Protocolo adicional al Convenio, firmado en París el 20 de marzo de 1952 y entrado en vigor el 18 de mayo de 1954. Y además esta regulación se refiere al derecho de voto solo en forma indirecta: el artículo 3, de hecho, no adopta la perspectiva más amplia que se encuentra en la Declaración universal de los derechos humanos de 1848 (art. 21)<sup>218</sup>, en el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966 (art. 25)<sup>219</sup>, en el Convención Americana sobre derechos humanos de 1969 (art. 23)<sup>220</sup> y en la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (art. 13)<sup>221</sup>, que todos garantizan el derecho de participar a la dirección de los asuntos públicos, el derecho de votar y de ser votado y el derecho al igual acceso a las funciones públicas de su propio país. Al contrario, el art. 3 del I Protocolo Adicional contiene una formulación más restrictiva<sup>222</sup>:

<sup>218</sup> 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

<sup>219</sup> Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

<sup>220</sup> 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

<sup>221</sup> Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley. 2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país. 3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley.

<sup>222</sup> F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, VII ed., Puf, Paris, 2005,

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Formalmente, entonces, el art. 3 no utiliza la expresión «derecho de votar» y por esto no parecería posible razonar de una garantía del derecho subjetivo de votar y de ser votado.

La naturaleza de la garantía contenida en el art. 3 del Protocolo Adicional n. 1 es en primer lugar *objetiva*: las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar elecciones libres. Aparentemente esta parecía ser solo una obligación recíproca de los Estados miembros y no un derecho individual de los ciudadanos: entonces de un lado este artículo podría quizá compararse a las cláusulas de homogeneidad políticas previstas en las Constituciones de los Estados federales, con la finalidad de armonizar las estructuras políticas de los estados miembros<sup>223</sup>. De otro lado, este artículo parecería tener relevancia solo en el marco del procedimiento de garantía colectiva previsto por el Convenio, es decir de los procedimientos entre estados<sup>224</sup> y no en el marco del recurso individual.

De hecho, las primeras decisiones de la Comisión europea de derechos humanos<sup>225</sup> habían interpretado el artículo 3 del Prot. Ad. como una garantía institucional y no como un derecho subjetivo y habían afirmado que dicho artículo no garantizaba el derecho individual de votar, sino solo el derecho a que los Estados

---

pp. 478-479.

<sup>223</sup> El ejemplo más conocido es la garantía a los Estados miembros de una forma de gobierno republicana, prevista por el art. IV, sec. 4 de la Constitución de Estados Unidos. Cláusulas similares se encuentran también en la Constitución suiza (art. 5), en la argentina (art. 5) y en la alemana (art. 28). Sobre este problema se v. M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 44 y ss.

<sup>224</sup> S. Marcus-Helmons, *Article 3*, en L.-E. Petitti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Economica, Paris, 1999, p. 1013, que cita como ejemplo la demanda de Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia en 1969 por violación de este artículo después del golpe de estado de 1967.

<sup>225</sup> Hasta la modificación del Convenio con el Protocolo n. 11 (que fue adoptado el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1º de noviembre de 1998), la Comisión Europea de Derechos Humanos era el órgano al cual se sometían sea las demandas de los estados sea las demandas individuales, estas últimas solo en el caso de que el estado miembro afectado hubiese aceptado específicamente este procedimiento, que entonces era facultativo. Después de la decisión de la Comisión, el asunto podía llegar al Tribunal, lo que, sin embargo, pasaba solo en un número limitado de casos. F. Sudre, *Droit européen*, cit., p. 534 recuerda que el Tribunal adoptó 36 sentencias entre 1960 y 1979, 119 sentencias entre 1980 y 1989 y 389 sentencias entre 1994 y 1998, es decir, en este último periodo, un promedio de 75 sentencias cada año, es decir más que en todo el período 1959-82.

miembros organizacen elecciones libres<sup>226</sup> y que las elecciones libres mencionadas por el art. 3 implicaban el sufragio universal<sup>227</sup>.

No era entonces cierto que fuese posible desumir del art. 3 del Prot. Ad. n. 1 un derecho subjetivo. Sin embargo, ya en 1975 la Comisión europea de los derechos humanos había llegado a la conclusión que dicho artículo garantiza un derecho subjetivo individual<sup>228</sup> y el TEDH, en el caso *Mathieu-Mohin*, en 1981, el primero en el cual se ocupó del art. 3, confirmó y desarrolló esta orientación.

Mientras que todas las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos n. 1, 4, 6 y 7 (P1, P4, P6, P7) utilizan palabras como *Toute personne a droit»* o *Nul ne peut»,* el artículo 3 (P1-3) utiliza la expresión *Les Hautes Parties Contractantes s’engagent»*. Tal vez se ha deducido de esto que el art. 3 no crea de derechos y libertades individuales “directamente reconocidas a todos los que» que están sometidos a la jurisdicción de dichas partes (sentencia Irlanda contra Reino Unido del 18 de enero de 1978, *série A* no 25, p. 91, § 239), sino que crea únicamente obligaciones entre estados. [...] Una interpretación tan restrictiva no resiste a l’examen [...]. Los trabajos preparatorios del Convenio no revelan ninguna intención de excluir, en el campo del art. 3 (P1-3), el juego del derecho individual, mientras que se pensó por mucho tiempo de excluir el control de la Corte. Además, en los trabajos preparatorios se encuentran frecuentes menciones de la libertad política, de los derechos políticos», de los derechos y libertades políticas del individuo, del derecho a elecciones libres y del derecho de voto.

Entonces ... la «coloración interestadual» de la formulación del artículo 3 (P1-3) no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos. Ella parece explicable con la voluntad de dar más solemnidad a la tarea asumida y con la circunstancia que en el campo considerado se encuentra en primer plano no una obligación de abstención o de no interferencia, como por la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la obligación, a cargo del estado, de adoptar medidas positivas para “organizar” elecciones democráticas<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> Si v. i casi decisi dalla Corte sulla base di Req. 530/59 e 1065/61 *X and others v. Belgium*, Com. Dec. 18.9.1961. Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal se v. C. Pinelli, *Protocollo 1 – Art. 3*, en S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 847 y ss.

<sup>227</sup> *X. v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967.

<sup>228</sup> *W., X, Y et Z. Contre Belgique*, Req. 6745/74 y 6746/74, dec. 30.5.1975.

<sup>229</sup> *Mathieu Mohin et Cleyrfaut c. Belgique*, Req. 9267/81, dec. 2.3.1987, n. 48-50; *Zdanoka v. Latvia*, n. 102.

Se trata de una interpretación extensiva del texto del art. 3 del Prot. Ad. n. 1, que parece discutible sea desde el punto de vista literal, sea desde el punto de vista histórico, sea desde el punto de vista sistemático<sup>230</sup>.

En lo que concierne a la letra del art. 3, es claro que no hay ninguna mención de la dimensión subjetiva de la garantía de elecciones libres y aun menos de un derecho individual de voto.

En lo que se refiere a los trabajos preparatorios<sup>231</sup>, el TEDH puede encontrar en ellos solo referencias genéricas a los derechos políticos y puede hacer hincapié únicamente sobre un argumento «negativo», según el cual no había ninguna intención de excluir el recurso individual.

Por fin, el sistema de los derechos garantizados por el CEDH autoriza una conclusión diferente de la a la cual llegó el TEDH, en primer lugar por la naturaleza misma de los derechos políticos, que son al mismo tiempo una forma de participación del ciudadano a una función pública, antes de ser un derecho subjetivo individual. Y el texto del art. 3 se refiere a dichos derechos exactamente en esta perspectiva, considerando los intereses individuales en este ámbito como reflexos de una garantía objetiva, la de elecciones libres. En otras palabras: el art. 3 reconoce el derecho de voto para realizar elecciones libres, no el revés (es decir: no reconoce las elecciones libres para permitir a la dignidad de la persona de expresarse en el voto).

Sin embargo, estas observaciones tienen solo la función de subrayar que lo que explica la “subjetivización” del derecho de voto es el activismo judicial del TEDH y no el texto del CEDH y de sus protocolos, interpretados según las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica. Se trata, entonces (como en muchos otros aspectos de la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo), de actos de voluntad y no de razón y el derecho individual de votar y de ser votado es entonces un derecho descubierto por la Corte europea, de creación «pretoria»<sup>232</sup>. De toda manera, es difícil negar hoy que la jurisprudencia del TEDH sobre la existencia en el art. 3 de un derecho subjetivo de votar y de ser votado se haya consolidado y el jurista positivo tiene que aceptar este hecho consumado.

---

<sup>230</sup> De hecho aun al final de los años noventa un autor comentaba que el reconocimiento de un derecho subjetivo individual de voto era «le point le plus étonnant» de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal: S. Marcus-Helmons, *Article 3*, cit., p. 1020.

<sup>231</sup> Sobre el origen del art. 3 se v. R. Goy, *La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome*, en *Revue du droit public et de la science politique*, 1986, p. 1278 y ss.

<sup>232</sup> F. Sudre, *Droit international et européen*, cit., p. 482 y 484.

#### 4. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE VOTO COMPATIBLES CON EL CONVENIO Y EL PROBLEMA DE LOS CONDENADOS A UNA PENA DE PRISIÓN

A) En su jurisprudencia, el TEDH subraya constantemente la importancia central de este derecho en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos. Sin embargo, también en este caso, la jurisprudencia de Estrasburgo repite su afirmación clásica, según la cual el derecho de voto no es absoluto<sup>233</sup> y los estados pueden limitar los derechos garantizados por el artículo 3 por varios tipos de finalidades:

Los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo no 1 son muy importantes para la creación y la preservación de una verdadera democracia fundada sobre la prevalencia del derecho. Sin embargo, dichos derechos no son absolutos. Hay margen para «limitaciones implícitas», y a los Estados contractantes debe reconocerse un margen de apreciación en la materia<sup>234</sup>.

Según el TEDH, la ausencia de una enumeración de los motivos de las limitaciones deja a los Estados miembros un margen de apreciación más extenso de lo que pasa en los derechos – como los de reunión y de asociación – en los cuales el Convenio mismo menciona las razones por las cuales los estados pueden limitar el derecho en cuestión<sup>235</sup>.

En una decisión reciente el TEDH ha llegado a comentar que:

Given that Article 3 of Protocol No. 1 is not limited by a specific list of “legitimate aims”, the Contracting States can justify a restriction by reference to any aim which is compatible with the principle of the rule of law and with the general objectives of the Convention<sup>236</sup>.

Considerado que en su estructura textual el artículo 3 no menciona el derecho de voto, no puede sorprender que dicho artículo tampoco mencione las finalidades por las cuales se permiten las limitaciones de dicho derecho.

Las restricciones están sometidas al respeto del principio de proporcionalidad, es decir:

1) tiene que perseguir un fin legítimo;

<sup>233</sup> M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, en S.Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 842.

<sup>234</sup> *Zdanoka c. Lettonie*, n. 98 y 103.

<sup>235</sup> *Zdanoka c. Lettonie*, n. 86. Se vea M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, cit., p. 834.

<sup>236</sup> *Shindler v. The United Kingdom*, App. 19840/09, dec. 7.5.2013, n. 101

- 2) tienen que ser necesarias para conseguir el fin;
- 3) no deben existir alternativas menos restrictivas para el titular del derecho.

El Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que los derechos de votar y de ser votado no deben ser limitados en su misma sustancia» ni privados de su efectividad<sup>237</sup>. El TEDH utiliza un criterio más estricto en el control sobre las limitaciones al derecho de votar que sobre las al derecho a ser votado. El margen de apreciación nacional, ya amplio en el derecho de votar, es aún más amplio en el derecho de ser votado.

B) La jurisprudencia de la Comisión de derechos humanos permitía inicialmente que algunas categorías de personas, como los encarcelados por ejecución de una condena penal, fueran privadas del derecho de votar<sup>238</sup>. En el fallo *X. v. Federal Republic of Germany*, la Comisión había afirmado que la restricción del derecho de voto de convicted prisoners serving their sentence... do not affect the «free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature» within the meaning of Article 3 of the Protocol (P1-3)<sup>239</sup>.

Y en el fallo *H. v. The Netherlands*, la misma Comisión había afirmado que

Este tipo de limitaciones se explican con la idea que unas condenas marcan de infamia para un periodo determinado que puede ser tenido en consideración por la legislación en lo que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. Aún si puede parecer rígido que una condena superior a un año tenga siempre como consecuencia una suspensión del derecho de voto por tres años, la Comisión no cree que una medida de este tipo exceda las limitaciones que pueden ser justificadas en el marco del artículo 3 del Protocolo Adicional<sup>240</sup>.

Hay que subrayar que en el fallo que se acaba de citar la condena de la cual derivaba la suspensión del derecho de votar era una condena por rechazo de prestar el servicio armado por una persona que no había respetado las formalidades previstas en la ley para ser calificado como objetor de conciencia: entonces sin dudas una condena por un crimen de relevancia menor. Además, en la decisión que se acaba de

<sup>237</sup> *Matthews v. The United Kingdom*, App. 24833/94, dec. 18.2.1999, n. 65, *Labita c. Italie*, Req. 26772/95, dec. 6.4.2000, n. 201.

<sup>238</sup> *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

<sup>239</sup> *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

<sup>240</sup> *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

citar, la misma Comisión había reconocido

la existencia de un principio generalmente reconocido según el cual ciertas restricciones que se refieren al derecho de voto pueden ser impuestas a los condenados a ciertas penas de prisión <sup>241</sup>.

La Comisión había entonces llegado a la conclusión (que nos parece razonable) que las limitaciones del derecho de voto de este tipo no violaban el principio de elecciones libres y idóneas a permitir la libre expresión de la opinión del pueblo.

Aun recientemente, en el caso *M.D.U. c. Italie*, 28.1.2003, el TEDH había considerado que la suspensión por dos años del derecho de voto de una persona condenada por fraude fiscal, podía ser justificada por el fin de proteger the proper functioning and preservation of the democratic regime<sup>242</sup> y no había considerado necesario proceder a un text detallado de proporcionalidad: al contrario, el TEDH había rechazado el recurso como manifiestamente infundado. Esta tendencia a dejar un margen de apreciación bastante amplio a los estados fue abandonada en unos casos más recientes, que involucraron el Reino Unido, Rumania, Austria y Italia, en los cuales el TEDH adoptó una interpretación más restrictiva – y todavía muy discutida – que considera la restricción del derecho de voto como una regla muy problemática a la luz del art. 3 del Protocolo Adicional n. 1. Después de un parcial cambio de jurisprudencia en una sentencia de la Gran Cámara sobre un caso italiano, el criterio restrictivo adoptado por el TEDH se ha manifestado de nuevo en dos decisiones relativas a Rusia y a Turquía. Es entonces necesario examinar en el detalle los casos *Hirst v. United Kingdom*, *Frödl v. Austria*, *Scoppola c. Italie* y los casos de 2013: sobre el primero y el tercero de estos casos se ha pronunciado no solo una sala del Tribunal, sino también la Gran Cámara.

## **5. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO DE VOTO DE LOS PRISIONEROS: EL CASO HIRST CONTRA REINO UNIDO**

A) La sentencia *Hirst* representó un dramático cambio en comparación con la jurisprudencia anterior del TEDH: de hecho, todos los fallos sobre el derecho de voto de los condenados sucesivos a esta sentencia utilizan los argumentos expuestos por primera vez en esta decisión, especialmente en la versión de la Gran Cámara, como base para la decisión, que, a su vez retoma unos argumentos de la sentencia *Savúé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La legislación del Reino Unido establecía (y sigue estableciendo<sup>243</sup>) la suspensión del derecho de votar para todos los condenados a penas que consistan en la privación de la libertad personal, con la excepción de los condenados por *contempt*

<sup>241</sup> *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

<sup>242</sup> *Si. v. M.D.U. c. Italie*, Req. 58540/00, dec. 28.1.2003, n. 14.

<sup>243</sup> Se vea *supra* nota 9.

*of the court* y por no haber pagado una multa, y sin ninguna distinción basada en la gravedad del crimen. Al mismo tiempo, según la legislación británica, el *disenfranchisement* es una consecuencia automática y general de la condena, que opera sin intermediación del juez en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto. La legislación del Reino Unido incluye desde tiempos muy antiguos la privación del derecho de voto entre las consecuencias de la condena, y esta limitación fue confirmada por las leyes electorales que se adoptaron sucesivamente<sup>244</sup>. En 2000 dicha legislación había sido modificada, en cierta medida suavizándola, reconociendo el derecho de voto a las personas detenidas por enfermedades mentales en ausencia de una condena y a los detenidos todavía no condenados<sup>245</sup>.

En la decisión de primera instancia *Hirst v. The United Kingdom (no. 2)*, del 30.3.2004, la IV sala del Tribunal consideró desproporcionada la legislación del Reino Unido. El TEDH confirmó su jurisprudencia, según la cual los derechos de votar y de ser votado son fundamentales pero no son absolutos y confirmó que los estados disponen de un margen de apreciación en el marco del cual pueden establecer limitaciones: pero dichas restricciones no pueden afectar a la substancia misma de los derechos de votar y de ser votado, ni privarlos de efectividad<sup>246</sup>. El TEDH ha reconocido que el margen de apreciación del cual disponen los estados en la reglamentación de las condiciones que rigen el derecho de voto depende también de la ausencia de un consenso en las normas y en las prácticas de los estados miembros<sup>247</sup>. Según el Tribunal, los estados tiene que utilizar este margen de apreciación intentando de realizar un balance entre el derecho de voto y las restricciones previstas por la ley; per el TEDH observó que en el Reino Unido las restricciones al derecho de voto nunca fueron objeto de un debate detallado ante los órganos legislativos con la finalidad de encontrar un equilibrio entre los intereses que estan en juego, y que dependan exclusivamente de una fidelidad a la tradición histórica<sup>248</sup>.

Aplicando el *test* de proporcionalidad, el TEDH se ha preguntado en primer lugar si la restricción del derecho de voto perseguía un fin legítimo, y ha considerado como fines en abstracto admisibles de un lado la prevención del crimen y la

---

<sup>244</sup> La raíz se encuentra en la llamada «muerte civil» (*civic death*) que consistía en la privación de unos derechos de un condenado desde los tiempos del Rey Eduardo III. Dichas limitaciones fueron confirmadas por el *Forfeiture Act 1870* (sobre el cual W. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, vol. I, *Parliament*, V ed., Clarendon Press, Oxford, 1922, p. 131-132 comentaba que «conviction of treason or felony is a disqualification, unless either the term of punishment has been served or a free pardon has been obtained») y por el *Representation of the People Act 1969*.

<sup>245</sup> *Representation of the People Act 2000*, sec. 3.

<sup>246</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, App. 74025/01, n. 36.

<sup>247</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 40. En el mismo sentido v. también *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. 10226/03, 8.7.2008, n 109 e *Communist Party of Russia and others v. Russia*, App. 29400/05, dec. 19.6.2002, n. 109.

<sup>248</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 41.

punición de los reos y del otro en reforzamiento del sentido cívico y el respeto del estado de derecho, con la consecuencia que las personas que comitieron graves violaciones de la ley penal pueden ser privadas del derecho de participar a la formación de estas reglas por el período de espaciación de su pena<sup>249</sup>. Después de haber analizado los argumentos de la Corte suprema de Canadá en los casos *Sauvé 1* y *Sauvé 2* (llegando a la conclusión que dichos argumentos pueden ser utilizados para el caso en examen<sup>250</sup>) el TEDH manifestó dudas sobre la legitimidad de los fines mencionados (subrayando que, a su parecer, la privación del derecho de voto no favorece la rehabilitación del condenado), pero prefirió no adoptar una posición porque le pareció que la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto fuera suficiente a resolver el caso<sup>251</sup>.

En lo que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte opinó que

la disposición en cuestión priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, una gran cantidad de personal (más de 70 000) en forma indiscriminada. De hecho, ella establece una restricción global para todos los detenidos condenados con sentencia definitiva y se aplica automáticamente a todos ellos, cual que sea la duración de su pena y independientemente de la naturaleza o de la gravedad de la violación que hayan cometido<sup>252</sup>.

B) El gobierno del Reino Unido pidió que la decisión de la IV sala del TEDH fuese remitida a la *Grande Chambre* del mismo Tribunal y dicha petición fue aceptada bajo el art. 43 del CEDH. Sin embargo, la Gran Cámara, en su sentencia *Hirst v. the United Kingdom (no. 2) - GC*, del 6.10.2005 confirmó en su esencia la decisión de la IV sala, aún si modificó unas argumentaciones, esencialmente aceptando la tesis del gobierno del Reino Unido sobre la existencia de un fin legítimo, pero considerando desproporcionadas las limitaciones del derecho de voto previstas para realizarlas. La decisión de la Gran Cámara fue adoptada con una mayoría de 12 votos contra 5 y los jueces disidentes redactaron dos votos particulares, que contestaron la decisión de la mayoría con argumentos de una cierta importancia.

La Gran Cámara describió en primer lugar el marco general en materia de derecho de voto de los prisioneros. El TEDH subrayó que los prisioneros guardan en general todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio, con la excepción del derecho de libertad y que todas las restricciones a dichos derechos tienen que ser justificadas, por ejemplo con exigencias de seguridad o de prevención del crimen<sup>253</sup>. La Gran Cámara excluyó de manera muy rotunda que el

<sup>249</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 42.

<sup>250</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

<sup>251</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

<sup>252</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 49.

<sup>253</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2) - GC*, n. 69.

prisionero pierda sus derechos simplemente en consecuencia de su encarcelación y afirmó que no hay lugar en el sistema del Convenio por una privación automática del derecho de voto basada simplemente en lo que puede ofender a la opinión pública<sup>254</sup>. Los estándares de tolerancia del Convenio no impiden a la sociedad de adoptar medidas en contra de los que intentan destruir los derechos garantizados por el Convenio mismo y las restricciones de los derechos electorales pueden ser adoptadas en contra de individuos que abusaron de un cargo público o que menazaron el estado de derecho o los fundamentos de la democracia<sup>255</sup>. Pero la medida del *disenfranchisement* puede ser adoptada solo si, bajo el principio de proporcionalidad, hay una conexión intelegible y suficiente entre la sanción y la conducta y las circunstancias del individuo afectado<sup>256</sup>.

A diferencia de la IV sala del TEDH, la *Grande Chambre* opinó que el fin perseguido por la legislación inglesa con la privación general del derecho de voto para los prisioneros condenados fuese finalizada a «prevenir el crimen sancionando la conducta de los prisioneros condenados y también de fortalecer la responsabilidad cívica y el estado de derecho» y aceptó esta finalidad como un fin legítimo en la perspectiva del principio de proporcionalidad<sup>257</sup>.

Sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión que la privación en via general del derecho de voto para todos los condenados a una pena de detención de más de 2 años era desproporcionada, sea porqué la ley británica no hacía (y no hace) distinciones entre condenas de diferente gravedad, sea en cuanto la misma ley se aplica en forma general y automática y no deja al juez ninguna evaluación sobre la aplicación de la suspensión del derecho de voto al caso concreto<sup>258</sup>.

En conclusión, el Tribunal definió la disciplina del Reino Unido como

un instrumento sin matices, que priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, un gran número de individuos, y de forma indiferenciada. Esta disposición inflige una restricción global a todos los detenidos condenados que estan espionando su pena y se aplica automaticamente a ellos, cual que sea la duración de su pena y independentemente de la naturaleza o de la gravedad de la infracción que hayan cometido y de su situación personal. Es necesario opinar que una restricción general, automática y indiferenciada, de un derecho consagrado por el Convenio y que tiene una importancia crucial, va más allá del margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el art. 3 del Protocolo no 1<sup>259</sup>.

<sup>254</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 70.

<sup>255</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 71.

<sup>256</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 71.

<sup>257</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 74-75.

<sup>258</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 77.

<sup>259</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 82.

El TEDH, entonces, atribuyó una importancia central a la conexión entre la privación del derecho de voto y las circunstancias particulares del crimen cometido, retomando, también sobre este punto, un argumento del Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La Gran Cámara constató la ausencia de consenso sobre este tema entre los estados contractantes, y reconoció que los estados miembros tienen un margen de apreciación nacional amplio en la definición de las restricciones del derecho de voto, en particular para los prisioneros. Pero al mismo tiempo subrayó que dicho margen no es ilimitado<sup>260</sup> y llegó a la conclusión que la privación automática del derecho de voto en consecuencia de una condena definitiva queda fuera de dicho margen. Pero reconoció que los estados pueden utilizar varias y diferentes medidas para hacer frente a la cuestión del derecho de los prisioneros de votar<sup>261</sup>.

La decisión de la Gran Cámara es interesante también por la opinión disidente de los jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens, que formularon una crítica muy bien argumentada a la posición de la mayoría. En particular, los jueces disidentes afirmaron que «el Tribunal ha constantemente afirmado en su jurisprudencia que los estados contractantes benefician de un amplio margen de apreciación» en la materia del derecho de voto y que «el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 prohíbe las restricciones al derecho de voto que tengan naturaleza general, bajo reserva que no sean arbitrarias y no obstaculen la “la libera expresión de la opinión del pueblo”, lo que pasa por ejemplo con las restricciones basadas sobre la edad, la nacionalidad o la residencia».

Contrariamente a la mayoría nosotros no pensamos que una limitación general al derecho de voto de los detenidos tenga que ser evaluada en manera en principio diferente y hasta hoy la jurisprudencia de los órganos del Convenio nunca ha llegado a una conclusión diferente.

Nosotros no creemos tampoco que sea necesaria una decisión del juez en cada caso concreto. Al contrario, es evidentemente compatible con la garantía del derecho de voto que dicha cuestión sea resuelta en abstracto por el legislador<sup>262</sup>.

Según el voto particular, habría sido preferible una actitud inspirada a la prudencia:

Si las restricciones no afectan la substancia misma del derecho de voto y si no son arbitrarias, se debe declarar la legislación nacional sobre el derecho de voto incompatible con el art. 3 solo si de razones poderosas justifican

<sup>260</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 83.

<sup>261</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 84.

<sup>262</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 4.

una conclusión de este tipo. Nosotros no creemos que razones de este tipo hayan sido formuladas<sup>263</sup>.

El voto particular considera que la interpretación adoptada por la mayoría en el caso *Hirst* es de tipo dinámico-evolutivo y que una interpretación de este tipo necesita de una base en cambios en las sociedades de los estados contratantes y una tendencia al consenso entre sus legislaciones. Esto es esencial porque el Tribunal es un juez y no un legislador<sup>264</sup>.

En otro voto particular el juez Costa subraya que la decisión ha privado el estado contratante de todo margen de apreciación en un derecho (el derecho de voto) que es de creación jurisprudencial<sup>265</sup>.

## 6. EL CASO FRODL V. AUSTRIA

Las principales argumentaciones de la *Grande Chambre* en el caso *Hirst* fueron en seguida aceptados, y ulteriormente desarrollados, por la III sala del TEDH en el fallo *Calmanovici c. Roumanie* (1.7.2008)<sup>266</sup> y por la I sala del mismo Tribunal el caso *Frodl v. Austria* (8.4.2010). Considerada la casi total identidad de argumentos en los dos fallos, se sintetizarán aquí solo los de la segunda de estas dos sentencias.

Según el sistema jurídico austriaco<sup>267</sup>, la privación del derecho de voto no se aplica a todos los condenados por violaciones de normas penales, sino solo a los condenados: a) con sentencia definitiva; b) por crímenes intencionales; c) a una pena de por lo meno un año de prisión (excluyendo las multas y las detención por meno de un año). Según el Tribunal constitucional de Austria, que se había pronunciado sobre la conformidad de este sistema al CEDH, estas limitaciones a la aplicación del *disenfranchisement* diferencian el sistema adoptado en Austria del sistema británico sancionado por la sentencia *Hirst* y permiten a la legislación austriaca de respetar el principio de proporcionalidad quedandose al interior del margen de apreciación nacional<sup>268</sup>.

En su sentencia, la I sala del TEDH sintetizó la jurisprudencia ya elaborada en el caso *Hirst* sobre la existencia de un derecho individual de votar y la admisibi-

<sup>263</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 5.

<sup>264</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 5.

<sup>265</sup> *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, voto particular, n. 9.

<sup>266</sup> A conclusiones parecidas a las de *Calmanovici v. Romania*, App. 42250/02, dec. 10.2.2009, el TEDH llegó otra vez en el fallo *Cucu v. Romania*, App. 22362/06, 13.11.2012, en partic. N. 111.

<sup>267</sup> Art. 26 de la Constitución federal, art. 22 del Reglamento de la Asamblea nacional, art. 44 del código penal.

<sup>268</sup> Se v. las sentencias citadas supra en la nota 7.

lidad de limitaciones a dicho derecho<sup>269</sup>, la contrariedad al Convenio de limitaciones que afecten a la esencia misma del derecho en cuestión<sup>270</sup>, la titularidad de los derechos por los condenados (los prisioneros en general guardan todos los derechos y libertades fundamentales garantizados bajo el Convenio, con la excepción del derecho de libertad) y la inaceptabilidad de un sistema en el cual la privación del derecho de voto sea una simple y automática consecuencia de una condena a una pena de prisión (bajo el sistema del Convenio, en el cual la tolerancia y la apertura mental son caracteres distintivos de una sociedad democrática, no hay ningún lugar para una privación automática del derecho de voto basada sólo en lo que puede ofender a la opinión pública<sup>271</sup>). Establecido este marco conceptual, el TEDH ha reconocido de nuevo la posibilidad de limitaciones al derecho de voto, pero a la condición que sea respetado el principio de proporcionalidad<sup>272</sup>.

El TEDH opinó que la limitación del derecho de voto de los prisioneros prevista por la legislación austriaca correspondía al fin legítimo de la prevención del crimen y del reforzamiento de la responsabilidad cívica<sup>273</sup>, aceptando el argumento del gobierno de Austria, según el cual el sistema era más matizado y meno indiferenciado del sistema británico. Sin embargo, eso no fue suficiente porque el Tribunal llegase a la conclusión que el sistema austriaco es compatible con el Convenio.

Citando su decisión en el caso *Hirst*, pero andando más allá de lo que había afirmado literalmente en aquel fallo, el TEDH individuó tres condiciones porque la privación del derecho de voto de los condenados fuese compatible con el art. 3 del Protocolo Adicional n. 1:

- 1) La exclusion del derecho de voto puede ser prevista solo para un grupo estrictamente definido de condenados que estan espiando una condena de duracion larga
- 2) es necesaria una connexion directa entre los hechos sobre los cuales la condena está basada y la sanción de la privación del derecho de voto
- 3) dicha medida tiene que ser dispuesta preferiblemente non como consecuencia directa de una ley, sino por la decisión de un juez después de un procedimiento judicial<sup>274</sup>.

La finalidad de dichos criterios, según el TEDH, es establecer que la privación del derecho de voto de los condenados – aún si es admisible – sea configurada

<sup>269</sup> *Frodl v. Austria*, App. 20201/04, dec. 8.4.2010, n. 23.

<sup>270</sup> *Frodl v. Austria*, n. 24.

<sup>271</sup> *Frodl v. Austria*, n. 25.

<sup>272</sup> *Frodl v. Austria*, n. 26.

<sup>273</sup> *Frodl v. Austria*, n. 30.

<sup>274</sup> *Frodl v. Austria*, n. 28, citando los n. 77 y 78 de la sentencia *Hirst - GC*.

como una excepción y no como la regla<sup>275</sup>. Por esta razón,

es esencial que la decisión sobre la privación del derecho de voto sea adoptada por un juez, tomando en cuenta las circunstancias específicas, y que exista una conexión entre el crimen cometido y asuntos relativos a elecciones y a instituciones democráticas.

Este argumento del Tribunal – que fue en seguida abandonado en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* – fue expuesto de manera parecida también en el fallo *Calmanovici*:

el principio de proporcionalidad exige la existencia de una conexión visible y suficiente entre la sanción y el comportamiento así como la situación de la persona afectada. El Tribunal consideró también la recomendación de la Comisión de Venecia según la cual la privación de los derechos políticos tiene que ser pronunciada por un juez en una decisión específica, porque un tribunal independiente que utiliza un procedimiento contradictorio ofrece una buena garantía contra la arbitrariedad [...] <sup>276</sup>.

Este argumento, sin embargo, es discutible desde diferentes puntos de vista. Se introduce de esta manera una técnica que en la doctrina italiana se suele llamar reserva de jurisdicción, es decir se permite la limitación del derecho solo bajo previa y específica decisión judicial en el fallo concreto. En primer lugar hay que subrayar que el sistema del Convenio y la tradición constitucional y legislativa de los estados miembros no suportan una conclusión de este tipo: la necesidad que los derechos puedan ser limitados exclusivamente bajo una específica decisión judicial no es general, sino propia de unos derechos, como los de libertad personal, de domicilio, de correspondencia, de prensa, etc. (en el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana).

De otro lado, la limitación del derecho de voto como consecuencia de una condena penal tiene a su origen de un lado una ponderación de intereses realizada por el legislador (que establece dicha consecuencia de una condena) y de otro lado de una decisión judicial sobre la aplicación de la ley al fallo concreto. La intervención preventiva del juez, que según el Tribunal desarrolla la función de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad, ya es necesario para otorgar la sanción penal en el caso concreto y no es necesario preverlo también para la privación del derecho de voto que consigue a dicha sanción: si existe una exigencia de proporcionalidad, es entre unos tipos de crímenes y la privación del derecho de voto, pero a dicha exigencia puede hacerse frente con una ponderación de intereses realizada por el legislador *in abstracto*. Al contrario, una intervención del juez lleva con sí el riesgo de una evaluación caso por caso, con lesión del principio de igualdad, que en la limitación de los derechos políticos tiene que ser respetada de manera particu-

<sup>275</sup> *Frodl v. Austria*, n. 35.

<sup>276</sup> *Calmanovici c. Roumanie*, § 153.

larmente rigurosa, no solo en el interés de su titular, sino también por exigencias de regularidad del proceso democrático, no solo en el interés de su titular, sino también por exigencias de regularidad del proceso democrático, a protección de las cuales esta puesto el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

Después de la sentencia en el caso *Frodl*, la República de Austria pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara, pero su petición fue declarada inadmisibles por el Tribunal bajo el art. 44.2 del CEDH.

## 7. EL CASO GREENS Y EL CASO SCOPPOLA 3

A) En el caso *Greens and M.T. v. The United Kingdom* (22-11-2010), la IV sala del Tribunal volvió a pronunciarse sobre la legislación de Reino Unido, examinando los tentativos del gobierno británico de implementar la decisión de la Corte en el caso *Hirst*. El TEDH constató que los jueces británicos habían rechazado de dejar inaplicado (reading down) el art. 8 de la ley de 2002 sobre las elecciones de los representantes británicos en el Parlamento europeo, que establece la privación del derecho de voto de los condenados prevista por, y que además esta posibilidad no habría influenciado la prohibición prevista por el *Representation of the People Act 2000* para las elecciones nacionales<sup>277</sup>. El TEDH comentó que ningún cambio había sido introducido en la legislación británica y entonces constató la violación del Prot. Ad. n. 1<sup>278</sup>. Considerado que dicha prohibición afectaba a un gran número de prisioneros condenados (en el n. 75 se cita la opinión de la *Equality and Human Rights Commission*, según la cual dicho número es de 100.000 electores), el Tribunal aplicó el procedimiento por los llamados juicios pilas, porque la violación del art. 3 tenía su origen en una situación normativa consolidada.

Subrayando la existencia de un amplio margen de apreciación que el Reino Unido podía utilizar para decidir como adecuar su ordenamiento jurídico a la jurisprudencia *Hirst*<sup>279</sup>, y evidenciado el retraso del gobierno británico en la implementación de dicha jurisprudencia<sup>280</sup>, el TEDH no individuó soluciones específicas y estableció para la presentación de una propuesta de ley finalizada a modificar el art. 3 del *Representation of the People Act 2000* y el art. 8 de la ley sobre la elección de los representantes británicos al Parlamento europeo un plazo de seis meses después de la fecha en el cual la sentencia *Greens* se habría convertido en definitiva<sup>281</sup>. El Tribunal decidió entonces de interrumpir el examen de todos los fallos parecidos que se refirían al Reino Unido, en los cuales se plantease la violación del art. 3 del Prot. Ad. n. 1<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, App. 60041/08 and 60054/08, n. 69.

<sup>278</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, n. 78.

<sup>279</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 113-114.

<sup>280</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 105.

<sup>281</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 115.

<sup>282</sup> *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 120-121.

La petición del gobierno inglés de remitir el fallo ante la Gran Cámara fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 11 de abril de 2011. Sin embargo, en agosto de 2011, el Tribunal mismo aceptó otra petición del gobierno británico de modificar la fecha para eliminar la violación estructural del Convenio establecida en la sentencia *Greens*, individuando como *dies a quo* del plazo de seis meses no el día en el cual la sentencia sobre el caso *Greens* se había convertido en definitiva (el 11 de abril de 2011), sino el día de la sentencia de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3*, sobre el cual la II sala del Tribunal acababa de decidir y acerca de cuya decisión el Tribunal mismo había aceptado la petición del gobierno italiano de remitir el fallo a la *Grande Chambre*. De esta manera el gobierno británico tenía otra oportunidad para exponer otra vez sus argumentos en dicho procedimiento<sup>283</sup>.

B) En el caso *Scoppola contra Italia (n. 3)*, del 18.1.2011, la II sala del Tribunal tuvo la oportunidad de evaluar el sistema italiano de las llamadas «penas acesorias», entre las cuales está incluida la interdicción de los cargos públicos, que tiene como consecuencia la privación del derecho de voto. Este sistema es en parte similar y en parte diferente del sistema inglés, porque es menos automático y general y distingue entre tres hipótesis de base:

- 1) los crímenes sancionados con una condena de menos de tres años, por los cuales no hay privación del derecho de voto;
- 2) los crímenes sancionados con una condena por un período incluido entre un mínimo de tres años y un máximo de cinco, por los cuales se aplica la privación temporánea del derecho de voto por 5 años; y
- 3) los crímenes por los cuales es prevista una pena de más de cinco años, por los cuales se aplica la privación perpetua del derecho de voto (se trata, entonces, de una forma de *life disenfranchisement*, que puede ser eliminada como consecuencia de la rehabilitación del condenado).

A estos tres casos puede añadirse el de los crímenes que, aun siendo sancionados con una pena de menos de tres años, fueron cometidos con abuso de poderes o con violación de los deberes que dependen de una función pública, por los cuales se aplica la interdicción de los cargos públicos y entonces la privación del derecho de voto por un período igual a la duración de la pena, y la de los delitos electorales.

Entonces se puede afirmar que dicho sistema distingue entre casos más graves y casos menos graves, bajo un criterio de proporcionalidad. Sin embargo, el sistema italiano es por unos aspectos aun más radical del sistema inglés, porque cuando se aplica la privación perpetua del derecho de voto, el condenado no recupe-

---

<sup>283</sup> A. Colella, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n. 3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot. 1*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28.5.2012.

ra su derecho de votar ni tampoco después de la expiación de su condena<sup>284</sup>.

Otro perfil relevante en el caso *Scoppola 3* es si en el sistema italiano se realiza una intervención caso por caso del juez en la aplicación de la pena acesoria de la privación del derecho de voto. Según la II sala del TEDH, es esencial que la decisión sobre la interdicción del derecho de voto sea adoptada por un juez y que sea adecuadamente motivada: esta decisión tiene que explicar especialmente las razones por las cuales, consideradas las circunstancias particulares de cada caso, la privación del derecho de voto es necesaria<sup>285</sup>.

El Tribunal concentró su análisis sobre la naturaleza automática de la limitación del derecho de voto, comentó que la cuestión que se plantea es de saber si la privación del derecho de voto presenta las características de generalidad y de automaticidad enumeradas por la Gran Cámara en el fallo *Hirst c. Royaume-Uni (no 2)*<sup>286</sup> y llegó a la conclusión que

la interdicción perpetua del derecho de voto que ha afectado al apelante era una consecuencia de la aplicación de la pena acesoria de la interdicción de las funciones públicas. Esta última deriva automáticamente de la aplicación de la pena principal que consiste en la condena del apelante a la reclusión por la vida. Es entonces necesario constatar que la aplicación de la medida era de naturaleza automática. Hay que subrayar que, como observa el apelante, en las decisiones judiciales de condena del apelante no se hace ninguna mención de esta medida (n. 48).

En lo que se refiere a los caracteres de generalidad y de aplicación indiferenciada, el Tribunal comenta que el criterio establecido por la ley no tiene, en el caso concreto, que una naturaleza basada en la duración de la pena, porque el apelante ha perdido el derecho de voto en consecuencia de la pena de privación de su libertad, independientemente del crimen cometido y de cualquier examen de juez de la causa sobre la naturaleza y la gravedad de esto (*Frodl c. Austria*, citado, §§ 34 et 35). Según el Tribunal, en este contexto, la evaluación del juez al momento de la determinación de la pena y la posibilidad por la persona condenada de obtener en futuro su rehabilitación ... no modifican esta constatación.

La legislación italiana fue entonces considerada en contraste con el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 por la modalidad automática con la cual la interdicción de los cargos públicos produce sus efectos, y en particular por la falta de una decisión judicial específica en la implementación de dicha medida en los fallos concretos.

<sup>284</sup> Este segundo aspecto de la legislación italiana es subrayado correctamente por el juez David Thór Björgvinsson en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola 3*.

<sup>285</sup> *Scoppola v. Italy (no. 3)*, App. 126/05, dec. 18.1.2011, n. 43.

<sup>286</sup> *Scoppola v. Italy (no. 3)*, n. 47.

C) Después de la sentencia de la II sala en el fallo Scoppola-3, el gobierno italiano pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara y – a diferencia de lo que había pasado en los casos *Frodl* y *Greens* – su petición fue aceptada bajo el art. 43.3. del CEDH.

La decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* es un primer paso atrás en la jurisprudencia de la Corte sobre la privación del derecho de voto de los condenados, que en los casos *Hirst*, *Calmanovici*, *Frodl* y *Scoppola 3 (II sala)* había conocido un desarrollo hasta entonces linear, si no expansivo. Como ya se decía, en este fallo la *Grande Chambre* tuvo que hacer frente no solo a la petición del gobierno italiano, sino también a una intervención del gobierno del Reino Unido, que había pedido una revisión de la jurisprudencia *Hirst*. Además, la decisión llegó en un contexto en el cual el gobierno británico había criticado varias veces el activismo del Tribunal y había propuesto, en el período de su presidencia de rotación del Consejo de Europa, de modificar al CEDH para subrayar con mayor claridad su papel subsidiario respecto a los sistemas nacionales de protección de los derechos y para añadir en el Preámbulo al Convenio la mención expresa del margen de apreciación nacional (dichas propuestas son mencionadas también en la llamada Declaración de Brighton)<sup>287</sup>.

La Gran Cámara no abandonó las posiciones tomadas en *Hirst*, pero las interpretó de manera restrictiva y procedió a un *overruling* de un punto central de los casos *Calmanovici* y *Frodl*: la necesidad de la intervención previa de un juez para privar un condenado del derecho de voto. En el punto 99 de su decisión en el caso *Scoppola-3 (GC)* se afirma:

El Tribunal subraya que la decisión en el fallo *Hirst* no menciona explícitamente la intervención de un juez entre los criterios esenciales para determinar la proporcionalidad de una medida de privación del derecho de voto. Los criterios relevantes se refieren solo a si la medida es aplicable de manera general, automática y indiscriminada [...]. Si la intervención de un juez es en principio adapta a garantizar la proporcionalidad de restricciones a los derechos de votos de los prisioneros, dichas restricciones no son necesariamente automáticas, generales y indiscriminadas solo porque no han sido ordenadas por un juez. De hecho, las circunstancias en las cuales una persona es privada del derecho de voto pueden ser especificadas por la ley, condicionando su aplicación a factores como la naturaleza o la gravedad de la ofensa cometida.

<sup>287</sup> Su queste vicende v. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 139 ss. Rileva il nesso fra la decisione della *Grande Chambre* e la posizione assunta dall'opinione pubblica inglese sul diritto di voto dei detenuti anche A. Colella, *La Grande Camera*, cit.

Modificando la decisión de la II sala, la Gran Cámara ha entonces llegado a la conclusión que la privación del derecho de voto sin una decisión judicial *ad hoc* no causa, en sí, una violación del art. 3 del Protocolo n. 1<sup>288</sup>.

Según la Gran Cámara, las distinciones previstas por la legislación italiana entre los casos en los cuales se limita el derecho de voto de los condenados muestran la preocupación del legislador italiano de matizar la aplicación de la medida a las circunstancias particulares del caso concreto, tomando en consideración factores como la gravedad de la ofensa cometida y la conducta del ofensor. Entonces, según la Corte, el sistema italiano no tiene el carácter general y automático que caracteriza el sistema británico, sea porqué los condenados por ofensas de menor gravedad no pierden el derecho de voto, sea porqué se toma en cuenta las circunstancias en las cuales los delitos fueron cometidos y la personalidad del condenado. Sin embargo, cabe subrayar que tampoco en el sistema italiano existe una relación entre el tipo de crimen cometido y la suspensión del derecho de voto y que el poder de ponderación del juez existe solo para los crímenes de menor entidad. Entonces la exigencia de proporcionalidad, sobre la cual el TEDH insiste mucho, es respetada solo dando de este principio una interpretación muy generica y minimal y, sobre todo, claramente diferente de la acogida en el caso *Hirst*, en el cual el Tribunal había considerado esencial la existencia de una conexión entre el tipo de delito cometido y la privación del derecho de voto y la ponderación entre delito y pena acesoria al momento de la condena<sup>289</sup>. De hecho, si se acepta la perspectiva del caso *Hirst*, la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* parece más una marcha atrás que una confirmación de la jurisprudencia anterior.

## 8. LAS DECISIONES DE 2013: LOS CASOS FIRTH, ANCHUGOV AND GLADKOV Y SÖYLER

Después del parcial *overruling* de su propia jurisprudencia en el caso *Scoppola-3* el TEDH ha tenido la oportunidad de volver sobre el asunto del derecho de voto de los condenados en tres circunstancias diferentes.

A) En primer lugar queda pendiente la situación de Reino Unido. El Parlamento británico, hasta la fecha, ha rechazado una modificación de su sistema de privación general y automática del derecho de voto. Los jueces británicos adoptaron unas declaraciones de incompatibilidad entre el *Representation of the People Act* y el *Human Rights Act*, pero siguieron aplicando la ley británica, bajo el principio de la soberanía del Parlamento. El mismo Tribunal supremo del Reino Unido, en una

<sup>288</sup> *Scoppola v. Italy* (no. 3) – GC, n. 104.

<sup>289</sup> Subraya la diferencia entre los criterios de proporcionalidad adoptados en el caso *Hirst* y los del caso *Scoppola-3* GC E.C. Lang, *A Disproportionate Response: Scoppola v. Italy* (No. 3) and *Criminal disenfranchisement in the European Court of Human Rights*, en *American University International Law Review*, 28:3 (2013), pp. 854-855.

decisión muy reciente<sup>290</sup>, aun aceptando los principios desarrollados en el caso *Hirst* como interpretación correcta del art. 3 del Protocolo Adicional n. 1 (y rechazando una petición del gobierno de declarar que la interpretación adoptada por el TEDH no era compatible con dicha disposición), no aceptó las demandas de unos apelantes que pidían el reconocimiento de su derecho de votar. Y el TEDH, en el fallo *Firth and 2353 others vs. United Kingdom* (12.3.2013) ha por el momento decidido de renviar el examen de otras controversias contra el gobierno británico fundadas en el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

En la segunda mitad de 2013, sin embargo, el TEDH ha vuelto sobre el asunto en dos casos que conciernen respetivamente a Rusia y Turquía, en los cuales ha constatado de nuevo la violación del art. 3 del primer Protocolo adicional.

B) En el caso *Anchugov and Gladkov v. Russia* (4.7.2013), la I sala del Tribunal ha analizado otra vez el tema en su conjunto y ha considerado que el sistema de privación del derecho de voto previsto en general para los condenados en Rusia es parecido al sistema británico<sup>291</sup> y es por lo tanto incompatible con el Convenio porque no respeta el principio de proporcionalidad. En particular, el TEDH ha considerado que no es relevante que la gravedad de la ofensa cometida sea tomada en cuenta por el Tribunal que adopta la sanción penal de la cual consigue la privación del derecho de voto, porque no hay ninguna prueba que, cuando deciden si una sentencia de reclusión tiene o no tiene que ser impuesta, los jueces tomen en cuenta que dicha sentencia determinará la privación del derecho de voto<sup>292</sup>. Según el TEDH, hace falta, en el sistema ruso, sea de una intervención judicial en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto, sea de disposiciones legislativas que diferencien entre los diferentes casos<sup>293</sup>. En particular, la sala repite en forma nueva una de las afirmaciones que caracterizan esta jurisprudencia del TEDH (y que nos parecen totalmente infundadas: se vea *infra*, par. 9.2):

In the light of modern-day penal policy and of current human rights standards, valid and convincing reasons should be put forward for the continued justification of maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote as that provided by art. 32 § 3 of the Russian Constitution.

Además, el caso *Anchugov and Gladkov* es interesante porque el TEDH analiza la cuestión de la relación entre una norma constitucional interna y el Convenio y llega a la conclusión que la naturaleza constitucional de la norma que establece

<sup>290</sup> Se v. la sentencia en los casos *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

<sup>291</sup> *Anchugov and Gladkov v. Russia*, App. 11157/04 e 15162/05, dec. 4.7.2013, n. 101.

<sup>292</sup> *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 106.

<sup>293</sup> *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 107.

la privación del derecho de voto de los condenados – en este caso el art. 32.2 de la Constitución Rusa – es irrelevante<sup>294</sup>. Sobre este punto hay una contradicción: el TEDH subraya que según el derecho internacional los estados no pueden justificar la falta de cumplimiento de una norma de un tratado con el argumento que existe una norma constitucional que lo impide, pero de hecho ningún estado miembro del Consejo de Europa ha asumido la obligación de permitir a los condenados de votar: esta obligación no deriva del Convenio, sino de una opción jurisprudencial (muy discutible) del TEDH<sup>295</sup>.

La petición del gobierno ruso de remitir el fallo ante la *Grande Chambre* fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 9 de diciembre de 2013<sup>296</sup> y la sentencia es por lo tanto definitiva.

C) En el caso *Söyler v. Turkey* (17.9.2013), el TEDH ha llegado a la conclusión que también el sistema turco de privación del derecho de voto de los condenados está en contraste con el art. 3 del Protocolo Adicional n.1, porque las limitaciones que establece no respetan el principio de proporcionalidad. En el sistema jurídico turco, el *disenfranchisement* afecta a todos los condenados a una pena de prisión que hayan cometido crímenes intencionales: en comparación con la privación general del derecho de voto por todas las personas encarceladas, originariamente previsto por la Constitución de 1982, hay dos excepciones al *disenfranchisement* de los prisioneros: los prisioneros en espera de juicio y los condenados por crímenes no intencionales.

Según la I sala del TEDH, la distinción prevista en la legislación turca entre crímenes a los cuales consigue el *disenfranchisement* y crímenes (los más graves) por los cuales esta consecuencia no se produce no es suficiente para producir la diferenciación entre los diversos tipos de delitos que es necesaria para que el principio de proporcionalidad, como interpretado por el mismo TEDH, sea respetado. El Tribunal llegó a esta conclusión utilizando una pluralidad de criterios: la ausencia de intervención de un juez (aún si la misma sala precisa no es un criterio esencial<sup>297</sup>); la restricción del derecho de voto no toma en consideración la gravedad del crimen ni las circunstancias individuales en las cuales fue cometido<sup>298</sup>. Como en el caso *Frodl*, la limitación del *disenfranchisement* a los crímenes intencionales no fue considerada suficiente por la I sala, con el argumento que «el gobierno no ha intentado de explicar como y porqué la exclusión de todas las personas condenadas por crímenes intencionales sería compatible con las finalidades perseguidas por el

<sup>294</sup> *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 111.

<sup>295</sup> Esto es muy claro en los puntos de las decisiones en los cuales se reconstruyen los “principios” que regulan el derecho de voto de los condenados: el TEDH es obligado a mencionar solo sus sentencias, porque este criterio es de origen únicamente jurisprudencial: véase *Söyler v. Turkey*, App. 29411/07, dec. 17.9.2013, n. 31.

<sup>296</sup> Se v. el *Press Release* del 10 diciembre 2013.

<sup>297</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 39.

<sup>298</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 41.

art. 3 del Protocolo adicional I»<sup>299</sup>.

En *Söyler* reaparecieron unos argumentos que habían sido marginalizados en *Scoppola-3 GC*: la gravedad del crimen (la sala comparó el delito cometido por Söyler con el cometido por Scoppola subrayando que en el caso en examen el crimen era mucho meno grave<sup>300</sup>), la conexión racional entre la sanción de la privación del voto y la conducta y la circunstancia del apelante<sup>301</sup>.

El *disenfranchisement* turco aparece al TEDH una medida automática y indiscriminada<sup>302</sup>, más duro y extensivo que los previstos en Austria, Italia y Reino Unido<sup>303</sup>.

D) En su conjunto, entonces, la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho de voto de los presos es bastante contradictoria. Los estados miembros del Consejo de Europa pueden quitar el derecho de voto a los presos condenados en forma definitiva, poqué la limitación del derecho de voto es justificada por el fin legítimo de la prevención del crimen, del fortalecimiento de la responsabilidad cívica y del respeto del estado de derecho. Sin embargo, dicha limitación, para respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede ser general: el legislador tiene que prever una distinción entre los casos en los cuales a la condena penal sigue la privación del derecho de voto y los casos en los cuales esta consecuencia no se produce. La distinción, pues, tiene que ser articulada y no puede limitarse a distinguir entre los crímenes intencionales y los no intencionales. La intervención de un juez que establezca en concreto la privación del derecho de voto es una modalidad que el Tribunal considera idonea para asegurar el respeto del principio de proporcionalidad, pero no es necesaria en todos los casos. Sobre este último punto, el paso atrás del Tribunal con la sentencia de la *Grande Chambre* en el caso *Scoppola v. Italy-3 GC* ha añadido flexibilidad al sistema de vínculos construidos por el TEDH (y ha entonces ampliado el margen de apreciación nacional), pero ha atenuado la coherencia de dicha jurisprudencia, cuyo elemento central parece ahora ser esencialmente la exclusión de la automaticidad entre la condena a la carcel y la privación del derecho de voto, por contraste con el principio de proporcionalidad.

Este punto de llegada de la jurisprudencia del TEDH nos parece discutible: pero es ahora necesario situar a esta crítica al exterior de la jurisprudencia misma, que hasta ahora hemos examinado solo desde el punto de vista de su coherencia interior.

<sup>299</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 42.

<sup>300</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 44.

<sup>301</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 45.

<sup>302</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 47.

<sup>303</sup> *Söyler v. Turkey*, n. 38.

## 9. NOTACIONES CRÍTICAS

Después del análisis de los casos, en los cuales se ha intentado de poner en evidencia la evolución de la jurisprudencia, limitando a unas cuestiones específicas las observaciones críticas, es oportuno formular unas consideraciones de conjunto sobre la privación del derecho de voto de los prisioneros condenados desde un punto de vista de teoría constitucional, en cierta medida «exterior» a las argumentaciones adoptadas por el TEDH (en el sentido de independiente de las opciones de política de los derechos fundamentales adoptadas por el Tribunal mismo). Esta perspectiva mueve de la idea que entre las tareas de la doctrina exista la de una vigilancia crítica hacia las opciones de valores, ideológicas o políticas de los órganos jurisdiccionales, especialmente cuando estas sean basadas en actitudes activistas (*judicial activism*) y se muevan fuera de las tradiciones legislativas y constitucionales consolidadas.

### 9.1. CRÍTICAS DE MÉTODO

Toda la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los condenados tiene características criticables en primer lugar por ser abstracta y autoreferencial.

En toda esta jurisprudencia falta un estudio detallado de las constituciones nacionales. Estas constituciones, como Cartas de derechos, son parte esencial del patrimonio constitucional europeo y no pueden ser reducidas a simple objeto de evaluación del Tribunal de Estrasburgo, como si fueran una ley cualquiera o un reglamento municipal. Si se analizan las constituciones escritas europeas, la regulación del derecho de voto muestra una apertura a la posibilidad de limitaciones del derecho de voto por varias razones específicas, que en unos casos son dejadas simplemente a las opciones del legislador<sup>304</sup>, mientras que en otros casos son mencionadas explícitamente. Y no es infrecuente encontrar, entre las causas mencionadas por la Constitución bajo las cuales la ley es autorizada o vinculada a limitar el derecho de voto, la condena penal irrevocable: es el caso del art. 54.2-a de la Constitución de Holanda de 1983<sup>305</sup>, del art. 48 de la Constitución italiana de 1947<sup>306</sup>, del art. 32.3. de

<sup>304</sup> Art. 16 de la Constitución de Irlanda de 1937, art. 49 de la Constitución de Portugal de 1976, art. 61 de la Constitución de Bélgica de 1993, art. 38.2 de la Constitución de Moldavia de 1991, art. 20 de la Constitución de la República Checa de 1992, que deja al legislador la determinación de las condiciones adicionales para el ejercicio del sufragio

<sup>305</sup> 2. Est privé du droit de vote: a. celui qui, pour avoir commis une infraction spécifiée à cet effet par la loi, a été, par une décision judiciaire irrévocable, condamné à une peine privative de liberté d'au moins un an et déchu en même temps du droit de vote; (...).

<sup>306</sup> 4. El derecho de voto no puede sufrir limitaciones sino por motivos de incapacidad civil o por efecto de sentencia penal firme o en los supuestos de indignidad moral especificados por la ley.

la Constitución de la Federación Rusa de 1993<sup>307</sup>, del art. 29.1 de la Constitución de Dinamarca de 1953<sup>308</sup>, del art. 53.1 de la Constitución de Luxemburgo de 1868 (en el texto que resulta de la revisión de 1989<sup>309</sup>), del art. 51.3 de la Constitución de Grecia de 1975<sup>310</sup>, del art. 26.5 de la Constitución de Austria de 1920<sup>311</sup>, del art. 64.c Constitución de Chypre de 1962<sup>312</sup>, del art. 62.2. de la Constitución de Polonia de 1991<sup>313</sup>, del art. 34.2 de la Constitución de Rumania de 1991<sup>314</sup>, del art. 65 de la Constitución de Bulgaria de 1991<sup>315</sup>, del art. 58 de la Constitución de Estonia de 1991<sup>316</sup>, del art. 58 de la Constitución de Malta<sup>317</sup> y del art. 67.5, I cláusula, de la Constitución de Tur-

<sup>307</sup> (...) citizens detained in a detention facility pursuant to a sentence imposed by a court shall not have the right to vote or to stand for election.

<sup>308</sup> 1. Est électeur au *Folketing* toute personne de nationalité danoise qui a fixé son domicile dans le Royaume et qui a atteint l'âge requis pour l'exercice du droit de vote comme prévu au paragraphe 2 ci-dessous, à moins que cette personne n'ait été interdite. Une loi déterminera dans quelle mesure une condamnation pénale et des subventions qualifiées par la loi de secours de l'Assistance publique entraîneront la déchéance du droit de vote.

<sup>309</sup> Ne peuvent être ni électeurs ni éligibles: 1° les condamnés à des peines criminelles; 2° ceux qui, en matière correctionnelle, sont privés du droit de vote par condamnation; (...).

<sup>310</sup> 3. The Members of Parliament shall be elected through direct, universal and secret ballot by the citizens who have the right to vote, as specified by law. The law cannot abridge the right to vote except in cases where a minimum age has not been attained or in cases of legal incapacity or as a result of irrevocable criminal conviction for certain felonies.

<sup>311</sup> Forfeiture of the right to vote and to stand for election can only ensue from a court sentence.

<sup>312</sup> A person shall be qualified to be a candidate for election as a Representative if at the time of the election that person – (...) (c) has not been, on or after the date of the coming into operation of this Constitution, convicted of an offence involving dishonesty or moral turpitude or is not under any disqualification imposed by a competent court for any electoral offence; (...).

<sup>313</sup> (2) Persons who, by a final judgment of a court, have been subjected to legal incapacitation or deprived of public or electoral rights, shall have no right to participate in a referendum nor a right to vote.

<sup>314</sup> (2) Mentally deficient or alienated, laid under interdiction, as well as persons disenfranchised by a final decision of the court cannot vote.

<sup>315</sup> (1) Tout citoyen bulgare qui n'a pas d'autre nationalité, a 21 ans révolus, n'est pas mis sous tutelle et ne purge pas une peine de privation de liberté peut être élu député.

<sup>316</sup> The participation in elections of Estonian citizens who have been convicted by a court of law and who are serving a sentence in a place of detention may be restricted by law.

<sup>317</sup> Section 58 [Disqualification from Voting] - «No person shall be qualified to be registered as a voter for the election of members of the House of Representatives if – (a) he is interdicted or incapacitated for any mental infirmity by a court in Malta or is otherwise determined in Malta to be of unsound mind; (b) he is under sentence of death imposed on him by any court in Malta or is serving a sentence of imprisonment (by whatever name called) exceeding twelve months imposed on him by such a court or substituted by competent authority for

quía (en el texto modificado en 2001)<sup>318</sup>. Considerando la relevancia de este material constitucional en su conjunto, sorprende que el TEDH lo haya ignorado, y lo haya considerado solo como un problema y no como una llave para llegar a la solución. Bajo el examen del derecho constitucional nacional, el TEDH habría tenido que ver en la condena penal irrevocable una condición subjetiva que impide, en principio, el ejercicio del derecho de voto, con la excepción de los casos en los cuales los estados decidan de manera diferente. De las constituciones nacionales parece de hecho posible desprender que la privación del derecho de voto de los condenados puede ser interpretada sea como una forma de protección de la democracia<sup>319</sup> (o – para ser más exactos – de la representación política) *ante litteram*, sea como una consecuencia necesaria de la naturaleza de la institución de la cárcel.

Una actitud más «histórica» y respetuosa de las tradiciones constitucionales nacionales<sup>320</sup> habría evitado al TEDH de gastar inutilmente mucho tiempo (y dinero público) sobre una cuestión – la sobre el pretendido derecho de voto de los condenados – que ha sido creada en abstracto por una orientación jurisprudencial del Tribunal mismo, tomando como base discutibles decisiones judiciales de unos países de *common law* y que no tiene bases suficientes ni en el texto del Convenio, ni en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros. No se trata solo de subrayar la existencia de un margen de apreciación nacional amplio, que el mismo Tribunal reconoce sobre este asunto, aún sin mucha claridad en la definición de su extensión. Se trata de reconstruir el alcance de los derechos garantizados por el Convenio utilizando las constituciones nacionales como instrumento de delimitación de la discrecionalidad y del arbitrio del TEDH. En fin, el de los «prisoners' voting rights» es un tema en el cual muy frecuentemente los jueces supremos han intentado de imponer una visión ideológica de los derechos fundamentales a los equilibrios históricamente consolidados de los estados liberales-demócratas contemporáneos y a sus textos constitucionales: se trata de un ámbito privilegiado del activismo judicial.

---

some other sentence imposed on him by such a court, or is under such a sentence of imprisonment the execution of which has been suspended; or (c) he is disqualified for registration as a voter by or under any law for the time being in force in Malta by reason of his having been convicted of any offence connected with the election of members of the House of Representatives.

<sup>318</sup> Privates and corporals serving in the armed services, students in military schools, and convicts in penal execution excluding those convicted of negligent offences cannot vote.

<sup>319</sup> Nos referimos al concepto de origen alemán de *wehrhafte Demokratie* o de democracia protegida.

<sup>320</sup> Ignorando la tradición constitucional en favor de una razón abstracta construida *ex nihilo* por los mismos jueces (apoyándose, en este caso, sobre decisiones judiciales adoptadas en los últimos diez años), el TEDH se priva de la posibilidad de utilizar la sabiduría que en el pasar de las décadas, y en unos casos (Reino Unido) de los siglos, se ha depositado en las normas y en las instituciones que crearon la misma cultura de los derechos humanos que el Tribunal tendría que fomentar.

## 9.2. PARA UNA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA PLAUSIBLE DE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO DE LOS CONDENADOS

En los casos analizados en este ensayo se mencionaron varios tentativos de justificación de las normas que, en muchos sistemas jurídicos, prohíben a los condenados a la pena de la reclusión, o a los condenados por crímenes especialmente graves, o por unos tipos de crímenes, el ejercicio del derecho de voto. Y se analizaron las objeciones que el TEDH ha opuesto a muchos de estos tentativos de justificación, que en su forma de juzgar juegan el papel del fin legítimo que justifica la limitación del derecho en la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Concluyendo este ensayo, es oportuno intentar de explicar porqué la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados nos parece en general justificada: y esto no solo en la perspectiva de derecho positivo (es decir, en este caso, en el intento de interpretar el art. 3 del Prot. Ad. n. 1) que se ha adoptado en los párrafos anteriores, sino en una perspectiva de teoría constitucional.

A nuestro parecer, la solución más coherente con una buena teoría de los derechos fundamentales es la adoptada por el *Representation of the People Act 1983* del Reino Unido y aún más por el artículo 32.2 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993: es decir la prohibición de votar para todos los condenados, por el período en el cual se purga la condena y, en caso de crímenes de especial gravedad, quizá por toda la vida.

La primera razón que sugiere de adoptar esta perspectiva es la mencionada en varias defensas de los gobiernos acusados en los casos estudiados en este ensayo<sup>321</sup>: es fuertemente oportuno que las personas que violaron la ley penal, y que la violaron en manera tan grave que fueron condenados a una pena de prisión, no puedan participar a la elección de los órganos representativos, que tienen, entre otras cosas, el poder de definir la orientación política del país y de aprobar las normas más importantes que componen sus ordenamientos jurídicos, las de rango legislativo (y entre ellas las normas penales). Se trata de un argumento que es compatible sea con concepciones políticas de corte liberal<sup>322</sup>, sea con interpretaciones republicanas<sup>323</sup> de la política y de la democracia. La tesis según la cual este sería un objetivo «indefinido y simbólico», formulada con un exceso de arrogancia intelectual por el Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé*<sup>324</sup>, es ahora rechazada en las sentencias del

<sup>321</sup> Cf. por ej. *Calmanovici c. Roumanie*, § 148. Pero este argumento se encontraba ya en la posición del gobierno canadiense en *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

<sup>322</sup> A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1072 ss., que cita entre las autoridades liberales Locke, Rousseau, Paine y – con unas cautelas – el mismo Rawls (nota 148).

<sup>323</sup> A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1082 ss.

<sup>324</sup> Cf. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, § 16 e 22. Non parecen, al contrario indefinidas y no demostradas las tesis, contenidas en dicha sentencia, según las cuales to deny

TEDH discutidas en este ensayo<sup>325</sup>.

Es verdad que – como afirma en varias sentencias el TEDH – la condena a la prisión no priva los condenados de todos los derechos fundamentales, pero no es exacto que ellos guardan todos los derechos compatibles con la reclusión: los derechos que guardan son los que son expresión de su dignidad *humana*, que no puede en ningún caso ser vulnerada<sup>326</sup>, pero ellos pierden, por el período de la detención los derechos de *participar a la vida social*, en consecuencia de la naturaleza de la cárcel como institución separada de la sociedad<sup>327</sup>: los derechos de reunión y de asociación, y en general los derechos de participación política<sup>328</sup>. Es su igual dignidad social, y no su dignidad humana, que es comprimida como consecuencia de la condena. Solo individuos libres, que puedan discutir, asociarse, reunirse en público pueden ejercer razonablemente el derecho de voto<sup>329</sup>. Desde esta perspectiva, la posición adoptada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en 1999, según la cual «the vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood», si es cierto que puede explicarse con la historia de aquel País, no es aceptable como afirmación de teoría

---

prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility e the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration.

<sup>325</sup> Esto es muy claro, aun si dichas sentencias llegan a conclusiones diferentes de las aceptadas en este ensayo por una utilización no correcta del *test* de subsidiariedad.

<sup>326</sup> El Tribunal constitucional italiano, en la sentencia n. 349 de 1993 afirmó que quien se encuentra en un estado de detención, aun si es privado de la mayor parte de su libertad, guarda siempre un residuo de la misma, que es especialmente importante porque constituye el último ámbito en el cual puede desarrollarse su personalidad individual.

<sup>327</sup> En este sentido M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 163 (pero el autor, aun constatando el estado actual del derecho objetivo, exprime su esperanza que dicha separación sea reducida o eliminada).

<sup>328</sup> Para este comentario se v. P. Ramsay, *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2013, p. 9 ([http://eprints.lse.ac.uk/48985/1/WPS2013-07\\_Ramsay.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/48985/1/WPS2013-07_Ramsay.pdf)).

<sup>329</sup> Este argumento fue propuesto por el gobierno ruso en el caso *Anchugov and Gladkov* (v. n. 89), pero fue ignorado por la I sala del TEDH.

constitucional<sup>330</sup>. Es claro que eso no significa que el voto sea un privilegio<sup>331</sup> y no un derecho: solo significa que el voto es un derecho cuya titularidad y cuyo ejercicio depende de determinados supuestos, como la edad, la ciudadanía, en unos casos la residencia<sup>332</sup> y de la ausencia de requisitos negativos, entre los cuales está tradicionalmente la condena a una pena de prisión.

Si es cierto que el derecho de voto es un un derecho individual, es también verdad que se trata de un derecho cuyo ejercicio tiene que ser necesariamente colectivo, como los derechos de reunión y de asociación: el voto, como acto individual y aislado, no tiene sentido, de la misma manera en la cual no tiene sentido una reunión o una asociación a la cual participe solo una persona. La dialéctica del derecho de voto – bien sintetizada por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*<sup>333</sup> – incluye ambas estas dos «polaridades»: la liberal y la demócrata, o, dicho con otra palabras, la individual y la social. No se trata de un «derecho de defensa», como los clásicos derechos de libertad, que son reconocidos a sus titulares porque hagan de ellos el uso que más le agrade, sino por el ejercicio de una función pública: el derecho de voto no solo es de ejercicio colectivo, sino es también un derecho funcional. Es entonces fisiológico que las personas a las cuales no es permitido desarrollar una vida social normal, como consecuencia de una sentencia que los haya condenados a la privación de la libertad personal, no sea permitido tampoco votar<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> Según M.Á. Presno Linera, *Ed derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 143 el que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y, además, esa circunstancia no convierte a quien se encuentra en ella en una persona carente de dignidad, por lo que la sanción consistente en la privación del sufragio activo por ese motivo no es en absoluto compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución». Sin embargo, a nuestro parecer, la capacidad de autodeterminación política es estructuralmente limitada por la institución de la cárcel. Es exacto que el que se encuentra en la condición de privación de libertad no pierde su dignidad humana, pero el derecho de voto no es una consecuencia inmediata de esta última, como resulta del hecho que la titularidad de dicho derecho depende de varios requisitos ulteriores respecto a la capacidad jurídica.

<sup>331</sup> El argumento según el cual el voto es un derecho y no un privilegio es utilizado con frecuencia sea en la jurisprudencia, sea en la doctrina (ad es. A.W. Powers, *Hirst*, cit., p.2) para llegar a la conclusión que los condenados gozan de este derecho.

<sup>332</sup> Se v. la decisión de la *Grande Chambre* del TEDH en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. n. 42202/07, dec. 15.3.2012, en el cual se excluye que la falta de medidas que permitan a los ciudadanos residentes en el exterior de votar sea en contraste con el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 (y en el mismo sentido v. *Shindler v. The United Kingdom*, § 114).

<sup>333</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), tr. fr., *Théorie de la Constitution*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, pp. 383-384.

<sup>334</sup> En la cultura liberal contemporánea la justificación de la privación del derecho de voto de los condenados a una pena de prisión parece muy difícil (veanse los argumentos en este sentido de A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1096 y ss.). Sin embargo, a nuestro parecer, esta dificultad depende de la exclusión del concepto de responsabilidad individual de la cultura liberal de los derechos.

Además, es necesario someter a crítica otra afirmación repetida muchas veces en varias sentencias del TEDH, según la cual la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados afectaría al principio del sufragio universal porqué privaría del derecho de voto una entera categoría de ciudadanos<sup>335</sup>. Esta afirmación no es exacta, porqué la exclusión no afecta a una «categoría» de personas seleccionadas por características intrínsecas que la distinguan de otras, sino a personas que han sido *individualmente* condenadas, con un justo proceso legal, para haber *individualmente* violado normas penales sancionadas con la pena de la detención: entonces por comportamientos que adoptaron libremente (es decir como personas dotadas de libre albedrío) aun si en presencia de una prohibición dispuesta por la ley penal<sup>336</sup>. La afirmación aquí criticada tiene el mismo valor de una afirmación cuyo contenido sea que con la prisión se priva de la libertad personal una entera categoría de personas. En ambos casos, la categoría es constituida no con finalidades discriminatorias, sino como consecuencia de la violación de preceptos penales y con la finalidad última de asegurar el respeto de la ley y de garantizar la paz social. La categoría de la que se habla no existe en sí, sino solo como suma de las personas que se encuentran en dicha situación, como consecuencia de sus actos voluntarios, que consisten en la violación de normas penales, constatada por jueces independientes y imparciales en cada caso concreto.

Si estos argumentos prospectan una justificación posible y plausible del *disenfranchisement*, su finalidad es llegar a la conclusión que ella *pueden* justificar la limitación del derecho de voto en los estados miembros del Consejo de Europa en el ejercicio de su margen de apreciación nacional y no la de afirmar que esta conclusión sea la única compatible con la naturaleza del derecho de voto y de la institución social denominada cárcel. Considerado el texto del art. 3 del Prot. Ad. n. 1 y las tradiciones constitucionales nacionales, el derecho a elecciones libres previsto por el CEDH puede ser interpretado sea en la perspectiva esbozada en este ensayo, sea como derecho subjetivo perfecto: y no es competencia del Tribunal de Estrasburgo, sino de los estrado miembro cerrar esta alternativa, que el Tribunal tendría que dejar abierta, limitandose a controlar los confines exteriores de las diferentes concepciones del derecho de voto compatibles con el citado art. 3<sup>337</sup>. Es verdad, de

<sup>335</sup> Se vea *Frodl contra Austria*, nr. 24; *Scoppola contra Italia (n. 3) – GC*, nr. 96; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, nr. 96; *Söyler contra Turquía*, nr. 34.

<sup>336</sup> Este argumento fue utilizado por un tribunal federal de Estados Unidos en el caso *Wesley v. Collins*, 605 F. Supp. 802, 813 (citado por A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1078-79), según el cual los condenados are not disenfranchised based on any immutable characteristic, such as race, but on their conscious decision to commit an act for which they assume the risk of detention and punishment.

<sup>337</sup> Se retoma aquí un argumento ya expuesto en la *dissenting opinion* en el fallo *Sauvé v. Canada*: «s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of

hecho, que – como afirmó el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Sauvé* - it is for the Courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote<sup>338</sup>. Sin embargo, lo que es el derecho de voto I cuales son sus límites tiene que ser definido sobre la base de un material normativo mas amplio y rico, en el cual es necesario incluir, en el caso del CEDH, las tradiciones constitucionales nacionales y su diversidad, al fin de evitar que la indeterminación de las disposiciones sobre los derechos permita a los jueces de imponer su concepción de filosofía social y política.

De toda manera, también en una perspectiva, como la adoptada aquí, favorable a la posibilidad que los estados supriman el derecho de voto de los prisioneros condenado a la reclusión por el período de expiación de la condena, sobra un espacio para unos límites y para un control sobre la proporcionalidad de la restricción. De hecho, la afirmación que se encuentra en unas de las sentencias analizadas en los párrafos anteriores, según la cual la privación del derecho de voto no puede ser impuesta a la ligera<sup>339</sup>, parece en principio aceptable. Pero, a nuestro parecer, la consecuencia de una condena a una pena de prisión, es decir la privación de la libertad personal, afecta a la libertad y a la autonomía de la persona en manera mucho más intensa que la privación del derecho de voto. Entonces, si hay una consecuencia sobre la cual un sistema jurídico tiene que ser muy prudente, es la privación de la libertad personal – que tendría que ser siempre una medida of last resort – y no la consecuencia ulterior del *disenfranchisement*. Una vez que se llegue a la conclusión que la primera sanción es inevitable, parece razonable excluir el condenado también del derecho de elegir a los representantes de la nación. Por lo tanto, parece cond divisible la tesis según la cual [The] deprivation of political rights is proportionate because it lasts no longer than her imprisonment<sup>340</sup>.

Este paralelismo entre la privación de la libertad personal y la limitación

---

rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*».

<sup>338</sup> *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 13.

<sup>339</sup> Dicha afirmación es a su vez tomada de *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 9.

<sup>340</sup> P. Ramsay, *Faking Democracy*, cit., p. 14.

del derecho de voto podría encontrar dos excepciones: de un lado la privación del derecho de voto no tendría que aplicarse, en virtud de la presunción de inocencia<sup>341</sup>, a los prisioneros todavía no condenados o cuya condena no sea definitiva (y esto porqué en casos de este tipo la privación de la libertad personal corresponde a finalidades cautelares, pero la persona es presumida inocente y por esta razón la suspensión de sus derechos políticos podría ser desproporcionada); en segundo lugar, la conexión entre prisión y privación del derecho de voto tendría que funcionar no solo para justificar la privación del derecho, sino también para excluir, en principio, el *life disenfranchisement*, también en los crímenes más graves: no se quiere decir, aquí, que el *life disenfranchisement* sea en absoluto contrario al principio de proporcionalidad, sino solo que tendría que aplicarse solo a crímenes de gravedad excepcional (en principio los mismos para los cuales se admite – o se admitía – la pena de la reclusión por la vida, aun si de hecho se procede a la liberación anticipada del condenado).

Parece razonable llegar a esta conclusión no solo por razones de protección de intereses individuales, sino también para evitar que el número de las personas privadas del derecho de voto llegue a cantidades elevadas, como pasa en unos estados del sur de Estados Unidos<sup>342</sup>, en los cuales el porcentaje de electores privados del derecho de voto llega en unos casos al 13 por ciento del electorado, alterando, entre otras cosas, la fuerza electoral de los diferentes grupos raciales.

---

<sup>341</sup> ...reconocida por muchas constituciones y también por el CEDH (art. 6.2).

<sup>342</sup> A.C. Ewald, “*Civic death*”, cit., p. 1045-1046. En este mismo ensayo se subraya que el fenómeno tiene una «dimensión racial» (p. 1048 y literatura allí citada).

**O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS: NOVAS  
PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS**

*The procedures regarding incorporation of International Treaties: new  
perspectives from Brazilian Supreme Court*

**RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS**

Doutor em Direito pela UGF/University of California (San Francisco), Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional e Direito/Processo Penal da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). *Visiting Researcher* da Univeristy of California. E-mail: ricardoeroberta.gueiros@gmail.com.

**JOÃO GUILHERME GUALBERTO TORRES**

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Monitor da disciplina de Direito Constitucional II na mesma Universidade. Participante do Programa Institucional de Iniciação Científica da UFES (PIIC). E-mail: joaogtorres@hotmail.com.

RECEBIDO EM: 19.11.2013

APROVADO EM: 15.12.2013

---

**RESUMO**

O presente artigo, com análise crítica da jurisprudência da Suprema Corte, pretende enfrentar a recepção normativa interna dos tratados internacionais versados em direitos humanos, temática esta que não deve se encontrar alheia à preocupação acadêmico-doutrinária. Em verdade, muitos ainda os desafios na compreensão de que, sendo o escalonamento uma escolha político-legislativa, não cabe ao intérprete a livre construção de ideias, através de mecanismos desvinculados das normas constitucionais. A opção constituinte deve, em atenção à construção de um Estado Democrático de Direito, ser respeitada.

**PALAVRAS-CHAVE:** TRATADOS. HIERARQUIA. EC 45/2004. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. DIREITOS HUMANOS.

---

**ABSTRACT**

This article, with a critical analysis of the case law of the Supreme Court, intends to address the incorporation of international treaties versed in human rights; this issue should not be analyzed without the academic and doctrinal concern. In fact, the remain challenges, since the hierarchy (between the Statutes) is a political option, the interpreter cannot be free in his ideas, without focusing the constitutional rules. The legislative option should, in consideration of creating a democratic state of law, be respected.

**KEYWORDS:** TREATIES. HIERARCHY. CONSTITUTIONAL AMENDMENT N 45/2004. PACT OF SAN JOSÉ. HUMAN RIGHTS.

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A hierarquia das normas jurídicas. 1.1. A relação existente entre direito interno e direito internacional. 2. A incorporação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: as teorias existentes. 2.1. O caminho trilhado pela jurisprudência na incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. 2.2. A perspectiva no âmbito do direito comparado. 3. Perspectivas futuras, ou de como devemos aplicar as teses ora expostas. 3.1. A proposta regimental do Congresso Nacional: as complementações legislativas necessárias. Conclusão. Referências.

---

**INTRODUÇÃO**

Ficamos, por vezes, a imaginar quais seriam as conseqüências de um ordenamento jurídico sem um escalonamento hierárquico. Em verdade, esse questionamento traz, em outras palavras, uma indagação mais profunda, o que não é objeto precípua da presente investigação, ou seja, qual a (real e eventual) necessidade de haver um sistema hierárquico de normas. Ora, são elas entes amórficos. Estaríamos escalonando esses entes para fins de regulação de quem os criou? Mas, independentemente desse aspecto, é dessa problemática (a hierarquização) que nosso conflito (problemática) vem à tona.

O presente trabalho tem por escopo um exame mais acurado, e atual, da incorporação do direito internacional no ordenamento jurídico pátrio, máxime após a Emenda Constitucional n. 45/04, a qual acresceu, entre outros, ao artigo 5º da Magna Carta, o parágrafo 3º, que versa sobre o procedimento de votação de tratados internacionais de direitos humanos.

A importância, embora vastos já sejam os posicionamentos do Supremo

Tribunal Federal na matéria, não se cinge à hierarquia assumida pelos tratados de direitos humanos, senão que se busca avançar e perquirir acerca dos próximos passos a serem dados; isto é, de que forma os tratados antes da Emenda Constitucional 45, ou mesmo antes da Constituição de 88, devem ser analisados. Em linha de conta, traz-se a lume a proposta de alteração do regimento interno do Congresso Nacional, modificadora do quórum de votação de tratados internacionais, em alinhamento, já tardio, com a EC em epígrafe.

De lá para cá, é-nos exigido adequação, diante do novo paradigma trazido pela mencionada emenda, de todo o ordenamento jurídico. Assim, não mais se admite possa haver restrições indevidas a direitos e garantias fundamentais, uma vez pactuado, a nível internacional, a defesa interna dessas conquistas.

O estudo mais detido da estrutura escalonar do ordenamento jurídico brasileiro é fundamental ao desenvolvimento de questões que possam, por ventura, vir a ser enfrentadas, porquanto, a cada dia, maior a dependência mútua entre os Estados, numa necessidade de cooperação, para a satisfação das mais diversas carências.

O tema em especial, demonstra a preocupação, sempre válida, da colocação pátria em meio ao quadro internacional que se amolda em clara preocupação com a defesa dos direitos humanos e os mais diversos e coletivos valores.

Nesta quadra da história, ainda há resistência a que a incorporação escolhida pelo legislador tenha sido consentânea com as exigências políticas da época, mas que não podem, ainda assim, ser suplantadas por teorias que visam a alçar voos mais altos.

## 1. A HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS

É antiga a visão de que a estrutura escalonada das normas jurídicas serve como parâmetro para estudo do ordenamento jurídico. A importância reside na facilidade de perceber-se de que forma é possível que uma norma retire de outra seu fundamento de validade, possibilitando não só o fortalecimento, em último grau, de uma Constituição rígida, como também realçando aquilo que nela vem pregado por vontade do legislador.

De acordo com tal estudo, toda norma retira seu fundamento de validade de outra norma, superior, por excelência, formando, assim, uma estrutura supraordenada na qual é possível surgir um mosaico piramidal, em que normas inferiores estejam de acordo com normas superiores, ao menos no primeiro momento dessa visualização.

Em consequência, haverá um momento em que, não sendo possível um regresso ao infinito, uma norma última há de ser pressuposta como fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico. A essa norma, *Hans Kelsen* atribuiu o nome de “norma fundamental hipotética” (*Grundnorm*), a qual não retira seu fundamento de validade de outra norma, senão que se apresenta como um

fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre essa norma fundamental<sup>343</sup>.

Esse último parâmetro de validade permite que qualquer outra norma, de escalão inferior, possa, ou não, manter-se no ordenamento jurídico observado. Certo é que, por presunção de validade, toda e qualquer norma é passível de adentrar na estrutura escalonada, ali permanecendo até que outra norma, revogadora, a anule porque não condizente com o parâmetro de validade preestabelecido.

Interessante questão traz Lenio Streck<sup>344</sup>, como uma das dificuldades encontradas no Brasil. Isto é, a ausência de uma verdadeira teoria das fontes não consegue dimensionar os problemas havidos pela não compreensão do estamento galgado por determinada norma jurídica dentro do ordenamento pátrio; e de que forma sua hierarquia se faz possível a depender do órgão legiferante ou do procedimento já previamente estabelecido. Mais abaixo se apontará a mudança trazida no bojo da Emenda Constitucional n. 45/04, ao prever procedimento específico (semelhante ao de votação de emenda constitucional) para tratados versados em direitos humanos.

Em verdade, pensamos tratar-se de problema atinente a toda realidade jurídica. São comuns as queixas por pessoas inseridas na área que juízes andam descumprindo a legislação, apondo às decisões a própria marca de personalidade e de pessoalidade. Em livre convencimento e em libertinagem interpretativa, tem-se observado prolação de decisões desvencilhadas do suporte fático textual, escamoteando-se o texto legal.

Assim, também, ocorre com a ânsia acadêmico-doutrinária em propagar, tão logo ratificado o tratado internacional, os direitos e garantias acolhidos em seu bojo, sem, por vezes, mínima preocupação na forma com que se deve dar a incorporação desses acordos entre Estados.

Não se franqueia que a Constituição seja ela mesma “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático)<sup>345</sup>. O contrário seria pactuar com uma suposta autorização para ativismos, que acabam por redundar em decisionismos.

Indagar, por isto, o critério de pertença de uma norma é, antes de tudo, conferir-lhe, de acordo com os mandos constitucionais postos por autoridade competente, de que modo passa a ser válido no sistema jurídico o preceito normativo legislado, ou se se preferir, incorporado.

Não é, porém, de fácil resolução a questão atinente ao colocado em debate.

<sup>343</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 219.

<sup>344</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>345</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 47.

A adoção de diretrizes internacionais e a colocação do Brasil na órbita externa impõe considerar os anseios referentes à abertura, cada vez maior à defesa de minorias, dos direitos humanos e de classes e gêneros ditos hipossuficientes. Não é outra senão a velha formação de um “Estado Constitucional Cooperativo”, nas palavras de *Peter Häberle*.

Contudo, ainda que possa parecer antipático aos olhos de tantos, sobrepujar a vontade constitucional de disciplinar ou não em espaço interno o relevo dado a esses pactos é igualmente repudiar o texto constitucional e desvencilhar-se dos critérios adotados pelo constituinte, representante democrático das escolhas de um povo.

Assim, com *Friederich Müller*<sup>346</sup>, pode-se dizer que a legitimidade do poder constituinte do povo só é possível se houver a incorporação das pretensões deste ao texto (*Vertextung*) da Constituição, tendo por interlocutor o povo enquanto instância de atribuição, sendo que o procedimento democrático de pôr em vigor a Constituição dirige-se ao povo ativo. Sem, obviamente, descurar do cerne constitucional (democrático, por excelência) observado pelo povo-destinatário dos direitos.

### 1.1. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

A análise da relação havida entre direito interno e direito internacional, trilhando o exposto no tópico anterior, não se assenta no conteúdo sobre o qual versa o tratado internacional, ou da ordem internacional, como um todo. Pelo contrário, funda-se, justamente, naquilo que pode ser considerado pressuposto de validade para a existência do direito internacional, se da perspectiva de que o direito internacional é ou não parte integrante do direito interno, para as teorias monistas, ou se é possível a convivência de duas ordens simultâneas, e, por conseguinte, de dois fundamentos de validade (teoria dualista ou pluralista).

Para aqueles adeptos da teoria dualista, existiriam duas ordens jurídicas coexistentes, internacional e nacional, que poderiam vir a ser diferenciadas na fonte (vontade do Estado), nos sujeitos (indivíduos ou Estados) e no conteúdo (subordinação ou coordenação)<sup>347</sup>.

De acordo com a teoria dualista, enquanto no direito interno, a vontade emana do próprio Estado, no direito internacional exige-se a vontade conjunta dos Estados. Decerto, é algo a diferenciar entre as ordens normativas sobre as quais se debruça, haja vista, na estrutura interna, ser possível enxergar-se o eixo vertical que fundamenta a estrutura jurídica interna. De outro modo, no plano internacional, a inexistência de um órgão único supranacional e sancionador, possibilita a que só seja possível a manutenção do direito internacional através dos acordos bi ou plurilaterais, pelos quais se obriga o próprio Estado.

<sup>346</sup> MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 108.

<sup>347</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 296.

Quanto ao conteúdo, a preocupação da ordem interna em normatizar a conduta dos indivíduos, dos sujeitos nacionais, sendo que no direito internacional a atenção se volta aos interesses supranacionais.

Em posição mais moderada, propugna-se pela obrigatoriedade das leis no âmbito interno, e pela incidência da regra do *pacta sunt servanda*, em âmbito internacional.

Nenhuma das duas teorias dualistas (ou pluralistas), todavia, está imune a críticas, em especial, quanto à lógica de sua construção. Com supedâneo em *Kelsen*, não se pode aceitar que dois complexos de normas formem um sistema normativo unitário, delimitados nos respectivos domínios de validade, um em face do outro. Para tanto, seria, ainda, necessário, um terceiro e superior ordenamento, que os delimitasse e os coordenasse. Eis que “*a determinação do domínio de validade é a determinação de um elemento de conteúdo do ordenamento jurídico inferior pelo superior*”<sup>348</sup>.

A diferença entre as duas existentes construções monistas, todavia, reside em que, a seguir o pensamento kelseniano, aquela que toma o direito interno como fundamento de validade para a ordem internacional, pressupõe-se que a primeira constituição histórica, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é um fato gerador de direito. De outro lado, a teoria monista que sustenta o primado da ordem internacional sobre a interna, não toma qualquer ordem interna como ponto de partida, senão que se sustenta na própria ordem internacional o fundamento de validade, pressuposta por virtude da qual o costume é um fato gerador de direito<sup>349</sup>.

O ponto fulcral é, pois, observar tratar-se de política a prevalência, adotada a teoria monista, do direito interno ou do direito internacional. Se o próprio Estado é quem se obriga no plano internacional, dele parte a maior ou menor vontade de reduzir sua soberania e submeter-se às regras pactuadas em nível horizontal com demais Estados. De fato, não há qualquer elemento que o obrigue a se limitar mais ou menos em plano internacional, senão a sua vontade política.

Assim, também, ocorre com o processo de integração regional e os direitos nacionais (p. ex., Mercosul), exigindo-se, para tanto, o desenvolvimento de “um mecanismo original de coexistência entre a ordem jurídica”<sup>350</sup> e os anseios integrativos.

Salienta-se que “não existe uma teoria jurídica que conceitue as relações entre o direito dos processos de integração e os ordenamentos jurídicos nacionais”<sup>351</sup>.

<sup>348</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 369.

<sup>349</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 378.

<sup>350</sup> KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. *Revista Brasileira de Política*, vol. 52, n. 1, Brasília, jan./jun., 2009.

<sup>351</sup> Idem. *Ibidem*.

A criação de uma ordem comunitária é, mais uma vez, fruto da política exercida pelos Estados adeptos da vontade de aproximação, quer seja por elementos culturais, sociais, políticos ou econômicos.

Nesses tempos, é de se observar, em que a busca pelo pacifismo se faz contundente e a necessidade de ajuda externa mútua é cada vez mais evidente, os laços criados a nível supraestatal suplantam as diferenças culturais, étnicas, religiosas e acabam exigindo do Estado um posicionamento de inserção na ótica globalizada<sup>352</sup>. O que *Kelsen* chamaria de *Weltanschauung* em matéria de submissão ou não aos tratados internacionais e em que grau no direito interno.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, optou o constituinte brasileiro, adotando a teoria monista, por fazer prevalecer a ordem interna, porquanto esta estabeleceu, de antemão, o procedimento necessário para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos a nível constitucional, do que se pode deduzir a sistemática quanto aos demais acordos internacionais.

A EC n. 45/04 surge como marco delimitador do mecanismo de incorporação porque, pela primeira vez, dita o procedimento necessário para que os direitos humanos, pactuados na esfera externa, alcancem *status* de normas constitucionais, pacificando a celeuma, ao menos num primeiro momento (e a nível legislativo), existente na doutrina e na jurisprudência.

Acreditando em que a crescente intensificação das relações internacionais pudesse, um dia, levar à supremacia da comunidade internacional, logo após a promulgação da Constituição de 1988, aduzia *Celso Ribeiro Bastos* que, vindo a consumir-se, em sua inteireza a noção de submissão dos Estados às normas internacionais, heteronomamente impostas, “*estará superada a própria noção de Estado*”. De modo que, “*a organização política da humanidade terá assumido uma natureza e feição profundamente diversa daquelas dominantes em nossos dias*”<sup>353, 354</sup>.

---

<sup>352</sup> Em crítica aguda à resistência à incorporação dos Tratados internacionais sobre Direitos humanos, embora pouco destoante dos lindes do afirmado neste ensaio, conferir LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 24-26, *passim*.

<sup>353</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 262.

<sup>354</sup> Pérez Luño, citado por André Ramos Tavares, sustenta que “no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais o positivismo teve um papel importante ao colocar a exigência de uma concreção jurídica dos ideais jusnaturalistas, para dotá-los de autêntica significação jurídico-positiva. Contudo, os acontecimentos políticos se encarregaram de evidenciar, em certas ocasiões, de forma trágica, a necessidade de situar a fundamentação do sistema da liberdades públicas em uma esfera que ultrapassa o arbítrio da jurisdição interna de cada Estado”. In TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 553.

## 2. A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: AS TEORIAS EXISTENTES

Com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – Decreto 678/92) e com a adesão brasileira ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Decreto 592/92), interessante discussão frequentou o meio acadêmico e doutrinário, indo parar na jurisprudência da Suprema Corte. Tratava-se, pois, de indicar a hierarquia assumida pelos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo surgido várias vertentes, entre as quais<sup>355</sup>: a) supraconstitucionalidade<sup>356</sup>; b) hierarquia constitucional<sup>357</sup>; c) supralegalidade<sup>358</sup>; d) *status* de lei ordinária<sup>359</sup>.

Duas colocações são importantes. Em primeiro lugar, deve-se observar o grau hierárquico ocupado por tratados que versem sobre direitos humanos, pois, do contrário, assumirão eles mesmos *status* da legislação ordinária.

Curioso notar, a esse respeito, o art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual “*os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*” (grifou-se). O preceito normativo em tela não somente aduz a respeito da revogação por incorporação superveniente de tratados internacionais em matéria tributária, o que se assemelharia à adoção do mesmo grau hierárquico, havendo derrogação por critério cronológico, como, ainda, passado este momento, condicionaria as demais legislações futuras, limitando o legislador na elaboração normativa. É dizer, se incorporado, assume um caráter supralegal, condicionando a atividade legiferante.

Há, portanto, desde a década de 40, previsão, infraconstitucional, diga-se

<sup>355</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 656-675, *passim*.

<sup>356</sup> Representativo da defesa desta teoria, o eminente professor Celso Albuquerque Mello.

<sup>357</sup> No Brasil, Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan perfilharam o entendimento de hierarquia constitucional a ser atribuída aos tratados que versem sobre Direitos humanos.

<sup>358</sup> Entendimento que restou esposado no paradigmático julgamento do RE 466.343/SP, de relatoria do ex-Ministro Cezar Peluso, julgado em 3 de dezembro de 2008.

<sup>359</sup> Esta a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ainda precoce a discussão da matéria, anteriores, os julgados, à EC n. 45, seguindo jurisprudência firmada na Corte. Cf. RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977; ADI 1.080/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 4 de setembro de 1997. Desta última, é possível extrair o seguinte trecho da ementa: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao Direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de Direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.” E ainda se asseverou que a resolução de conflito antinômico somente seria possível através dos critérios de cronologia (*lex poster derogat lex anterior*) e de especialidade.

de passagem, a respeito da incorporação de tratados que fugissem ao plano ordinário legislativo. Perceba-se, no entanto, que tão somente abrange a matéria tributária, o que não se cogitava até a promulgação da vigente Carta Magna e, em especial, após o advento da EC n. 45/04, quanto a tratados e convenções sobre direitos humanos.

Em segundo lugar, mister consignar a diferença substancial provocada pela inserção do § 3º no artigo 5º da Magna Carta. A previsão de procedimento semelhante ao exigido para emendas constitucionais não pode ser olvidada pelos estudiosos do direito. Parece claro que, a seguir o quórum previsto, alcançará o tratado sobre direitos humanos o mesmo grau hierárquico das demais normas constitucionais, o que inviabiliza entendimento acerca da teoria de supraconstitucionalidade<sup>360</sup>.

Segundo alguns doutrinadores, contudo, a tão só presença do § 2º, no art. 5º, permitindo a extensão do rol de Direitos Fundamentais e o art. 4º, inciso II, todos da Constituição Federal, já seriam permissivos claros de que tais acordos internacionais devessem assumir hierarquia constitucional, quiçá, supraconstitucional.

Voltando às teorias até então apresentadas pela doutrina<sup>361</sup>, a primeira delas incorpora os tratados internacionais sobre direitos humanos com *status* supraconstitucional, conferindo-lhes aplicabilidade imediata. Nas palavras de Bidart Campos, citado por Gilmar Mendes, “*si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo con tal propósito interpretamos que las vertientes del constitucionalismo moderno y del social han enrolado [...] en líneas del derecho interno inspiradas en un ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar (de lege ferenda) a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución*”<sup>362</sup>.

Ocorre, todavia, que algumas implicações traz a adoção da referida tese. A uma, que a rigidez constitucional, desenvolvida pelo princípio da supremacia forma e material da Constituição, impediria a adequação da tese diante do quadro apresentado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A duas, que, a prevalecer, impediria o controle de constitucionalidade dos atos internacionalmente pactuados, o que levaria ao questionamento: em havendo descumprimento do *iter* procedimental de incorporação dos tratados, qual solução seria adotada? Ainda, no plano material, a adequação aos direitos e garantias fundamentais já presentes no seio constitucional.

A tese de atribuição de hierarquia constitucional enxerga no § 2º do art.

<sup>360</sup> A este propósito, interessante conferir a discussão traçada entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 87.585, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 03.12.2008.

<sup>361</sup> Apenas para situar, conferir, entre outros, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.544-572; BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 698-712.

<sup>362</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 658.

5<sup>o</sup><sup>363</sup> da Magna Carta uma *cláusula aberta de recepção* de direitos outros subscritos pelo Brasil, no plano internacional, conferindo-se, ademais, aplicabilidade imediata, desde a ratificação, dispensando-se a intermediação legislativa, em leitura do § 1<sup>o</sup> do mesmo art. 5<sup>o</sup><sup>364</sup>.

Em caso de conflito, adotar-se-ia o princípio do *in dubio pro homini* ou fazendo prevalecer o princípio da dignidade humana, com o consectário da norma mais favorável à pessoa humana. *Cançado Trindade* asseverou que “*a normativa dos tratados de Direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento contrário requer demonstração*”<sup>365</sup>.

Tal doutrina esvaziou-se com o advento da EC n. 45/04, a qual, conforme já se disse, trouxe procedimento próprio de incorporação de tratados sobre direitos humanos, a nível constitucional<sup>366</sup>. A exigência de aprovação através de quórum especial no Congresso Nacional mitiga a adoção da vertente esposada pelo autor.

A vigência do mesmo parágrafo terceiro reflete, para alguns, que não pode, todavia, entender-se possível o plano meramente ordinário dos tratados incorporados. Isso porque, ao prever quórum especial, ter-se-ia ressaltado o caráter especial dos tratados sobre direitos humanos em relação aos demais tratados, os quais assumem, incontestavelmente hierarquia ordinária.

Destarte, a terceira vertente assenta-se na posição intermediária de ditos tratados, é dizer, acima do nível ordinário, da legislação comum, mas abaixo do nível constitucional, somente alcançado se aprovado, no Congresso Nacional, de acordo com o procedimento prescrito.

Por fim, a quarta e última vertente, já superada, como se verá abaixo, pela jurisprudência e pela doutrina, atribuía aos tratados incorporados o nível semelhante ao da legislação ordinária.

Uma preocupação merece ser externada e, inclusive, foi aventada em várias decisões da Suprema Corte. A caracterização dos tratados internacionais, para fins de abrangência ou não da temática dos direitos humanos poderá, num futuro próximo, gerar sérias dúvidas aos estudiosos do Direito. Isto porque nem sempre os acordos internacionais são claramente extensores do rol dos direitos humanos, abordando, por vezes, indiretamente a questão, ou, ainda, apenas fazendo referência.

<sup>363</sup> CRFB, art. 5<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>364</sup> CRFB, art. 5<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>365</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 661.

<sup>366</sup> CRFB, art. 5<sup>o</sup>, § 3<sup>o</sup>. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Saber se versa ou não sobre direitos humanos o tratado a ser incorporado no ordenamento pátrio poderá causar transtornos tanto no momento da votação parlamentar, quando se buscará aferir o procedimento adequado de votação, quanto no controle de constitucionalidade.

Não se pode, ademais, perder de vista que defensores há que encontrarão em todo e qualquer tratado internacional algum ponto a fim de reivindicar o caráter *humanitário* trazido em seu bojo, para fins de benefícios que poderão ser alcançados de acordo com o *status* hierárquico assumido. A deturpação na apreensão dos fins do *Direito das gentes* não pode descambar para o alvedrio de motivações ideológico-oportunistas, senão que deverá haver profícua proteção de aspectos humanistas existentes a nível internacional, plano este almejado pelo Estado brasileiro, alinhando-se às demais potências com os mesmos e bem definidos escopos.

## **2.1. O CAMINHO TRILHADO PELA JURISPRUDÊNCIA NA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Sob a ótica da inserção do Brasil perante o cenário internacional, uma frase sempre nos chamou a atenção. Era (e é) um costumeiro raciocínio de *Camen Tiburcio*<sup>367</sup>: Dizia ela (e ainda diz) que nossa nação, durante boa parte de sua história, praticou uma espécie de isolacionismo no tocante sua participação no cenário internacional. Não faz, assim, tanto tempo que o Brasil passou a ratificar um número mais substancial de tratados internacionais. Isso, portanto, é uma (apenas uma!) das razões que levaram a jurisprudência a tardar em mostrar suas primeiras balizas quanto à incorporação e posição hierárquica dos tratados internacionais. Além disso, não se olvida que os diferentes tratamentos – concedidos pelos mais diversos Estados – também corroboram para uma falta de sistematização. Com isso (e também por outros motivos), a problemática da antinomia no âmbito internacional encontra percalços além daqueles vistos em um ordenamento jurídico interno, como esmiuçado acima.

De uma forma ou de outra, nosso *leading case* sobre a matéria remonta ao período anterior à Constituição de 1988, como fizemos menção em nota anterior. Estávamos no ano de 1977, quando o Supremo Tribunal Federal apreciou o Recurso Extraordinário 80.004. Tratava-se de analisar a Convenção de Genebra, especificamente, a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. Discutia-se o conflito entre o Decreto-Lei n. 427/69 e o referido Tratado Internacional (promulgado pelo Decreto n. 57.663/66).

Tratava-se, portanto, de averiguar a questão do critério hierárquico, uma vez que, quanto ao critério temporal, não haveria maiores dúvidas e que, no tocante

<sup>367</sup> TIBURCIO, Carmen. Conflito entre fontes: os casos da prisão do depositário infiel e devedor fiduciante e as leis uniformes de Genebra: comentários à súmula vinculante 25. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 50, p. 245, out. 2010.

à especificidade, percebeu-se que ambas as normas possuíam natureza semelhantes.

É só após a promulgação da Constituição de 1988 é que a discussão volta ao palco da jurisprudência. E isso se dá porque, pela primeira vez, uma norma constitucional pátria resolve tratar, mesmo que timidamente, da matéria. Como já salientado, o § 2º do art. 5º preceituava originariamente (e ainda preceitua) que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

A redação, com efeito, poderia gerar interpretações diversas. Mas as primeiras interpretações doutrinárias pareciam seguir um caminho mais lógico. O que estaria a Constituição a dizer quando preceituava que não haveria exclusão de outras garantias, por exemplo, criadas por tratados internacionais? Seria apenas uma previsão constitucional a permitir que tratados – que versassem sobre direitos e garantias fundamentais – pudessem (no sentido permissivo) ser incorporados ao ordenamento jurídico interno? Ou seria um dispositivo constitucional que teve por condão posicionar os tratados internacionais em situação hierárquica similar à Constituição (ou, no mínimo, superior às normas infraconstitucionais)? Sim, fazemos essas perguntas por um motivo lógico. Não haveria muitas outras opções hermenêuticas (sustentáveis).

E o maior percalço seria a obviedade da resposta à primeira pergunta: não. Não acreditamos que § 2º do art. 5º teria um escopo óbvio de permitir (ou seja, apenas permissivo) que tratados internacionais trouxessem ao ordenamento jurídico novos direitos e garantias fundamentais. Concluir de forma contrária nos levaria a uma interpretação absurda: que, sem essa previsão constitucional, os tratados só poderiam regular matérias que não disciplinassem direitos e garantias fundamentais. Ora, uma norma que não dispensa um processo legislativo mais rigoroso que a formação de uma lei ordinária estaria – estranhamente – limitada a situações de somenos importância. E mais: seria ilógico, agora sob a ótica material, imaginar que as normas internacionais só poderiam – ao menos no âmbito pátrio – disciplinar assuntos de menor importância. Haveria, em tese, uma outra conclusão absurda. Se se precisasse dizer que os tratados podem criar novos direitos e garantias fundamentais, concluiríamos dizer que a Constituição também precisaria deixar expresso que as normas infraconstitucionais também teriam essa prerrogativa (o que, obviamente, é desnecessário).

Dissemos “percalço” porque isso faria restar apenas uma interpretação, precisamente aquela que nos faria responder positivamente à segunda pergunta. Não que isso seja de todo mal. Pelo contrário. O problema é que, no afã de uma recém-editada Constituição, impulsionada por um movimento democrático, parecia haver uma certa resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar uma hierarquia constitucional de uma norma (seja internacional, ou não), que não fosse proveniente de um poder constituinte. Estava claro que a resistência não estava no caráter transfronteiriço da norma. Esse caráter veio a acalantar as discussões. Aliás, não fosse isso seria desnecessário maior esforço hermenêutico.

E essa resistência ficou claramente demonstrada logo após os primeiros casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Interessantes as palavras de Sepúlveda Pertence ao relatar o primeiro processo<sup>368</sup> em que teve a oportunidade de examinar a questão de forma mais exauriente. É que o tema foi encarado pelo Tribunal duas vezes, pelo menos: a primeira, no HC 72.131, 23.11.95, Moreira Alves - relativa à compatibilidade da prisão civil do depositário infiel ou equiparado com o art. 5º, LXVII, CF, e com o Pacto de São José - e na ADinMC 1.480, 25.9.96, Celso de Mello - acerca da constitucionalidade da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Ambos os acórdãos lamentavelmente ainda aguardam publicação. Mas, no primeiro, fiquei vencido, dada a inteligência restritiva que empresto à permissão constitucional da prisão do depositário infiel, independentemente da superveniência da Convenção Americana; e, no segundo, a nitidez das posições ficou um tanto comprometida com a circunstância de a Convenção possuir caráter programático - como a mim e a outros juízes pareceu - ou, pelo menos, admitir interpretação conforme, que exclua qualquer pretensão de eficácia plena e imediata (Inf. STF, n. 82) como entendeu a maioria (ver ementa do voto condutor do Ministro Celso de Mello, transcrito no Inf. STF 135).

Assim, quanto ao período pós-Constituição de 88, parece ter sido dado, nesse caso, um tratamento mais definidor. Ao dissertar, longamente, sobre as diversas posições doutrinárias (como também fizemos acima), o ministro relator colocasse a favor da tese segunda à qual não haveria razão para modificar o entendimento já pacificado anteriormente à promulgação da CF de 88, qual seja, o tratado internacional possuiria hierarquia similar à da lei ordinária.

O fundamento-base poderia ser resumido em um raciocínio: *“que, ao menos no Brasil, o tratado internacional não pode ultrapassar os limites impostos pela Constituição da República. E a razão para tanto, está na natureza estável do texto constitucional”*. Em outras palavras, o exercício hermenêutico, a nosso ver, derivou de uma intenção predisposta em colocar a Constituição acima de qualquer outra norma. Utilizou-se, inclusive, o argumento de que o art. 59 da CF já deixava claro o caráter rígido da Carta.

Disso, podemos tirar duas conclusões: 1)essa interpretação nos leva a uma inocuidade do § 2º do art. 5º (ao menos quanto ao assunto que estamos a tratar), na esteira do que relatamos acima; 2)para mudar o cenário, seria necessário lidar com a rigidez da CF.

E essa barreira (no que toca ao problema da rigidez), precisaria ser ultrapassada mediante uma emenda constitucional. Essa mudança vem com a, já mencionada, “reforma do judiciário”, mediante a qual é inserido o § 3º do art. 5º. Interessante. Poder-se-ia optar pela mudança da redação do § 2º, já que, pela nossa conclusão, o dispositivo seria inócuo. Optou-se, entretanto, em criar subseqüente parágrafo, como se o dispositivo constitucional original não precisasse de um esclarecimento e, sim,

<sup>368</sup> RHC 79785. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 29.03.2000.

de um aditamento (o que não nos parece fosse o caso).

A nova redação, contudo, não foi bastante, em termos jurisprudenciais, para esclarecer o tema (ao menos para o STF). Como já transcrevemos, diz o § 3º do art. 5º: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”.

E, aqui, a história se repete. A história da resistência a que nos referimos nos parágrafos anteriores. Mas, agora, a situação (hermenêutica) nos parece mais séria. É que se o problema era a rigidez (e a rigidez é derivada exatamente do grau de dificuldade – em termos comparativos – da aprovação da emenda constitucional), ele seria sanado com a promulgação da EC 45/04.

A resistência, entretanto, dessa vez, não parece ter-se dado tanto em razão do caráter da rigidez, mesmo porque foi precisamente esse aspecto que a EC 45/04 veio superar. A resistência, como veremos abaixo, parece ter tido um motivo mais técnico-processual, qual seja, o fato de não se estar analisando, *in casu*, um tratado aprovado sob a força do § 3º do art. 5º da CF. Isto é, o máximo que o STF poderia ter realizado (e, infelizmente, o fez muito timidamente) seria um esclarecimento *obiter dictum*, quanto a esse novel parágrafo constitucional.

Ao analisar o Recurso Extraordinário 466.343, cuja relatoria foi incumbida ao Min. Cezar Peluso, houve uma divergência significativa. O Min. Gilmar Ferreira Mendes salientou

[...] que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação [...].

Por sua vez, o Min. Celso de Mello, divergindo nesse ponto, afirmou que

no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos

quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade<sup>369</sup>.

Ao refutar os argumentos o Min. Gilmar Mendes asseverou:

A despeito da belíssima sustentação dos argumentos e também dos respaldos doutrinários, entendo que, no caso, corremos o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais. Identificados os tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, um quadro de insegurança jurídica.<sup>370</sup>

Esses argumentos acabaram, entretanto, por serem *obiter dictum*, pois não modificaram o *decisum*. Ou seja, a divergência não foi determinante para eventual alteração no julgado, qual seja, a vedação da prisão civil nos casos do depositário infiel.

Tanto isso é verdade (o caráter *obiter dictum* do ponto), que o Min. Cesar Peluso, ao aditar seu voto (exatamente em razão do pronunciamento dos demais ministros), disse:

Neste ponto, abstenho-me de examinar a questão da taxinomia, entre nós, dos tratados internacionais aprovados, promulgados e incorporados ao ordenamento jurídico, porque me parece que, qualquer que seja a postura teórica em relação à autoridade e ao valor nomológico desses tratados, o resultado jurídico e prático será o mesmo para os casos concretos que estamos a julgar. [...] Assim, a mim me parece - pelo menos neste julgamento - irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>371</sup>

E mais: o ministro relator chega a antecipar eventual futuro voto a respeito da precisa posição hierárquica dos tratados internacionais: “*Em relação aos casos futuros e a eventual caso posto perante o novo Código Civil, já anticipo, para excluir a terceira alternativa, minha posição de que vou reconhecer caráter supralegal ou caráter constitucional ao Tratado.*”<sup>372</sup> A palavras finais deixam clara a dúvida que

<sup>369</sup> Informativo STF n. 498.

<sup>370</sup> Íntegra do voto do Recurso Extraordinário 466.343.

<sup>371</sup> Idem.

<sup>372</sup> Idem.

ainda paira sobre a temática.

Mas como vimos, a discussão não enfrentou, de forma minimamente exauriente, a questão do § 3º do art. 5º da CF. Arriscaríamos a dizer que, nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal se posicionará de forma mais homogênea e, quiçá, como *ratio decidendi*. Como parece adiantar (uma vez mais em caráter *obiter dictum*) o Min. Gilmar Mendes no discutido RE 466.343:

Enfim, desde a adesão do Brasil no ano de 1992, ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para a aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”.

[...]

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, tal como definido pela EC n. 45/04, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional.

Em outras palavras, a tese da supralegalidade (mas, ao mesmo tempo, concedendo caráter infraconstitucional aos tratados) só se coadunaria quanto aos tratados não aprovados segundos os ditames § 3º do art. 5º da CF (ou não “convertidos” mediante o mesmo processo).

Isso implica concluir que o Supremo Tribunal Federal, embora não enfrentando a novidade inserida na EC 45/04, modificou seu entendimento anterior quanto à aplicação do (então) inócuo § 2º do art. 5º da CF, que agora possui, ao menos, a eficácia de alçar os tratados internacionais a um nível supralegal.

## 2.2. A PERSPECTIVA NO ÂMBITO DO DIREITO COMPARADO

Quando se trata de comparar diversos sistemas jurídicos, o primeiro (e, talvez, também o último) entrave envolve a própria diferença cultural, notadamente em razão de não haver institutos similares entre os ordenamentos, sem prejuízo do obstáculo dos rituais e da linguagem diferenciadas.

O que é muito bem descrito por *GEERTZ*<sup>373</sup>:

Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso

<sup>373</sup> GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 249.

individual, seja ele o de Palsgraff ou o da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série de reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; [...]. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum – como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasia, ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: “a sabedoria vem de um monte de formigas”.

No que toca à atual temática, torna-se árdua a tarefa de, até mesmo, descrever como outros países tratam da matéria. É que, de uma forma geral, o âmbito de toda a problemática reside em um ponto em comum: o escalonamento das normas, de que tanto tratamos na presente pesquisa. Por sua vez, nem todos os outros Estados mantêm esse arcabouço eclético e complexo de escalonamento de normas. E, mesmo que tivessem, a forma de lidar com o escalonamento é realizado de forma diversa.

Tomando, apenas a título exemplificativo, os países adotantes do sistema *common law*, temos que, mais do que a hierarquia em si, o caráter cogente, ou não, da norma se vê como o cerne da questão.

Por essa razão, imprescindível conhecer a noção das – tão rotineiras – expressões *soft law* e *hard law*<sup>374</sup>. Atribuir uma definição para *soft law* tem sido uma tarefa complexa entre os doutrinadores, porque a própria expressão *soft law* enseja um paradoxo. Tal paradoxo advém do simples fato de que direito representa em grandes linhas algo obrigatório, capaz de impor sanção, preciso, *hard* e assim oposto a algo não obrigatório, genérico, flexível, *soft*. Logo, pergunta-se se o adjetivo *soft* utilizado para qualificar o direito suscita de início que este novo instrumento difere-se do direito em sua acepção usual (*hard law*) constituindo-se assim num direito diferenciado ou se o uso do termo *soft* indica tratar-se de algo que não seja direito. Se admitido o *soft law* como direito, este deve ser identificado como diferente, pois não será obrigatório, será um direito com normas relativizadas. Se considerado como um não direito, constata-se que as regulamentações se ampliam no âmbito não jurídico. Nesse contexto, algumas escolhas são indispensáveis. Nossa primeira escolha está em considerar que o direito vai além do obrigatório, logo os instrumentos de *soft law* são para nós um direito não obrigatório.

Essa não-obrigatoriedade (caráter não-cogente) – o aparente paradoxo apresentado pelos autores no início do parágrafo – deriva da premissa da relação jurídica entre os Estados, ou seja, a coordenação, que perdeu o lugar para a subordinação, que nada mais é do que uma característica das normas cogentes.

<sup>374</sup> BERTOLDI, Márcia Rodrigues Bertoldi; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), n. 10. p. 6268-6269.

Em outras palavras, fica claro que a maioria dos trabalhos científicos nessa seara parece trilhar caminho diverso do nosso. Em vez de discutir-se (como ponto nodal) a incorporação do tratado (e mais: com qual hierarquia seria essa entrada), essas noções têm a clara preocupação em afirmar um outro caráter do direito, ou seja, o fato de as normas terem um sem-número de texturas. O grau de obrigatoriedade da norma, portanto, é o âmago da problemática, razão pela qual ganha relevo a expressão *soft law*.

Haveria, com efeito, um aparente paradoxo. É que se, por um lado, os tratados indubitavelmente “nascem” para serem obedecidos, sob o manto da obrigatoriedade, por outro, ganham a característica de *soft law*. O problema é que, mais do que normas jurídicas, esses tratados mais parecem uma forma de declaração política, em que a mensagem normativa possui um caráter muito mais de coordenação diplomática (reforçando a ideia do início deste tópico, qual seja, a fraqueza da subordinação).<sup>375</sup>

Em síntese, *Joseph Gold* parece nos trazer uma palavra que bem denota a “força normativa” dessa espécie de regra: o respeito<sup>376</sup>.

Expliquemos. Embora o termo “*soft*” possa denotar, logo de início, uma fraqueza da espécie normativa<sup>377</sup>, *Jacob Gersen*<sup>378</sup> afirmar que as normas *soft law* incluem regras tais como a Declaração de Direitos Humanos. Mas que, apesar de faltar-lhe um *status* de formalidade legal, essas normas podem, com efeito, gerar efeitos manifestos, em razão da necessidade de cooperação entre as nações, razão pela qual fazemos alusão ao “respeito” a que se refere *Gold*.

---

<sup>375</sup> É a solução que nos aponta BOYLE, Alan E. in Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4 (Oct., 1999). p. 902-903. “*There are several reasons why soft law instruments may represent an attractive alternative to law-making by treaty. First, it may be easier to reach agreement when the form is non-binding. Use of soft law instruments enables states to agree to more detailed and precise provisions because their legal commitment, and the consequences of any non-compliance, are more limited. Secondly, it may be easier for some states to adhere to non-binding instruments because they can avoid the domestic treaty ratification process, and perhaps escape democratic accountability for the domestic treaty ratification process, and perhaps escape democratic accountability for the policy to which they have agreed.*”

<sup>376</sup> GOLD, Joseph. Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements. *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 3 (Jul., 1983). p. 443.

<sup>377</sup> Motivo pelo qual alguns scholars chegam a usar a expressão “Rhetorical Talismam” para tais normas. Cf. HANDL, Gunther F et al. A hard look at soft law. Proceedings of the Annual Meeting, *American Society of International Law*, Vol. 82 (April 20-23, 1988), p. 371.

<sup>378</sup> GERSEN, Jacob E.; POSNER, Eric A. Soft Law: Lessons from Congressional Practice. *Stanford Law Review*, Vol. 61, No. 3 (Dec., 2008). p. 575.

### 3. PERSPECTIVAS FUTURAS, OU DE COMO DEVEMOS APLICAR AS TESES ORA EXPOSTAS

Diante do cenário delineado, outros desafios surpreendem o estudioso do direito, máxime quando se debruça na acomodação dos tratados internacionais na órbita interna.

Dentro do esposado neste ensaio, cumpre, ainda, relevar encaminhamentos necessários à abordagem de dois exemplos que, esperamos, em breve virá a exigir da Suprema Corte um posicionamento mais contundente.

O Pacto de San Jose de Costa Rica, no art. 23 (Direitos Políticos), 2, assegura que, *in verbis*: “a lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior<sup>379</sup>, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal” (grifou-se).

Ocorre que, atualmente, a suspensão dos direitos políticos<sup>380</sup> está prevista na Lei n. 8.249/92 (Lei de Improbidade Administrativa), no art. 12, incisos I, II e III. Senão vejamos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9.º, [...] suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos [...];

II – na hipótese do art. 10, [...] suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos [...];

III – na hipótese do art. 11, [...] suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos [...].

<sup>379</sup> Decreto 678/92, art. 23, 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

<sup>380</sup> Segundo João Barbalho, “políticos se dizem os direitos que entendem com a organização constitucional do Estado e as relações entre este e os cidadãos no que pertence à governação pública. Nesses direitos se compreende o de intervir e tomar parte no exercício da autoridade nacional. E isto mostra a importância e fundamento da exigência da posse deles como condição de elegibilidade para o cargo de Presidente da República. Por isso não podem ser eleitos os que se acharem compreendidos nas hypotheses de suspensão e perda dos direitos políticos”. *Apud* RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 126.

Assim, importando os atos de improbidade em ato ilícito (art. 9º), causando prejuízo ao erário (art. 10) ou atentando contra os princípios da Administração Pública (art. 11), o agente público<sup>381, 382</sup> teria suspensos seus direitos políticos, condição de elegibilidade, de acordo com o art. 14, § 3º, II da Magna Carta. Nas palavras de Marcos Ramayana, “o cidadão fica afastado temporariamente da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado)”<sup>383</sup>.

A Suprema Corte, porém, já decidiu que a Ação de Improbidade Administrativa é de cunho civil, e não penal. Na Reclamação n. 2.138-6/DF restou assentado que a interpretação do art. 37, § 4º da Constituição Federal, ao ressaltar que a ação de improbidade importará em sanções, “*sem prejuízo da ação penal cabível*”, permite aduzir, tão somente, ter a AIA natureza eminentemente civil<sup>384</sup>.

Igualmente, no julgamento da ADI n. 2.797/DF, anterior à reclamação, já se afirmava o caráter civilístico da Ação de Improbidade Administrativa, ao se declarar inconstitucional a Lei n. 10.628/02, a qual acresceu ao art. 84, do Código de Processo Penal os §§ 2º e 3º.

Na linha de interpretação desenhada pelo próprio STF, conforme já explicado acima, por ocasião do RE 466.343/SP, apenas se pode inferir que, ocupando a posição hierárquica de suprallegalidade, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica) encontra-se em grau hierárquico superior à Lei de Improbidade Administrativa.

Semelhante ao ocorrido com a prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), nada obstante a previsão da suspensão dos direitos políticos no art. 37, § 4º da Constituição, ao se reconhecer a natureza civil da Ação de Improbidade, inviável a cominação de tal sanção, uma vez que o Pacto apenas possibilita a referida suspensão através de “condenação, por juiz competente, em processo penal” (Decreto n. 678/92, art. 23, 2).

<sup>381</sup> Lei n. 8.429/92, art. 2º: Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato ou cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

<sup>382</sup> Aqui não se adentra à discussão sobre se a Lei de Improbidade se aplica ou não aos agentes políticos, embora se reconheça a existência do debate doutrinário e as inúmeras decisões do STJ e do STF contrárias ao exarado na Rcl. n. 2.138-6/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 13.06.2007, Dje 18.04.2008.

<sup>383</sup> Op. cit. p. 126.

<sup>384</sup> Renato Bretz Pereira relembra que “o Ministro Barbosa reitera que as sanções constitucionais para os atos de improbidade administrativa têm natureza eminentemente civil, conforme se infere do próprio texto do art. 4º do artigo 37 da CF, o qual se refere à incidência das sanções por improbidade, “[...] sem prejuízo da ação penal cabível [...]””. PEREIRA, Renato Bretz. O regime de responsabilização dos agentes políticos proposto por ocasião do julgamento da reclamação 2.138-6. *De jure: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, pp. 310-327, jan./jun., 2013.

Não remanesce, pois, regulação jurídica para a suspensão dos direitos políticos por condenação em Ação de Improbidade Administrativa. A exemplo do *decisum* no RE 466.343/SP, se se seguir a coerência que se espera do Supremo Tribunal Federal, este deverá, tendo assentado o caráter supralegal do Pacto de São José, declarar haver insubsistência (“efeito paralisante”<sup>385</sup>) da legislação ordinária para fins de condenação de suspensão de direitos políticos em ações de natureza não penal.

### 3.1. A PROPOSTA REGIMENTAL DO CONGRESSO NACIONAL – AS COMPLEMENTAÇÕES LEGISLATIVAS NECESSÁRIAS

Exsurge, entretanto, o problema advindo da aprovação do § 3º do art. 5º da CF. Seria possível “converter” os tratados internacionais aprovados (ainda sob a égide da redação constitucional original) em normas com nível hierárquico segundo a nova redação? E como seria realizada essa “conversão”?<sup>386</sup>

Visando à regulamentar a matéria, foi proposto, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Projeto de Resolução 204/2005, que propõe a criação do artigo 203-A, §10, no Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

§10. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da EC 45, de 2004, poderão ser objeto de requerimento previsto no caput deste artigo [203-A],  
Art. 203-A. Recebida mensagem do Presidente da República contendo tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, a Mesa fará publicar no avulso da ordem do dia o prazo de dez sessões para a apresentação de requerimento subscrito por um terço de deputados solicitando sua equivalência a emenda constitucional, nos termos do §3.º do art. 5.º da CF, acrescido pela EC 45, de 2004.

Entretanto, independentemente do processo legislativo de “conversão” utilizado, a questão do tópico anterior continua. E não poderia ser diferente, tendo em vista que uma Resolução de uma das Casas do Congresso Nacional não teria o condão de esclarecer a interpretação a ser dada ao controvertido § 3º do art. 5º da CF.

Mas nem parece ter sido essa a intenção da Casa Legislativa. O que houve

<sup>385</sup> Abordando a temática esposada, com diferenças teóricas em relação ao presente trabalho, PRETTA, Paulo Emílio Catta. Suspensão de direito político por improbidade é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de janeiro de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/paulo-emilio-suspensao-direito-politico-improbidade-inconstitucional>. Acessado em 23.01.014.

<sup>386</sup> Note-se que, até a presente data, apenas um tratado internacional foi aprovado segundo os novos ditames: Decreto nº 6.949, de 25.8.2009, que trata “sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.”

foi um “recado” daquela Casa no sentido de conceber tal possibilidade. De qualquer forma, caberá ao Supremo Tribunal Federal, pronunciar-se a respeito da inserção desses tratados aprovados sem a observância do § 3º do art. 5º da CF.

Não vemos maior óbice; mesmo porque a proposta de Resolução nada mais faz do que equiparar a aprovação dos tratados (nos ditames do § 3º do art. 5º da CF) ao processo de formação das emendas constitucionais. Importa só frisar, uma vez mais, que essa proposta não guarda qualquer relação quanto à discussão da hierarquia dessas normas, como defendem alguns doutrinadores<sup>387</sup>.

## CONCLUSÃO

Para concluir, poderíamos resgatar o velho chavão: “sem pretender esgotar tema, objetivamos...”. Mas não se trata disso. Nunca se “esgota” um tema. Achamos que é uma espécie de falsa humildade e/ou hipocrisia acadêmica, pois se estaria admitindo que o assunto (e pior: a conclusão desse assunto) não poderia ser revisto. O (pseudo)esgotamento significaria uma desnecessidade de futuras reflexões sobre o tema. E, admitir isso, nos levaria a um engessamento de uma ciência (notadamente a relativa às ciências sociais) que possui (e possuirá) uma eterna mutação, o que implica reanálises perenes. Quem afirma isso, de duas uma: ou disse menos do que gostaria de ter dito (talvez por falta de tempo); ou, realmente, crê em que um dia esgotará um assunto (o que julgamos menos provável).

Nossa breve conclusão relata mais uma preocupação do que eventuais sugestões. Desde o surgimento da Constituição de 1988, a problemática do posicionamento hierárquico no tocante aos tratados internacionais já estaria, a princípio, resolvido. A redação do § 2º do art. 5º da CF já seria, por si, bastante para concluir que os tratados que versassem sobre direitos e garantias fundamentais (e, aqui, não pretendemos adentrar na eterna discussão que os diferencia dos direitos humanos, no sentido conceitual) poderiam ser equiparados às emendas constitucionais.

E, nesse sentido, reforçamos nosso entendimento de que para chegar-se a essa conclusão não precisaríamos investigar com maior profundidade as noções principiológicas extraídas da teoria constitucional, tampouco dos princípios internacionais dos direitos humanos. Bastaria um exercício hermenêutico mais simplório.

Mas o Supremo Tribunal Federal sempre foi resistente desde os primeiros julgados; talvez, como salientamos, derivado de uma cultura de momento. Uma cultura derivada de um afã que pairava nos primeiros momentos da euforia de quem

<sup>387</sup> A propósito, interessante o estudo desenvolvido em relação ao mandado de injunção enquanto mecanismo para exercício de garantia constitucional à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. ARAÚJO, Luiz Alberto David; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: garantia constitucional à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. *Sequência*, n. 62, julho, 2011, pp. 119-159.

ganhou um novo guardião.

Mas não bastasse a frustrada tentativa do § 2º do art. 5º da CF, a situação (hermenêutica), a nosso ver, se agrava quando, mesmo após o surgimento do § 3º do mesmo dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, quase dez anos depois, não ter ainda um posicionamento claro a respeito do tema, o que não se deu por falta de oportunidade.

O debate acerca dos aspectos do direito civil, tal como os princípios do direito cambiário e os institutos atinentes à prisão civil ganharam mais a atenção dos Ministros que, propriamente, assentar o *status* hierárquico de tratados internacionais sobre direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento pátrio.

E, segundo pensamos, os Ministros terão a oportunidade de enfrentar novamente a matéria, agora, na perspectiva da Lei de Improbidade Administrativa, esperando, desde sempre, seja a coerência mantida ou se possa, enfim, pacificar a celeuma. Mais do que isso, o respeito às teses lançadas e às normas em questão é exigência do modelo adotado.

Nesse sentido, mesmo que, de forma intelectualmente prepotente (ou mesmo ingênua) concluíssemos pelo esgotamento do tema, pouco adiantaria. É que, em nossa investigação, nossa principal conclusão é que a questão não foi sequer examinada pelo STF (ao menos como *ratio decidendi*).

Se, contudo, conforme acreditamos, voltar o debate a ocupar a pauta do judiciário, merecerá da Suprema Corte uma revisão crítica dos posicionamentos até então esposados, para fins de garantir maior coerência na incorporação dos tratados internacionais, bem como o respeito às balizas estipuladas constitucionalmente, máxime quanto ao §3º do art. 5º da Magna Carta.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Mandado de Injunção: garantia constitucional à regulamentação dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. *Sequência*, n. 62, julho, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues Bertoldi; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A importância do *soft law* na evolução do direito internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), n. 10. p. 6268-6269.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BOYLE, Alan E. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4 (Oct., 1999).

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHINKIN, C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 4 (Oct., 1989), pp. 850- 866.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Critérios científicos para a solução dos conflitos aparentes entre tratados internacionais e a Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 855, p. 30, jan. 2007.

FRENCH, Duncan. Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No. 2 (Apr., 2006), pp. 281- 314.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GERSEN, Jacob E.; POSNER, Eric A. Soft Law: Lessons from Congressional Practice. *Stanford Law Review*, Vol. 61, No. 3 (Dec., 2008).

GOLD, Joseph. Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements. *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 3 (Jul., 1983).

HANDL, Gunther F et al. A hard look at soft law. Proceedings of the Annual Meeting, *American Society of International Law*, Vol. 82 (April 20-23, 1988), pp. 371-395.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra. A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 72, p. 78, out. 2009.

KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. *Revista Brasileira de Política*, vol. 52, n. 1, Brasília, jan./jun., 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

McHARG, Aileen. Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law. *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 6 (Nov., 2008).

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003.

PEREIRA, Renato Bretz. O regime de responsabilização dos agentes políticos proposto por ocasião do julgamento da reclamação 2.138-6. *De jure: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, pp. 310-327, jan./jun., 2013.

PRETTA, Paulo Emílio Catta. Suspensão de direito político por improbidade é inconstitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 23 de janeiro de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/paulo-emilio-suspensao-direito-politico-improbidade-inconstitucional>. Acessado em 23.01.2014.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

ROMÃO, Luiz Filipe de Vasconcelos. Do Estado-nação à autonomia-nação: desafios ao conceito de soberania. *Boletim Meridiano* 47, Brasília, vol. 14, n. 136, mar.-abr. 2013 (pp. 3-9).

SHELTON, Dinah. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2 (Apr., 2006).

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre, 2003.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TIBURCIO, Carmen. Conflito entre fontes: os casos da prisão do depositário infiel e devedor fiduciante e as leis uniformes de Genebra: comentários à súmula vincula 25. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 50, p. 245, out. 2010.

(Footnotes)

1 O total apresentado considera todo o período compreendido entre 1940 e março de 2013 e não apenas as frações escolhidas para esta apresentação.





