

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 822

(Ano IX)

(07/10/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



04/10/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [O advogado e a mídia: entre distorções e ignorâncias](#)

ARTIGOS

06/10/2017 Kiyoshi Harada

» [ISS- tributação do plano de saúde](#)

06/10/2017 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» [Incompetência absoluta](#)

05/10/2017 Yves de Figueiredo Rolemberg Mendonça

» [Apelação criminal: uma análise do seu cabimento no Código de Processo Penal brasileiro](#)

05/10/2017 Miguel Ferreira Palacios

» [Da utilização da produção antecipada de prova em Ação Popular](#)

05/10/2017 Paloma Ramos da Silva

» [Relações de consumo e suas infrações penais](#)

04/10/2017 Felipe Teixeira Dias

» [Entre o Direito e a Literatura à análise da relação obrigacional em: "O Mercador de Veneza" cumprimento ou interpretação?](#)

04/10/2017 Nelma Gomes de Araujo Dantas

» [Uma perspectiva da aplicabilidade da Lei Maria da Penha em Cacimba de Dentro - PB](#)

03/10/2017 Bruno Fonseca de Andrade

» [Aspectos polêmicos do Mandado de Segurança e a necessária atualização legislativa](#)

03/10/2017 Lídia Mara Corrêa Santos Cornélio do Pinho

» [As ações afirmativas e os direitos humanos - aspectos jurídicos filosóficos](#)

03/10/2017 Ana Beatriz Machado Weyll

» [Principais mudanças do recurso de revista na reforma trabalhista e a atuação do advogado público](#)

03/10/2017 Ana Lúcia Lopes Santos

» [Gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público](#)

02/10/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [A prestação de serviços advocatícios: novos paradigmas das relações civis](#)

02/10/2017 Yves de Figueiredo Rolemberg Mendonça

» [Princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro](#)

02/10/2017 Ana Lúcia Lopes Santos

» [Princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor](#)

02/10/2017 Rogério Faustino da Silva Júnior

» [O princípio da conexão na processualística probatória trabalhista](#)

MONOGRAFIA

02/10/2017 Tatiana dos Santos Majewski

» [Da ditadura militar à redemocratização pelos direitos humanos: análise comparativa entre o Brasil e a Argentina sob os limites da justiça de transição](#)

ISS- TRIBUTAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

4.23 - Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.

A expressão “outros planos” abrange diversas espécies de planos de saúde que estabelecem as respectivas inclusões e exclusões de serviços não cobertos, bem como, fixam os prazos de carência. São eles:

- a) plano de reembolso, referente àquele em que o usuário escolhe o prestador de serviço, para ulterior reembolso do valores despendidos, nos limites do pactuado;
- b) plano de acesso, que corresponde àquele em que o usuário busca os serviços de assistência à saúde por meio de garantia de acesso hierarquizada de serviços; a Agência Nacional de Saúde (ANS) estabelece os mecanismos de regulação desse atendimento; salvo nos casos excepcionais de urgência e emergência não é permitido o reembolso de qualquer despesa feita pelo usuário;
- c) plano de rede, aquele em que o usuário tem assegurado o direito à assistência à saúde por meio de uma rede de serviços pré-definida e contratada mediante livre escolha do prestador de serviço, dentro da relação de credenciados, cooperados ou referenciados da operadora. Operadora do plano é a pessoa jurídica de natureza civil ou mercantil, que opera os planos de assistência à saúde.

E aqui é importante lembrar que a cooperativa de médicos, quando funciona como operadora vendendo planos de saúde, desenvolve uma atividade com terceiros, caracterizando um ato mercantil passível de tributação pelo ISS, conforme disposto no subitem 10.01 da lista de serviços. Nesse sentido é unânime a jurisprudência do STJ e do STF (Resps nºs 254.459-CR, 215.311-MA; RE nº 651.703), hipótese em que a base de cálculo fica restrita à comissão percebida, isto é, a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços. O que é insuscetível de tributação é o chamado ato cooperativo, isto é, aquele que se desenvolve entre a cooperativa e seus cooperados. Segundo a jurisprudência, o serviço de captação de clientela, seguida de direcionamento dos usuários do serviço de assistência à saúde aos médicos cooperados, também, é intributável pelo ISS, ainda que, o valor do serviço prestado seja pago diretamente à cooperativa, para ulterior repasse ao cooperado que prestou o serviço efetivamente, mediante retenção do imposto de renda na fonte e da “taxa” de administração de 5%.

No subitem sob exame as cooperativas limitam-se a prestar aos cooperados os serviços de intermediação de clientes celebrando convênios com órgãos, empresas ou hospitais. Configura típico ato cooperativo insuscetível de tributação. A execução do serviço médico é feita pelo cooperado, necessariamente inscrito no Cadastro Municipal de Contribuintes que recebe os honorários por meio da cooperativa mediante retenção do IRF e de 5% a título de reembolso das despesas administrativas e operacionais. No caso, é o médico cooperado quem deve pagar o ISS e o faz sob forma de tributação por alíquota fixa. Essa tese foi aceita pelo STJ, podendo ser citada a ementa do Acórdão proferido no Resp. nº 1.213.479-AL, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 23-11-2000:

“TRIBUTARIO. ISS. SOCIEDADE COOPERATIVA.
INSERÇÃO. ATO COOPERATIVO CARACTERIZADO.
AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM TERCEIROS. ARTIGO 79
DA LEI Nº 5.764/71.

1. A Corte de origem considerou que os serviços médicos são prestados diretamente pelos médicos e não pela cooperativa, que apenas repassa aos associados os recursos pagos pelos planos/seguros/convênios de saúde. Nesse contexto, deve-se admitir tão somente a incidência do ISS sobre os serviços prestados pelos associados (valor fixo), consoante disposto no art. 9º, parágrafo único, do DL 406/68.

2. Não é possível a tributação pelo ISS sobre a atividade prestada pela cooperativa – recebimento dos valores pagos pela prestação dos serviços, posteriormente repassados aos cooperados com as deduções das despesas operacionais – quer pela absoluta ausência de tipicidade (aspecto material), já que não há, nem nunca houve, previsão de incidência do imposto sobre essa atividade em quaisquer das listas anexas até hoje elaboradas (DL 406/68, LC 56/87 ou LC 116/03); quer pela gratuidade do serviço (aspecto dimensível), que obsta a quantificação do imposto por ausência do elemento “preço”.

3. Recurso especial não provido.”

Nesse Acórdão o Min. Relator Castro Meira, citando inúmeras lições doutrinárias, inclusive a nossa, confere ao texto legal interpretação que se harmoniza com preceito constitucional que determina tratamento tributário adequado ao ato cooperativo, concluindo pela tributação apenas do serviço prestado pelo médico por meio de alíquota fixa, como se verifica do trecho adiante transcrito:

“O professor Kiyoshi Harada, ao examinar a incidência do ISS sobre as cooperativas de serviços médicos, firmou a posição de que apenas os serviços médicos prestados pelos cooperados podem ser tributados pelo ISS, que deve ser

pago de forma fixa na condição de profissionais liberais autônomos, verbis:

‘O serviço prestado pela cooperativa consiste na captação de trabalho para os cooperados, através de convênios (contratos) que firma com as redes hospitalares, associações de classe ou empresas. Esse serviço de captação de clientela, do ponto de vista estritamente tributário, é irrelevante, pois não tem finalidade mercantil, mas visa tão-somente cumprir o objetivo estatutário de promover a defesa econômico-social dos associados, configurando mero ato cooperativo que, por definição legal, não implica em operação de mercado. E o ISS, como vimos, por ter natureza mercantil, só incide sobre vendas de serviços.

Tributáveis são apenas os serviços médicos prestados pelos cooperados, nos termos e condições dos contratos firmados pela cooperativa com terceiros, mas os associados já são contribuintes como profissionais autônomos, pagando o ISS, individualmente, na forma da legislação própria (tributo fixo).

Não importa que os pagamentos dos preços sejam feitos, pelas entidades conveniadas, diretamente à cooperativa, pois esta os repassa a seus associados, mediante retenção de uma parcela de 5%, a título de despesas administrativas" (*O ISS e as Cooperativas de Serviços Médicos in Revista dos Tribunais*, a. 1, n. 4, julho a setembro de 1993, p. 59).

Os municípios brasileiros, em sua grande maioria, pretendem tributar o valor pago às cooperativas pela prestação dos serviços médicos, como se esses valores pertencessem à cooperativa ou, como se fosse a cooperativa a verdadeira prestadora dos serviços médicos.

Nem uma coisa nem outra. Os valores pagos à cooperativa não são por ela titularizados, já que são restituídos aos associados, mensal ou anualmente e na proporção dos serviços prestados, após o desconto da taxa de 5% a título de despesas operacionais. Da mesma forma, não são as cooperativas quem prestam os serviços médicos, mas os cooperados, que assumem toda a responsabilidade pelo resultado. Não se confundem as noções de entrada de dinheiro, mero movimento de caixa, com a receita que representa um acréscimo patrimonial sem qualquer contrapartida no passivo.

Inconfundível, outrossim, a cooperativa de médicos que, por meio de médicos-empregados ou cooperados, prestam serviços médicos a terceiros (não cooperados), com cooperativa de médicos enquanto captadora de clientela para seus cooperados. Nem todo relacionamento da cooperativa com terceiros caracteriza prestação de serviço. Na cooperativa de médicos esse relacionamento é primordial, pois a sua finalidade é o de promover a defesa econômico-financeira do cooperado-médico.

Assim, os serviços médicos prestados pelos associados da cooperativa devem ser tributados sim, mas da forma prevista em lei (tributo fixo), e não sobre o valor dos serviços efetivamente pagos.

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Se fosse feita uma enquete sobre as principais causas do caos político-social que o Brasil vem atravessando nos últimos anos, sem sombra de dúvida a corrupção estaria no topo da lista com grande margem de vantagem sobre as demais. É indubitável a extrema influência da imprensa sobre a opinião pública na formação e sedimentação do senso comum. O que não aparece no Fantástico é pura especulação, e o que se divulga, fantástico é ver como todos acreditam. Todavia, analisando os últimos anos em que vem sendo travada uma intensa resistência contra as falcatruas institucionalizadas no país, pode-se concluir quanto à existência de um mal ainda maior: a incompetência.

Naturalmente, o sucesso ou o malogro de determinados projetos levantam dúvidas sobre as virtudes dos bem-sucedidos e o despreparo dos que amargam a derrota. Ao final de qualquer disputa é comum haver confusão entre o que deve ser entendido como mérito do vencedor ou notória ineficiência de seu oponente. Tal dilema pode se tornar tão complexo ao ponto encontrarmos dificuldades no momento da distinção entre vencedores e vencidos. Nesse contexto está inserida a política nacional para o enfrentamento da criminalidade, que nos faz refletir com mais propriedade a respeito de outros fatos que marcaram a história do Brasil.

A própria construção do Império Brasileiro serve como exemplo da constante confusão entre as concepções de sucesso e fracasso. Depois de ter as suas riquezas naturais completamente saqueadas, a Coroa Portuguesa nos transferiu todas as dívidas contraídas com os vizinhos ingleses, além de deixar para o primogênito da nova América um herdeiro de sangue azul que iria ditar o destino da massa de súditos expropriados e despossuídos. Não obstante a magnitude da tragédia, aprendemos na

escola que fomos vitoriosos, e que devemos comemorar a libertação supostamente anunciada às margens do Ipiranga. Na disputa entre colônia e metrópole, enquanto a primeira se endividava para a eternidade, a segunda perdia suas conquistas ultramarinas. Vitória britânica em detrimento da incompetência luso-brasileira.

Durante a República Velha, as oligarquias de São Paulo e Minas Gerais impunham a “política do café com leite” para se perpetuarem no poder à revelia das demais unidades da federação. O voto do cabresto garantia o revezamento na presidência da república pelas próximas décadas. Com o advento do *Crack* da Bolsa de Nova York, que marcou o colapso do sistema capitalista, as elites dissidentes viram que não haveria mais condições de sustentar uma economia baseada no café, totalmente subsidiada pelos cofres públicos. E assim, rompeu-se o escandaloso acordo político. O novo plano consistia em deixar os paulistas à margem das medidas de recuperação econômica em prol do restante do país. Como efeito, eclodiu em São Paulo a chamada Revolução Constitucionalista, movimento separatista que acusava Getúlio Vargas de ter desrespeitado à ordem constitucional vigente. Os revoltosos foram esmagados pelo governo sem muito esforço. Astúcia de Vargas, dizem alguns historiadores, despreparo e ingenuidade dos constitucionalistas, dizem outros. Realmente, difícil glorificar uma batalha em que o país inteiro, com apoio da grande imprensa, se volta contra meia dúzia de homens armados com bacamartes equiparados ao usados na Guerra de Secessão, ocorrida nos Estados Unidos na segunda metade do século XIX. Todavia, vale lembrar que, após o armistício, o governo concedeu vultosa anistia e aguardou o prenúncio da recuperação econômica mundial para convocar uma assembleia nacional constituinte, que conduziria Vargas ao comando do país com o apoio de São Paulo. Isso porque, na ocasião, o governo voltaria a ter condições de continuar comprando o café paulista apenas para queimá-lo, evitando assim as sucessivas e desastrosas crises de superprodução. Nesse episódio, a incompetência só

pode ser atribuída a quem não percebeu a artimanha das classes dominantes diante do complexo jogo político. Como diz o famoso provérbio chinês: “quando dois elefantes brigam, quem sai perdendo é a grama.”.

Curioso que, na mesma época, espalhou-se o banditismo pela catinga, tornando mitológicas as figuras de Lampião e Corisco. O fenômeno social despertou certa desconfiança em relação à eficiência dos soldados nordestinos, chamados de macacos pelos cangaceiros. Chegaram ao ponto de acreditar que o miserável Virgulino Ferreira, filho de posseiros assassinados por latifundiários, era capaz de transformar-se em toco de árvore para escapar das emboscadas. Crendices à parte, pertinente questionar se de fato havia uma genuína habilidade militar naquele homem que mal sabia falar, muito menos escrever, ou se os volantes da região sequer conseguiriam encontrar as suas próprias botas. Somente quando revelado o interesse do governo em afrouxar a política de segurança pública, a fim de instituir a segurança privada dos grandes proprietários de terra, bem como os ataques à Coluna Prestes, é que pudemos entender que a incompetência era tanto da “cambada” quanto dos “macacos”. Sagazes mesmos eram os donos de terra. Aliás, pouca diferença haveria se, em vez de Lampião, tratássemos aqui dos episódios que envolveram Antônio Conselheiro, em Canudos.

Seguindo a linha do tempo, não haveria como deixar de mencionar o período que ficou conhecido como Anos de Chumbo, em razão da decretação do AI-5 pela “linha dura” do militarismo. Formaram diversas frentes de resistência ao governo com as mais variadas siglas, sendo que algumas delas chegaram às vias de fato, aventurando-se à luta armada. Em contrapartida, as forças de conservação contra-atacaram com o aperfeiçoamento do modelo repressivo, tão disseminado pela América Latina e o sudeste asiático em meio a Guerra Fria. Há quem fundamente o sucesso dos governos militares na competência dos seus comandantes, que teriam realizado com maestria as técnicas de infiltração, identificação, prisão, delação e combate aos movimentos que pretendiam proliferar a guerra de guerrilha por todo território nacional. Deram a mesma resposta

que Dean Rusk (Secretário de Estado nos governos de John F. Kennedy e Lindon B. Johnson) havia dado a Che Guevara, quando disse que o mundo precisava de muitos Vietnãs. Com a frieza que lhe era peculiar, o referido “homem forte” dos Estados Unidos retrucou: “E nós esmagaremos todos!”.

Respaldados pelo regime democrático consagrado pela atual Constituição, que pôs fim à censura, podemos agora questionar se a aniquilação dos revoltosos se deve, realmente, aos serviços de inteligência militar. Os chamados “guerrilheiros” da época eram, em sua maioria, estudantes de extrema ingenuidade política e ignorância econômica, desprovidos de carisma ideológico e experiência em qualquer tipo de combate, exceto no que tange ao arremesso de bolas de gude contra a polícia montada. A notícia oficial sobre o suposto suicídio do jornalista Wladimir Herzog no interior do DOI-CODI, realizado por enforcamento com as suas próprias meias (versão já desmentida pela Poder Judiciário) e a explosão precipitada de uma bomba durante a realização de um show no Riocentro (fato que até hoje não foi totalmente esclarecido), sem contar outros episódios que ainda fazem sangrar a história do Brasil, nos permitem refletir com mais clareza a respeito do significado de competência, e se foi preciso utilizá-la para o triunfo governamental.

Não obstante a incompetência mútua, por uma questão de justiça, não há como negar que alguns intelectuais conseguiram se destacar pela excelência de suas obras, a exemplo de Chico Buarque de Hollanda e Vinícius de Moraes. Contudo, não demorou muito para o governo perceber que, se nem os censores tinham competência para a compreensão de suas letras, muito menos o povo brasileiro, que já se encontrava em um longo processo de degeneração cultural, responsável pela criação dos ídolos da juventude atual. Nesse ponto, devemos admitir que o projeto de dominação foi muito bem sucedido. Agora temos que “beber dessa bebida amarga, tragar a dor e engolir a labuta”...

Se o dilema do prefixo contido na palavra incompetência tivesse de ser esmiuçada à luz da historiografia brasileira, somente escrevendo um

tratado poderíamos tentar abranger tantos eventos ilustrativos. A série de casos pitorescos envolvendo a política se equipara ao que vem ocorrendo em outros setores, como os da economia, da administração pública, e principalmente da Justiça.

Inesquecíveis as observações do Ex-secretário de Segurança Pública e Ex-deputado Hélio Luz, sobre o crime organizado no país, em um documentário intitulado Retrato de Uma Guerra Particular. Segundo ele, a sorte do Brasil está no fato de o crime ser desorganizado, porque, se não o fosse, não haveria como detê-lo. Na entrevista, cita, inclusive, a prisão de um dos mais temidos traficantes da época, executada enquanto o procurado malfeitor se encontrava hospedado em um hotel cinco estrelas. Seguindo essa linha de raciocínio, podemos acrescentar que a sorte de a sociedade enfrentar o crime desorganizado é a mesma que este último tem em razão da incompetência estatal ser extremamente organizada.

Em um primeiro momento, a expressão incompetência organizada pode soar muito estranho, mas quando representada por determinados acontecimentos, faz bastante sentido. Se o contribuinte, por exemplo, deixar de declarar um valor ao fisco, ainda que insignificante para os cofres públicos, o sistema informatizado da Receita Federal é capaz de cruzar informações e detectar a omissão no respectivo documento, dando início ao procedimento administrativo fiscal. Trata-se de um requinte tecnológico equiparado aos avançados equipamentos usados pela NASA. Todavia, esse mesmo Estado, que consegue contar quantas moedas o cidadão tem em seu bolso, até a presente data não conseguiu esclarecer o desaparecimento de duas vigas de 40 metros e 20 toneladas na Avenida Perimetral, situada no Rio de Janeiro, durante as obras realizadas em 2013. Na ocasião, o então Prefeito Eduardo Paes, comentou o ocorrido: “Inacreditável!”. Em um país onde a estátua de Michael Jackson, exposta no Morro Dona Marta, é decorada com um fuzil, o espanto não se justifica. Logo, pode-se concluir que o Estado se dá ao luxo de ser incompetente quando lhe convém. Pura seletividade.

Alguns vêm dizendo que a atuação de determinados órgãos estatais como a Polícia Federal, o Ministério Público e os magistrados, no sentido de levar para a cadeia os corruptos do colarinho branco que infectam o país por dentro e por fora da administração pública, marca o início de uma nova era. Defendem a ideia de que somente pessoas de extrema austeridade e competência podem alavancar as mudanças necessárias para que o país consiga emergir do gigantesco mar de lama. Mais uma vez, o ponto central em análise compreende a dúvida se o que vem ocorrendo no Brasil nos últimos anos, no que diz respeito à investigação realizada no alto escalão da sociedade, seria ou não decorrência de uma composição qualificada de diversos setores do funcionalismo público.

Quando passamos a frequentar qualquer casa legislativa, incluindo o Congresso Nacional, não demora muito para tomarmos ciências dos inúmeros ilícitos civis, administrativos e penais que ali foram e vem sendo cometidos. Desde a mais humilde faxineira até o mais bem pago chefe de gabinete, todos sabem de quase tudo que ocorre ali dentro, e os comentários não são proferidos em sussurros por detrás das pilastras, mas sim nos corredores, cantinas, banheiros, em qualquer lugar, sem o menor pudor. Casos de assessores que entregam os seus salários, no todo ou em parte, aos parlamentares; funcionários fantasmas que sequer comparecem para assinar o ponto; familiares de um parlamentar no gabinete de outro a fim de escamotear o nepotismo; recebimento de propina para aprovação de projetos de lei, entre outras aberrações que Dias Gomes se esqueceu de atribuir ao famoso personagem Odorico Paraguaçu. Porém, em um domingo qualquer, a imprensa divulga a chocante imoralidade e a classifica como “notícia bomba”, ou seja, tudo aquilo que até as plantas de ornamentação há muito tempo sabiam, menos as autoridades competentes. Competentes? Dirão que uma operação extremamente sigilosa havia sido deflagrada para investigar as suspeitas de fraudes, quando para isso bastaria pedir um sucinto relatório ao dono da banca de jornal situada em frente ao prédio.

Não pode ser visto como competente o ato de revelar o que todos já sabiam. Pior do que isso, só mesmo sendo o único a não saber. Seria o caso de incompetência absoluta. Entretanto, quando estamos diante de tantos fatos a serem apurados, mas somente alguns deles são criteriosamente selecionados em busca de holofotes, a incompetência não é absoluta, é organizada.

APELAÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE DO SEU CABIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

YVES DE FIGUEIREDO ROLEMBERG MENDONÇA:

Advogado em Aracaju-SE. Bacharel em direito pela Universidade Tiradentes - Unit/SE.

RESUMO: Este trabalho acadêmico destrincha as hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro como passíveis de recorribilidade via apelação criminal. Diferencia o recurso de apelo do rito do tribunal do júri do procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Penal. Revela, historicamente, a origem do recurso de apelação nas ordens jurídicas pretéritas. Conceitua o recurso de apelo criminal.

Palavras chave: Apelação. Recurso. Processo penal. Cabimento.

Abstract: This academic work uncovers the foreseen hypotheses in the Brazilian legal system that are subject to criminal appeal. It differentiates the appeal of the rite from the jury's court from the ordinary procedure provided by the Criminal Code Procedure. It reveals, historically, the origin of the appeal in the previous legal orders. It conceptualizes the criminal appeal.

Keywords: Appeal. Recourse. Criminal process. Suitability.

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem histórica e definição do recurso de apelação; 3. Cabimento da apelação criminal no Código de Processo Penal vigente; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as hipóteses de cabimento da apelação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se previamente por uma análise histórica da origem deste instrumento de insurgência e pela sua conceituação.

O recurso de apelação é um dos mais importantes instrumentos aptos a concretizar o princípio implícito do duplo grau de jurisdição, na medida em que possibilita que o insurgente devolva ao órgão jurisdicional

superior o conhecimento de toda a matéria de fato e de direito já sentenciada pelo juízo singular. É, por esta razão, utilizado com frequência por aqueles que não se conformam com a decisão final proferida no 1º grau, garantindo que a lide seja enfim resolvida por magistrados com maior experiência judicante.

As hipóteses de cabimento do recurso de apelação, no entanto, não são iguais para todas as demandas que correm perante o Poder Judiciário. Ao contrário, as sistemáticas processual civil e processual penal tratam do instituto de forma específica e sem preocupação de equivalência entre as suas disposições normativas, não obstante o objetivo final do recurso em ambos ser o mesmo: reformar ou invalidar sentença proferida pelo órgão jurisdicional de 1ª instância.

2. ORIGEM HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Etimologicamente, a expressão “apelação” tem origem no latim *appellatio*, cujo significado é a ação de dirigir a palavra. Este é justamente o fim do recurso de apelação no processo penal brasileiro, vez que, através dela, devolve-se ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal competente a análise ampla da matéria fática e de direito.

Valiosas são as palavras de Tourinho Filho (2013, p. 462) sobre a origem histórica do recurso de apelo:

A apelação é recurso de largo uso e, salvo engano, deita raízes no direito romano. A princípio, havia *provocatio ad populum*, segundo a qual o condenado pedia ao povo a anulação da sentença. Entretanto, sob o Império Romano, surgiu a *appellatio*, remédio que permitia ao litigante sucumbente dirigir-se ao Juiz superior visando à reforma da decisão proferida pelo inferior.

A apelação criminal é um recurso amplamente difundido em diversas legislações estrangeiras. As denominações *apelación*, *apelo*, *appeal* e *berufung*, por exemplo, possuem

o mesmo significado deste recurso no Direito Brasileiro, qual seja o de se pedir ao Tribunal a reanálise da questão, seja com maior ou menor profundidade (TOURINHO FILHO, 2013).

A doutrina busca conceituar o significado do recurso de apelação. Nos ensinamentos clássicos de Noronha (1996, p. 355):

Ela é o recurso interposto da sentença definitiva ou com força de definitiva para a segunda instância, com o fim de que esta proceda a novo exame do assunto, apreciando toda a matéria decidida e, assim, modifique total ou parcialmente a decisão.

Por sua vez, Nucci (2011, p. 884), ao defini-la, discursa que “cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria”.

Para Capez (2013, p. 779), é o “recurso interposto da sentença definitiva ou com força de definitiva para a segunda instância, com o fim de que se proceda ao reexame de matéria, com a consequente modificação parcial ou total da decisão”.

Tourinho Filho (2013, p. 462), seu turno, faz as seguintes considerações:

Por meio da apelação, a parte que sofreu o sucumbimento, o prejuízo, dirige a palavra ao Tribunal competente (constituído de homens mais experimentados e que conquistaram tal posição após longo tirocínio e reiteradas provas de capacidade), para que este reexamine a decisão, reparando possível injustiça cometida na inferior instância.

Assim, podemos conceituar a apelação como o recurso próprio para combater sentença ou qualquer outra decisão com caráter definitivo, sempre dirigida ao respectivo Tribunal de segunda instância, que poderá analisar de forma extensa a insurgência.

Por fim, Silva e Silva (2013, p. 824), de maneira ampla, a define como:

O recuso cabível contra sentença de mérito que julgar procedente ou improcedente a peça exordial da ação penal e ainda contra as demais decisões enumeradas o art. 593, CPP, bem como contra decisão que rejeitar a denúncia ou a queixa, homologar a transação penal, absolver ou condenar o réu no procedimento do JECrim, conforme art. 82 da Lei nº 9.099/1995, sendo cabível ainda apelação contra a sentença que impronunciar ou absolver sumariamente o réu no rito do Tribunal do Júri, conforme art. 416 do CPP.

3. CABIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VIGENTE

Na legislação brasileira, o recurso de apelação criminal é previsto, principalmente, no art. 593, I, II e III, do Código de Processo Penal. *In verbis*:

Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Percebe-se que o Código de Ritos Penal optou, desta forma, por conceituar o recurso de apelação como “o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito” (NUCCI, 2011, p. 884).

Conforme estabelece o *caput* do art. 593 do Código de Processo Penal, o prazo para interposição da apelação é de 05 (cinco) dias. Diferentemente da apelação no âmbito processual civil, as razões recursais não precisam, necessariamente, serem apresentadas com a folha de interposição do recurso, abrindo-se o prazo, após assinado o termo da apelação, de 08 (oito) dias, nos casos de crime, ou 03 (três) dias, nos processos de contravenção, para a parte insurgente oferecê-las.

Passemos, então, à análise individualizada das hipóteses de cabimento da apelação criminal, previstas no Código de Ritos Penal.

A primeira das situações previstas pelo Código de Processo Penal como suscetível de ser impugnada mediante apelação é quando o juiz singular, ao sentenciar, absolver ou condenar, definitivamente, o réu.

Explicando a supracitada hipótese, Nucci (2011, p. 885) afirma que:

Constituem as típicas decisões terminativas de mérito, acolhendo a imputação feita na denúncia ou queixa (condenação) ou rejeitando a imputação (absolvição). Pode-se falar, é verdade, em sentido lato, que a decisão de extinção da punibilidade do réu também decide o mérito, pois nega a pretensão punitiva do Estado, embora, nesse caso, não se refira diretamente à correção ou incorreção da imputação. Em sentido estrito, portanto, somente as sentenças

que condenam ou absolvem o réu são decisões de mérito.

Neste contexto, é importante ressaltar que pode o réu apelar contra sentença absolutória, sempre que buscar alcançar uma posição jurídica ainda mais favorável. Tal situação é cabível, por exemplo, quando o juiz absolver o acusado por insuficiência de provas, pois nessa hipótese ainda poderá a vítima ingressar, na seara cível, com ação civil de ressarcimento, o que demonstra o total interesse recursal do denunciado (NUCCI, 2011).

Frise-se, no entanto, que restará ausente o pressuposto recursal do interesse quando o futuro e eventual provimento da apelação em nada melhorar a situação jurídica do réu. É o caso da absolvição por reconhecimento de excludente de ilicitude, a qual faz coisa julgada também no âmbito civil.

A segunda situação apelável prevista pelo Código de Processo Penal refere-se às decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por magistrado de piso nos casos não abarcados pelo recurso em sentido estrito. Conforme Nucci (2011, p. 885), são:

Hipóteses que não julgam o mérito (pretensão punitiva do Estado), mas terminam colocando fim a uma controvérsia surgida no processo principal ou em processo incidental, podendo ou não extingui-lo. São também chamadas de decisões interlocutórias mistas.

Valiosas também as lições de Capez (2013, p. 465) sobre o inciso II do art. 593 do Código de Processo Penal:

As decisões definitivas, aí referidas, são aquelas que podemos denominar *definitivas lato sensu*: encerram a relação processual, julgam o mérito, mas não se subsumem na moldura das sentenças absolutórias ou condenatórias de que tratam os arts. 386 e 387 do CPP. Se, para essas decisões, não for

previsto o recurso em sentido estrito, oponível será a apelação.

Infere-se do texto legal e das explicações doutrinárias, assim, que o recurso de apelação, na hipótese do inciso II, é subsidiária ao recurso em sentido estrito, pois somente será cabível se não houver expressa previsão legal para o cabimento desta espécie recursal.

Desta forma, são exemplos de decisões apeláveis por não serem previstas como suscetíveis ao recurso em sentido estrito: o reconhecimento, de ofício pelo juiz, da exceção de coisa julgada (pois se reconhecer após pleito neste sentido da parte, caberá recurso em sentido estrito); a decisão de procedência ou improcedência de restituição de coisa apreendida; a decisão de improcedência do sequestro; a decisão de homologação do laudo, no incidente de insanidade mental (NUCCI, 2011).

A última e mais complexa hipótese para o cabimento da apelação no Código de Processo Penal refere-se às decisões tomadas no Tribunal do Júri. Nesse âmbito, quatro são as alíneas elencadas pelo legislador como passíveis do recurso de apelo.

Importante ressaltar que o rol de situações ensejadoras do recurso de apelação no tribunal do júri se esgota no texto legal. Nesse caso, a doutrina explica que se trata de um recurso com fundamentação vinculada, ou seja, necessariamente deve expor uma das quatro hipóteses elencadas nas alíneas “a”, “b”, “c” ou “d” do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, tudo visando alcançar o princípio fundamental da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É o que bem leciona Rangel (2010, p. 934):

O recurso de apelação com base neste inciso é chamado de recurso de fundamentação vinculada, ou seja, somente pode haver recurso das decisões do Tribunal do Júri se com base em uma (ou mais) das hipóteses elencadas, taxativamente, abaixo. O

conhecimento do tribunal fica delimitado pelos motivos invocados na petição recursal.

Em sentido complementar, ensina Nucci (2011, p. 887):

As decisões proferidas no Tribunal do Júri, como regra, encaixam-se na hipótese prevista no inciso I do art. 593 (condenação ou absolvição), embora a norma processual penal tenha optado por excepcionar o caso do júri, justamente para fazer com que a apelação, nessa hipótese, ficasse vinculada a uma motivação. Não se ataca, pois, a decisão do Tribunal do Júri por qualquer razão ou inconformismo, mas somente nos casos enumerados nas alíneas do inciso III do art. 593. Garante-se o duplo grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se busca preservar a soberania dos veredictos.

Pelo rol *numerus clausus* do art. 593, III, do CPP, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pelo esgotamento das hipóteses de apelação das decisões do Tribunal do Júri no referido dispositivo legal:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO. VÍCIO. ATA DE JULGAMENTO. NÃO CONSIGNAÇÃO. PRECLUSÃO. APELAÇÃO. RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. ORDEM DENEGADA.

I - O recurso de apelação previsto nas alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal tem fundamentação vinculada.

II - Não consignada a irresignação na ata de julgamento da Sessão Plenária do Júri, não há falar em vício formal, em face da preclusão.

III - Ordem denegada. (STF - HC: 93406 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de

Julgamento: 17/06/2008, Primeira Turma, Data de
Publicação: DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC
01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00771)

A alínea “a” expõe o cabimento do recurso de apelação quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia.

Frise-se, de logo, que a nulidade neste caso deve ser após a decisão de pronúncia. Isto porque, sendo anterior, deveria ter sido combatida mediante recurso da própria decisão que admitiu a acusação e submeteu o réu ao tribunal popular. Surgindo a nulidade posteriormente à pronúncia, no entanto, duas situações: ou a interposição do recurso em sentido estrito, caso prevista tal possibilidade, ou, caso incabível o RSE, deve o réu aguardar o julgamento pelos jurados e, só após, interpor apelação com base na nulidade anterior.

Explica a alínea “a” Rangel (2010, p. 934):

Trata-se de decisão eivada de *error in procedendo*, ou seja, vício de procedimento. A hipótese autoriza a cassação da decisão dos jurados, desde que o vício de formalidade tenha ocorrido após a decisão interlocutória mista não terminativa que julga admissível a acusação.

Continua o referido autor:

Se o vício de formalidade ocorrer antes ou na própria decisão de pronúncia, o recurso cabível será o recurso em sentido estrito (art. 581, IV), e, tratando-se de vício que possa ser sanado, se não for arguida no tempo e no modo devidos, ocorrerá a preclusão temporal.

Nessa hipótese, caso o Tribunal de Justiça exerça o *iudicium rescindens*, isto é, rescinda o julgamento feito pelo Tribunal Popular, será o réu submetido a novo júri, podendo outras tantas apelações serem

interpostas com base na mesma alínea, sem ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (RANGEL, 2010).

É o que também leciona Tourinho Filho (2013, p. 464), ao afirmar que “quanto à interposição com fulcro na alínea a, se provida a apelação, haverá novo Júri e poderá haver outro e mais outro, se surgirem nesses julgamentos subsequente nulidade”.

A alínea “b” refere-se à sentença do juiz que contradiz a decisão dos jurados ou expressa previsão legal.

É hipótese em que se vê desnecessária a convocação de novo tribunal do júri, pois o próprio tribunal, ao receber a apelação, promoverá a correção do *error in procedendo* do juiz togado.

Assim, além de promover o *iudicium rescindens*, o Tribunal também fará o *iudicium rescisorium*, vez que alterará ele mesmo o conteúdo do julgado, rejuizando o feito naquilo que for objeto do recurso, independentemente de nova decisão do Júri. Aqui, o que se impugna é o ato jurisdicional do juiz e não a decisão de mérito – condenação ou absolvição do réu, razão pela qual não há que se falar em ofensa à soberania dos veredictos (RANGEL, 2010).

Quanto a esta hipótese, Capez (2013, p. 789) tece os seguintes comentários:

O juiz está obrigado a cumprir as decisões do Júri, já que a horizontalidade é uma das características do órgão, não havendo supremacia do juiz togado sobre os jurados, mas simples atribuições diversas de funções. Os jurados decidem o fato e o juiz-presidente aplica a pena, de acordo com esta decisão, não podendo dela desgarrar-se.

Enquadram-se nessa alínea, a título de exemplo, a decisão do juiz que condena o réu, quando os jurados optaram por absolvê-lo; quando os jurados reconhecem a existência de causa especial de aumento de pena e o juiz deixa de considerá-la na dosimetria da pena; decisão do juiz que concede medida de segurança a réu imputável etc. (RANGEL, 2010).

A terceira possibilidade de interposição de apelação das decisões do Tribunal do Júri é na aplicação errônea ou injusta, pelo juiz togado, do *quantum* da pena ou da medida de segurança. Nucci (2011, p. 888) explica esta alínea “c” por meio de exemplos:

Penas elevadas demais para réus primários ou excessivamente brandas para reincidentes, por exemplo, sem ter havido fundamento razoável, ou medidas de segurança incompatíveis com a doença mental apresentada pelo réu podem ser alteradas pela interposição do recurso.

É também hipótese em que o Tribunal de Justiça, nos moldes do art. 593, § 2º, do Código de Processo Penal fará a alteração do erro ou injustiça, pois, como na alínea “b”, ao assim proceder, não afeta a soberania dos veredictos. Na verdade, a dosimetria da pena é sempre uma função do juiz togado, não havendo participação popular nesta fase processual.

Frise-se, no entanto, que a insurgência com base nesta alínea não pode abranger insatisfação com causas de aumento ou diminuição de pena, privilégio ou qualificadoras, posto que, por comporem a dita “tipicidade derivada” do fato, são passíveis de reconhecimento não pelo juiz-presidente, mas sim pelos jurados, o que obsta a modificação, quanto a tais pontos, pelo órgão jurisdicional de 2º grau. É o que bem explica Nucci (2011, p. 888):

Registremos, no entanto, que a exclusão ou a inclusão de qualificadoras, privilégios, causas de aumento ou de diminuição da pena não podem ser alteradas pelo tribunal, uma vez que fazem parte da tipicidade derivada, integrante do crime doloso contra a vida, cuja competência para julgar pertence, com exclusividade, ao Tribunal do Júri.

Assim, o descontentamento da parte com a inclusão ou exclusão de qualificadora, privilégio, causa de aumento ou diminuição de pena, nunca pode ser questionado com base na hipótese desta alínea, mas tão somente através da alínea “d”, nos moldes especificados abaixo.

A última e mais complexa e utilizada hipótese de cabimento da apelação prevista no art. 593, III, do CPP é a elencada na alínea “d”. Através dela, é possível a interposição do recurso de apelo quando a decisão dos jurados, manifestamente, contrariar o manancial probatório dos autos.

De logo, é fundamental destacar que a contrariedade da decisão dos julgados com as provas dos autos deve ser frontal, aberta, sob pena de não ser admitido o recurso. Ou seja, havendo divergência no conjunto probatório colhido, com determinadas provas apontando para uma possível absolvição e outras para a condenação, conclui-se que os jurados se convenceram, soberanamente, por um desses grupos de provas, sendo sua decisão imodificável pelo tribunal.

Com maestria, leciona Hungria (1955), citado por Tourinho Filho (2013, p. 464/465):

“Uma vez que há um elemento de convicção dentro dos autos, em favor de sua decisão, o tribunal superior não pode cassar a sua decisão (do Júri). Uma testemunha de vista contra cinco testemunhas; uma afirma que o réu não praticou o delito e as cinco outras negam; o Júri absolve: o tribunal não pode modificar essa decisão. Há testemunhas contraditórias; o tribunal pode entender que há dúvida, mas o Júri achou que não há dúvida – e o Júri pode decidir na dúvida. E o tribunal só pode reformar a decisão, quando não há o menor elemento nos autos, não há prova alguma, apoio algum na prova – não é possível que se deturpe o texto legal para

anular o Júri; ele foi mantido como uma instituição soberana”.

Nessa hipótese, diferentemente do que ocorre nas alíneas “b” e “c”, não poderá o Tribunal promover o *iudicium rescisorium*, vez que, assim agindo, estaria afrontando a regra constituição quanto à competência do Tribunal do Júri para decidir acerca da condenação/absolvição de acusados por crime dolosos contra a vida.

Assim, irá o Tribunal, caso constate que de fato julgou o Júri em contrariedade às provas dos autos, apenas anular a decisão anterior, remetendo os autos novamente à 1ª instância para que nova sentença seja proferida. É o que ensina Rangel (2010, p. 937/938):

A hipótese agora é diferente das demais acima. O apelo, nesse inciso, será contra decisão dos jurados, por ser ela manifestamente contrária à prova dos autos. Ou seja, trata-se, ainda, de *error in iudicando*, porém, o órgão jurisdicional *ad quem*, se der provimento ao recurso, não poderá rejulgar a matéria, pois, neste caso, haveria ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Há apenas o *iudicium rescindens*, mas não o *iudicium rescisorium*. O que significa dizer: o tribunal apenas cassa a decisão, por ser contrária à prova dos autos, mas não emite juízo de mérito, não rejulga a matéria.

Havendo a anulação do primeiro julgamento pelo Tribunal, no entanto, regra o art. 593, § 3º, *in fine*, do Código de Processo Penal que não será admitida nova apelação com base no mesmo fundamento. Em outras palavras, caso o novo Conselho de Sentença, ao julgar novamente o crime doloso contra a vida, supostamente decidir em contrariedade ao manancial probatório do processo, não poderá a parte interpor nova apelação contra esta decisão.

São essas as lições de Nucci (2011, p. 890):

Utilizada a apelação com base na alínea *d* do inciso III do art. 593, não é admissível um segundo apelo pelo mesmo motivo, evitando-se a prorrogação infundável dos julgamentos (art. 593, § 3º, CPP). Ademais, se na primeira apelação, considerou o tribunal que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, quando o júri condenou o réu sem prova suficiente, por exemplo, determinando novo julgamento, não tem o menor cabimento, quando o Conselho de Sentença, na segunda sessão, absolver o acusado, torna a haver questionamento sobre o mérito. Afinal, se foi contrária à prova a condenação, não pode também ser contrária à prova a absolvição. Seria interminável a possibilidade de renovação dos veredictos. Por isso, o correto é permitir que uma única vez seja apresentada a apelação, com base nessa alínea, ainda que as teses se alterem nos dois julgamentos proferidos.

A possibilidade de ser interposta apelação contra a decisão tomada pelo Tribunal do Júri não ofende, por si só, o princípio da constitucional da soberania dos veredictos, e isto porque, principalmente, a Carta Magna menciona “veredictos”, ou seja, no plural, permitindo, presumidamente, que novas decisões sejam proferidas pelo Conselho de Sentença. Harmoniza-se, assim, o princípio da soberania dos veredictos com o princípio implícito do duplo grau de jurisdição (NUCCI, 2011).

Importante frisar, ao final, o conteúdo da Súmula 713 do STF, que dispõe que “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”. Isto significa que, caso o apelante apenas recorra com base em uma das alíneas contidas no art. 593, III, do CPP, não pode o tribunal reformar ou invalidar a sentença proferida com fundamento nas demais alíneas, diante do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Explica Tourinho Filho (2013, p. 464):

O STF, na Súmula 713, estabeleceu: “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”. Assim, por exemplo, se o recorrente apela com fulcro na alínea *b*, *c* ou *d* e o Tribunal vislumbra uma nulidade posterior à pronúncia, fica impossibilitado de prover o recurso baseando-se na alínea *a* (que permite o apelo quando houver nulidade posterior à pronúncia).

Conclui-se, portanto, que caberá ao recorrente definir qual/ quais serão, nas apelações nos processos do tribunal do júri, seus fundamentos recursais, restringindo o juízo colegiado, ao reanalisar a matéria, a julgá-la de acordo com tais fundamentos invocados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho científico, restou possível perceber as particularidades que envolvem o recurso de apelação no processo penal brasileiro, especialmente quanto às suas hipóteses de cabimento elencadas no Código de Processo Penal vigente.

Restaram consolidadas diferenças estruturais entre a apelação para o procedimento comum do Código de Processo Penal e o mesmo recurso no âmbito do tribunal do júri, na medida em que neste, para consolidar o princípio fundamental da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CRFB/88), exige-se uma maior contenção do tribunal de justiça e do tribunal regional federal na análise e decisão do apelo.

Ademais, mesmo dentro do procedimento do júri há diferença em relação à postura que pode adotar o tribunal para cada hipótese de cabimento da apelação. Enquanto que nas situações das alíneas “b” e “c” do art. 593, III, do Código de Processo Penal o insurgente poderá ter sua pretensão diretamente atingida por decisão de reforma proferida pelo tribunal, nas alíneas “a” e “d” o máximo que a corte de 2º grau poderá chegar é na anulação da decisão.

Por fim, em nome da já citada soberania dos veredictos, a alínea “d” do inciso III do supracitado artigo só pode ser usada como base para interpor apelação apenas uma vez, já que não será reaberta a instrução probatória e as provas já constantes nos autos não podem ser, ao mesmo tempo, manifestamente contrárias e a favor do réu.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo penal**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 24 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 93406-SP**. Primeira Turma. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento em 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719823/habeas-corpus-hc-93406-sp>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 713**. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0713.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Manual de processo e prática penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DA UTILIZAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA EM AÇÃO POPULAR

MIGUEL FERREIRA PALACIOS:
Advogado. Bacharel pela Universidade São Judas Tadeu São Paulo/SP. Especialista em Direito Civil pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Articulista de sites jurídicos.

Resumo: Artigo com objetivo de explorar, de maneira objetiva, a hipótese de utilização de produção antecipada de prova para propositura de Ação Popular, dada a sistemática legal complexa no que se refere aos cumprimentos de seus requisitos objetivos. Partindo-se da análise de princípios para dirimir eventuais antinomias aparentes, desenvolve-se a problemática sob prisma eminentemente interpretativo, buscando a comunicação do Código de Processo Civil e da Ação Popular pelas vias de direito intertemporal. Conclui-se pela possibilidade da utilização da produção antecipada.

Palavras-chave: Prova antecipada. Código de Processo Civil. Ação Popular.

Abstract: This article aims to explore, in a simply way, the hypothesis of the use of the anticipated production of evidence to propose a Popular Action, given the complex legal systematics regarding the fulfillment of its objective requirements. Starting from the analysis of principles to resolve any apparent antinomies, the problem is developed from an interpretive point of view, seeking the communication of the Code of Civil Procedure and Popular Action through intertemporal law. The possibility of the use of the anticipated production is available.

Keyword: Anticipation's Proof. Code of Civil Procedure. Ação Popular.

Sumário: Introdução. 1. Das singularidades, limites e extensões da Ação Popular. 2. Da prova antecipada na Ação Popular. 3. Do posicionamento jurisprudencial. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, uma série de mudanças procedimentais foram sedimentadas no ordenamento jurídico fazendo com que normas anteriores à sua vigência plena encontrem supostos obstáculos interpretativos.

Evidente que existem remédios legais que visam mitigar a dificuldade de adequação legislativa, notadamente a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) ou aplicações doutrinárias de técnicas de identificação e resolução de antinomias jurídicas. No entanto, ao analisar a Ação Popular (Lei 4.717/65) como adequá-la ao novo *modus operandi* do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)? Especificamente, de que forma as provas típicas ou atípicas listadas na lei instrumental podem penetrar no microsistema formado pela Lei de Ação Popular já que, no bojo desta última, normas de direito material e processual se mesclam?

Neste cenário, começam a surgir questionamentos sobre a legitimidade, interesse processual, aplicação de ritos ou mesmo de mero processamento.

Assim, *mister* salientar que a discussão tem lugar na interdisciplinaridade do direito, na medida que as limitações de atuação de uma lei frente à outra irão fornecer parâmetros equânimes e seguros de efetiva prestação jurisdicional colimando com a finalidade precípua da Lei de Ação Popular, cujo teor corresponde ao resguardo da coisa pública frente sua violação pela Administração Pública *lato sensu*.

1. Das singularidades, limites e extensões da Ação Popular

Superado o exórdio, Gasparini (1993, p. 25)^[1] define Ação Popular como “instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão para invalidar atos e outras medidas da Administração Pública e de suas autarquias, das entidades da administração indireta ou das entidades subvencionadas pelos cofres públicos, ilegais e lesivos aos respectivos patrimônios, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao

patrimônio histórico e cultural”, partindo desta conceituação pontos iniciais relevantes.

Depreende-se da definição que qualquer cidadão é legitimado para propor Ação Popular com a finalidade de invalidar atos da Administração Pública eivados de irregularidades. Claro que a lei positivada, seguindo a sistemática de delimitação a ela inerente, condiciona, por exemplo, o exercício do *jus postulandi* à posse de título de eleitor, afastando a possibilidade de qualquer estrangeiro ou menor de 16 (dezesesseis) anos propor Ação Popular.

Neste ponto, pouco importa se o legitimado ativo possui domicílio eleitoral onde se vislumbra a lesão ao patrimônio público. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) esclarece-se de maneira cristalina a questão de legitimidade com conexões processuais remissivas ao Código de Processo Civil de 1973:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ELEITOR COM DOMICÍLIO ELEITORAL EM MUNICÍPIO ESTRANHO ÀQUELE EM QUE OCORRERAM OS FATOS CONTROVERSOS. IRRELEVÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. TÍTULO DE ELEITOR. MEROMEIO DE PROVA. 1.

Tem-se, no início, ação popular ajuizada por cidadão residente e eleitor em Itaqui/MS em razão de fatos ocorridos em Eldorado/MS. O magistrado de primeiro grau entendeu que esta circunstância seria irrelevante para fins de caracterização da legitimidade ativa ad causam, posição esta mantida pelo acórdão recorrido - proferido em agravo de instrumento. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 e 42, p.único, do Código Eleitoral, ao argumento de que a ação popular foi movida por eleitor de Município outro que não aquele onde se processaram as alegadas ilegalidades. 3. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de

cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". 4. Note-se que a legitimidade ativa é deferida a cidadão. A afirmativa é importante porque, ao contrário do que pretende o recorrente, a legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão. 5. O que ocorre é que a Lei n. 4717/65, por seu art. 1º, § 3º, define que a cidadania será provada por título de eleitor. 6. Vê-se, portanto, que a condição de eleitor não é condição de legitimidade ativa, mas apenas e tão-só meio de prova documental da cidadania, daí porque pouco importa qual o domicílio eleitoral do autor da ação popular. Aliás, trata-se de uma exceção à regra da liberdade probatória (sob a lógica tanto da atipicidade como da não-taxatividade dos meios de provas) previsto no art. 332, CPC. 7. O art. 42, p. único, do Código Eleitoral estipula um requisito para o exercício da cidadania ativa em determinada circunscrição eleitoral, nada tendo a ver com prova da cidadania. Aliás, a redação é clara no sentido de que aquela disposição é apenas para efeitos de inscrição eleitoral, de alistamento eleitoral, e nada mais. 8. Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular. 9. O indivíduo não é cidadão de tal ou qual Município, é "apenas" cidadão, bastando, para tanto, ser eleitor. 10. Não custa mesmo asseverar que o instituto do "domicílio eleitoral" não guarda tanta sintonia com o exercício da cidadania, e sim com a necessidade de organização e fiscalização eleitorais. 11. É que é entendimento pacífico em doutrina e

jurisprudência que afixação inicial do domicílio eleitoral não exige qualquer vínculo especialmente qualificado do indivíduo com a circunscrição eleitoral em que pretende se alistar (o art. 42, p. único, da Lei n. 4.737/65 exige tão-só ou o domicílio ou a simples residência, mas a jurisprudência eleitoral é mais abrangente na interpretação desta cláusula legal, conforme abaixo demonstrado)- aqui, portanto, dando-se ênfase à organização eleitoral. 12. Ainda de acordo com lições doutrinárias e jurisprudenciais, somente no que tange a eventuais transferências de domicílio é que a lei eleitoral exige algum tipo de procedimento mais pormenorizado, com demonstração de algum tipo de vínculo qualificado do eleitor que pretende a transferência com o novo local de alistamento (v. art. 55 da Lei n. 4.737/65)- aqui, portanto, dando-se ênfase à fiscalização para evitação de fraude eleitoral. 13. Conjugando estas premissas, nota-se que, mesmo que determinado indivíduo mude de domicílio/residência, pode ele manter seu alistamento eleitoral no local de seu domicílio/residência original. 14. Neste sentido, é esclarecedor o Resp.15.241/GO, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU 11.6.1999. 15. Se é assim - vale dizer, se não é possível obrigar que à transferência de domicílio/residência siga a transferência de domicílio eleitoral -, é fácil concluir que, inclusive para fins eleitorais, o domicílio/residência de um indivíduo não é critério suficiente para determinar sua condição de eleitor de certa circunscrição. 16. Então, se até para fins eleitorais esta relação domicílio-alistamento é tênue, quanto mais para fins processuais de prova da cidadania, pois, onde o constituinte e o legislador não distinguiram, não cabe ao Judiciário fazê-lo - mormente para restringir legitimidade ativa de ação popular, instituto dos mais caros à participação social e ao controle efetivos dos indivíduos no controle da Administração Pública. 17. Recurso especial não provido. [\[ii\]](#)

Vale ressaltar que da leitura da ementa, resta clara a possibilidade de aplicação da lei processual de forma supletiva ao disposto na Lei de Ação Popular, até porque o artigo 22 da Lei 4.717/65 faz menção expressa a tal hipótese. Então, qual o limite de complemento? Existe algum critério objetivo?

Quanto ao ponto de suposto conflito e mensuração de limites e extensões interdisciplinares, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR tece comentários sobre antinomia jurídica, cujo critério será utilizado para comprovação da possibilidade de produção de prova antecipada em Ação Popular.

“Para se constatar a existência de uma contradição entre normas, são necessários os seguintes pressupostos: a) que sejam jurídicas; b) que estejam vigorando; c) que estejam concentradas em um mesmo ordenamento jurídico; d) que emanem de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; e) que tenham comandos opostos, por exemplo, que uma permita e a outra obrigue dada conduta, de forma que uma constitua a negação da outra; f) que o sujeito a que se dirigem fique numa situação insustentável”^[iii].

Em prosseguimento, nesta primeira fase de constatação de antinomia, notória a incidência do instituto quando da análise da Lei de Ação Popular face ao Código de Processo Civil. Todas as alíneas suscitadas no trecho colacionado são identificáveis quando da realização da análise. Ciente dessa possibilidade continua o doutrinador.

*“Vários são os critérios para a solução de antinomias no direito interno, a saber: a) Critério Cronológico: na existência de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Este critério é anunciado pelo brocardo jurídico: *lex posterior derogat legi priori*. Essa regra se explica pelo fato de a eficácia da lei no tempo ser limitada ao prazo de sua vigência, que começa com a sua publicação e perdura até a sua revogação. Assim, a lei só começa a produzir seus efeitos após entrar em vigência e deixa de produzi-*

los depois de revogado; b) Critério Hierárquico: também chamado de Lex superior, porque inspirado na expressão latina 'lex superior derogat legi inferiori'. Por esse critério, na existência de normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior. O contrário, uma norma inferior revogar uma superior é inadmissível; c) Critério da Especialidade: também denominado 'Lex specialis', em função da expressão latina 'lex specialis derogat legi generali'. Por esse critério, se as normas incompatíveis forem geral e especial, prevalece a segunda. O entendimento que norteia esse critério diz respeito à circunstância de a norma especial contemplar um processo natural de diferenciação das categorias, possibilitando, assim, a aplicação da lei especial aquele grupo que contempla as peculiaridades nela presentes, sem ferir a norma geral, ampla por demais. Além do mais, a aplicação da regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça"[iv].

Se mesmo com a aplicação dos preceitos resolutivos citados, o conflito de normas persistir, está-se diante de antinomia real. Porém, caso algum dos critérios seja capaz de dirimir a dúvida, está-se diante de um conflito aparente de norma, denominado doravante como antinomia aparente.

Trazendo a metodologia apresentada à problemática objeto deste artigo, conclui-se que a antinomia existente entre a Lei de Ação Popular e o Código de Processo Civil é aparente. Tal afirmação é palpável ao analisar a questão de legitimidade ativa inserida nas duas legislações. Por tratar-se a Ação Popular de lei especial face ao Código de Processo Civil, aplica-se a lei especial. Assim, o jovem de 16 (dezesesseis) anos é legitimado ativo pleno para propor Ação Popular, mas não o é para propor qualquer ação de procedimento comum previsto no Código de Processo Civil.

Veja-se, portanto, que a Ação Popular deve ser interpretada primeiramente dentro de seu microsistema composto por normas de direito processual e material. Se o caso concreto restar positivado expressamente na lei especial, esta prevalece. Contudo, se não há previsão ou existe incompatibilidade com o sistema jurídico vigente, aplica-se a lei infraconstitucional de forma supletiva, seja por fundamento lógico-sistemático, seja por fundamento expresse previsto no artigo 22 da Lei 4.717/65.

1. Da prova antecipada na Ação Popular

Notório que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações legislativas, mostrando-se atualizado com as tendências do direito brasileiro no que se refere à finalidade dos atos processuais, regulamento de procedimentos eletrônicos e participação cooperativa entre todos os sujeitos e auxiliares do processo. Todavia, mesmo o Código de Processo Civil de 1973 é posterior a Ação Popular. Então, de que forma era feita a compatibilização normativa?

Viu-se que as técnicas de resolução das antinomias aparentes são um método eficaz, mas como superar entraves eminentemente burocráticos que, em grande medida, impedem a propositura da Ação Popular que positiva necessidade premente de inserção de todos os entes ou pessoas jurídicas de direito público citados no artigo 6º da Lei 4.717/65 no polo passivo da lide, sob pena de indeferimento da inicial?

Ora, a própria Lei da Ação Popular faz menção a algumas facilidades^[V], porém omissa ao não vislumbrar a possibilidade de produção antecipada de provas. Contudo, nada obsta que o autor da ação proponha uma tutela cautelar em caráter antecedente para obter as provas necessárias à propositura da ação principal (Ação Popular) no prazo fixado no artigo 308 do Código de Processo Civil, por exemplo.

Ainda, tal providência em última análise, facilitaria a composição do polo passivo da demanda, pois com a indicação precisa nos documentos angariados da Administração Pública *lato sensu* a chance de indeferimento

de inicial por inépcia reduz-se drasticamente, já que o citado artigo 6º será completamente observado com a indicação precisa de todos os réus[[vi](#)].

Assim, se não há qualquer interferência direta no procedimento externado na lei especial, também não há impedimento para produção antecipada de provas em sede de Ação Popular.

No entanto, repise-se, é necessário respeitar os ditames procedimentais da lei especial e em caso de compatibilidade aplicar o Código de Processo Civil de maneira supletiva. Nesta toada, não parece razoável a propositura de Ação Popular sem qualquer indício de irregularidade, até porque, proposta de forma temerária o autor poderá ser penalizado com multa processual decorrente da caracterização de má-fé nos termos da Lei da Ação Popular.

1. Do posicionamento jurisprudencial

Esclarecida a questão e demonstrada sua controvérsia, interessante trazer-se posicionamentos jurisprudenciais com o fito de demonstrar, de maneira clara, julgados que considerem como deve se dar a conexão entre o Código de Processo Civil e a Ação Popular.

Aqui, pelo baixo índice de proposição de Ações Populares precedidas de pedido antecipado de prova, serão colacionados julgados análogos que enfrentam a questão da aplicação de artigos frente a dispositivos antagônicos positivados no antigo Código de Processo Civil.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. PROCURADORES DIVERSOS. PRAZO PARA RECORRER, CONTESTAR E FALAR NOS AUTOS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 191, DO CPC. 1 – Diante da omissão da Lei 4.717/65 quanto ao prazo para contestar, recorrer e falar nos autos quando os litisconsortes tiverem procuradores diversos, cabível é a aplicação subsidiária do CPC. 2- Aplicação do art. 191, já que tal procedimento não contraria os dispositivos da Lei da Ação Popular, nem a natureza específica da ação. 3 – Agravo de

instrumento provido (BRASIL. TRF3. AI n. 2256 SP 9603002256-0. 3ª Turma. Relator: Des. Ana Scartezzini. Julgamento: 07/11/1997).

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. PRELIMINAR, AVENTADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, DE AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL DO APELO VOLUNTÁRIO. RAZÕES RECURSAIS SINGELAS. OBJEÇÃO À SENTENÇA RECORRIDA. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. APELAÇÃO VOLUNTÁRIA CONHECIDA. TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO DA EMPRESA PÚBLICA. MÉRITO. DECISÃO COLEGIADA DA TERRACAP CONTENDO AUTORIZAÇÃO PARA DESISTÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA REINTEGRATÓRIA DA POSSE DE IMÓVEL OCUPADO POR TERCEIRO. INTERESSE DO AUTOR POPULAR NA MESMA ÁREA RURAL OBJETO DE PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO. AÇÃO POPULAR, NO CASO, NÃO DESTINADA À DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS PRÓPRIOS DESSE VEÍCULO CONSTITUCIONAL (ART. 5º, LXXIII, CF/88) E INÓCUA, FACE AOS TERMOS EM QUE FORMULADA, PARA ALTERAR QUALQUER TITULARIDADE QUANTO À OCUPAÇÃO, POSSE OU PROPRIEDADE DO IMÓVEL DISPUTADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE DO ATO ATACADO E LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em que pese a singeleza das razões recursais, os fundamentos deduzidos, ainda que de forma perfunctória, objetam a sentença recorrida, sendo possível concluir pelo preenchimento da regularidade formal do Apelo voluntário, que deve ser conhecido. 2. A Contestação da TERRACAP foi apresentada no prazo legal, o qual, no caso de Ação Popular, é de 20 (vinte) dias (art. 7º, IV da Lei nº 4.717/65), devendo-se frisar, ainda, que a especial natureza dessa demanda, em que os interesses em litígio são indisponíveis,

determina regramento distinto quanto à revelia e seus efeitos (inteligência do § 3º do art. 6º da Lei 4.717/65 e do art. 320, II, c/c o art. 319, ambos do Código de Processo Civil). 3. O ato inquinado de lesivo é apontado como sendo a decisão da Diretoria Colegiada da Apelada TERRACAP, quanto à desistência de cumprimento de sentença proferida pelo Juízo da 2ªVarada Fazenda Pública, em 17/10/2000, que determinara a reintegração de posse de imóvel rural ocupado por terceiro, cujo não cumprimento favoreceria o “casal invasor de terras da TERRACAP. 4. O imóvel foi objeto de disputa possessória entre o Autor da Ação Popular e terceiros, fazendo presumir o evidente interesse pessoal do daquele no ajuizamento desta ação, como, aliás, também se constata do próprio pedido inicial, quando se declara “diretamente prejudicado” pela decisão da Diretoria Colegiada da Apelada, embora seja importante frisar que eventual procedência desta ação em nada alteraria a situação relativa à titularidade da ocupação, posse ou propriedade do bem em questão. 5. A Ação Popular está destinada a garantir a qualquer cidadão o exercício do direito de postular a proteção do patrimônio público, histórico e cultural ou lesão ao meio ambiente e à moralidade administrativa, bens e interesses que são, por sua própria natureza, titularizados pela coletividade (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e art. 2º e incisos, da Lei 4.717/65). 6. A autorização constitucional e legal foi conferida ao cidadão para o manejo da Ação Popular em defesa desses interesses eminentemente difusos, não podendo se valer da nobre Ação para alcançar pretensão meramente privada, embora, no caso em tela, a demanda, como se anotou alhures, tal como posta, não estivesse sequer propensa a trazer qualquer benefício direto ao Autor Popular, salvo a satisfação de ver o desapossamento da área rural daqueles com quem mantém, como se registrou, antiga disputa pela área imobiliária cuja reintegração da posse pretende ver efetivada pela

Apelada. 7. O que importa para esta demanda é a demonstração da existência de ilegalidade do ato atacado (decisão colegiada da TERRACAP) do qual decorra lesão ao patrimônio público, o que determinaria a sua nulidade (não revogação, como pretendido na inicial), o que não se verifica nos autos, pois não ficou demonstrada qualquer ilegalidade do ato atacado, tampouco lesividade ao patrimônio público, ainda que do ponto de vista da moralidade administrativa. 8. Remessa Oficial e Apelo Voluntário conhecidos e não providos, mantendo-se intacta a sentença recorrida. (BRASIL. TJDF. Apelação n. 20130111590722. 1ª Turma Cível. Relator: Rômulo de Araújo Mendes. Julgamento: 26/08/2015).

No primeiro aresto há a confirmação do posicionamento adotado. Na ausência de regulamentação específica na Lei de Ação Popular sobre hipótese ventilada no Código de Processo Civil, prevalece a disposição deste último. Perceba-se que a lógica utilizada quanto aos procuradores de litisconsortes é a mesma ao ventilar-se a possibilidade de produção antecipada de provas sendo factível a utilização deste julgado por analogia em caso de eventual propositura de Ação Popular nos termos aqui discutidos.

Já em relação ao segundo, um dos assuntos objeto de devolução ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, correspondeu à tempestividade da contestação apresentada pela empresa pública Terracap. O colegiado entendeu pela aplicação do prazo da lei especial frente ao prazo da lei procedimental pela disposição expressa de 20 (vinte) dias na Lei de Ação Popular.

Logo, quando da interpretação conjunta dos dois arestos, é possível reafirmar com clareza a aplicação de princípios, limites e extensões da lei especial e forma de incidência supletiva do Código de Processo Civil tratados em tópicos anteriores.

Conclusão

Dada a técnica aplicada calcada em método hermenêutico pré-definido é possível concluir que:

a) A interdisciplinaridade entre legislações especiais e infraconstitucionais é viável no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que respeitadas e superadas aparentes antinomias a atualização da lei mais antiga frente as novas possibilidades trazidas pela lei mais recente não há óbice para produção antecipada de prova em sede de Ação Popular.

b) Tanto por força do artigo 22 da Lei 4.717/65, quanto pelas disposições da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) utilizar o Código de Processo Civil de 2015 como norma supletiva as omissões identificadas na Lei de Ação Popular é imperativo legal.

c) O posicionamento jurisprudencial consagra tanto a questão da especificidade quanto a supletividade, de modo que as decisões judiciais ao invocar tais princípios devem ser fundamentadas com vasto arcabouço jurídico-argumentativo.

d) A matéria é controvertida com ampla discussão jurídica, em que pese posituação expressa na Constituição Federal (art. 5º, LXXIII), de modo que a casuística poderá sedimentar novos entendimentos com julgados remissivos ao Código de Processo Civil de 2015.

Cumprе esclarecer que as conclusões obtidas decorrem da interpretação sistemática e teleológica dos institutos jurídicos com respaldo jurisprudencial favorável, não sendo objeto do presente o esgotamento do tema.

Referências Bibliográficas

[i] **GASPARINI**, Diógenes, Direito Administrativo, 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25.

[ii] **BRASIL**. STJ. REsp n. 1242800/MS. 2ª Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 07/07/2011

[iii] **FERRAZ JÚNIOR**, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

[iv] **FERRAZ JÚNIOR**, Tércio Sampaio. Obra citada. p. 206

[v] Recomenda-se a leitura do artigo 1º, §§ 4º a 7º, artigo 7º, inciso I, alínea “b” e § 1º, artigo 15 e 16 da Lei 4.717/65, nos quais é possível vislumbrar meios facilitadores de obtenção de provas e de prosseguimento da demanda quando da inércia dos sujeitos do processo originários.

[vi] Imaginando-se uma colheita de prova como medida preparatória à propositura da demanda, nada obsta o autor a buscar por meio de requerimentos administrativos, externados nas espécies de controle da Administração Pública ou impetrar *Habeas Data* para ter acesso à informação necessária, caso esta não esteja disponível ou seja negada nos termos da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011).

RELAÇÕES DE CONSUMO E SUAS INFRAÇÕES PENAIS

PALOMA RAMOS DA SILVA: Discente do curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau

RESUMO: O conhecimento de seus direitos como consumidor e das infrações penais cometidas como fornecedor são de grande importância. Através deste estudo, baseado na relação de consumo que venha a gerar danos ao que utilize o produto ou serviço que é ofertado no mercado será apresentado as infrações penais que estão contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), de maneira que sirva ao detentor de direitos o saber de suas defesas mediante a sua vulnerabilidade para com o de maior poder econômico, técnico, jurídico, e afins.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Vulnerabilidade. Relações de Consumo. Infrações Penais. Consumidor. Fornecedor. Direitos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Infração Penal e o Princípio da Transparência. 2.1. Omissão e perigo ao consumidor. 2.2. Má-fé para com o consumidor. 2.3. Da cobrança de dívidas. 2.4. Do direito ao acesso a informações. 2.5. Concurso de Pessoas. 2.6. Do agravo das penas e das considerações sobre as punições. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. Introdução.

Como marco inicial, a Revolução Industrial trouxe um considerável aumento da população nos centros urbanos, gerando uma grande procura aos serviços e produtos ofertados. A demanda passou a ser em série, então o que antes era em pequenas quantidades, passou a ser feito um protótipo, ou seja, um modelo e a partir dele, se replicava em grandes quantidades, para que fossem atendidas as demandas. Com isso, se fez necessário à criação de uma lei específica para cuidar dos direitos daqueles que viessem a utilizar o que se era ofertado.

A atenção voltada apenas para a quantidade e não mais para a qualidade, fez com que defeitos, vícios, dentre outros pontos negativos ao

oferecimento do que é ofertado começassem a surgir, não mais levando em consideração a segurança ao consumidor que será usuário do serviço ou produto.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXII, bem como no inciso V do artigo 170, garantem a defesa do consumidor. Ainda assim, se fez necessário o surgimento de algo que regulamentasse melhor o direito, bem como as infrações penais para os que agissem por dolo dentro de uma relação de consumo. Nasce, portanto a Lei 8.078 de 1990, como Código de Defesa do Consumidor e elencando todas as penalizações para os que cometem as infrações constantes no Título II da lei citada.

2. Infração Penal e o Princípio da Transparência.

Elencados no título II do CDC, mais precisamente do artigo 61 a 80 do referido, as alegadas Infrações Penais previstas para as relações de consumo estão como complementares ao Código Penal e a demais leis que estejam vigentes.

O CDC deverá ser analisado, especialmente nas Infrações Penais, com o Princípio da Transparência (exposto no art. 6, III, CDC), onde deverá ser clara e adequada toda informação sobre os diferentes serviços e produtos, especificando corretamente a qualidade, quantidade, características, composição, tributos incidentes e preços, e até os riscos que apresentam, conforme o inciso narra.

2.1. Omissão e perigo ao consumidor.

Uma conduta omissiva que leve em perigo a saúde, a vida e a segurança, por um risco provocado no fornecimento de um serviço ou produto que sejam perigosos ou nocivos (conforme cita o art. 6, I, CDC), gerarão um tipo penal para a conduta.

Quando exposto no mercado, em sequência ao código, e tendo conhecimento de que o produto é perigoso ou que possui defeitos de fabricação e não comunicam as autoridades o fato, bem como aos consumidores do produto/serviço, poderá sofrer uma detenção de seis

meses a dois anos e ainda multa. Comete na mesma punição quem deve retirar do mercado o produto perigoso a mando da autoridade, e não o faz.

O art. 65 do CDC importa na penalização para quem age contrário a determinação legal, executando um serviço de alta periculosidade. Entretanto, o próprio código não expõe o que se caracteriza por “alta periculosidade” para que gere a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, porém, baseando-se em algumas disposições do próprio código e até um pouco da legislação trabalhista, e afins, podemos considerar que serviços que envolvem explosivos, armas, venenos, esportes como rapel e paraquedismo, dentre outros, somente poderão ser prestados seguindo completamente todas as especificações estabelecidas pelas autoridades que sejam competentes. Existe jurisprudência, porém, que determinou que a comercialização de botijões de gás sem que haja a autorização devida das autoridades competentes (ANP – Agência Nacional de Petróleo) não se configura como crime, mas sim como apenas infração administrativa.

2.2. Má-fé para com o consumidor.

Enganar ao consumidor ou até suprimir alguma informação que seja relevante para o mesmo, caracteriza-se crime, em virtude da vulnerabilidade que o consumidor tem, em razão do fornecedor. Características, qualidade, segurança, quantidade, durabilidade, preço, dentre outros numerados no CDC, omitidas ou ditadas de forma enganadora, gerará uma multa e uma detenção de 3 (três) meses a um ano. Podendo (se for culposo) haver a diminuição da pena.

A elaboração ou o promover de publicidade que se sabe ou que se deveria saber que seja falso ou abusivo, configura como crime assim citado no código de defesa do consumidor.

Também se configura na pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa aquele que induz o consumidor a agir de forma perigosa a sua saúde ou segurança.

A falta de fundamento para uma determinada publicidade destinada aos consumidores, ou seja, a falta de dados, princípios, informações ou elementos que sejam necessários para que se prove que as informações colocadas na publicidade sejam verdadeiras, fazem com que se torne um tipo penal de conduta omissiva. Ainda ressaltando que o próprio código trás em seu art. 36, que a publicidade deverá ser veiculada de forma que o consumidor facilmente identifique como tal.

Uma garantia que o CDC trás ao consumidor, é que se não houver seu devido consentimento, quando ocorrer uma reparação de dano sofrido por ele, o produto danoso que tiver suas peças trocadas por peças usadas, sofrera uma infração penal, pois o consumidor deve aceitar a reparação da peça defeituosa, por uma já utilizada anteriormente.

2.3. Da cobrança de dívidas.

O credor, em teoria, tem direito de cobrar dívidas que não foram quitadas pelo consumidor. Entretanto, o código de defesa do consumidor, em seu artigo 71, enumera alguns direitos que os devedores possuem no momento em que for ser cobrado pelos tais pagamentos. É proibida ao credor, a utilização de ameaças, o constrangimento (físico ou moral), formas que exponha a ridículo o devedor, ou ate afirmações mentirosas. Podendo sofrer uma penalização exposta no artigo, como detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

2.4. Do direito ao acesso a informações.

Conforme cita o art. 43 do CDC, o consumidor, sem que haja prejuízo do que disposto no art. 86 do CDC, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. Elencado também no art. 72 do supracitado código, veremos que há uma infração penal para o credor que dificulte ou impeça o acesso a informações que constem em bancos de dados, pelo consumidor. É imprópria também, a cobrança ao consumidor pelas informações que forem solicitadas.

Um direito que o consumidor possui, é o de solicitar que qualquer informação que conste no banco de dados e que seja falsa, seja retirada e/ou corrigida. Essa correção deverá ocorrer em até um prazo de 5 (cinco) dias, e devendo ser comunicado a correção da informação errada, ao consumidor, conforme é taxado no §3º do art. 43 do CDC.

Elencado em mais um ponto do CDC, o princípio da transparência também é visto na relação de termo de garantia legal. É um direito do consumidor, receber este termo devidamente preenchido e claro para com o conteúdo tratado nele. Deverão ser utilizadas expressões que o consumidor conheça, pois a utilização de termos técnicos mostrará a vulnerabilidade técnica do consumidor para com o fornecedor (aquele que detém o conhecimento técnico). A não entrega deste termo de garantia legal com estas devidas regras atendida configura-se como inflação penal perante o CDC.

2.5. Concurso de Pessoas.

Diretores de pessoa jurídica, gerentes, administradores e sócios, referente ao concurso de pessoas, podem ser responsabilizadas criminalmente, na medida de sua culpabilidade. Aquele que “promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas” será praticante de infração penal pela relação de consumo, devendo responder pela culpa que o tiver.

2.6. Do agravo das penas e das considerações sobre as punições.

O CDC enumera algumas circunstâncias que torna os crimes agravantes. São eles: crimes cometidos em época de grave crise econômica ou em ocasião de calamidade; crimes que ocasionaram dano individual ou coletivo, grave; crimes que dissimulam a natureza ilícita do procedimento; e crimes cometidos por servidores públicos ou por pessoa com condição econômica superior a da vítima; também em detrimento de menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou portador de

deficiência mental; ou quando praticados por envolvimento de alimentos, medicamentos ou outros produtos/serviços essenciais.

O código penal também fala sobre a aplicação da pena pecuniária prevista no art. 77 do CDC. A pena que é fixada em dias-multa correspondente aos dias de duração da privativa de liberdade que vem cominada ao crime. Faz-se necessário o conhecimento da situação econômica do réu, para a fixação da multa. Se porventura o juiz ver que o réu é possuidor de uma boa condição econômica, e que a aplicação da mesma em seu máximo seria ineficaz para que o réu assuma com justiça seus erros, ela poderá ser aumentada até o triplo, conforme o §1 do art. 60, CP diz.

Diferentemente do que trás o CP, onde as penas são autônomas entre si, o CDC as trás em seu artigo 78, como cumulativas ou alternadas. Além da multa e da privativa de liberdade o artigo elenca a prestação de serviços a comunidade, a interdição temporária de direitos e a publicação da notícia e dos fatos da condenação em órgãos de comunicação de grande circulação/audiência.

A fiança tratada nas infrações penais será fixada pelo juiz ou pela autoridade que cuide do inquérito, podendo reduzi-la até a metade do seu valor mínimo ou aumentado até vinte vezes. É um direito que o acusado possui, para não precisar privar sua liberdade durante os trâmites do processo.

A ação penal para os crimes nas relações de consumo é pública e incondicionado, podendo intervir como adjunto ao Ministério Público as entidades e órgãos da Administração Pública, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, podendo propor ação privada, caso a denúncia não seja oferecida no prazo legal.

3. Conclusão

Pela grande crescente demanda de produtos e serviços a serem utilizados, se fez necessário, a criação do Código de Defesa do Consumidor. Inobstante a isso, a população que é consumidora destes, deverá sempre estar atenta aos seus direitos, para que quando se

sentirem lesados por aqueles detentores do poder em relações de consumo não sofram prejuízos físicos ou morais.

O conhecimento de seus direitos leva a um degrau mais alto para o consumidor perante o fornecedor. Danos que venham a ser causados pela má-fé do fornecedor dentro de uma relação de consumo deverão ser enquadrados dentro de uma infração penal narrada ao longo deste artigo, com sua devida pena.

Com o enfoque nas infrações penais, o presente artigo evidencia as diversas maneiras que o consumidor possa buscar pela efetiva reparação de seus danos, bem como a prevenção para que outrem não venha porventura a sofrer dano pelo mesmo ocorrido.

Ao fornecedor, a constante atenção para as infrações que possa cometer se faz necessário. O entendimento de que dentro de uma relação de consumo, o consumidor é o mais vulnerável, faz com que a presunção de cuidados extremos ao fornecer produtos ou serviços com qualidade, bem especificado e com clareza, não o levará a um processo judicial.

4. Referências

Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-de-defesa-do-consumidor-comentado/titulo-ii-das-infracoes-penais/artigo-61-3>>. (Acesso em 03 de setembro de 2017)

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,infracoes-penais-nas-relacoes-de-consumo-aspecto-difuso-e-coletivo,32478.html>>. (Acesso em 03 de setembro de 2017)

Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/direito-penal-do-consumidor/>>. (Acesso em 03 de setembro de 2017)

Disponível em: <<https://mayarahmartinelly.jusbrasil.com.br/artigos/204308732/defesa-do-consumidor-e-crimes-previstos-no-codigo>>. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/6/texto.asp?id=1332>. (Acesso em 06 de setembro 2017)

Disponível em: https://brasil.myle3x.net/legislacao/codigo-defesa-consumidor-cdc-art65_817.html. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2049723/qual-a-diferenca-entre-propaganda-enganosa-e-abusiva-aurea-maria-ferraz-de-sousa>. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10597569/artigo-68-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-de-defesa-do-consumidor-comentado/titulo-ii-das-infracoes-penais>. (Acesso em 06 de setembro de 2017)

ENTRE O DIREITO E A LITERATURA À ANÁLISE DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL EM: "O MERCADOR DE VENEZA" CUMPRIMENTO OU INTERPRETAÇÃO?

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

RESUMO: O estudo em comento trata-se de uma breve análise do Direito na Literatura destacando-se a relação obrigacional existente na obra "O Mercador de Veneza" de William Shakespeare, contrastando a problemática da interpretação que ocorre na obra, em face da obrigação estabelecida entre os personagens, destacando problemas em cumprir ou interpretar a obrigação existente. Nesse sentido buscou-se exemplificar uma relação obrigacional por meio da literatura, extraindo da ficção certa realidade que ainda na atualidade ocorre das mais diversas maneiras, é dizer, a constituição e elaboração de contratos abusivos e ilegais que perpassam a sociedade de forma despercebida e que causam transtornos inimagináveis às pessoas. A objetividade do presente texto, é utilizar-se da narrativa mencionada para análises diversas sobre o problema interpretativo com relação ao fiel cumprimento de uma relação jurídica obrigacional.

Palavras-Chave: Direito e Literatura; Linguagem; Relação obrigacional.

ABSTRACT: The study in question is a brief analysis of Law in Literature, highlighting the existing obligation in the work in William Shakespeare's The Merchant of Venice, contrasting the problematic of the interpretation that occurs in the work, in the face of the obligation established between the characters, highlighting problems In fulfilling or interpreting an existing obligation. In this sense, an attempt was made to exemplify a compulsory relationship through literature, drawing from fiction a certain reality, which is still in practice, is a constitution and elaboration of abusive and illegal contracts that permeate a society in a desperate manner and cause unimaginable disturbances to people . An objectivity of the present text, it is

used of the mentioned narrative for diverse analyzes on the interpretative problem with respect to the faithful fulfillment of a obligacional juridical relation.

Keywords: Law and Literature; Language; Compulsory relationship.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O MERCADOR DE VENEZA, A TRAMA E A OBRIGAÇÃO; 3 A OBRIGAÇÃO, O CUMPRIMENTO OU A INTERPRETAÇÃO?; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 O DIREITO E A LITERATURA EM: O MERCADOR DE VENEZA.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto histórico e metamórfico, o Direito sofreu impactos positivos e negativos (DIAS, 2017), neste sentido, buscou-se a necessidade de que o direito adotasse medidas a tornar pacífico o convívio social (SOUZA, 2012). Diniz (2013, p. 10) destaca que “o direito está em constante processo de mudança, apesar de ser um processo demorado este deve acompanhar os preceitos da sociedade a fim de garantir a coerção social e a justiça equitativa”. Contudo, a alguns séculos as medidas adotadas pelo direito carecia, pois, de interpretação do fato e não da lei, é o que ocorre ainda na atualidade, levando o sujeito a cumprir determinadas obrigações sem possibilidades de exonerar-se da arbitrariedade imposta pelo Estado.

Na atualidade, existe uma crescente corrente de pesquisas acerca do Direito e Literatura, objetivando compreender questões jurídicas por meio de obras literárias, esse fenômeno já ocorre a algumas décadas, tanto no cenário nacional como no internacional, contudo vem ganhando espaço lentamente no contexto brasileiro nos últimos anos, destacando a importância e a compreensão de estudos do Direito contido nas obras literárias (TRINDADE E BERNST, 2017).

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva analisar os problemas hermenêuticos na relação obrigacional contida na obra “O Mercador de Veneza” (William Shakespeare), do gênero drama, contendo uma história tramada no cenário Europeu, especificamente em Veneza/Itália, narrando

fatos que desembocam numa relação obrigacional antiga, e possui elementos provocativos a serem deliberados em contrapartida com a atualidade, pois, segundo Duque (2007) citado por Diniz (2013, p. 6), “na fase da Antiguidade, o Direito Romano não propunha o termo obrigação, com o sentido moderno, porém já praticava suas prerrogativas, afirma assim que nesta época surge a primeira ideia de vínculo entre dois sujeitos”.

Na atualidade, o Direito em sentido amplo, atual em harmonia no sentido de garantir a pacificação social (SOUZA, 2012) além de assegurar a integridade física, moral e psíquica das pessoas e garantir o bem estar social corroborado pelos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1988), nesse sentido a evolução contida no Direito torna-se notável em contraste com a antiguidade que utilizava-se e baseava-se em vingança privada, dentre outros métodos coercitivos para obrigação do sujeito a cumprir aquilo que por ele havia sido acordado.

2 O MERCADOR DE VENEZA, A TRAMA E A OBRIGAÇÃO

A literatura em comento trás a tona o antigo cenário jurídico europeu, no qual demonstra uma trama em volta de um drama e de uma relação obrigacional, relação essa, oriunda de um contrato mal elaborado com propostas absurdas (na atualidade) o que à época poderia se considerar como permitido e normal, incluso a venda de pessoas que se auto-garantiam nesse tipo de relações –contratos- (DINIZ, 2013).

De forma introdutória a trama é desenvolvida em torno de “Bassanio” que pede a “Antonio (O Mercador)” empréstimo de três mil ducados para que possa cortejar “Portia/Porsia” única herdeira de seu pai o rico Sr. de Belmont. Antonio o mercador, é rico, entretanto ocorre que todo o seu dinheiro está comprometido em empreendimentos no exterior, impossibilitando que haja o empréstimo de imediato ao seu amigo Bassanio (SHAKESPEARE, 2002).

Diante dessa situação, Antonio, com a finalidade de ajudar seu amigo recorre ao judeu “Shylock”, oferecendo-se como fiador de Bassanio, ocorre

que o judeu muito ofendido por Antonio em outras ocasiões, estava à espera de uma oportunidade para se vingar de Antonio (SHAKESPEARE, 2002). À época existia o empréstimo denominado “usura” que baseava-se em um percentual exorbitante de juros, com isso o agiota Shylock, não exita em conceder o empréstimo a Antonio, encontrando assim a oportunidade perfeita para iniciar sua vingança (SHAKESPEARE, 2002).

Shylock, ao realizar os tramites do empréstimo, impõe uma condição absurda: se o empréstimo não for pago em três meses, Antonio ficará obrigado a pagar com um pedaço da sua própria carne, contendo exatos 1(uma) libra de carne, neste momento desenvolve-se uma relação inter partes (entre as partes), Antonio (sujeito passivo) e Shylock (sujeito ativo), é dizer, nasce uma obrigação entre eles (SHAKESPEARE, 2002).

Dessa perspectiva Trindade (2014, p. 767) faz a seguinte ponderação,

observa-se que, se Antônio obedece à lógica do altruísmo, segundo a qual a justiça é entendida como misericórdia, Shylock é movido pela lógica da reciprocidade estrita (do ut des), de maneira que sua concepção de justiça é puramente comutativa, a serviço da vingança, nos moldes do olho-por-olho.

Contudo, mesmo sem desconfiar ou perceber as reais pretensões de Shylock, Antonio, persiste e segue adiante para firmar contrato, com o intuito de satisfazer a felicidade de seu amigo Bassanio (SHAKESPEARE, 2002).

3 A OBRIGAÇÃO: O CUMPRIMENTO OU A INTERPRETAÇÃO?

Diante desta narrativa, observa-se o vínculo obrigacional que acaba de iniciar-se, conforme Diniz (2013, p.1) destaca que “obrigação é o vínculo gerado entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, credor e devedor. O ramo do direito das obrigações é aquele que vem a reger as relações entre as partes no que tange a obrigações civis”, contudo, Antonio acreditando na impossibilidade de que tal feito venha se consumir aceita a proposta, que até então pareceria impossível de acontecer (SHAKESPEARE, 2002).

Como as típicas causas existentes na realidade consideradas fortuito (in)(ex)terno (BRASIL, 2002) é passado algum tempo, os negócios de Antonio começaram a cair em quebras, a notícia de que os seus navios naufragaram o coloca numa situação complicada (SHAKESPEARE, 2002). Diante disso, parte-se para análise de suas alternativas, vez que existe, todavia, a obrigação, nesse sentido, o que fazer? Cumprir ou interpretar?

Tanto na ficção descrita aqui como “O Mercador de Veneza” quanto na realidade, existem contratos mal elaborados e/ou com problemas de interpretação (hermenêuticos), neste caso por se tratar de uma obrigação que por seus traços torna-se (alternativa) ao passo que é absurda e repudiada por muitos, na época, as limitações contratuais eram meramente baseadas na vontade das partes e no cumprimento ao qual as partes estariam obrigadas, havendo acordo entre as partes como de certa maneira o é na atualidade.

Coaduna-se com essas reflexões Diniz, (2013, p. 2) quando diz que “[...] o direito de forma geral, e por óbvio, o direito das obrigações, é mutável de acordo com as normas sociais de cada época. Porém, nem tudo muda, e é possível nos dias modernos perceber normas e influências criadas num passado distante”.

Nesse sentido, o devedor Antonio, se negara a pagar ao credor Shylock com o que ele havia proposto inicialmente como garantia, ou seja, a carne de Antonio, é válido destacar que o contrato mal elaborado desemboca em uma série de conflitos, como por exemplo, cumprir com as obrigações ou utilizar-se da interpretação (Hermenêutica) para evitar de ter que cumprir com a obrigação.

Contudo, Diniz (2013, p. 3) pondera, ressaltando que, “[...] a relação obrigacional é um vínculo jurídico criado entre duas partes, uma delas é obrigada, já que pactuou, a satisfazer o interesse da outra, que pode exigila se não for cumprida, respondendo o devedor até o limite de seu patrimônio, e somente até este limite!”, nota que aqui está explicitado limites patrimoniais, o que não é o caso da obrigação do presente texto.

O contrato foi acordado entre eles, porém mal elaborado como já dito anteriormente, contendo uma relação obrigacional que possibilitava Shylock cobrar alternativamente o dinheiro ou a carne de Antonio. Ocorre que seu amigo Bassanio já era detentor da quantia até mesmo maior para o referido pagamento, ou seja, o cumprimento da obrigação, e que incluso foi de encontro a estes na corte para findar a relação obrigacional existente entre eles (SHAKESPEARE, 2002).

Contudo, tendo em vista o anseio de Shylock por vingança, este nega o aceite do dinheiro correspondente à obrigação, partindo para a segunda obrigação que seria a carne de Antonio (SHAKESPEARE, 2002). Para sorte de Antonio, que encontrava-se em uma posição crítica e vulnerável, ocorreu o imprevisto, o problema da má elaboração do contrato, ou seja, que não estava estipulado em contrato que juntamente com a carne ele estivesse obrigado a pagar com sangue concomitantemente, ou até mesmo com sua vida, desencadeando um problema hermenêutico, o que faria com que de devedor Antonio viesse a livrar-se da obrigação, antes para isso, necessitava-se findar o caso que foi levado à corte para que se definisse se a condição que impossibilitaria o cumprimento da obrigação, seria de fato executada ou não (SHAKESPEARE, 2002).

Finalmente com o rigor contido na época, o resultado interpretativo do contrato pré-determinava que, caso Antonio perdesse sangue, ou morresse pela extração da carne, o mesmo seria cobrado de seu ofensor que antes era o credor. O que cominou para desistência na pretensão absurda de Shylock, contudo, este terminou por obrigar-se legalmente a Antonio pela tentativa de homicídio a qual se sujeitou ao cobrar uma obrigação absurda contida no contrato celebrado entre eles, ainda que o dinheiro já estivesse posto a pagamento (SHAKESPEARE, 2002).

Não obstante, casos como o narrado, ocorrem ainda na realidade, o grande problema contido na interpretação perpassa o vasto campo do direito, é preciso identificar o que, para quem, quando, como, onde e de que forma firmar uma relação obrigacional, pois como o nome já diz

“obrigação” é comprometer-se com algo mesmo contra sua vontade, pois para isso é que existe a figura do Estado, para garantir que se cumpra aquilo que foi acordado/pactuado entre 2(duas) ou mais pessoas afim de evitar o surgimento de lides.

Dessa perspectiva é mister salientar, que a mudança no Direito ocorreu lentamente ao longo dos séculos, o atual Código Civil de 2002 é o vigente no país, e é fruto de uma elaboração continua, tanto o é, que devido ao surgimento de tantas novas lides, vem sendo alterado por diversas leis, ao passo que o entendimento social também contribui para essa mudança. Nesse sentido é valido ainda acrescentar, que a lei é clara, não há que falar-se em “interpretação da lei”, o que sim deve ocorrer é a análise do fato, ao qual a lei será aplicada.

5 O DIREITO E A LITERATURA EM: O MERCADOR DE VENEZA

Analisa-se, pois, que a trama é do gênero drama, porém, assim como muitas outras ficções, trás um viés de “conteúdo jurídico”, impregnado em seu contexto. Compreender questões do Direito vem se tornando muito difícil na atualidade, principalmente por haver buscas incessantes por uma interpretação fugaz ou que ultrapasse os limites da lei.

Não obstante, diversos autores destacam a importância das obras literárias como forma de compreender a realidade por meio da ficção, é dizer, o imaginário também torna-se real, ainda que venha ocorrer de forma distinta. Coaduna-se com o exposto Mítica (2015, p. 20), quando destaca que,

é Claudio Magris (2006a, 2006b), num belo ensaio sobre Direito e Literatura, quem destaca a aversão da literatura à lei, como recusa da violência (ínsita à própria lei) e, ao mesmo tempo, reflexo da possibilidade do mal que está no homem, posto em xeque entre bem e mal, culpa e desejo de perdão, justiça e injustiça, permitindo-nos compreender a qualidade da sensibilidade que um literato pratica ao

refletir sobre temas que são clássicos do pensamento jurídico.

Dessa perspectiva, destaca-se que a trama “O Mercador de Veneza”, pois, é um clássico exemplo do referido, ou seja, do Direito contido na Literatura, em reflexões a este clássico, Trindade (2014, p. 772) relata que “muitos foram os juristas que se dedicaram ao estudo do direito a partir desta importante peça de Shakespeare, havendo centenas de publicações a seu respeito na área do direito, especialmente nos Estados Unidos”.

Ora tal obra possui em seu viés, diversos estudos e análises, como a exemplo, a relação obrigacional, o garantismo, o problema da interpretação, as penalidades previstas à época etc. A trama demonstra a crueldade de Shylock, entretanto, Trindade (2014, p. 772) destaca que “no século XIX, na clássica obra *A luta pelo direito*, Rudolf Von Ihering critica a injustiça praticada contra Shylock” daí percebe-se que existem diversas opiniões correlacionadas a interpretação do justo ou injusto contido na obra, Trindade (2014, p. 772) acrescenta que “o polêmico prefácio resultou numa longa discussão que prosseguiu por anos nas edições posteriores”.

Diante disso, relembra-se que assim como em “O mercador de Veneza” os conflitos desembocam nos tribunais em sua grande parte, e ao trazer essa realidade ao contexto jurídico brasileiro, Trindade (2014, p. 773) traz a seguinte indagação, “quais os limites da interpretação e da atuação do juiz na aplicação do direito?” Segundo Trindade (2014) Este é um problema que ainda deve ser mais bem explorado pelos juristas brasileiros, justificando-se na premissa de que restou-se evidente o crescimento do protagonismo judicial ocorrido na última década.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À título de palavras finais, destaca-se que a obrigação contida na obra demonstra-se como uma obrigação alternativa, o que obrigaria a parte a cumprir com uma das garantias contidas no contrato, respectivamente. Contudo acentua-se um problema atual e relevante que é a logística hermenêutica, a qual muitos interpretes e aplicadores, criam imaginações fugindo do que evidencia-se entre a lei e o fato.

Ainda na atualidade, percebe-se o abuso por parte dos civis ao propor contratos que oneram demasiado a uma das partes e até mesmo muitas vezes sem anuência do pactuante, constituído em discordância com a lei nacional vigente. Nesse sentido, é necessário, pois, que haja uma fiel atuação do aplicador da lei, para com o texto da lei, afim de que as obrigações pré-estabelecidas sejam cumpridas de maneira coerente e em concordância com as normas jurídicas brasileiras.

Por fim, destaca-se a importância de estudos do Direito por meio de obras literárias, objetivando uma melhor compreensão do Direito, e para que, dessa forma, de ficção a realidade, busque-se desenvolver mecanismos de combate à desproporção que ocorre em relações civis.

Salienta-se também que não se pretende pautar um fim na presente discussão sobre as relações jurídicas obrigacionais, tendo em vista a vastidão e complexidade desta temática. Contudo destaca-se que é de extrema importância analisar o caso e o fato adequando-os aos limites propostos e determinados pela lei, no caso específico desta obra em estudos, tratou-se do Direito Civil das Obrigações em discordância na interpretação do texto legal em face ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: , acessado em: 28 set. 2017

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil 1988**. Senado Federal. Disponível em: , acessado em: 28 set. 2017

DIAS, Felipe Teixeira. Nascituro e a análise da teoria concepcionista no Direito Civil brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 set. 2017. Disponível em: . Acesso em: 28 set. 2017

DINIZ, Marco Paulo. Direitos das obrigações: Uma abordagem dos aspectos evolutivos desde o início da humanidade. **Revista Boletim Jurídico**, Disponível em: 28 set. 2017

MITTICA, M. Paola. O que acontece além do oceano? Direito e literatura na Europa. Trad. André Karam Trindade. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, n. 1, p. 3-36, 2015.

SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. Pacificação/administração de conflitos sociais e a realização da justiça. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 24-35, 2012. Disponível em: acessado em: 28 set. 2017

SHAKESPEARE, William. O mercador de Veneza. Trad. **Helena Barbas**, Almada: Água Forte, 2002.

TRINDADE, André Karam; BERNSTI, Luísa Giuliani. O estudo do direito e literatura no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 1, p. 225-248, 2017.

TRINDADE, André Karam. Pórcia e os limites da interpretação do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, p. 755-786, 2014.

UMA PERSPECTIVA DA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM CACIMBA DE DENTRO - PB

NELMA GOMES DE ARAUJO DANTAS:

Graduanda em Direito pela FMN (FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU) CAMPINA GRANDE - PB

Resumo: A lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, foi resultado de tratados internacionais firmados pelo Brasil, uma vez que a lei surgiu mediante negligência e omissão do estado perante as tentativas de Maria da Penha Maia Fernandes de punir o seu agressor. A partir deste tratado, a lei nasceu com o propósito de não apenas proteger a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, mas também prevenir contra futuras agressões. A base desta pesquisa surge através de mecanismos eletrônicos e de análise da efetiva aplicação da lei na cidade de Cacimba de Dentro/PB, com objetivo de trazer à luz fatos da aplicabilidade da referida lei na citada cidade como meio de englobar esta aplicação a conjecturas de cidade do interior. Como resultado, observamos que, os casos de violências domésticas veem diminuindo, pois, o judiciário local age com os subsídios que os chegam, sendo fiel às provas acostadas nos autos, sendo resultante em sentença condenatória do réu, e isso é resultado de um trabalho baseado na segurança prestada as vítimas.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha. Cacimba de Dentro. Aplicabilidade.

Abstract: A law no. 11,340 / 06, known as the Maria da Penha Law, and the result of international treaties signed by Brazil, since it is a recruitment through negligence and omission of the state before attempts of Maria da Penha Maia Fernandes to punish its aggressor. From this treaty, a law was born with the purpose of not only protecting a woman, victim of domestic and family violence, but also preventing future aggressions. The basis of this research arises through electronic mechanisms and analysis of the effective application of the law in the city of Cacimba de Dentro / PB, with the objective of bringing to light facts of the applicability of the law in the city

cited as a means to encompass this application to city conjectures the interior. As a result, we observe that domestic violence cases are thus reducing the local legal age with the subsidies that are arriving, being faithful to the evidence in the case file, resulting in a conviction of the defendant, and this is the result of a work under the guarantee given as victims.

Keywords: Maria da Penha Law, Paraíba, Applicability.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contexto Histórico. 3 Amparo Legal. 4 Conceito e Formas de Violência contra a Mulher. 5 Aplicabilidade da Lei Maria da Penha em Cacimba de Dentro. 6 Conscientização da sociedade. Considerações Finais. Referências. Apêndice

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos, a mulher sofre com a violência doméstica e, por muito tempo, isso foi visto como algo normal, sendo a mulher a responsável principal por atitudes de violência por parte do agressor. Isso remete a pensamentos remotos, no entanto, faz-se onze anos que se entrou em vigor, no nosso ordenamento, uma lei que buscar eximir a violência doméstica. Mesmo em meio a tantas lutas para a aplicabilidade desta lei, as mulheres continuam sendo oprimidas devido à desigualdade, advinda de um modelo de mulher impregnado na nossa sociedade, que tem se manifestado ao longo da história nas mais variadas formas, a exemplo da violência doméstica, nas suas várias modalidades.

O objetivo deste estudo é mais do que conhecimento em relação à aplicabilidade da lei em pauta. Trata-se, também, de uma forma de protesto em que se busca que a efetiva aplicação da lei, e não só como forma de proteção à mulher, mas também como medida de erradicar a violência doméstica que, evidentemente, advém do machismo intrínseco na sociedade.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

A Lei 11.340/06, denominada como Lei Maria da Penha, auferiu este nome em tributo a Maria da Penha Maia Fernandes, por sua árdua luta

contra a violência doméstica. É uma lei que surgiu a partir de tratados firmados pelo Brasil.

Maria da Penha conheceu Marco Antônio Herredia Viveros, no âmbito universitário, recém-chegado da Colômbia, logo mais iniciaram um namoro, a seguir casaram e tiveram filhos, e segundo relato da própria, após Marco receber o título brasileiro, ele mudou completamente, e tendo, assim, a sua primeira agressão. Nesse caso, psicológica.

As agressões faziam Maria da Penha não saber com quem estava lidando, enxergava em seu marido um completo desconhecido, a partir disso se discernia a necessidade de se separar, no entanto Herredia desconversava, até que houve a primeira tentativa de homicídio, com um tiro nas costas, de forma covarde, enquanto Maria da Penha dormia, como resultado da agressão houve a paraplegia irreversível e fortes abalos psicológicos.

O caso ocorreu de 1983 e se alastrou a 1997, e após esses anos de luta, não havia uma decisão definitiva no processo. O agressor continuava em liberdade e nunca tinha sido preso em função de um crime da maior gravidade. A história se tratava de ficar, sobretudo, entre quatro paredes, movida pelo entendimento da cultura machista, através do qual a mulher era vista como alguém que provocava a violência.

Mediante a omissão do estado em não responder devidamente, um caso de violência doméstica, como o sofrido por Maria da Penha, se torna uma questão em que se ferem os direitos humanos, um fato que não assola apenas o âmbito privado, é uma questão pública.

Mesmo após anos de luta, precisamente 15 anos, e pressões internacionais, a justiça brasileira ainda não havia tomado um devido posicionamento, nem explicação quanto à demora. O caso de Maria da Penha se alastra por todo o país, e, com isso, conseguindo-se o contato com duas organizações – Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) – que se dispuseram a ajudar, levando a

conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998.

Em pouco tempo, o Estado brasileiro foi condenado pela Comissão por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Preconizando-se a finalização do processo penal do agressor de Maria da Penha e a realização de investigações sobre as irregularidades e atrasos no processo; tendo como reparação simbólica o reconhecimento de sua luta contra a violência doméstica, e assim nomeando a lei 11.340/06 de Lei Maria da Penha. Em relação às injustiças sobre o caso, como medida de justiça, o Brasil foi obrigado a criar um mecanismo legal que trouxesse como enredo o combate e a prevenção à violência doméstica.

A partir de setembro de 2006, a lei 11.340/06 entra em vigor, promovendo várias mudanças no ordenamento jurídico, entre elas: A violência contra a mulher deixa de ser tratada com um crime de menor potencial ofensivo. A lei também acaba com as penas pagas em cestas básicas ou multas, além de englobar, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral.

3. AMPARO LEGAL

Desde que a lei passou a vigorar no nosso ordenamento jurídico, os casos de violência domésticas passaram por uma grande revolução, fazendo com que a violência contra a mulher tenha a sua devida punibilidade, visto que o principal objetivo da lei é punir o agressor, como meio de coibir a agressão à mulher, além do principal objetivo previsto na lei e exposta aqui de forma sucinta, a lei Maria da Penha, trouxe inúmeras alterações no ordenamento jurídico com a finalidade de uma efetiva diligência da lei.

Afim de coibir este mal que assola as mulheres desde a antiguidade, a lei inseriu algumas medidas punitivas no sistema protetivo e repressor do ordenamento:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos

desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – Proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) Aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) Contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) Frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

4. CONCEITOS E FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

De acordo com a OEA (Organização dos Estados Americanos) a violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Quando nos referimos à violência contra a mulher, não estamos apenas tratando da violência visual, a violência física, mas englobando, com a homologação da lei Maria da Penha, a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Violência Física: É qualquer conduta que ofenda integridade ou saúde corporal da mulher. É praticada com uso de força física do agressor, que machuca a vítima de várias maneiras ou ainda com o uso de armas, exemplos: Bater, chutar, queimar, cortar e mutilar.

Violência Psicológica: Qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher. Nesse tipo de violência, é muito comum a mulher ser proibida de trabalhar, estudar, sair de casa, ou viajar, falar com amigos ou parentes.

Violência Sexual: A violência sexual está baseada fundamentalmente na desigualdade entre homens e mulheres. É caracterizada como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada; quando a mulher é obrigada a se prostituir, a fazer aborto, a usar anticoncepcionais contra a sua vontade ou quando a mesma sofre assédio sexual, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade.

Violência Patrimonial: Importa em qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos pertencentes à mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Violência Moral: Entende-se por violência moral qualquer conduta que importe em calúnia, quando o agressor afirma falsamente que aquela praticou crime que ela não cometeu; difamação; quando o agressor atribui à mulher fatos que maculem a sua reputação, ou injúria, ofende a dignidade da mulher. (Exemplos: dar opinião contra a reputação moral, críticas mentirosas e xingamentos).

5. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM CACIMBA DE DENTRO/PB

Em concordância com os dados obtidos de pesquisa de campo no Fórum Desembargador João Antônio de Moura da Comarca de Cacimba de Dentro - PB, os casos de violência doméstica não se diferem de casos de cidades maiores, em sua maioria, as mulheres sofrem violência por anos antes de tomar atitude de denunciar o seu agressor. As mulheres sentem medo por anos até se encorajarem. Elas acreditam, por anos, que esta será a última agressão. Em se tratando do machismo impregnado que se faz enxergar tais condutas como algo inerente ao homem, pode-se dizer que não se difere.

Além de se ter a presença enraizada do machismo, a aplicação da lei no que se refere a cidades do interior não obtém os mesmos mecanismos de apoio às mulheres vítimas de violência doméstica que se encontra em uma cidade de maior porte.

A dicotomia não se dá apenas na ausência de delegacias especializadas à mulher, como também a ausência de políticas públicas, centro de referências, abrigos de proteção, ou seja, a partir disso há um desencorajamento, uma vez que não há uma adequada proteção. É importante salientar que, devido à deficiência de políticas públicas, há casos de grande relevância na comarca, nos quais a mulher sequer sabe quantos tipos de agressão sofreu durante a relação.

Obviamente, não se pode omitir que o judiciário, na pessoa do excelentíssimo Juiz Rusio Lima de Melo, no ditame dos casos que chegam para se solucionar, sempre busca fornecer a proteção que a vítima deve ter no momento da audiência, fazendo-a se sentir segura. O judiciário local age com os subsídios que os chegam, sendo fiel às provas acostadas nos autos, sendo resultante em sentença condenatória do réu, essas práticas resultam em uma diminuição considerável, visto que segundo a delegacia local em média de 06 anos houve-se uma gradatividade em relação aos casos, foram registrados 45 casos no decorrer desses 06 anos.

Como já dito outrora, aplicabilidade se contemporiza de uma cidade com uma maior politização agindo, mas através dos mecanismos presentes o judiciário ao trabalho que lhe compete com honradez.

6. CONSCIENTIZAÇÃO DA SOCIEDADE

É imprescindível a conscientização da sociedade no papel da concretização da lei, uma vez que esta traz consigo um dos objetivos de eximir a violência doméstica. Para isso, é necessário um forte investimento de políticas públicas que tenham como finalidade erradicar a cultura do machismo, ensinando às crianças, nas escolas, sobretudo, o respeito ao gênero e os direitos humanos.

Quando se há uma conscientização, está tendo uma atividade de prevenção, onde, mais uma vez, chega ao texto da lei e sua finalidade, mediante a esta finalidade eminente há uma ruptura na sua verdadeira aplicação, e assim promovendo falhas na lei em que já foi considerada pela ONU (Organizações das Nações Unidas) como a terceira melhor lei contra violência doméstica do mundo.

A ausência desta ferramenta perdura a violência doméstica, pois a criança que cresce em um lar oriundo do machismo crescerá com a conduta machista, e salienta-se, como efeito desta ausência de conscientização, a informação não abarca a todos, visto que, ainda em pleno século XXI, há mulheres que não são conhecedoras das diversas formas que a mulher sofre violência, alimentando, assim, a ideia de que condutas agressivas sejam vistas como apenas desentendimentos entre casal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei, em seu contexto histórico, se olha e se concorda com o posicionamento ter sido caracterizada pelo ONU (Organizações das Nações Unidas) como a terceira melhor lei contra violência doméstica do mundo, pois, em seu texto, é perceptível uma completa proteção à mulher, com seus fartos mecanismos.

Não se pode negar que lei nº. 11.340/06 promoveu grandes avanços, no entanto, muito ainda precisa ser feito, necessita-se que os mecanismos

expostos na lei sejam empregados de forma homogênea em todos os seus requisitos, sendo esta aplicação através da participação de todos os segmentos da sociedade.

Necessita-se, para uma perfeita efetivação, que os gestores públicos se empenhem para que haja investimento no que se remete à criação de políticas públicas, como os centros de referências, implantação das delegacias especializadas, ferramentas que se encontram em cidades grandes. Há muito que se fazer na forma em que se aplica a lei, a sua amplitude em todos os estados.

Enquanto houver vontade de lutar, haverá esperança de vencer.

([Santo Agostinho](#))

REFERÊNCIAS

Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892> Acesso em 10 Set. 2017.

Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha> Acesso em 11 Set. 2017.

Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: Acesso em 13 Set. 2017.

APÊNDICE

Questionário aplicado ao Fórum Desembargador João Antônio de Moura da comarca de Cacimba de Dentro – PB

1- As audiências ocorrem de forma que a mulher se sinta segura em estar diante do seu agressor? Justifique.

R. Uma das preocupações mais latentes do magistrado nesses casos é justamente o sentimento de proteção que a vítima deve ter no momento da audiência. Sendo a vítima inclusive, conscientizada dos direitos que possui.

2 – A mulher, como vítima, ela tem noção de quantas formas de agressões sofreu?

R: Na maioria dos casos não. Especialmente se tratando de violência psicológica, a maior parte das vítimas não tem noção que certas pressões, insultos e repressões que sofrem são também tipos de violências, se detendo apenas as agressões físicas.

3 – Em todos os casos, a iniciativa de denunciar foi da vítima ou de terceiros?

R: Na maior parte das vezes a iniciativa é da vítima, a sociedade ainda se prende àquela visão antiga que, em briga de marido e mulher, ninguém se mete.

4 – Há quanto tempo, elas vinham sofrendo a violência e o motivo que a fez aguentar esse determinado tempo?

R: Em muitos casos, a mulher sofre violência por anos até um dia criar coragem ou ser encorajada por alguém para denunciar seu agressor. Os motivos de aguentar por tanto tempo são muitos, mas os mais comuns são: medo, dependência financeira, pelos filhos ou ainda por acreditar que cada nova agressão será a última.

5 – Já houve casos que a mulher não sentiu que a lei foi exercida de forma coerente?

R: Não tenho conhecimento.

6 – Já houve casos que homens, travestis ou transexuais requisitaram a lei como amparo legal?

R: Não.

7 – Os homens no recinto de uma forma geral, do faxineiro ao juiz, agiram de alguma maneira que a mulher se sinta ridicularizada mediante a sua dor?

R: Não.

8- Já houve casos de o agressor agir de forma agressiva no momento da audiência?

R: Não.

9 – O agressor em questão se declara culpado assumindo que praticou as agressões alegadas?

R: Na maioria das vezes eles não encaram a conduta praticada como agressão, muitos chegam a chamar de “desentendimento entre casal”.

10 – O agressor traz testemunhas que alegam que ele não praticou tal agressão?

R: Não.

11 – As audiências naturalmente tendem a condenar o réu?

R: Na maioria dos casos, as provas acostadas nos autos e o depoimento/relato da vítima resultam em sentença condenatória do réu.

12 - Como se impõe o juiz mediante os fatos em relato da mulher?

R: De forma respeitosa e atenta, mas primando sempre pela imparcialidade. Atendo-se aos fatos e as provas.

13 - Já houve casos de o agressor ter um extenso histórico?

R: Sim.

14 - Você sente que a referida lei está desempenhando o seu trabalho de forma justa?

R: Acredito que muitos avanços foram alcançados pela Lei Maria da Penha e sua abrangência. Que ela tem auxiliado nessa constante luta pelo fim da violência contra a mulher, mas que ainda existem lacunas que precisam ser preenchidas nessa história.

15 – Você tem alguma sugestão para a melhoria da aplicabilidade da lei?

R: Intensificar a conscientização sobre que é a Violência doméstica, a Violência contra a Mulher. Nós precisamos enfrentar esse problema de frente, seja através de campanhas nas escolas, na comunidade ou em qualquer lugar que permita que a informação e a Lei cheguem aos ouvidos dos menos informados. Além de amparar as vítimas, oferecendo mecanismos de recuperação psicológica, pois inúmeras são as vezes em que os traumas deixados pela violência doméstica e violência contra a mulher, destroem a perspectiva de vida da vítima.

ASPECTOS POLÊMICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA E A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

BRUNO FONSECA DE ANDRADE: Advogado. Pós-graduado em LLM LITIGATION - Novos Desafios dos contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Direito, em 2010. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, dezembro de 2007.

Resumo: O presente artigo jurídico envolve a análise sobre temas polêmicos do mandado de segurança, notadamente diante da divergência entre a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores. Algumas posições jurisprudencias envolvem premissas equivocadas, sobre as quais a doutrina se empenha em modificar. Para a maioria dos temas destacados nesta obra, sugere-se, para reflexão, a possibilidade de alteração legislativa, de forma a acatar e inserir posições doutrinárias na Lei do Mandado de Segurança, aproximando-a ao Novo Código de Processo Civil.

Palavras chaves: Mandado de Segurança. Indicação errônea de autoridade coatora. Natureza personalíssima. Suspensão dos processos individuais. Efeitos financeiros da concessão mandamental.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Mandado de Segurança na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 12.016/2009; 3. A celeridade processual, o direito líquido e certo e a prova pré-constituída; 4. A oportunidade de superação da jurisprudência pela via legislative; 5. Indicação errônea da autoridade coatora; 6. A natureza personalíssima sustentada pela jurisprudência e o caso de falecimento do impetrante; 7. “Suspensão dos processos individuais enquanto se aguarda o julgamento do mandado de segurança coletivo; 8. O problema do termo inicial dos efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental; 9. Conclusão; 10. Referências.

1. Introdução

O mandado de segurança é um remédio constitucional, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei nº 12.016/09. Uma das facetas interessantes do mandado de segurança é a de ser objeto de estudo de diferentes disciplinas na ciência jurídica.

O Direito Constitucional o tem como objeto de estudo por ser remédio constitucional (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988). É uma garantia constitucional, através da qual “*busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder*” (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Esquematizado), pp. 1263/1264).

O Direito Administrativo estuda o tema por ser o mandado de segurança uma das medidas mais relevantes no controle jurisdicional dos atos administrativos. O Direito Processual Civil se debruça sobre o tema, obviamente, por conta de sua natureza jurídica de procedimento especial, assim como o Direito Processual Penal e o Direito Processual do Trabalho.

Até mesmo o Direito Tributário trata do mandado de segurança e suas peculiaridades nas demandas tributárias por ser uma das medidas mais comuns e recorrentes da praxe forense nesta seara.

A coexistência de diversas doutrinas, em diferentes frentes, faz com que o tema ganhe relevante importância doutrinária. Por sua vez, a sua constante utilização no cotidiano forense resulta numa profusão de jurisprudência sobre o tema.

O problema atual do mandado de segurança decorre, em verdade, do conflito entre, de um lado, a jurisprudência dos tribunais superiores e a Lei nº 12.016/09, e, de outro, a doutrina majoritária e o Novo Código de Processo Civil.

No presente estudo, busca-se analisar alguns desses conflitos e defender o que se considera, aparentemente, a melhor solução para cada caso.

2. O Mandado de Segurança na Constituição Federal de 1988 e na Lei 12.016/2009

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal prevê, expressamente, que “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público*”.

Com sua incomum capacidade de síntese, o professor Pedro Lenza apresenta, em poucas linhas, uma interessante e breve análise sobre o histórico do mandado de segurança, *in verbis*:

“O mandado de segurança, criação brasileira, é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc. Restringido o alcance da “teoria brasileira do *habeas corpus* pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina e jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma, o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção da de 1937. Suas regras gerais foram regulamentadas pela Lei n. 1.533, de 31.12.1951 e outros tantos dispositivos, estando, atualmente, disciplinado na Lei n. 12.016/2009, de 07.08.2009, objeto de vários questionamentos nas ADIs 4296 e 4403 (matéria pendente). Podemos, pois, identificar como fonte imediata de inspiração do mandado de segurança, no direito brasileiro, a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, podendo ser destacado, ainda, o art. 13 da Lei n. 221/1894 (ação anulatória de atos da Administração) e o instituto dos interditos possessórios. Indiretamente, no direito estrangeiro,

cumpra mencionar o habeas corpus e os *writs* do direito anglo-americano, bem como o *juicio de amparo* do direito mexicano” (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático – 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Esquemático), pp. 1262).

A Lei n. 12.016/2009, que atualmente regulamenta o mandado de segurança, sedimentou alguns dos entendimentos jurisprudenciais já anteriormente pacificados nos tribunais superiores. É o caso, por exemplo, da previsão do art. 1º, par. § 2º, da Lei n. 12.016/09, ao prever que “*não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público*”.

Entretanto, apesar de ser uma lei recente, tem alguns dispositivos intensamente questionados pela doutrina. O caso mais emblemático é a previsão do art. 22, par. 1º, da Lei n. 12.016/09, que prevê a necessidade de desistência do mandado de segurança individual para aproveitar a coisa julgada do mandado coletivo. Não obstante, a verdade é que a própria jurisprudência dos tribunais superiores sobre os temas processuais de mandado de segurança é, também, alvo de inflamados questionamentos por parte da doutrina majoritária.

3. A celeridade processual, o direito líquido e certo e a prova pré-constituída

A matéria discutida em sede de ação pelo procedimento comum é a mesma que é objeto do mandado de segurança. Há muito, já se pacificou o entendimento no sentido de que a complexidade ou controvérsia do mérito da questão não impede a sua apreciação em sede de mandado de segurança. De fato, esse é o teor da Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal: “*Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”.

Neste ponto, o professor Leonardo Carneiro é preciso ao mencionar que “*a relação material afirmada em sua petição inicial não guarda qualquer especialidade além das necessárias para a adoção do seu*

procedimento especial”, sendo certo que a diferença é apenas procedimental. Confira-se:

“O mandado de segurança é um remédio jurídico processual, ou, de forma mais simples, um direito a um procedimento específico, disciplinado na Lei 12.106/2009. Sendo certo que o mandado de segurança é processado por rito especial, não restam dúvidas de que se lhe aplicam, subsidiariamente, as regras relativas ao procedimento comum que estão contidas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, assim dispõe o parágrafo único do art. 318 do CPC: “O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”. Para que se conceda o mandado de segurança, é preciso, como se viu, que o direito seja líquido e certo. O requisito da liquidez e certeza do direito está relacionado com a comprovação das alegações contidas na petição inicial. Vale dizer que o direito somente será líquido e certo se as alegações da parte autora estiverem comprovadas por documentos, de maneira pré-constituída. O procedimento do mandado de segurança é construído a partir desse requisito específico. Seu procedimento é, então, sumário, abreviado, expedito, destinado à obtenção de uma sentença em pouco tempo, já que tudo já está provado, não havendo necessidade de instrução probatória. O mandado de segurança é remédio jurídico processual, mas a relação material afirmada em sua petição inicial não guarda qualquer especialidade além das necessárias para a adoção do seu procedimento especial. Tanto isso é verdade que a ação material nele afirmada por ser igualmente alegada em procedimento comum. A diferença entre o mandado de segurança e o procedimento comum é procedimental. Quem

tem direito ao mandado de segurança tem, na verdade, direito a um procedimento especial, diferenciado, abreviado, sumário” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 512/513).

Há que se destacar, então, as principais peculiaridades procedimentais.

Nos termos do art. 20 da Lei n. 12.016/2009, “os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus”. Por sua vez, o art. 7º, par. 4º, da Lei n. 12.016/2009 determina que os processos com liminar terão prioridade para julgamento. São essas previsões que impõem a celeridade ao writ.

No que tange ao **direito líquido e certo**, exigido pela norma constitucional (e reproduzido no art. 1º da 12.016/2009), cabe trazer as palavras do professor Leonardo Carneiro:

“(…) o que se deve ter como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser pré-constituída” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 503)

Por sua vez, em relação à **prova pré-constituída**, o professor Leonardo Carneiro é enfático quanto à exigência de prova documental e a impossibilidade de prova documentada. Confira-se:

“Ao ter como pressuposto o direito líquido e certo, o mandado de segurança somente admite a produção de prova

documental, que deve acompanhar a petição inicial para que se comprovem as afirmações ali feitas. Consequentemente, se as alegações feitas no mandado de segurança dependerem de outra prova que não seja a documental, não será possível ao juízo examinar o mérito da questão posta a seu julgamento.

(...) O mandado de segurança somente é viável se houver prova documental, e não documentada. Assim, documentada que seja uma prova testemunhal ou pericial, não poderá ser utilizada como comprovação do direito líquido e certo. Nesse sentido, um documento que contenha a declaração testemunhal antecipada comprova, apenas, a declaração, e não o fato declarado, não servindo como meio de demonstrar o direito líquido e certo. Daí por que não cabe mandado de segurança fundado em justificação prévia de prova testemunhal. É que a prova produzida na justificação prévia é testemunhal, inviável como meio para provar o direito líquido e certo. Também não cabe mandado de segurança fundado em laudo médico particular, por estar ausente a prova do direito líquido e certo” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 506/507)

Por fim, no que concerne ao conceito de **ilegalidade ou abuso de poder**, utilizamo-nos dos dizeres do professor Pedro Lenza, *verbis*:

“O cabimento do mandado de segurança dá-se quando perpetrada ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Quanto a esses dois requisitos pondera Michel Temer, com precisão: “O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou

praticados com abuso de poder. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança, porque a Constituição Federal e a lei ordinária, ao aludirem a ilegalidade, estão se referindo ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder estão se reportando ao ato discricionário” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 1264).

À primeira vista, os conceitos são simples. Na prática, há diversos casos concretos no limbo entre a existência ou não de direito líquido e certo, ante a necessidade ou não de dilação probatória. No entanto, as “polêmicas” destacadas nesta obra são de outra natureza, como se verá adiante. Dentre outras questões, envolvem, por exemplo, a premissa equivocada, na jurisprudência, de um suposto direito personalíssimo à ação mandamental.

4. A oportunidade de superação da jurisprudência pela via legislativa

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) é o exemplo mais recente de norma elaborada com o intuito de superar diversos entendimentos jurisprudências pacificados dos tribunais superiores.

Nesse sentido, um dos dispositivos legais mais destacados, na sistemática do Novo CPC, é o que traz o reconhecimento, expresso, da possibilidade “prequestionamento ficto” (art. 1.025, CPC/2015) – considerar como prequestionado tema objeto de embargos de declaração na apreciados -, que era rechaçada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se trecho da obra do professor Fredie Didier sobre o prequestionamento ficto:

“Há uma situação, comum na prática forense, sobre a qual divergiram durante anos o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em torna da melhor interpretação a ser dada à exigência do pré-questionamento. Eis um

exemplo: a parte invoca a aplicação de uma determinada regra legal. O tribunal recorrido ignora a alegação da parte, que, por isso, opõe embargos de declaração. Os embargos não são acolhidos e a omissão, por isso, permanece. O STJ entendia que a continuidade da omissão impedia o preenchimento do requisito do pré-questionamento, tornando inadmissível o recurso especial que tinha por objeto a interpretação da regra jurídica invocada pela parte, mas ignorada pelo tribunal (n. 211 da súmula STJ). O STF, por sua vez, entendia que a continuidade da omissão não poderia prejudicar a parte que havia alegado a questão e reiterado nos embargos de declaração; entendia, assim, que a oposição de embargos de declaração, em tal situação, seria o suficiente para o preenchimento do requisito do pré-questionamento, mesmo que o tribunal recorrido se mantivesse omissivo. Ocorreria o que se convencionou chamar de pré-questionamento ficto. Essa foi, durante muitos anos, a interpretação que o STF dava ao enunciado n. 356 da sua súmula da jurisprudência predominante. Mais recentemente, mas ainda antes do início da vigência do CPC-2015, algumas decisões do STF passaram a encampar o entendimento do STJ contrário ao pré-questionamento ficto. O CPC-2015 consagrou, porém, o antigo entendimento do STF, criando uma ficção legal de pré-questionamento: “art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. A opção do CPC-2015 é coerente com um sistema que prestigia o julgamento do mérito – primazia da decisão de mérito (art. 4º, art. 932, par.

ún. e, especificamente em relação aos recursos extraordinários, o art. 1.029, §3º, CPC). O n. 211 da súmula do STJ deve ser cancelado” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 359)*

De fato, a temática do prequestionamento foi tema profícuo para as superações legislativas. Afinal, trouxe um outro exemplo clássico, relativo ao prequestionamento de tema tratado em voto vencido. Confira-se:

“Também está superado o n. 320 da súmula do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Isso porque, também aqui, o CPC criou uma ficção: o voto vencido passa a fazer parte do acórdão, inclusive para fim de pré-questionamento (art. 941, §3º, CPC). (...) O voto vencido somente é considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fim de pré-questionamento, se contiver fundamento suficiente a dar solução ao caso. As alegações contidas no voto vencido, feitas à margem da discussão travada no caso, sem que tenham sido submetidas ao contraditório ou que não sirvam para fundamentar a solução da controvérsia posta a julgamento por serem os *obiter dicta* do voto vencido, são irrelevantes para a configuração do pré-questionamento” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3,*

14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 359/360)

A princípio, essa forma de “diálogo institucional” é legítima. Inclusive, é salutar para a sociedade, notadamente quando o legislador percebe um inconformismo da sociedade com determinada interpretação jurisprudencial.

Por essa ótica, e no que tange especificamente ao mandado de segurança, há diversos posicionamentos dos tribunais superiores contrários à doutrina majoritária e que, ao que se defende aqui, poderiam ser objetos da pacificação através de alteração legislativa, como se verá adiante.

5. Indicação errônea da autoridade coatora

A correta indicação da autoridade coatora é uma das maiores dificuldades para o impetrante. Diversos mandados de segurança eram julgados extintos por inadequada indicação da autoridade coatora, sem que se fosse possível emendar a inicial.

Com o tempo, o Superior Tribunal de Justiça passou a acolher, no entanto, a teoria da encampação, que consiste no aproveitamento do mandado de segurança com a autoridade coatora erroneamente indicado, desde que preenchidos os seguintes requisitos: “(1) *existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado*; (2) *ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal*; e (3) *manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas*” (STJ, Resp 997623 MT. Relator Min. Luiz Fux. Julgamento 02.06.2009. Órgão Julgador 1ª Turma).

No entanto, fora essas hipóteses, ainda há forte jurisprudência pela impossibilidade de emenda da petição inicial, nos casos de indicação errônea. A esse respeito, confira-se a menção do autor Márcio André Lopes Cavalcanti, em sua obra, apontando a existência de precedentes divergentes entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“O que o juiz deve fazer se o autor indicar incorretamente a autoridade coatora na petição inicial do mandado de segurança? É possível que o magistrado determine a emenda da petição inicial ou notifique a autoridade correta?”

O tema é polêmico, sendo possível encontrar decisões nos dois sentidos:

1ª) NÃO. Havendo erro na indicação da autoridade coatora, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação, sendo vedada a substituição do polo passivo da relação processual (STJ. 1ª Turma. AgRg no ARESP 188.954/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgamento em 18/12/2012).

2ª) SIM. Nos casos de equívoco facilmente perceptível na indicação da autoridade coatora, o juiz competente para julgar o mandado de segurança pode autorizar a emenda da petição inicial ou determinar a notificação, para prestar informações, da autoridade adequada, desde que seja possível identifica-la pela simples leitura da petição inicial e exame da documentação anexada (STJ, 4ª Turma. RMS 45.495-SP, rel. Min. Raúl Araújo, julgado em 268/2014)”

Atualmente, é possível suscitar que há novos olhares sobre a questão. Isso porque o Novo Código de Processo Civil trouxe, em seus artigos 338 e 339, a possibilidade, no âmbito do processo comum, da correção do polo passivo da lide, sem necessidade de extinção sem exame de mérito.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado 511, que reconhece a possibilidade da aplicação dos dispositivos na seara do mandado de segurança. Confira-se:

Enunciado 511. “(art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009) – A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa

jurídica, no processo de mandado de segurança. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)

Nessa linha, o professor Leonardo Carneiro também assume que essa novidade pode e deve ser aplicada no âmbito do mandado de segurança, sem que haja qualquer incompatibilidade. Confira-se:

“(…) Há várias disposições espalhadas pelo CPC que consistem em condições de aplicação do princípio da precedência do julgamento do mérito. O juiz deve aplicá-las, a fim de viabilizar, tanto quanto possível, o exame do mérito, concretizando o dever de prevenção, decorrente do princípio da cooperação. (...) destaca-se o disposto no seu art. 338, segundo o qual “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu”. De igual modo, cumpre destacar o disposto no art. 339 do CPC, que assim dispõe: “Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”. (...) Tais dispositivos – ressalvadas as partes relativas a honorários de sucumbência (não transcritas acima), que não se aplicam ao mandado de segurança (...) incidem no processo de mandado de segurança, os quais consagram, como visto, o princípio da primazia do julgamento do mérito. (...) não se tem admitido intervenção de terceiro no mandado de segurança. Isso, porém, não impede a aplicação dos arts. 338 e 339 do CPC no processo de mandado de segurança, pois tais regras destinam-se ao saneamento do processo para que se viabilize o exame do mérito, concretizando o mencionado

princípio da primazia do julgamento do mérito. Nesse sentido, aliás, é o teor do enunciado 42 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual o art. 399 “aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo”. Os arts. 338 e 339 do CPC aplicam-se ao processo de mandado de segurança, permitindo que se corrija a autoridade coatora ou, até mesmo, a pessoa jurídica da qual faz parte. Assim, se a parte impetrou mandado de segurança, por exemplo, contra o Governador do Estado, mas a autoridade impetrada seria o Secretário do Estado, é possível corrigir. De igual modo, se impetrou contra o Governador do Estado, mas deveria ter indicado, como autoridade, o diretor de determinada autarquia, poderá haver a correção tanto da autoridade como da pessoa jurídica de cujos quadros faça parte. Se o juiz já perceber o equívoco na indicação da autoridade impetrada ao examinar a petição inicial, deverá determinar a intimação do impetrante para emenda da petição inicial, como, aliás, reconhece o enunciado 296 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis” [1]

Inclusive, o ilustre professor assevera a possibilidade de que, com a mudança da autoridade coatora, venha a ser alterada a competência do juízo, *in verbis*:

“É possível que a mudança da autoridade implique alteração da competência do juízo. Se a autoridade inicialmente indicada é demandada, na via do mandado de segurança, em primeira instância, mas a autoridade que passou a figurar em seu lugar, após a correção feita, detém prerrogativa de ser demandada originariamente no tribunal, a alteração acarretará mudança de competência (...)”. [2]

A ideia é nobre e salutar à econômica processual. Mas impõe que também se aceite, no âmbito da sistemática do mandado de segurança, da norma do art. 64, par. 3º, do Novo CPC, que prevê a remessa dos autos ao juízo competente no caso de acolhimento da incompetência, seja ela absoluta ou relativa. Afinal, é preciso, primeiro, reconhecer a possibilidade de não extinção do *writ* sem exame de mérito nos casos de incompetência absoluta ou relativa.

É uma questão que pode ser objeto de eventual jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, preocupados com o número e a prolongação dos mandados de segurança. Por isso, era importante que a aplicação do dispositivo ao mandado de segurança tivesse sido inserida, com clareza, no Novo Código de Processo Civil, a fim de não gerar insegurança jurídica.

6. A natureza personalíssima sustentada pela jurisprudência e o caso de falecimento do impetrante

A jurisprudência pacífica, sedimentada, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o mandado de segurança detém uma natureza personalíssima, insuscetível de sucessão processual no caso de falecimento do impetrante, por exemplo.

A esse respeito, há destacado julgado sobre o tema, objeto do Informativo 528 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, julgado pela Terceira Seção. Confira-se:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. Não é possível a sucessão de partes em processo de mandado de segurança. Isso porque o direito líquido e certo postulado no mandado de segurança tem caráter personalíssimo e intransferível. Precedentes citados: MS 17.372-DF, Primeira Seção, DJe 8/11/2011; REsp 703.594-MG, Segunda Turma, DJ 19/12/2005; e AgRg no RMS 14.732-SC, Sexta Turma,

DJ 17/4/2006. EDcl no MS 11.581-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/6/2013”

A fundamentação do acórdão é de que “*ante o caráter mandamental e a natureza personalíssima da ação, não é possível a sucessão de partes no mandado de segurança, ficando ressalvada aos herdeiros a possibilidade de acesso às vias ordinárias*”. Ou seja, afirma-se que a ação mandamental é de natureza personalíssima, independente da relação jurídica discutida.

O professor Leonardo Carneiro da Cunha critica este entendimento e traz luzes à temática:

“Em qualquer demanda, quando o autor é uma pessoa natural e vem a falecer no curso do procedimento, poderá ser trilhado um dos seguintes caminhos:

- a) sendo transmissível o direito discutido, deverá ser determinada a suspensão do processo (CPC, art. 313, I), para que se realize a sucessão por seu espólio ou pelos seus sucessores (CPC, art. 110) mediante o procedimento de habilitação (CPC, art. 689), ou, não instaurada a habilitação, o juiz deverá proceder nos termos do § 2º do art. 313 do CPC;
- b) em se tratando de direito personalíssimo e, portanto, intransmissível, haverá a extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 485, IX). No caso do mandado de segurança é pacífico, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o falecimento do impetrante tem o condão de extinguir o mandado de segurança. Conquanto não pareça correto o entendimento – visto que a extinção deveria decorrer da natureza personalíssima do direito material discutido, e não da circunstância genérica de se tratar de mandado de segurança -, é conveniente destacar que a conclusão a que chegaram os tribunais superiores resulta da fixação de uma premissa: o sujeito dispõe de um direito personalíssimo (e,

portanto, intransmissível) ao mandado de segurança. Vindo o impetrante a falecer, esse seu direito ao mandado de segurança não se transmite aos seus sucessores, devendo estes valer-se do procedimento comum para postular as consequências financeiras da pretensão formulada pelo impetrante. O entendimento dos tribunais superiores denota, como se vê, que, vindo a falecer o impetrante, somente resta a extinção do mandado de segurança, justamente por ser incabível a sucessão processual, com a habilitação do seu espólio ou sucessores” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 523/525.

Com efeito, o ilustre professor assume, ainda, a existência de uma ponderação interessante, no sentido de que seja possível a habilitação na fase de cumprimento de sentença do mandado de segurança. Confira-se:

“Tudo indica, todavia, que a morte do impetrante somente causa a extinção sem resolução do mérito do mandado de segurança se seu falecimento se operar durante a fase de conhecimento. Caso já tenha havido sentença com trânsito em julgado, e havendo condenação ao pagamento de valores pecuniários (na hipótese, por exemplo, de o impetrante ostentar a condição de servidor público), é possível haver sucessão *mortis causa* por seu espólio ou sucessores se o falecimento do impetrante ocorrer já durante a execução. Nesse caso, não haverá habilitação no mandado de segurança, mas sim num cumprimento de sentença. Diante disso, resta evidente que o falecimento do impetrante causa a extinção do processo de mandado de segurança, salvo se sua morte ocorrer após o trânsito em julgado, quando já iniciado o cumprimento de sentença de algum valor reconhecido na decisão a ser cumprida” (CUNHA, Leonardo

Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*– 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 524/525).

A crítica é salutar. Eventual análise da natureza personalíssima deve ser da relação jurídica discutida, e não do procedimento. Aliás, a manutenção deste entendimento jurisprudencial conduz a uma afronta ao princípio da economia processual, exigindo aos sucessores o ingresso em juízo através de nova demanda.

É por essa razão que o momento atual é oportuno para reverter a jurisprudência mencionada, pela via legislativa, de forma a prestigiar o princípio da economia processual.

7. “Suspensão” dos processos individuais enquanto se aguarda o julgamento do mandado de segurança coletivo

Um dos dispositivos legais que é objeto de intensas críticas na Lei nº 12.016/09 é o art. 22, par. 1º, que prevê, expressamente:

“Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

A crítica repousa em dois pontos: a) na ausência de razoabilidade da exigência de desistência do mandado de segurança individual para que o impetrante possa se beneficiar da coisa julgada em sede de mandado coletivo; b) na sua incompatibilidade, injustificada, em relação ao dispositivo relativo às ações coletivas (art. 104 do Código de Defesa do Consumidor).

O professor Eduardo Arruda Alvim destaca, com clareza, a problemática, *in verbis*:

“(…) pode haver coexistência de mandado de segurança coletivo e mandados de segurança individuais. Nessa hipótese, também diferentemente das demais ações coletivas, os efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo não aproveitarão o impetrante do mandado de segurança individual, se não requerer a desistência de seu *writ* no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, a teor do §1º do art. 22, da Lei nº 12.016/09. Veja-se que enquanto o art. 104 do CDC exige a suspensão das ações individuais para que seus autores sejam beneficiados pela coisa julgada da ação coletiva, o §1º, do art. 22, de outro lado, exige, mais do que isso, a desistência dos mandados de segurança impetrados a título individual para que os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo recaiam sobre o impetrante individual. Essa nova disciplina, por certo, desestimulará a utilização do mandado de segurança coletivo. Isso porque, conquanto a desistência configure hipótese de extinção de processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VIII), sendo viável sua repositura (art. 268 do CPC e art. 6º, §6º, da Lei nº 12.016/09), na prática, dificilmente o autor conseguirá impetrar novo mandado de segurança individual dentro dos 120 dias de que trata o art. 23, da Lei nº 12.016/09. Temos, ademais, ser o art. 22, §1º, de constitucionalidade duvidosa, eis que representa verdadeira restrição à utilização do mandado de segurança coletivo. Todavia, não podemos deixar de ter presente que a Lei nº 12.016/09 é posterior e especial em relação ao CDC. Nesse sentido, para o mandado de segurança coletivo, aplica-se §1º, do art. 22, da Lei nº 12.016/09. Para as demais ações coletivas, aplica-se a sistemática constante do já

mencionado art. 104 do CDC” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: de acordo com a lei federal nº 12.016/2009, de 07/08/2009*– 3 ed. ref. atualizada – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 434)^[3]

Cabe destacar a perspicaz menção do professor ao fato de que “*difícilmente o autor conseguirá impetrar novo mandado de segurança individual dentro dos 120 dias de que trata o art. 23, da Lei nº 12.016/09*”.

Por sua vez, o professor Leonardo Carneiro da Cunha sugere uma “interpretação sistêmica” do dispositivo, no sentido de se adotar a regra da suspensão do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, a despeito da previsão expressa do §1º do art. 22, da Lei 12.016/09. Confira-se:

“Não há litispendência entre mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo. (...) A regra assemelha-se ao disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, conferindo ao impetrante individual o direito de abdicar expressamente da jurisdição coletiva. Há, todavia, uma diferença entre o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor e o §1º do art. 22, da Lei 12.016/09. O primeiro dispõe que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão o sujeito que tiver proposto sua demanda individual, se não for requerida sua *suspensão* no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da ciência, os autos da causa individual, da pendência da ação coletiva. Significa que o indivíduo só pode beneficiar-se da coisa julgada coletiva, caso tenha, dentro do referido prazo, requerido a *suspensão* de seu processo.

Por sua vez, o §1º, do art. 22, da Lei 12.016/09 estabelece que cabe ao indivíduo, para beneficiar-se da coisa julgada coletiva, *desistir* de seu mandado de segurança. Em vez de pedir a suspensão do processo individual, o sujeito terá de *desistir* de seu *writ*. Embora o texto do dispositivo da lei do mandado de segurança refira-se à *desistência*, cumpre

conferir interpretação sistêmica para se entender que cabe ao demandante individual pedir a *suspensão* de seu processo, a fim de que possa beneficiar-se da coisa julgada coletiva” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 599/600).

A despeito da clareza do posicionamento, o fato é que a interpretação adotada pelo ilustre professor é *contra legem*. Afinal, afronta a literalidade da determinação do dispositivo legal. Por isso, há necessidade de alteração legislativa, a fim de uniformizar o entendimento quanto à suspensão do mandado de segurança individual, tal como se dá na sistemática do Código de Defesa do Consumidor.

8. O problema do termo inicial dos efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental

Ao contrário das questões suscitadas acima, o tema, aqui, envolve uma interpretação jurisprudencial, adotada pela Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que é contrária ao dispositivo legal expresso do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, bem como a entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, confira-se o mencionado precedente da Corte Especial do STJ, que assevera que os efeitos financeiros da concessão da ordem “retroagem à data do ato impugnado”, *in verbis*:

**“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
EFEITOS FINANCEIROS DA CONCESSÃO DE ORDEM
MANDAMENTAL CONTRA ATO DE REDUÇÃO DE
VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO.**

Em mandado de segurança impetrado contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público, os efeitos financeiros da concessão da ordem retroagem à data do ato impugnado. Não se desconhece a orientação das

Súmulas n. 269 e 271 do STF, à luz das quais caberia à parte impetrante, após o trânsito em julgado da sentença mandamental concessiva, ajuizar nova demanda de natureza condenatória para reivindicar os valores vencidos em data anterior à impetração do mandado de segurança. Essa exigência, contudo, não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo. Ademais, essa imposição estimula demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, de modo a consumir tempo e recursos de forma completamente inútil, e enseja inclusive a fixação de honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência. Corroborando esse entendimento, o STJ firmou a orientação de que, nas hipóteses em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos ou parte deles em razão de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo do impetrante. Isso porque os efeitos patrimoniais são mera consequência da anulação do ato impugnado que reduz o valor de vantagem nos proventos ou remuneração do impetrante (MS 12.397-DF, Terceira Seção, DJe 16/6/2008). Precedentes citados: EDcl no REsp 1.236.588-SP, Segunda Turma, DJe 10/5/2011; e AgRg no REsp 1.090.572-DF, Quinta Turma, DJe 1º/6/2009. **EResp 1.164.514-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016**”

Com a devida *vênia*, o entendimento adotado traz insegurança jurídica. Afinal, como bem destaca, em sua obra, o autor Márcio André Lopes Cavalcanti, “*deve-se ter muito cuidado com este entendimento. Isso porque, apesar de ele ter sido proferido pela Corte Especial do STJ, ele é*

contrário às Súmulas 269 e 271 do STF e ao art. 14, § 4º, da Lei do MS (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de jurisprudência dizer o direito* – 2. ed. ver. ampl. – Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 571/572).

De fato, o precedente contraria, frontalmente, o dispositivo legal do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, que prevê a retroação apenas até a data do ajuizamento da inicial. Confira-se:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Além disso, afronta as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, que estabelecem:

“Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”

“Súmula 271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”

A solução, neste caso, não passa por uma alteração legislativa, obviamente. O que se espera é um maior respeito, no sentido de obediência, à escolha do legislador e à própria jurisprudência dos tribunais superiores, sob pena de constante insegurança jurídica e ofensa à isonomia.

g. Conclusão

O mandado de segurança é um instituto processual de suma relevância. É estudado por diversas disciplinas dentro da ciência do Direito, como o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Processual

Civil, Processual Penal e Processual do Trabalho. A garantia de celeridade traz uma inequívoca atração à sua utilização.

Há, no entanto, a necessidade atual de aparar algumas arestas criadas pela própria jurisprudência. A premissa de que a ação mandamental é um direito personalíssimo, por exemplo, deve ser extirpada, com a devida *vênia*. O comprometimento da razoabilidade em detrimento da celeridade, como no caso da sucessão processual, é também considerado um equívoco, com amparo na doutrina majoritária.

Por óbvio, algumas das sugestões divulgadas nesta obra apenas podem se dar por alteração legislativa, o que, diga-se, seria salutar para atualizar e adequar a Lei do Mandado de Segurança ao Novo Código de Processo Civil. Entretanto, destacou-se a questão dos efeitos financeiros da concessão mandamental, tema em que a jurisprudência vem desconsiderando a regra expressa na Lei de Mandado de Segurança, o que, com a devida *vênia*, gera inequívoca insegurança jurídica.

O que se espera com esta obra, portanto, é suscitar uma reflexão quanto à possibilidade de alteração legislativa na Lei do Mandado de Segurança, a fim de incorporar alguns posicionamentos doutrinários relevantes, repensando algumas premissas ultrapassadas. Além disso, espera-se que os precedentes passem a seguir numa única direção, ao invés de oscilações constantes.

10. Referência bibliográficas

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: de acordo com a lei federal nº 12.016/2009, de 07/08/2009* – 3 ed. ref. atualizada – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de jurisprudência dizer o direito* – 2. ed. ver. ampl. – Salvador: JusPOdivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/ Fredie*

Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 14ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. ARAÚJO, José Henrique Mota. CUNHA, Leonardo Carneiro da. RODRIGUES, Marco Antônio. (Coordenadores). *Fazenda Pública*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC, v.3; coordenador geral, Fredie Didier Jr. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodvm, 2016.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Esquematizado).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp 997623 MT. Relator Min. Luiz Fux. Julgamento 02.06.2009. Órgão Julgador 1ª Turma, julgado visualizado em 21.9.2017 no seguinte link: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;resp:2009-06-02;997623-946727>.

NOTAS:

[1] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 533/535.

[2] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 535.

[3] ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança: de acordo com a lei federal nº 12.016/2009, de 07/08/2009* – 3 ed. ref. atualizada – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 434.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS DIREITOS HUMANOS - ASPECTOS JURÍDICOS FILOSÓFICOS

LÍDIA MARA CORRÊA SANTOS CORNÉLIO

DO PINHO: Doutoranda em direito internacioan, mestre em direitos humanos e direito humanitario pela Université de Paris II - Panthéon Assas, especialista em direito internacional pelo CEDIN. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tecer breves comentários sobre os direitos humanos e sua construção na dentro da comunidade jurídica internacional. A análise do histórico de direitos humanos é também de suma importância para o entendimento dessa gama de direitos coletivos. Além disso, buscando encontrar uma solução, ou ao menos um caminho, que leve à efetivação desses direitos no âmbito doméstico, traça-se um prognóstico filosófico da utilização das ações afirmativas pelo Estado e como isso pode ou não ser benéfico para a efetivação das garantias individuais e coletivas.

Palavras-chave: direitos humanos, ações afirmativas, efetividade, legalidade, garantias

SUMARIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DESENVOLVIMENTO 4 CONCLUSÃO
BIBLIOGRAFIA

1 INTRODUÇÃO

A expressão direitos humanos até os dias de hoje é tema de muitas reflexões por parte da comunidade acadêmica. Assim, em se tratando do tema principal deste artigo, necessário trazer alguns posicionamentos a respeito de tal conceituação. Baracho, traz a seguinte reflexão (1992, p. 191):

A análise conceitual da linguística dos direitos humanos parte do entendimento da existência da multiplicidade de significados da expressão, no plano semântico, bem como em suas origens ideológicas e

sociais. A pluralidade de tendências (cristianismo, jusnaturalismo racionalista) compromete uma definição adequada dos direitos humanos. Vistos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, procuram concretizar as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, em nível nacional e internacional.

Já Dallari, trabalha com o seguinte conceito de direitos humanos, (1998, p. 7):

Uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.

Conforme sintetiza Ramos (2001, p. 35):

Hoje são considerados “direitos humanos” todos os direitos fundamentais, assim denominados por convenções internacionais ou por normas não-convencionais, quer o conteúdo dos mesmos seja de primeira, segunda ou terceira geração.

Muito embora termos que normalmente surgem juntos na bibliografia, direitos humanos e direitos fundamentais, como se vê possuem significados distintos, o que no desenrolar do estudo do tema se mostra essencial.

2 DESENVOLVIMENTO

O histórico desta categoria de direitos se mostra também de extrema importância para este estudo, tendo em vista que a sua compreensão está intimamente ligada à sua origem e estruturação histórica.

Trazendo a origem sobre os direitos humanos à baila, Bobbio (1992, 18):

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade “sacre et inviolable”, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar... o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza.

Imaginar a construção dos direitos do homem é como contar a própria história da humanidade. Há outros marcos significativos que devem ser relacionados, com o fito de traçar o prognóstico evolutivo dos direitos humanos.

Fabio Konder Comparato, no prefácio do livro de Ramos (2005) volta na história da humanidade:

O reconhecimento de que existem direitos universais, comuns ao gênero humano, despontou pela primeira vez no ocidente com o esplendor da filosofia grega. Aristóteles, na Retórica (1368 b, 8 -10), distinguiu as leis particulares das comuns, observando que as primeiras são aquelas que casa *pólis* adota para si, ao passo que as segundas, embora não escritas, são admitidas em todas as partes do orbe terrestre.

Baracho (1992, p. 171) aborda também o histórico:

A tese do poder absoluto do soberano não era aceita por todos os juristas, principalmente por aqueles que ensaiaram no século XVI a noção de soberania. As limitações resultantes da lei divina, colocadas pela religião, encontraram também amparo na noção do direito natural.

Os soberanos não podiam violar, por suas decisões ou por suas leis, o direito natural. Tinham a obrigação de respeitar os contratos dos particulares e a propriedade privada, conforme ressaltou *Bodin (les six livres de la republique)*. Na França os juristas destacaram que o poder soberano dos reis era ainda limitado pelas “leis fundamentais do reino – lois fondamentales du royaume”.

Dentre eles, importante destacar o texto da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, produto resultado da Revolução Francesa. Neste texto observamos já o interesse do povo em proteger direitos, hoje denominados fundamentais, em seus primeiros parágrafos, tais como a liberdade e a propriedade. Dessa forma, seria como se o povo francês dissesse que antes mesmo da existência do Contrato Social, há direitos prévios que sempre devem ser tutelados.

Em seu artigo 3º (França, 1789) tem-se o seguinte texto:

A soberania reside essencialmente na nação. Nenhum indivíduo ou corporação poderão realizar o exercício da autoridade que não emane expressamente dela.

Esta declaração já trazia a ideia de que os direitos que devem ser garantidos ao homem encontram-se seus limites na igualdade, ou seja, todos os membros daquela sociedade terão os mesmos direitos e isso é que delimita a atuação do indivíduo, criando a noção de coletividade.

À luz de uma perspectiva histórica, observa-se que até então intensa dicotomia ente o direito à liberdade e o direito à igualdade. No final do século XVIII, as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos de liberdade, segurança e propriedade, complementados pelas resistência á opressão. O discurso liberal da cidadania nascia no seio do

movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado Liberal, sob a influência das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau. (Piovesan, 2000, p. 143 – 144)

Piovesan (2000, p. 42) traz um ponto relevante para a construção do referencial histórico dos direitos humanos:

Note-se que a constitucionalização dos direitos humanos, no século XIX, inaugura uma segunda fase no desenvolvimento do sistema de proteção destes direitos. Nessa fase, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a ser inseridos nas Constituições dos Estados. A partir do século XIX, os Estados passam a colher as declarações em suas Constituições e, deste modo, as Declarações de Direitos se incorporam à história do constitucionalismo (...) o pós-guerra impulsiona a emergência do movimento de internacionalização dos direitos humanos, mediante um sistema de monitoramento e fiscalização internacional dos direitos humanos...

Seguindo-se a linha histórica sobre os direitos humanos, Ramos (2001, p. 40) narra:

No século XX, com o Tratado de Versailles (1919) um outro enfoque foi dado pelo Direito Internacional à proteção do indivíduo. A parte XIII do Tratado instituiu a Organização Internacional do Trabalho, que isa estabelecer um rol de direitos de todos os trabalhadores, independente da nacionalidade. Com isso, o direitos internacional enfoca o indivíduo e sua condição como eixo da normatividade internacional. No mesmo Tratado de Versailles, o indivíduo é protegido pelo direito internacional reconhecendo-se os direitos das minorias.

Outra instituição de grande importância para os direitos humanos, a Organização Internacional do Trabalho, também tem sua criação relacionada às Guerras, como narrado acima e conta Piovesan:

A Organização Internacional do Trabalho (International Labour Office, agora denominada International Labour Organization) também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar. (2000, p. 125)

A mesma autora continua a narrativa do histórico mundial dos direitos humanos, citando a ligação das Nações, embrião das Nações Unidas:

Criada após a Primeira Guerra mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política de seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the league*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. (Piovesan, 2000, p.124)

Outro Organismo internacional que teve sua criação vinculada ao fim da Guerra, mas desta vez da 2ª Guerra Mundial, foi o Tribunal de Nuremberg, que funcionou como um tribunal especial e serviu como palco para a defesa de inúmeros direitos fundamentais dos indivíduos.

O tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização

dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra e após intensos debates sobre o modo pelo qual poder-se-ia responsabilizar ao alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do período, os aliados chegaram a um consenso, com o acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. (Piovesan, 2000, p.132)

Somente após o fim da 2ª Guerra Mundial, em razão das consideráveis perdas humanas que dela decorreram e da proporção dos danos causados e que ainda poderiam ocorrer, buscando a segurança internacional, acima de tudo, a Organização das Nações Unidas foi criada.

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos. (Piovesan, 2000, p.137)

(...)

A carta das Nações Unidas consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional,

objeto das instituições internacionais e do direito internacional. (2000, p.139)

Como esclarece o doutrinador Ramos (2001, p. 36), a internacionalização dos direitos humanos é reflexo dos momentos de guerra sofridos pela humanidade no século XX, sendo que após a 2ª Guerra Mundial, esta temática saiu da esfera doméstica e tornou-se global.

Importante analisarmos, por isso, o preâmbulo da denominada Carta das Nações Unidas:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS, a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, [...] e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos (SÃO FRANCISCO, 1945)

Ressalte-se que muito embora não possa ser considerada um tratado, a força jurídica da Carta é alta, vez que hoje podemos considerar o seu conteúdo como norma de cogente. A autora Piovesan, bem esclarece este ponto:

A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução que, por sua vez, não representa força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a carta da ONU, particularmente nos arts. 1º (33) e 55.

(...)

Há contudo aqueles que defender que a Declaração integra o direito costumeiro internacional e/ou os princípios

gerais do direito, apresentando assim, força jurídica vinculante. (2000, p.149)

Uma das ferramentas utilizadas pela comunidade internacional para a efetivação dos direitos humanos e a aplicabilidade do conteúdo da Carta, foi a criação dos Pactos Internacionais, dando aos mesmos o caráter vinculante. Como se vê abaixo:

Esse processo de “juridicização” da Declaração, começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, esses dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos. (Piovesan, 2000, p. 160)

Cançado Trindade (1992, p.28) analisa o caminho que está sendo percorrido nas cortes jurisdicionais:

A evolução jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos tem abrangido tanto o conteúdo e alcance dos direitos consagrados quanto a operação dos próprios mecanismos de implementação.

Com relação ao Brasil, a construção dos direitos humanos na esfera doméstica, está intimamente ligada ao fim do período da ditadura e reestabelecimento da democracia.

O artigo 5º da Constituição brasileira dá o tom da proteção aos direitos humanos neste Estado. Há também em todo o texto constitucional outros tantos direitos fundamentais garantidos.

De acordo com Piovesan (2000, p. 47) “a carta de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militas, instalado em 1964”.

Continuando o raciocínio da autora (2000, p. 50);

No caso brasileiro, as relevantes transformações internas tiveram acentuada repercussão no plano internacional. Vale dizer, o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do país.

O Brasil tornou-se signatário de todos os Tratados internacionais de direitos humanos com o término da ditadura e, ao longo dos anos, tem ratificado outros tantos.

Todavia, a simples ratificação e internalização legislativa dos tratados internacionais não confere aos cidadãos e indivíduos vinculados ao Estado brasileiro as garantias necessárias para o seu cumprimento.

Várias são as decisões nas cortes Internacionais de direitos humanos em que o Brasil é considerado responsável pela não proteção dos direitos humanos.

Notório é o caso da Sra. Maria da Penha, que recorreu à Comissão Interamericana de Direitos humanos, através de uma organização não governamental. Este caso levou a Comissão a emitir parecer e, por conseguinte, à criação da lei interna contra a violência doméstica, Lei nº 11.340/06 (Brasil, 2006).

O grande conflito que o Brasil enfrenta na atualidade diz respeito às garantias ofertadas aos indivíduos e a forma de promover a igualdade entre eles.

Ainda que exista todo o aparato jurídico legislativo, de acordo com relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da violência contra a mulher no Brasil (2013, p. 25), 42,5% (quarenta e dois e meio por cento)

das agressões sofridas por mulheres são enquadradas no tipo violência doméstica.

O mesmo relatório traz a informação que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos encontrou os seguintes números nas Américas:

Destaca que na Argentina, entre 1999 e 2003, os crimes de violência contra mulheres representaram 78 a 83% de todos os delitos ocorridos no país. Na Costa Rica, 58% das mulheres sofreu um acidente de violência física o sexual depois de completarem 16 anos ou mais. Nos Estados Unidos, em 2003, cerca de meio milhão de mulheres sofreu violência doméstica e aproximadamente 200 mil violações e agressões sexuais, segundo a pesquisa de vitimização daquele país. (2013, p.26)

Ressalte-se que ao se utilizar a terminologia minorias, não se faz referência ao aspecto quantitativo da população e sim à capacidade de representatividade e de cidadania a ela conferida dentro da sociedade.

Uma pergunta capciosa é extraída do texto de Cattoni de Oliveira (2005), nos remete a pensar em “como o Estado democrático, no qual seu representante foi eleito por uma maioria, poderia garantir direitos às minorias?”.

Percebe-se que a resposta encontrada pelo doutrinador acima é das soluções mais simples e efetivas. Para o mesmo, a solução está na Constituição de cada Estado. Como o texto constitucional nas democracias foi estabelecido por toda a Nação, este estaria acima de minorias ou maiorias.

A carta Contratual de uma Nação é a Constituição. Cumpre asseverar que como relembra o autor “uma nação se impõe pela própria soberania”. Assim o Estado, seria nada mais, do que a rerepresentação política dessa Nação.

A pensar dessa forma, corre-se o risco de interpretar, erroneamente, que a democracia não guarda espaços para as minorias, já que também o

texto constitucional foi elaborado pelos representantes eleitos majoritariamente. Esclarecendo esse ponto, o autor adota a tese habermasiana de que não é possível a existência de Estado de direito sem democracia.

Como explica ainda o mesmo autor:

Sob as condições do pluralismo social e cultural, é tão somente o processo democrático que confere força legitimadora ao processo legislativo de criação do Direito. Normas que podem pretender legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de todos os possíveis afetados (...) A autonomia pública e privada pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra. (CATTONI, 2005)

Baracho, adentrando no assunto (1992, p. 190):

Interpretar é explicitar, de maneira correta, o sentido de uma expressão. A interpretação evolutiva, sistemática e finalista da Constituição tem importância para a compreensão dos direitos fundamentais. Ao lado dos diferentes níveis e instrumentos de positivação, algumas constituições consagram sistemas para expressar o conteúdo dos direitos fundamentais.

- cláusulas gerais em forma de valores e princípios
- características casuísticas que surgem em normas específicas e analíticas.

Apesar do caráter normativo constitucional de todas elas e de sua eficácia “erga omnes”, suas distinções encontram-se nos diferentes graus de concretização do que se haverá de aplicar e a consequência jurídica resultante de sua atuação.

Na concepção de Habermas (2002, p. 291) o processo democrático é que estabelece a força legítima ao devido processo legislativo. Através

da construção do discurso é que o processo democrático se desenvolve com a participação de todos os afetados pela norma.

Ainda de acordo com o mesmo autor (2002, p. 293) através dos direitos fundamentais é que se encontra assegurada a autonomia do sujeito de direitos, dando a ele a necessária força para atuar na construção da norma.

Continuando na construção deste raciocínio, Habermas (2002. P. 295) adverte:

A almejada equiparação de situações de vida e posições de poder não pode levar a um tipo de intervenções normalizadoras ou padronizadoras que acabem por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles.

Utilizando como exemplo a prática feminista, o autor acima (2002, p. 296) elucida:

A classificação de papéis sexuais e das diferenças vinculadas aos sexos concerne a camadas elementares de autocompreensão cultural de uma sociedade. Só hoje o feminismo radical toma consciência do caráter falível, merecedor de revisões e fundamentalmente controverso dessa autocompreensão.

Nesse sentido, portanto, as denominadas ações afirmativas, tornam-se necessárias, pois dão condições a um grupo de força minoritária, revestindo-o de autonomia e dando ao mesmo, condições de igualdade para a construção do discurso. Assim, proporcionar condições de igualdade no discurso procedimental leva, por consequência, a igualdade de direitos.

Observando-se de outra óptica, trazida por Leal (2006, p. 3) sintetiza o argumento, defendendo que a violação de texto constitucional por si só ensejaria a procedimentos judiciais, que não as ações afirmativas, já que a própria Carta Constitucional garante direitos fundamentais a todos.

O mesmo autor elucida:

A isonomia como princípio jurídico-processual de primeira geração não pode ser descuidada na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social.

Baracho (1992, p. 192) sintetiza da seguinte forma:

Todos os direitos necessitam de garantias processuais para a sua efetiva concretização, sendo que algumas delas são sumárias. As garantias necessitam de proteção prática, concreta ou efetiva, para que não fiquem apenas como afirmações teóricas ou abstratas. As garantias constitucionais e processuais são criadas para amparo e proteção de direitos constitucionais afetados por leis, atos do executivo ou decisões judiciais.

Cançado Trindade em uma elucidação (2008, p. 55/56) sobre a função do Estado, esclarece que o mesmo “foi concebido para a realização do bem comum. Nenhum Estado deve considerar-se acima da lei, e as normas têm, como ultimo beneficiário, o ser humano; em suma, o Estado existe para o ser humano e não o contrário”.

Baracho (1992, p. 190) complementando:

Os valores, princípios e normas que compõem as categorias dos direitos fundamentais são examinados de conformidade com as correntes que surgem no pensamento jurídico contemporâneo. A tarefa interpretadora dos direitos fundamentais constitui atividade que visa a máxima efetividade do seu texto.

A filosofia do direito é de grande importância para a compreensão das mudanças que estão ocorrendo na nova

caracterização que se pretende dar ao Estado social e democrático de Direito, quando ressalta o significado da união entre o pensamento e a práxis, isto é, a intersecção entre a teoria e a prática.

4 CONCLUSÃO

Assim, o que se percebe é que não existe a opção do Estado Democrático de Direito em não tutelar os direitos de todos os seus cidadãos, vez que isto é *conditio sine qua non* de sua existência e motivo pelo qual ele existe.

Se a sua proteção no âmbito doméstico se dará ou não através da criação de leis específicas que busquem dar condições de igualdade no discurso entre majorias e minorias mostrou-se irrelevante, desde que a Carta Constitucional abarque os princípios basilares de proteção aos indivíduos.

Ressalte-se que, no caso brasileiro, não poderá haver a justificativa de falta de amparo legal vez que o referido Estado assinou e Ratificou a totalidade de tratados multilaterais de direitos humanos existentes.

De fato, o que é necessário, é a efetiva proteção aos direitos humanos pelo Estado e pela comunidade jurídica internacional, sem que haja qualquer empecilho com relação à forma que o direito toma no âmbito doméstico.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis – Teoria Geral dos Direitos Individuais, Direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de Enumeração. In: a proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de direitos humanos e Friedrich Naumann – Stiftung, 1992, p. 171 – 196.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasília, Senado Federal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf

Acesso em: 20 de dezembro de 2013.

BRASIL. Lei federal nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Brasília, Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=233561>
Acesso em 20 de dezembro de 2013.

BRASIL. Senado Federal. Relatório final da Comissão Parlamentar mista de inquérito da violência contra a mulher. Brasília: 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A evolução da proteção internacional dos direitos humanos e o papel do Brasil. In: a proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de direitos humanos e Friedrich Naumann – Stiftung, 1992, p. 25 – 42.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Deslocados e a proteção dos imigrantes na legislação internacional dos direitos humanos. In: Refúgio, Migrações e Cidadania. Caderno de Debates 3. Estrasburgo: ACNUR, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e Democracia no Brasil. Belo Horizonte: VirtuaJus, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão DE 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-à-criação-da-sociedade-das-nações-até-1919/declaração-de->

[direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://www.conteudojuridico.com.br/direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)>, acessado em 20 de dezembro de 2013.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia Processual e Igualdade Fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In revista de direito da universidade fumecc – volume 1, nº 01. Belo Horizonte: Meritum, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÃO FRANCISCO. Carta das Nações Unidas. (1945). Organização das Nações Unidas. Disponível em:

<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/portugues/charter/>

Acesso em: 20 de dezembro de 2013.

PRINCIPAIS MUDANÇAS DO RECURSO DE REVISTA NA REFORMA TRABALHISTA E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO

ANA BEATRIZ MACHADO WEYLL: Formada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa em 2010 e pós graduada em direito tributário pela PUC/SP em 2012;

Resumo: O artigo visa abordar as principais mudanças trazidas pela reformatrabalhistana no instituto do recurso de revista, fazendo um cotejo na atuação do advogado público.

Sumário: 1 - Noções Introdutórias; 2 - Recurso de revista e os principais pontos da reforma trabalhista na atuação do advogado público; 3 – conclusão.

1 - Noções Introdutórias:

As decisões judiciais podem ser impugnadas não apenas por recursos, havendo também outras modalidades de impugnação. Existem quatro meios de impugnação das decisões judiciais:

a) Providências corretivas, que tem por objetivo afastar erros materiais da decisão judicial (ex: correção de grafia ou número). Basta uma mera petição (não é necessário embargos de declaração);

b) *Ações autônomas de impugnação: impugnação da decisão judicial em uma ação autônoma. Assim, criam nova relação processual (ex: ação rescisória, MS etc.);*

c) Providências ordenadoras do procedimento: meio de impugnação contra decisões que contrariam o andar natural do processo, têm como finalidade acabar com um tumulto no andamento processual. É a *correção parcial*.

d) Recursos.

O Recurso é um remédio voluntário porque o recurso decorre de um poder de decisão. O recurso pressupõe uma manifestação de vontade da parte em recorrer, equivalendo ao direito de ação. Por isso, o Judiciário, pelo prin

cípio da inércia, não pode recorrer. A parte é que tem o ônus de recorrer. Em razão dessa característica, o reexame necessário (ex: na decisão que condena a Fazenda Pública) não é recurso, pois falta a manifestação de vontade da Fazenda Pública.

Para se falar em recurso, o mecanismo de impugnação deve existir dentro do mesmo processo, da mesma relação jurídica, de modo que não são os recursos as ações autônomas de impugnação. Isso não significa, contudo, dentro dos mesmos autos! Por exemplo, o agravo de instrumento é interposto na mesma relação jurídica processual, mas em autos diferentes.

O recurso pode ter alguns objetivos. O primeiro deles é a *reforma* da decisão judicial, seguido da invalidação da decisão. A reforma busca alterar o mérito da decisão, substituindo em razão de um erro in iudicando. Já a invalidação significa a anulação do julgamento, por erro in procedendo: pretende-

se retirar do mundo jurídico a decisão impugnada, que deve ser substituída por outra.

O recurso poderá também objetivar o esclarecimento ou a integração da decisão, pleitos recursais formulados nos embargos de declaração. O esclarecimento visa impugnar uma obscuridade ou uma contradição no julgado. A integração da decisão é algo que se objetiva quando o julgado precisa ser complementado, por ter sido omissivo.

2 - Recurso de revista e os principais pontos da reforma trabalhista na atuação do advogado público:

O recurso de revista é um recurso de natureza extraordinária, de modo que somente pode ser alegada matéria de direito.

Súmula n. 126/TST: incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.

O recurso de revista é cabível apenas em dissídios individuais, o que significa dizer que não é apropriado em dissídios coletivos (os dissídios coletivos são de competência originária do TRT, por isso que da decisão do TRT em dissídio coletivo cabe Recurso Ordinário).

Visto isso, passemos à análise da Lei 13.467/17 (Reforma trabalhista) e suas inovações no recurso de revista: “Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

§ 1º-A. Sob pena de não conhecimento, é ônus da parte:
IV - transcrever na peça recursal, NO CASO DE SUSCITAR PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, o TRECHO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS em que foi pedido o PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL SOBRE QUESTÃO VEICULADA NO RECURSO ORDINÁRIO E O TRECHO DA DECISÃO REGIONAL QUEREJEITOU OS EMBARGOS QUANTO AO PEDIDO, para COTEJOE VERIFICAÇÃO, DE PLANO, DA OCORRÊNCIA DA OMISSÃO.

§ 14. O relator do recurso de revista PODERÁ denegar-lhe seguimento, em decisão monocrática, nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de inadmissibilidade.”
(NR)

“Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, ENTRE OUTROS:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudênciasumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo TribunalFederal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direitosocial constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno dainterpretação da legislação trabalhista.

§ 2o PODERÁ o relator, monocraticamente, denegarseguimento ao recurso de revista que NÃO demonstrartranscendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3o Em relação ao recurso que o relator considerou NÃO tertranscendência, o recorrente PODERÁ realizar SUSTENTAÇÃOORAL sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4o Mantido o voto do relator quanto à NÃO transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, queconstituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal.

§ 5o É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, emagravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente atrascendência da matéria.

§ 6o O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercidopela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se àanálise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, NÃOabrangendo o critério da transcendência das questões neleveiculadas.” (NR)

Como o tema influência na vida do Advogado Público?

No que tange o Recurso de Revista, os Advogados Públicos deverão estar atentos às novas exigências de admissibilidade trazidas pela Reforma Trabalhista.

De início, importante realizar uma regressão de como era a disposição legalantes da Reforma Trabalhista:

ANTES DA REFORMATRABALHISTA	DEPOIS DA REFORMATRABALHISTA
<p>Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)</p> <p>Transcrição da Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001:</p> <p>Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:</p> <p>"Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica." (NR)</p> <p>Art. 2º <u>O Tribunal Superior do Trabalho</u> r</p>	<p>Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)</p> <p>§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:</p> <p>I - econômica, o elevado valor da causa;</p> <p>II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;</p> <p>III - social, a postulação, por reclamante - recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;</p> <p>IV - jurídica, a existência de questão nov</p>

reglamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência e em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão.

a em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo de esta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecurável no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas." (NR)

Note-

se que, apesar do texto da CLT já estabelecer que o relator examinará previamente se a causa oferece transcendência, tal requisito, em virtude da ausência de regulamentação por parte do TST, não era exigido.

Eis um julgado do TST que aborda o tema:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. TRANSCENDÊNCIA. Aplicação do princípio da transcendência, previsto no art. 896-A da CLT, ainda não foi regulamentada no âmbito deste Tribunal, providência que se faz necessária em face do comando do art. 2º da Medida Provisória 2.226/2001 (DOU 5/9/2001), que dispõe: "O Tribunal Superior do Trabalho regulamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão", razão pela qual o exame da admissibilidade do recurso de revista se restringe aos pressupostos do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. [...]

Encontrado em: 6ª Turma DEJT 17/04/2015 - 17/4/2015
RECURSO DE REVISTA RR 4624020105020061 (TST)
Augusto César

Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, os parágrafos do artigo 896-A acabam por regulamentar a sistemática da transcendência no recurso de revista, devendo o Advogado Público, então, ficar atento para demonstrá-la.

Mas a alteração não foi somente esta, pois, no caso de omissão no julgamento proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho, o Advogado Público deverá estar atento a mais um requisito.

Além das exigências incluídas pela Lei nº 13.015/2014, quais sejam:

“I - indicaro trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento dacontrovérsia objeto do recurso de revista; II - indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientaçãojurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional; III - expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentosjurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencialcuja contrariedade aponte.”, deverá, “transcrever na peça recursal, NO CASO DESUSCITAR PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, o TRECHO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOSem que foi pedido o PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL SOBRE QUESTÃOVEICULADA NO RECURSO ORDINÁRIO E O TRECHO DA DECISÃO REGIONALQUE REJEITOU OS EMBARGOS QUANTO AO PEDIDO, para COTEJO E VERIFICAÇÃO, DE PLANO, DA OCORRÊNCIA DA OMISSÃO.”

Esta hipótese somente ocorrerá quando o Advogado Público tiver, antes da interposição do recurso de revista, oposto embargos de declaração para sanar eventual omissão.

Assim, passa-se a exigir o cotejo sistemático entre o trecho dos embargos declaratórios nos quais se alegou a omissão na análise de algum ponto do recurso ordinário interposto e o trecho da decisão do Tribunal Regional do Trabalho que rejeitou os embargos de declaração quanto a este pedido.

Acredito que tal sistemática deva ocorrer caso a matéria tenha sido veiculada em sede de contrarrazões de recurso ordinário apresentados pelo a

advogado público, em que pese a omissão da lei. Assim, caso o reclamante (empregado) interponha recurso ordinário e a Fazenda Pública apresente contrarrazões de recurso ordinário a mesma regra haverá de prevalecer.

Para facilitar, vejamos o passo a passo da sistemática exposta:

1. SENTENÇA PROFERIDA
2. ADVOGADO PÚBLICO INTERPÕE RECURSO ORDINÁRIO OU APRESENTA CONTRARRAZÕES
3. ACÓRDAO PROFERIDO
4. O ADVOGADO PÚBLICO ENTENDE QUE HOUVE OMISSÃO E OPÕE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
5. O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DECIDE QUENÃO HOUVE OMISSÃO
6. ADVOGADO PÚBLICO APRESENTA RECURSO DE REVISTA
NO RECURSO DE REVISTA O ADVOGADO PÚBLICO TERÁ QUE “TRANSCREVER NA PEÇA RECURSAL (ITEM 6), NO CASO DE SUSCITAR PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, O TRECHO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS (ITEM 4) EM QUE FOI PEDIDO O PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL SOBRE QUESTÃO VEICULADA NO RECURSO ORDINÁRIO (ITEM 2) E O TRECHO DA DECISÃO REGIONAL QUE REJEITOU OS EMBARGOS QUANTO AO PEDIDO (ITEM 5), PARA COTEJO E VERIFICAÇÃO, DE PLANO, DA OCORRÊNCIA DA OMISSÃO.”

Por fim, para fins de demonstração da transcendência do tema do recurso com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, exemplificam-se casos INDICATIVOS, tais como:

- I - econômica, o elevado valor da causa;
- II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;
- III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direitos social constitucionalmente assegurado;

IV -

jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

Como geralmente as causas envolvendo o Poder Público possuem relevância econômica, política social e também jurídica, em virtude da multiplicidade das demandas, o Advogado Público precisa ficar atento para realizar esta demonstração quando da interposição do recurso de revista.

Caso o relator, monocraticamente decidir que não houve a referida demonstração, o Advogado Pública precisará interpor agravo para o colegiado, oportunidade em que poderá realizar a sustentação oral sobre a questão da transcendência.

A decisão do colegiado acerca deste agravo é irrecurável no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Demais disso, importante observar que esta sistemática recursal (agravo para o colegiado) somente ocorrerá quando o Tribunal Regional do Trabalho houver admitido o Recurso de Revista. Isto porque, caso o Tribunal Regional do Trabalho profira despacho denegatório de seguimento de Recurso de Revista, caberá ao Advogado Público interpor Agravo de Instrumento para destrancar o Recurso de Revista. Neste caso, valerá a regra trazida no parágrafo quinto que assim estabelece: é irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

Veja a tabela para facilitar o seu estudo. Além de importante para o dia a dia do Advogado Público, as bancas certamente irão explorar estes detalhes:

RECURSO DE REVISTA ADMITIDO NA ORIGEM	RECURSO DE REVISTA INADMITIDO NA ORIGEM
NÃO HÁ NECESSIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO	NECESSÁRIO INTERPOR AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA
O RELATOR PODERÁ DECIDIR QUE NÃO HÁ TRANSCENDÊNCIA O	O RELATOR PODERÁ DECIDIR QUE NÃO HÁ TRANSCENDÊN

RECURSO DE REVISTA	CIA ORECURSO DE REVISTA
CABE AGRAVO PARA O COLEGIADO COM DIREITO ASUSPENSÃO ORAL QUANDO À MATÉRIA.	A DECISÃO É IRRECORRÍVEL
SENDO MANTIDA A DECISÃO DO RELATOR, É IRRECORRÍVEL DO ÂMBITO DO TST	

Por fim, imperativo destacar que cabe ao Tribunal Regional do Trabalho analisar as questões formais do Recurso de Revista, jamais adentrar na questão da transcendência, sob pena de usurpação da competência do Tribunal Superior do Trabalho. Tal norma é expressa no parágrafo sexto: o juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, NÃO abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.”

3 – Conclusão

A reforma trabalhista trouxe modificações relevantes no que se refere à tramitação do recurso de revista. Além disso, tal reforma acaba por regulamentar a sistemática da transcendência no recurso de revista, devendo o Advogado Público, então, ficar atento para demonstrá-la.

GESTÃO DE PESSOAS EM GERENCIAMENTO DE PROJETOS NO SETOR PÚBLICO

ANA LÚCIA LOPES SANTOS: Pós-graduada em Direito Constitucional. Servidora do Ministério Público Estadual de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo trata da gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público brasileiro. O artigo teve como objetivo principal, a presente pesquisa tem como objeto principal o estudo a identificação e a descrição dos problemas mais citados pela academia científica, no que se refere à gestão de pessoas na administração pública no Brasil, o que foi feito através de revisão bibliográfica. Em seguida, após a construção do quadro de problemas identificados, será realizada uma análise à luz do capítulo 9 do Guia PMBOK, verificando quais são os problemas no setor público que mais impactam a gestão e o gerenciamento de projetos na administração pública brasileira. Após isso, apresentar possíveis soluções ou sugestões para a melhoria da gestão de pessoas no setor público. Os objetivos específicos da pesquisa são: (a) realizar um panorama sobre as condições de gestão de pessoas na Administração Pública e (b) apresentar alternativas que permitam minimizar problemas na gestão de pessoas em gestão de pessoas no setor público. A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, na qual serão realizadas uma seleção de artigos científicos e livros de diversos autores relativos ao tema da pesquisa. A justificativa desse trabalho está na necessidade de se conhecer os pontos cruciais que influenciam negativamente na implementação do gerenciamento de projetos, ferramenta tão importante utilizadas nos tempos atuais, como de as instituições melhorarem os serviços públicos prestados para a população.

Palavras-chave: gerenciamento de projetos; gestão de pessoas no setor público; motivação.

SUMMARY: This article deals with the management of people in project management in the Brazilian public sector. The main objective of the present article is to study the identification and description of the problems most cited by the scientific academy in the management of people in the public administration in Brazil, which was done through a review Bibliographical Then, after the construction of the identified problem framework, an analysis will be carried out in the light of chapter 9 of the PMBOK Guide, verifying which are the problems in the public sector that most impact the management and the management of projects in the Brazilian public administration. After that, present possible solutions or suggestions for improving the management of people in the public sector. The specific objectives of the research are: (a) to carry out an overview of the conditions of people management in the Public Administration and (b) to present alternatives that allow to minimize problems in the management of people in people management in the public sector. The methodology used will be a research of a bibliographic nature, in which a selection of scientific articles and books by several authors related to the research theme will be carried out. The justification for this work is the need to know the crucial points that negatively influence the implementation of project management, an important tool used in the current times, and for the institutions to improve the public services provided to the population.

Keywords: project management; Management of people in the public sector; motivation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA; 3. PROBLEMA INVESTIGADO; 4. METODOLOGIA; 5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Desde o princípio, o setor público brasileiro é criticado pela má qualidade dos serviços prestados à população em geral. As críticas são

legítimas diante de tantos casos de desrespeito aos direitos mais elementares do cidadão. Associado a isso, casos de corrupção dominam o noticiário nacional e as soluções parecem distantes e insatisfatórias.

Diante deste cenário tão desafiador, o que está claro é a necessidade de transformações capazes de mudar esta realidade tão precária, desoladora e desmotivante. Para ser sustentável, esta mudança deve partir da natureza do sistema público, do seu cerne, das suas células mais profundas e essenciais, das pessoas que o representam: os seus servidores e agentes públicos.

Não é possível imaginar grandes avanços em termos de gestão pública sem levar em conta o fator humano que, por ser o recurso mais elementar de movimento da máquina pública, termina por ditar os rumos nesta seara.

Assim sendo, a presente pesquisa tem como objeto principal o estudo da identificação e a descrição dos problemas mais citados pela academia científica, no que se refere à gestão de pessoas na administração pública no Brasil. Em seguida, após a construção do quadro de problemas identificados, será realizada uma análise à luz do capítulo 9 do Guia PMBOK, verificando quais são os problemas no setor público que mais impactam a gestão no gerenciamento de projetos na administração pública brasileira. Após isso, apresentar possíveis soluções ou sugestões para a melhoria da gestão de pessoas no setor público. Os objetivos específicos da pesquisa são: (a) realizar um panorama sobre as condições de gestão de pessoas na Administração Pública e (b) apresentar alternativas que permitam minimizar problemas na gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público.

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de revisão da literatura a respeito do tema gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público. Os artigos escolhidos em publicações brasileiras serão estudados e confrontados a fim de se obter opinião referente ao tema proposto.

A justificativa desse trabalho está na necessidade de se conhecer os pontos cruciais que influenciam negativamente a implementação do gerenciamento de projetos, ferramenta tão importante utilizadas nos tempos atuais, como forma das instituições públicas melhorarem os serviços prestados para a população.

2. REVISÃO DA LITERATURA

BREVE APANHADO HISTÓRICO

As últimas duas décadas do século XX, iniciada na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, através do Ministério de Administração e Reforma do Estado (Mare), foram marcadas por mudanças significativas nos modelos de administração pública. O objetivo é buscar uma maior eficiência dos processos públicos. Em 1990, foi criado o Subprograma da Qualidade e Produtividade da Administração Pública, com a finalidade de implantar programas de qualidade e produtividade nas entidades e instituições públicas, buscando torná-las mais eficientes na gestão dos recursos e no atendimento às demandas da sociedade. (FILARD et all, 2016)

Em diversos países, a administração pública passou por reformas significativas a partir da década de 1980, devido à globalização dos mercados e a falência do modelo intervencionista de Estado, sujeito ao desequilíbrio fiscal e à ineficiência operacional em um cenário de crescente complexidade e competitividade. As reformas buscaram a modernização do setor público e a mudança do papel do Estado, que deixa de atuar diretamente na produção de bens e serviços para, então, desempenhar uma função de agente regulador e promotor do desenvolvimento econômico e social (FONSECA et all, 2013)

As reformas estatais empreendidas no Brasil contribuíram para estabelecer a perspectiva gerencialista como forma de superação do modelo burocrático. De tal perspectiva, práticas gerenciais da iniciativa privada foram adotadas como referência para transposição para o setor público, visando à geração de maior eficiência e foco em resultados. Dentre

as atividades que deveriam ser modernizadas encontra-se a gestão de recursos humanos (RH), até então voltada, no Governo como um todo, para sua função clássica de registro e controle de custos de funcionários. Nesse contexto, iniciativa recente de mudança em políticas de gestão se expressa na edição do Decreto no 5.378/2005, que instituiu o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (Gespública). No contexto da gestão de pessoas (GP), tal mudança se consubstanciou na edição do Decreto no 5.707/2006, que instaurou a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal (PNDP) para os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional. O normativo introduz a gestão por competências como instrumento de desenvolvimento contínuo dos servidores públicos e alinhamento de suas competências aos objetivos organizacionais. (FONSECA, et all, 2013)

GESTÃO DE PESSOAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Existem vários desafios para as organizações públicas referentes à gestão de recursos humanos, dentre os quais podemos citar a estabilidade, mudanças constantes de gestores por composições políticas, pessoas não capacitadas para o cargo, adequação à velocidade de mudanças no ambiente, processos e práticas de gestão, entre outros. (VIEIRA, 2015)

A gestão de projetos tem sido de fundamental importância para implementar os programas de qualidade no setor público. Para isso, é necessário enfatizar que a melhoria da qualidade somente é conseguida por meio de um esforço mútuo por parte de todos os trabalhadores. Portanto, é fundamental cultivar uma mentalidade de qualidade (cultura da qualidade) em toda a organização para que os trabalhadores desenvolvam uma maturidade para aceitar o modelo de gestão da mudança. Essa cultura deve vir acompanhada de um eficiente processo de comunicação, respeito e apreço entre os colegas, bem como entre colegas e cidadãos. Cabe aos gerentes agir em regime de parceria com seus subordinados, em vez de obstruir o sistema de informações na busca de legitimidade e poder. (FILARD et all, 2016) FILARD cita que :

“Os princípios de modelo de gestão pública da qualidade, preconizados no Gespública, são: (i) o servidor público é a mola propulsora para geração da qualidade; (ii) a motivação deve ser o elemento básico para o envolvimento e comprometimento do funcionário; (iii) a propriedade que caracteriza a qualidade no serviço público é a transitividade, isto é, o funcionário repassa para a sociedade os benefícios de sua satisfação com o trabalho e com base em suas relações com o empregador, nesse caso, o Estado; e, (iv) o programa deve envolver objetivos de curto, médio e longo prazos. Todavia, esse modelo de gestão da qualidade é norte-americano e, para ser aplicado, devemos levar em consideração as especificidades da cultura brasileira (...)”

A corrupção no Brasil é mais evidente do que o problema da segurança. Dentre outros malefícios, o desvio de dinheiro público contribui para que servidores públicos sejam mal remunerados e desestimulados, prejudicando o desempenho funcional e o comprometimento com a função. (CAPEZ, 2006)

Em 1997, a Prefeitura de Curitiba implementou um programa de capacitação e desenvolvimento planejados e coordenados. O programa focalizou as competências desejadas com 61 cursos e seminários ministrados aos gestores municipais, totalizando 1.132 horas, 217 turmas e 8.713 participações, numa média de 18,5h por curso e 4,6 participações por funcionário. A capacitação dos gestores municipais foi realizada com o objetivo de transformar a gestão da cidade orientada pelos princípios: pensamento estratégico, para que a organização atinja sua missão na perspectiva de uma visão de futuro; ação descentralizada para aproximar a administração pública da comunidade; atuação intersetorial articulando todas as secretarias e órgãos da PMC; ações compartilhadas, estimulando

a co-responsabilidade na gestão de programas e projetos; foco nos resultados, para identificar a melhor relação custo/benefício e o impacto das ações na comunidade. (FÉLIX, 2005)

A Administração Pública deve realizar um atendimento à população com eficiência, eficácia e efetividade, como a utilização racional dos recursos públicos. Nesse caso, os servidores públicos necessitam compreender e incorporar esses princípios nas atividades que desempenham, e para que isso ocorra, é necessária a adoção de um conjunto de práticas organizacionais que alinhem as estratégias da organização com seus integrantes. (VIEIRA, 2015)

A Gestão Estratégica de Pessoas no setor público é muito importante, tendo em vista que o objetivo dessas instituições é o bem comum, a satisfação dos cidadãos frente aos serviços prestados, sendo necessários servidores públicos capacitados, motivados e integrados com as estratégias da organização. Desta forma, a Gestão de Pessoas deve estimular a formação do servidor público, tendo como consequência o oferecimento de melhores serviços, usuários satisfeitos, e servidores qualificados. (VIEIRA, 2015)

Por outro lado, os cidadãos exigem mais qualidade dos serviços prestados à população o que leva a forçar o setor público a conduzir mudanças no ambiente de trabalho. Considerando que as instituições públicas são essencialmente instituições prestadoras de serviços, melhorar a eficácia da gestão de pessoas é fundamental para entregar serviços públicos de alta qualidade e, conseqüentemente, melhor atender o cidadão. Entretanto, a implantação de mudanças na gestão de pessoas em organizações públicas enfrenta barreiras que muitas vezes não existem no setor privado, como o contrato de trabalho diferenciado, a falta de autonomia para recompensar e punir, e pouca preocupação com a comunicação. (MARQUES, 2016)

Ao analisarem os modelos desenvolvidos por Porter e Lawler II (1968) e Locke e Latham (2002) relacionando metas, esforço, desempenho e recompensas, explicam que as recompensas externas, quando atreladas

a desempenhos, podem gerar satisfação nos funcionários. Segundo os autores, um fator extrínseco associado aos desafios de superar uma meta e de atingir elevado desempenho, pode gerar sensação de realização, promovendo, assim, motivação intrínseca. Essa análise permite concluir que a combinação eficaz de fatores motivacionais extrínsecos e intrínsecos tem o potencial de promover satisfação e evitar a evasão de funcionários. (KLEIN & MASCARENHAS, 2016)

GERENCIAMENTO DE PROJETOS NO SETOR PÚBLICO

A gestão de projetos tem sido de fundamental importância para o sucesso das organizações em geral. Sendo assim, atualmente, as boas práticas de gestão adotadas pelo meio empresarial tem sido cada vez mais absorvidos pela Administração Pública dentre elas destacam-se algumas técnicas de gerenciamento de projetos aplicadas com sucesso em empresas, como o PMBOK® por exemplo, e que tem sido utilizadas no setor público para transformar o planejamento em resultados, otimizar a alocação de recursos, diminuir as surpresas e trazer maior eficiência à administração como um todo. (RABENSCHLAG, 2012)

No entanto, todo esse avanço não conseguiu minimizar os riscos no processo de projetos nas organizações públicas em geral, que em virtude de suas características peculiares e por uma série de fatores, não possibilitam a plena adoção de modernas ferramentas de gestão. Sabendo-se da importância de uma boa gestão de projetos nas organizações é fundamental o conhecimento dos pontos problemáticos que podem prejudicar a aplicação desse tipo de ferramenta em entidades do setor público. (RABENSCHLAG, 2012)

Segundo o Guia PMBOK® , gerenciamento de projetos é a aplicação de conhecimentos, habilidades, ferramentas e técnicas às atividades do projeto a fim de atender aos seus requisitos. O grande desafio começa em ser capaz de gerenciar e não apenas executar ou, como é comum ouvir-se, “tocar o projeto”. O gerenciamento é um processo

estruturado, com aplicação de um método que implica em levantar necessidades e identificar prioridades entre escopo, tempo e custo.

3. PROBLEMA INVESTIGADO

Atualmente, o gerenciamento de projetos vem se tornando uma das principais ferramentas utilizadas pelas empresas como forma de sobreviverem nesse mercado tão competitivo. As instituições públicas, também vêm aplicando gestão de projetos como forma de se modernizarem. Diante disso, torna-se importante conhecer os pontos cruciais que influenciam negativamente a implementação do gerenciamento de projetos, ferramenta tão importante utilizada nos tempos atuais, como forma das instituições públicas melhorarem os serviços prestados para a população.

Nesse contexto o presente estudo busca realizar a identificação e a descrição dos problemas mais citados pela academia científica, no que se refere à gestão de pessoas na administração pública no Brasil, verificando quais são os problemas no setor público que mais impactam a gestão no gerenciamento de projetos, na administração pública brasileira. Nesse trabalho, foram formuladas as seguintes hipóteses: (a) O funcionalismo público não está preparado para trabalhar com os processos de gerenciamento de projetos; (b) A valorização e treinamento dos servidores são as principais alternativas para o êxito da gestão de projetos no setor público.

4. METODOLOGIA

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de revisão da literatura a respeito do tema gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público. Os artigos escolhidos em publicações brasileiras serão estudados e confrontados a fim de se obter opinião referente ao tema proposto.

5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

O modelo de gestão pública caracteriza-se pela cultura da estabilidade do servidor público, no monopólio da prestação da quase totalidade de serviços em áreas específicas, os baixos salários, a falta de

qualificação de pessoal, apego à burocracia, recursos considerados insuficientes, falta de comprometimento, quadro reduzido de servidores, pressão das partes interessadas e inexperiência institucional com programas da qualidade e cultura tradicional de descaso à coisa pública são pontos que devem ser tratados para se obter uma gestão eficiente. Outros aspectos que dificultam a implementação de programas de qualidade na administração pública: (i) excesso de burocracia; (ii) dificuldade em tratar o cidadão como cliente; (iii) corrupção; (iv) arbitrariedade do governo; e (v) atrasos nos procedimentos governamentais. (FILARD et al, 2016)

Portanto, o diagnóstico de riscos, que inclui a identificação e a descrição dos fatores de influência negativa em projetos associadas com a verificação da intensidade desses riscos, contribui significativamente na construção de um plano de gestão de riscos, servindo de base para um gerenciamento de projetos bem sucedido no setor público. (RABENSCHLAG, 2012)

O gerenciamento de recursos humanos do projeto inclui os processos que organizam e gerenciam a equipe do projeto. A equipe do projeto é composta de pessoas com funções e responsabilidades atribuídas para o término do projeto. Embora seja comum falar-se de funções e responsabilidades atribuídas, os membros da equipe devem estar envolvidos em grande parte do planejamento e da tomada de decisões do projeto. O envolvimento dos membros da equipe desde o início acrescenta especialização durante o processo de planejamento e fortalece o compromisso com o projeto.

Estudo realizado por (RABENSCHLAG, 2012), descreve diagnóstico dos principais fatores que podem contribuir negativamente no processo de gerenciamento de projetos numa organização pública. O estudo aponta problema em relação à gestão de pessoas que podem ser desfavoráveis ao êxito de um projeto no setor público. Os problemas encontrados são:

- a) Descrença histórica de servidores públicos e sociedade no êxito de projetos governamentais
- b) Divulgação constante de atos ilícitos praticados por entes públicos, que acaba por dificultar a imagem de seriedade de projetos;
- c) Ausência de estímulo a novas ideias e a existência de apegos burocráticos;
- d) Gestores há muito tempo no cargo, sem atualização profissional;
- e) Existência de cargos com grande volume de trabalho em detrimento de outros com pouco;
- f) Existência de cargos estáveis e não estáveis, de modo a prejudicar a legalidade da composição de uma equipe de projeto;
- g) Problemas com a constante troca de cargos em comissão, dependendo do prazo do projeto;
- h) Carência de mão-de-obra para a destinação específica no trabalho em um projeto e/ou para a concepção de novos projetos
- i) Ausência de um layout favorável a comunicação entre equipes do projeto;
- j) Estruturas hierárquicas que não favorecem uma gestão por projetos.
- k) Políticas de remuneração por desempenho inconsistentes;
- l) Ausência de planos de recompensa atrelados ao êxito de um projeto;
- m) Insatisfação profissional de servidores - falta de motivação
- n) Incongruência entre objetivos pessoais e organizacionais;
- o) Resistência a mudanças no trabalho;
- p) Probabilidade de indicações políticas na equipe sem a consideração do conhecimento técnico necessário.

Todos esses pontos e outros não citados aqui influenciam a adoção de boas práticas em gerenciamento de projetos em organizações públicas. Além disso, em virtude do enfraquecimento decisório das instituições e da função pública em geral, na qual os gestores políticos, não afeitos a teorias administrativas, modelos e métodos inovadores de gestão, conduzem as

instituições do setor a uma situação de dificuldade administrativa. (RABENSCHLAG, 2012)

No capítulo 9 do Guia PMBOK, os processos de gerenciamento dos recursos humanos do projeto envolvem as seguintes etapas:

9.1 Planejar o gerenciamento dos recursos humanos ou desenvolver o plano de recursos humanos tem como objetivo identificar e documentar as funções, responsabilidades, competências necessárias e relações hierárquicas. É a parte que cria o plano de gerenciamento de Recursos Humanos (RH);

9.2 Mobilizar equipe do projeto é obter os recursos humanos necessários para o projeto

9.3 Desenvolver a equipe do projeto: Melhorar as competências e interação dos membros da equipe para aprimorar o desempenho do projeto.

9.4 Gerenciar a equipe do projeto: Acompanhar o desempenho da equipe, fornecer *feedback*, resolver problemas e coordenar mudanças para melhorar o desempenho do projeto.

Nesse contexto, para obter sucesso na gestão de projetos, é necessário aplicar os conhecimentos apontados no Guia PMBOK o que favorece a obtenção de êxito na gestão de projetos no setor público.

Tomando como parâmetro o capítulo 9 do guia PMBOK, diversos foram os problemas encontrados relacionados à gestão de recursos humanos encontrados no setor público, tanto pelo FILARD et al, 2016, quanto por RABENSCHLAG, 2012. Os principais problemas encontrados foram: dificuldade de tratar o cidadão como cliente, dar feedback, gestores há muito tempo no cargo, sem atualização profissional, existência de cargos estáveis e não estáveis, de modo a prejudicar a legalidade da composição de uma equipe de projeto; Problemas com a constante troca de cargos em comissão, dependendo do prazo do projeto; Estruturas hierárquicas que não favorecem uma gestão por projetos; Resistência a

mudanças no trabalho; Probabilidade de indicações políticas na equipe sem a consideração do conhecimento técnico necessário.

Situações como estabilidade no serviço público, resistência à mudanças, pessoas não capacitadas para o cargo e falta de atualização de gestores impactam o planejamento e gerenciamento de recursos humanos em projetos, a qual é a parte que cria o planejamento e gerenciamento de recursos humanos em projetos.

A mudança constante de gestores no setor público por composição política desfavorecem a implementação de projetor, tendo em vista que muitas vezes os gestores que assumem os cargos são pessoas não capacitadas. Outro fato relevante, é a mudança de pessoas no cargo dentro do andamento do projeto, o que desfavorece a continuidade do mesmo. Para que esse tipo de inadequação não aconteça é preciso que as instituições apliquem o disposto na Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal (PNDP).

O normativo da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal (PNDP) se aplica aos órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, e introduz a gestão por competências como instrumento de desenvolvimento contínuo dos servidores públicos e alinhamento de suas competências aos objetivos organizacionais. (FONSECA, et all, 2013)

Por outro lado, a estabilidade e a gestão se concentrar por muito tempo nas mãos de uma única pessoa, também não é benéfica para a organização pública, principalmente se o gestor não se capacita, aprimorando e aperfeiçoando conhecimentos.

A resistência à mudança impacta todas as etapas de gerenciamento de recursos humanos em projetos apresentados pelo Guia PMBOK. (FÉLIX, 2005) APUD Senge (1990:42), diz que existem princípios denominados “modelos mentais”, definidos como “pressupostos profundamente arraigados, generalizações ou mesmo imagens que influenciam nossa forma de ver o mundo e agir”. Senge relata que os processos de mudança nas organizações, embora necessários, nem sempre são bem aceitos e somente mudando a forma de pensar é que se

pode modificar políticas e práticas profundamente arraigadas. Segundo ele, só mudando a forma de interagir se possibilita estabelecer visões, compreensões compartilhadas e novas capacidades de ação coordenadas. E os mecanismos de defesa organizacionais podem ser detectados na medida em que os próprios gestores examinem criticamente e mudem a sua própria forma de pensar.

Nas instituições, mudar pessoas significa alterar a maneira como elas trabalham e interagem, implantando novas formas de comportamento em indivíduos e equipes de trabalho. Mas as mudanças nem sempre são percebidas como positivas por essas pessoas e até mesmo para a própria instituição. Com isso, altos índices de resistência comprometem a capacidade de mudar. (MARQUES, 2016)

As organizações que possuem êxito em gerenciar processos de mudanças são aquelas que investem nas pessoas, considerando-as como o mais importante fator de sucesso na implementação de mudanças. Por isso, investem em treinamentos, melhoram a comunicação e com isso diminuem os níveis de resistência à mudança. No entanto, as organizações que gerenciam os processos de mudança sem levar em conta a influência do elemento humano, além de aumentarem as chances de fracasso, comprometem o clima organizacional, pois os gestores que utilizam a coerção para obter adesão à mudança diminuem consideravelmente os níveis de satisfação no trabalho. (MARQUES, 2016)

Outro item importante na gestão de recursos humanos em gerenciamento de projetos está no fato de dar feedback ao servidor referente ao desempenho no seu trabalho, tanto em relação a situações em que ele pode melhorar quanto em ações praticadas por ele que favorece excelente desempenho das suas funções. Importante verificar que a avaliação de desempenho do servidor deve ser realizada de modo impessoal, prevalecendo a avaliação do servidor em detrimento aos anseios da instituição. Para isso, é importante que os gestores sejam

treinados para aplicarem a avaliação de desempenho dos seus subordinados.

Uma das funções do setor de Recursos Humanos (RH) é orientar no processo de avaliação de desempenho, de modo a estimular os líderes a alavancar os pontos fortes de suas equipes e orientá-los a prover *feedback* positivos e construtivos a seus subordinados, de modo a estabelecer uma relação harmoniosa entre este e seus subordinadas, e para propiciar informações para o seu desempenho e o de sua equipe. O feedback é o grau em que o indivíduo recebe informações claras e diretas sobre o seu desempenho, sendo considerado fator motivacional. O funcionário quer ser reconhecido pelo trabalho que realiza, quer se sentir valorizado pelo seu bom desempenho. Proporcionar crescimento, desenvolvimento e perspectiva de progressão no futuro, também é um fator motivacional importante, pois o funcionário se sente mais entusiasmado a trabalhar quando a organização oferece oportunidades de capacitação. (VIEIRA, 2014)

É fundamental que o gestor tenha conhecimento da função que exerce, bem como o que é Gestão de Pessoas, porque esta é uma área que requer capacidade de liderança. A liderança é um fenômeno social necessário para a funcionalidade dos grupos. O líder é quem obtém resultados através de pessoas. É aquele que leva as pessoas a acreditarem na viabilidade de se concretizar um ideal ou objetivo comum. (VIEIRA, 2015)

O sucesso das organizações depende muito do investimento nas pessoas que ali trabalham, com a identificação, treinamento e desenvolvimento, pois são as pessoas que gerenciam, controlam, executam tarefas e processos. A gestão de pessoas, para ser considerada eficaz, deve fazer com que o funcionário se sinta satisfeito e motivado ao trabalho. Para isso, é preciso haver desenvolvimento de pessoal, com treinamento e qualificação adequados. (VIEIRA, 2015)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comparando a descrição dos diversos autores a respeito de gestão de pessoas no serviço público, observa-se que eles chegaram à mesma conclusão. Qual seja, considerar o elemento humano como o mais importante ator na construção da gestão de projetos em entidades públicas, Da mesma forma, os gestores serem parceiros na construção de um ambiente favorável à mudanças na gestão pública, em que os interesses pessoais, como poder e opressão, sejam sobrepujados em detrimento do interesse em realizar um trabalho de qualidade alinhados aos objetivos da instituição.

Nesse sentido, ao considerar as pessoas como mola propulsora para a implementação de mudanças, as instituições devem investir em treinamento e capacitação dos seus servidores, Além disso, é importante incentivar ambientes de trabalho harmônicos, onde seja possível o servidor ser ouvido em relação aos seus anseios profissionais.

Outro fato importante visto na literatura é a respeito da importância da comunicação entre os gestores e seus subordinados e entre os subordinados e a instituição, no sentido de dar e receber *feedback*. Os autores relatam que o *feedback* é tão importante, que serve de fator motivador para os servidores, o que contribui para a diminuição da resistência a mudanças na gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no serviço público.

Sendo assim, os objetivos propostos nesse trabalho foram plenamente atendidos, no sentido de ter apontado os principais problemas relacionados à gestão de pessoas no setor público, à luz da literatura consultada. Depois, apresentou sugestões como considerar o servidor como mola propulsora no processo de implementação de projetos. E com isso investir em treinamentos, qualificação, motivação e melhorando a comunicação nas entidades públicas.

Entanto, o tema não se esgota na presente pesquisa, sendo importante que seja dada continuidade aos estudos e ao aprofundamento da reflexão sobre a gestão de pessoas no gerenciamento de projetos no

setor público, tendo em vista que há poucos trabalhos relacionados a esse assunto.

As hipóteses levantadas no presente artigo se confirmaram, tendo em vista que funcionalismo público não está preparado para trabalhar com os processos de gerenciamento de projetos. O que se observou é que o sistema público brasileiro está começando a se modernizar, e com o tempo é possível vislumbrar êxito nesse quesito. A segunda hipótese, também se configurou ser verdadeira, pois a valorização, o respeito, treinamento e qualificação adequados são as principais alternativas para o êxito da gestão de projetos no setor público, no sentido de considerar o fator humano a mola propulsora fator preponderante para a gestão de projetos no setor público.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Os principais problemas da administração pública brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006. Disponível em:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=3311](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3311)>. Acesso em maio 2017

FÉLIX, Cléa Mara Reis. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 39(2):255-78, Mar./Abr. 2005

FILARD, Fernando, et all. (Im)Possibilidades da aplicação do Modelo de Excelência em Gestão Pública (MEGP). *Rev. Adm. Pública*: Rio de Janeiro, v. 50(1):81-106, jan./fev. 2016

FONSECA, Diogo Ribeiro da; MENESES, Pedro Paulo Murce; FILHO, Antônio Isidro da Silva. Autonomia para gestão estratégica de pessoas no setor público federal: perspectivas de análise e agenda de pesquisa. *Rev. Adm. Pública* — Rio de Janeiro 47(6):1451-475, nov./dez. 2013

KLEIN, Fabio Alvim; MASCARENHAS, André Ofenhejm. Motivação, satisfação profissional e evasão no serviço público: o caso da carreira de especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental. *Rev. Adm. Pública*: Rio de Janeiro, v.50(1):17-39, jan./fev. 2016

MARQUES, Antônio Luiz; BORGES, Renata; REIS, Isabella do Couto. Mudança organizacional e satisfação no trabalho: um estudo com servidores públicos do estado de Minas Gerais. Rev. Adm. Pública: Rio de Janeiro, v.50(1):41-58, jan./fev. 2016

RABENSCHLAG, Denis Rasquin; RORATTO, Rodrigo; DIAS, Evandro Dotto. Fatores de risco no gerenciamento de projetos de TI no setor público brasileiro. Rev. Espacios, v. 33(8), 2012

PMBOK, G. (2008); *A Guide to the Project Management Body of Knowledge*. 4ª Ed. Newtown Square: Project Management Institute.

VIEIRA, Sueli Mendes. Gestão Estratégica de Pessoas na Administração Pública: Um Estudo de Caso na Secretaria Municipal de Saúde de Brumado/BA. Revista NAU Social - v.5, n.9, p. 83-95 Novembro 2014 / Abril 2015.

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS: NOVOS PARADIGMAS DAS RELAÇÕES CIVIS

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR:

Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O estudo exposto almeja traçar diretrizes sobre a atuação do profissional da advocacia, abordando as espécies de responsabilidade, pautadas ora no Código Civil, ora no Código de Defesa do Consumidor, bem como os principais argumentos utilizados pela doutrina clássica para não aplicação dos institutos consumeristas ao exercício da advocacia.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia. Direito do consumidor. Doutrina.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 O exercício da advocacia e seu novos paradigmas – um diálogo entre as fontes 3 Considerações Finais 4 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

A advocacia possui papel proeminente no cenário jurídico nacional, tanto para a formação quanto para o funcionamento do Poder Judiciário. Sendo constitucionalmente elencada como atividade essencial à administração da Justiça, compete aos advogados primar pela defesa dos direitos de seus outorgantes. Cumpre analisar qual a natureza jurídica deste elo, e, por conseguinte, quais normas protegem o contratante, uma vez que, de maneira geral, a sociedade não detém conhecimentos suficientes para exigir o cumprimento dos deveres desses profissionais.

Ademais, vislumbra-se atualmente uma standardização das relações de consumo, inclusive na prestação de serviços advocatícios, o que desvirtua os contratos tipicamente firmados como “*intuitu personae*”. Por diversas vezes, tal atuação massificada fulmina com a pretensão levada a juízo, em razão da desídia do profissional. Perquire-se, portanto, se esta relação pode ser caracterizada como de consumo, aplicando-se os princípios do Código de Defesa do Consumidor, em especial o da

vulnerabilidade. Tal controvérsia tem admitido várias interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, o que ocasiona uma insegurança jurídica àqueles que mantêm relações jurídico-profissionais com advogados ou sociedades de advogados.

O presente estudo encontra como fundamento central a relevância acadêmica do tema, uma vez que é insatisfatório para o meio jurídico que um dos pilares da Justiça, o exercício da advocacia, sofra com a instabilidade dos julgadores que avaliam a relação entre cliente e advogado ora em conformidade com os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor, ora como contrato regido pelo Direito Civil. Ademais, no contexto social, urge um esclarecimento à população de quais são seus reais direitos e a forma correta de reivindicá-los.

Ressalte-se, contudo, que se adota como critério de análise o constituinte sendo pessoa física, não se examinando, sobremaneira, a relação estabelecida entre o profissional da advocacia e as pessoas jurídicas.

Outrossim, o tema, a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos advocatícios, com foco na relação advogado-cliente, apresenta grande dissenso nas Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e na jurisprudência em geral.

2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E SEUS NOVOS PARADIGMAS – UM DIÁLOGO ENTRE AS FONTES

O exercício da advocacia encontra respaldo no art. 133, da Constituição Federal (CF), dentro do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, nos seguintes termos: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL, Constituição Federal)”.

A profissão tem como matriz ideológica a proteção e defesa de direitos em juízo, ou fora dele, uma vez que o advogado, instruído nas ciências jurídicas, inscrito e habilitado pela Ordem dos Advogados do

Brasil, possui o arcabouço jurídico necessário para postular decisão favorável e a convencer o magistrado de suas alegações (§ 2º, art. 2º, da Lei 8.906/94). Há que se entender o exercício da advocacia, portanto, conforme preleciona Grinover (2012, p. 129):

O profissional legalmente habilitado a orientar; aconselhar e representar seus clientes, bem como para defender-lhes os direitos e interesses em juízo ou fora dele [...] O advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima parcialidade institucional. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.

A importância e reconhecimento da atividade advocatícia é de tal monta que o Código de Processo Civil, em seu art. 36, estabelece a regra de que cabe somente ao advogado promover as ações em juízo e representar seus outorgantes, em decorrência de sua capacidade postulatória (o próprio dispositivo traz algumas exceções, não taxativas, quando faculta a parte postular em causa própria se legalmente habilitada ou na falta de profissional no local ou de seu impedimento).

Sendo alçada como pressuposto processual de existência, sua ausência implica na inexistência do processo, gerando vício passível de correção por meio da ação de “*querela nullitatis insanabilis*”, de natureza declaratória. Tal ação, atualmente prevista nos arts. 475-L, I, e 741, I, do Código de Processo Civil de 1973, também encontra-se delineada nos arts. 525, §1º, I, e 535, I, do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Vislumbra-se uma função social do advogado em face da Constituição Federal, visto que sua atuação é necessária para que o Estado-Juiz seja capaz de cumprir a sua função primordial de prestação da tutela jurisdicional, uma vez que é vedado aos magistrados, em regra, ajuizarem ações sem a provocação da parte ofendida, representada por aquele que detém o *ius postulandi*.

A atuação do advogado pode ocorrer de duas formas distintas: a prestação dos serviços no âmbito judicial e no extrajudicial, conforme se aduz da leitura do art. 1º, do Estatuto: “São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.” (BRASIL, Lei N.º 8.906).

A Lei N.º 8.906/84, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), garante determinadas prerrogativas em seu art. 7º para que o advogado possa exercer sua profissão, dentre elas, a liberdade do exercício profissional; a inviolabilidade do advogado; a imunidade profissional por manifestações e atos; e o sigilo profissional.

Os deveres impostos ao profissional, por sua vez, são elencados nos artigos 31 a 33 do Estatuto, havendo clara menção, no art. 33, parágrafo único, de que cabe ao Código de Ética e Disciplina (CED) regular as relações do advogado com a comunidade, seu constituinte e os demais profissionais. No CED regula-se, em seu Título II, do art. 8º ao 24, a relação do advogado com o cliente. Cumpre destacar o seguinte regramento previsto no art. 8º de que “o advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda.” (BRASIL, Código de Ética e Disciplina da OAB).

Depreende-se do dispositivo em comento que o profissional da advocacia deve prestar todas as informações pertinentes ao desenvolvimento da lide em juízo, ressaltando que sua atuação se dará com toda a diligência cabível ao feito, de forma que não se compromete em auferir uma prestação jurisdicional positiva, mas apenas de exercer sua atividade com todo o cuidado e perícia possíveis. Evidencia-se, portanto, que o ofício do advogado em juízo se configura em uma obrigação de meio, a qual, segundo Gagliano (2011, p. 134), define-se da seguinte forma:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. As obrigações do médico, em geral, assim como as do advogado, são, fundamentalmente, de meio, uma vez que esses profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação (a cura do paciente, o êxito no processo).

Importante proceder à distinção entre obrigação de meio e de resultado, posto que não se configura a responsabilidade objetiva naquelas, gerando-se apenas o direito de reparo quando o advogado agir com culpa (imprudência, imperícia ou negligência), diferentemente do que ocorre quando se trata de obrigação de resultado, na qual se avalia a responsabilidade tendo como parâmetro apenas o fim almejado, independentemente do *animus* do agente e investigando-se tão somente a existência do dano, de uma relação de causa entre aquele e uma ação ou omissão do agente.

Da análise do art. 12, do CED, o qual veda o abandono e o desamparo dos feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte, deflui-se para o art. 32 do Estatuto, que impõe a responsabilidade do advogado, no exercício profissional, quando praticar atos com dolo ou culpa. Ocorrendo tal violação, cabe responsabilização por falta de ética profissional conforme estatui o Capítulo VII, Título II, do “Procedimento Disciplinar”, do dispositivo em comento.

Contudo, não restou esclarecido como se procede à responsabilização do advogado frente ao seu constituinte, pessoa física.

Inicialmente, importante a distinção entre as espécies de responsabilidade contratual e extracontratual. Esta deflui das regras estatuídas do art. 186 e do art. 927 do Código Civil, denominada de responsabilidade aquiliana, ao passo que o art. 389 do mesmo Código

disciplina os efeitos resultantes da responsabilidade contratual. A responsabilidade decorrente do contrato pressupõe um vínculo jurídico derivado da convenção entre as partes, ou seja, a obrigação de indenizar emerge do inadimplemento de um feixe de direitos e deveres previamente acordados entre os contratantes. Ao passo que, na responsabilidade aquiliana, não existe um liame jurídico entre o causador do dano e a vítima, até que, por ação ou omissão, aquele cause danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ao lesado, desde que não ocorra hipótese de excludentes da responsabilidade.

A responsabilização dos advogados para com seus clientes, tanto na atuação judicial, quanto na extrajudicial, decorre tipicamente do vínculo contratual entre as partes, conforme preleciona Diniz (2015, p. 321), ao afirmar que “será contratual, pois aos profissionais liberais ou manuais se aplicam as noções de obrigação de meio e de resultado, que partem de um contrato”.

Para alguns juristas, no âmbito da atuação judicial, por se tratar de uma responsabilidade decorrente de descumprimento de cláusula contratual (o dever de assistência, de apresentar as provas, de acompanhar o processo em todas suas fases e etc), ocorre, em um primeiro momento, a necessidade de comprovação, pela parte prejudicada, da existência de dano. Tal assertiva encontra-se respaldada pelo art. 333 do Código de Processo Civil (CPC), no qual se estabelece que o ônus da prova dos fatos alegados incumbe ao autor. Insta sopesar que o dispositivo em comento pressupõe uma relação jurídica em que ambas as partes detenham controle dos meios de produção de prova, ou seja, posicionam-se em patamar de igualdade tanto na possibilidade de congregar os elementos constitutivos de seus direitos quanto no mínimo de conhecimento jurídico necessário para utilizá-los.

Para outra vertente doutrinária, incide a aplicação do art. 14, § 4º, do CDC, segundo o qual se apura a responsabilidade dos profissionais liberais mediante a verificação de culpa. Nesta hipótese, contudo, não se

afasta a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme dispõe o art. 6º, VIII, do CDC, pois, presente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência deste, é facultado ao magistrado recorrer-se do instituto com o fito de facilitar a defesa de seus direitos, conforme precedente colacionado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.(STJ - REsp: 171988 RS 1998/0029834-7, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 24/05/1999, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/06/1999 p. 104 JBCC vol. 194 p. 74 JSTJ vol. 8 p. 294 RT vol. 770 p. 210)

Cabível, portanto, a aplicação dos princípios consumeristas na prestação de serviços advocatícios, como a possibilidade de inversão do ônus da prova quanto aos fatos alegados?

Foge da razoabilidade fática pressupor que um constituinte com explícita falta de conhecimento forense vá se socorrer de outro profissional da advocacia para instruí-lo em juízo contra o primeiro outorgado. Evidente que esta parte detém a chamada vulnerabilidade jurídica, a qual se constitui no desconhecimento dos trâmites legais e de outras matérias pertinentes ao litígio para ter sua pretensão acolhida pelo Poder Judiciário. Muitas vezes, essas pessoas, reclusas em uma vida de labor, não possuem a mais básica instrução para sequer compreenderem o teor dos contratos firmados. Inúmeros são os casos de agricultores que pleiteiam benefícios previdenciários, tais como o de aposentadoria rural, e têm sua pretensão indeferida simplesmente pela inépcia do advogado em requisitar os documentos necessários de seu próprio cliente. Em notórios contratos de adesão, profissionais da advocacia cobram um determinado valor de uma quantidade exorbitante de constituintes e, por desídia, não prestam a assistência necessária aos casos específicos.

Para ilustrar o tema, colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema:

Da leitura do artigo legal se infere que o legislador afastou a responsabilização objetiva em face de erros praticados por profissionais liberais, tais como advogados, pois a relação é fundada basicamente na confiança. Ocorre que tal norma legal de nenhuma forma estabelece a impossibilidade de inverter-se o ônus probatório em favor do consumidor, porque evidente a condição hipossuficiente deste em relação ao outro." (AI n. 70005785118, TJRS, julg. 27.05.2003).

Portanto, em regra, deve-se aplicar o disposto no art. 333 do CPC ao se verificar uma relação de paridade. Entende-se, contudo, que se excepciona tal dispositivo, quanto às cláusulas contratuais, verificando-se a existência de vulnerabilidade jurídica deste constituinte, através da análise do caso *in concreto*.

Importante destacar a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, §1º, do Novo Código de Processo Civil, cuja matriz ideológica se funda na prevalência do dinamismo processual e do princípio da cooperação para a resolução da lide, e sua diferença com a inversão do ônus da prova. Conforme dispõe o artigo em comento, diante de previsão legal ou em decorrência das peculiaridades do caso, quanto à impossibilidade ou à excessiva dificuldade em se cumprir o encargo conforme a teoria estática do ônus da prova (autor deve comprovar os fatos constitutivos de seu direito e o réu a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste), é facultado ao juiz atribuir o ônus da prova de maneira diversa, através de decisão fundamentada, garantido o contraditório e ampla defesa para reversão do provimento jurisdicional. Desta feita, trata-se de alteração da carga probatória prevista em lei através da análise *in concreto* do magistrado, na qual cada litigante apresentará qualquer tipo de prova, desde que seja possível e mais simples de fê-lo, evidenciando-se o caráter de instrumentalidade do processo frente ao direito material. Neste caso, pautado no princípio inquisitivo e na persuasão racional, cabe ao magistrado analisar a quem incumbe cada ônus, em relação a cada situação específica.

A inversão do ônus da prova refere-se ao deslocamento completo do encargo de uma parte à outra. Não corresponde ao provimento jurisdicional que determina o dinamismo quanto à produção de provas, pautadas na maior facilidade em confeccioná-las, mas é a transferência rígida do ônus processual, nas hipóteses previstas em lei. Assim sendo, o juiz não realiza apreciação própria, mas é mero aplicador da norma.

Conforme determina o art. 6º, VIII, do CDC, sendo verossímeis as alegações do autor, ou quando ele for hipossuficiente, o juiz procederá

com a inversão do ônus da prova. Ou seja, constatado um destes requisitos surge o direito do consumidor à inversão do ônus, tendo o magistrado função de concretizar o comando legal.

A inversão do ônus da prova é, conforme explanado, mecanismo de proteção muito mais eficiente para garantir os direitos do consumidor. Não obstante, pode-se tecer comentário crítico de que, em verdade, na seara dos direitos consumeristas os dois institutos se aproximam muito, visto que, em decorrência da própria sistemática do CDC, que prevê a aplicação de suas regras aos vulneráveis, acaba-se impondo até mesmo na sistemática do dinamismo processual do NCPC a obrigação do prestador/fornecedor em cumprir grande parte ou a totalidade do ônus processual.

Em relação à atuação extrajudicial do advogado, algumas diferenças podem ser apontadas, uma vez que, para parcela da doutrina, cabe a responsabilização contratual fundada na responsabilidade subjetiva do profissional, conforme explicitado acima.

Para a outra corrente, cabe a responsabilização objetiva, visto que se trataria de uma obrigação de resultado, conforme preleciona Stoco (2007, p. 500):

Quando esse profissional tem atuação extrajudicial, ou seja, fora do juízo, como juriconsulto, pareceristas, conselheiro ou contratado para tarefa certa, como a redação de um contrato, de um estatuto ou ato constitutivo; de providenciar o registro público desses documentos, então estará assumindo uma obrigação de resultado, pois o contrato objetivou essa finalidade. Evidente que ao produzir um parecer não está assumindo a obrigação de que seu trabalho intelectual deverá conduzir ao sucesso na ação judicial onde será apresentado. Tem obrigação de resultado na medida em que lhe foi

encomendado um estudo jurídico e esse dever ser apresentado tal como a encomenda e no dia aprazado. Nessas hipóteses e como exceções, a não-obtenção desse resultado, por erro indesculpável, caracterizará o inadimplemento contratual e nascerá a obrigação de reparar se prejuízo efetivo decorrer.

Tal instituto se assemelha à responsabilidade objetiva do art. 20, § 2º, do CDC, visto que a atuação do profissional que não corresponder razoavelmente ao que se espera ou que não atenda as normas regulamentares de prestabilidade pode caracterizar o serviço como impróprio, viciado. Contudo, imprescindível relacionar com o art. 14, § 4º, CDC, em que se determina que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Dispositivo que, *a priori*, afasta a possibilidade de responsabilização objetiva do advogado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, conclui-se que a prática extrajudicial do prestador de serviços advocatícios deve ser entendida como uma relação em que o outorgado se incumbe de atividades específicas, conforme firmado em contrato. A depender da natureza da obrigação pactuada há de se ter uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Toma-se como exemplo a atuação como jurisconsulto, na qual não há que se discutir se os conhecimentos do profissional alcançaram a plenitude do interesse subjetivo do constituinte, tendo uma clara feição de obrigação de meio. Tendo, contudo, se prestado a elaborar um contrato de compra e venda, não há que se averiguar a existência de culpa do prestador de serviços advocatícios no caso de não se entregar o documento requerido, constituindo-se, portanto, em uma obrigação de resultado.

Em decorrência da nítida especificidade do contrato de prestação de serviço extrajudicial, entendido como o cumprimento de atividades pré-determinadas, não se vislumbra muitos casos de massificação do instituto. Todavia, presentes os vícios existentes na já abordada atuação judicial,

quais sejam, standardização dos contratos e vulnerabilidade jurídica da parte, existe a possibilidade de se aplicar os princípios do CDC.

Insta salientar, todavia, que em ambas as formas de atuação em juízo, comprometendo-se o profissional da advocacia em lograr determinado resultado, caberá a responsabilização objetiva, fundada no art. 14, caput, do CDC, constituindo ônus do advogado, anteriormente ao firmamento do contrato, prestar todas as informações pertinentes ao outorgante dos serviços a serem executados, explicitando como a ação se processará e suas possíveis hipóteses de resolução.

De toda feita, tanto na prática judicial, quanto na extrajudicial, reside no art. 5º, do CED, um dos principais argumentos para não aplicação dos princípios consumeristas aos contratos advocatícios, pois o mencionado dispositivo afirma que não é compatível com exercício da advocacia qualquer procedimento de mercantilização. Para se compreender tal conceito, deve-se aprofundar em como se configura a relação de consumo, feita em tópico seguinte.

Outro ponto de divergência que respeitável segmento da doutrina apresenta refere-se ao fato do Estatuto da Advocacia e da OAB, de 1994, ser considerado lei específica, visto que confeccionada em data posterior ao Código de Defesa do Consumidor, de 1990, conforme se depreende do julgado colacionado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo. (STJ - REsp: 532377 RJ 2003/0083527-1,

Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 21/08/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/10/2003 p. 373REVFOR vol. 375 p. 298RT vol. 820 p. 228).

Para esta vertente doutrinária há de se aplicar a regra de que lei específica que trate sobre a mesma matéria tem o condão de revogar as leis anteriores naquilo que lhes for incompatível (art. 2º, § 1º, da LINDB), sendo, portanto, inaplicável, o uso do CDC na relação advocatícia.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp: 171988 RS 1998/0029834-7, Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER, Data de Julgamento: 24/05/1999, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/06/1999 p. 104 JBCC vol. 194 p. 74 JSTJ vol. 8 p. 294 RT vol. 770 p. 210, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8391388/recurso-especial-resp-171988-rs-1998-0029834-7>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp: 539077 MS 2003/0099158-3, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 26/04/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/05/2005 p. 383 RDDP vol. 29 p. 124, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7227159/recurso-especial-resp-539077-ms-2003-0099158-3-stj>.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Recurso Cível 71000533554, Porto Alegre – Terceira Turma Recursal Cível – Rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez – j. 13.07.2004, disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5557266/recurso-civel-71000533554-rs/inteiro-teor-101916418>.

BRASIL, **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**, Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004, disponível em <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>.

BRASIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL, **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL, **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL, **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1984, Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II**. 12ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011, p. 134.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores LTDA. 2012, p. 129.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 500.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

YVES DE FIGUEIREDO ROLEMBERG MENDONÇA:

Advogado em Aracaju-SE. Bacharel em direito pela Universidade Tiradentes - Unit/SE.

RESUMO: Este trabalho acadêmico aprofunda o estudo dos principais princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro, sejam eles implícitos ou explícitos. Diferencia, conceitualmente, as regras e os princípios, incluindo ambos como espécies do gênero norma jurídica. Revela a importância dos princípios na leitura do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras chave: Princípios. Regras. Normas. Constituição Federal. Processo. Réu.

Abstract: This academic work deepens the study of the main constitutional principles, implicit or explicit, applicable to the Brazilian criminal procedure. Differentiates, conceptually, rules and principles, including both as species of the legal norm gender. Reveals the importance of principles in the reading of the legal order of the nation.

Keywords: Principles. Rules. Legal norms. Federal Constitution. Judicial process. Defendant.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios e regras como espécies do gênero norma jurídica; 3. Princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro; 3.1 Princípio da presunção da inocência; 3.2 Princípio do *favor rei*; 3.3 Princípio da imunidade à autoacusação; 3.4 Princípio da ampla defesa; 3.5 Princípio do contraditório; 3.6 Princípio do juiz natural; 3.7 Princípio da publicidade; 3.8 Princípio da vedação às provas ilícitas; 3.9 Princípio do promotor natural; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os principais princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro.

O estudo dos princípios, a partir do neoconstitucionalismo (e da conseqüente revolução na teoria da norma) passou a receber, mercedamente, especial atenção da academia jurídica, vez que agora passam eles a possuir normatividade jurídica. Isto é, perdem os princípios uma natureza meramente integrativa, ganhando a roupagem de verdadeiras normas cogentes e com aptidão para nortear todo o ordenamento jurídico.

No processo penal, este estudo mostra importância peculiar, na medida em que trata-se justamente do ramo do direito público que irá regular a forma com que o Estado exercerá o seu *jus puniendi* na seara criminal. Diante da relevância do bem jurídico tutelado (qual seja, o direito fundamental à liberdade de locomoção), o processo penal requer instrumentos fortes que inibam uma atuação arbitrária do Estado-juiz e do Estado-acusação. A sistemática principiológica cumpre exatamente este papel, na medida em que impede que lacunas legislativas ou mesmo regras positivadas sirvam de argumento para o exercício despótico da função jurisdicional.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS COMO ESPÉCIES DO GÊNERO NORMA JURÍDICA

Antes de se adentrar no estudo específico dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro, fundamental que sejam distinguidas as duas espécies de normas passíveis de existência: as regras e os princípios.

Por “regras”, entendem-se as normas jurídicas voltadas a regular situações pontuais e determinadas. Apesar disto, e por integrarem o gênero “norma jurídica”, são as regras abstratas e gerais, vez que não são dirigidas a indivíduos específicos – generalidade – e são aplicáveis a toda situação que nela se enquadre – abstratividade.

É exemplo de regra aplicável ao Processo Penal, assim, o art. 12 do Código de Processo Penal, que determina a obrigatoriedade do

Inquérito Policial acompanhar a denúncia ou queixa, quando embasar o seu oferecimento.

A diferenciação das regras para os princípios está no maior caráter de abstração que possui o último. Assim ensina Oliveira (2009, p. 31):

(...) embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeira garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isto ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente objetivos que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais.

Neste mesmo raciocínio, temos que os princípios do Direito Processual Penal “constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem” (RANGEL, 2010, p. 3).

Valiosas, ainda, são as lições de Nucci (2011, p. 82) acerca da conceituação dos princípios:

Relembrando, em Direito, princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos no ordenamento jurídico ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica

formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria.

Continua o supracitado doutrinador paulista (2011, p. 82):

O processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontramos a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos.

É de se concluir, assim, que princípio é espécie do gênero norma jurídica, caracterizando-se como um postulado que irá, de forma ampla, reger todo o ordenamento jurídico, desatrelado de situações determinadas e servindo como base norteadora para a criação das regras.

A fim de exemplificar princípio processual penal constante na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, é possível citar o princípio da duração razoável da prisão cautelar, extraído do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Por fim, quanto ao tema, vale transcrever a doutrina de Tourinho Filho (2012, p. 58), associando o processo penal à maturação do regime democrático de cada povo:

O processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já se disse, uma expressão de cultura, de civilização, e que reflete determinado momento político, evidente que os seus princípios oscilam à medida que o regimes políticos se alteram. Num Estado totalitário, consideram-se as

razões do Estado. Num democrático, como bem o disse Bettiol, aqui já citado, a liberdade individual, como expressão de valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela Constituição.

Antes de ser adentrado na análise individual de cada princípio aplicável ao processo penal, vale frisar, ainda, que dois postulados básicos coordenam a aplicação e criação dos demais princípios, quais sejam a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

A proteção à dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CRFB/88, é a própria razão de ser de todos os princípios jurídicos, buscando o constituinte que as normas brasileiras como um todo, ainda que no âmbito do direito punitivo, não afastem do indivíduo o seu mínimo existencial, garantindo-se mesmo ao criminoso o respeito a sua autoestima e a sua integridade física e moral (NUCCI, 2011).

Ao seu turno, o devido processo legal, como preleciona Nucci (2011, p. 84):

(...) guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo penal.

Passemos agora a analisar, individualmente, os principais princípios norteadores do Processo Penal Brasileiro.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Princípio da presunção da inocência

Este princípio, concernente à pessoa contra a qual o Estado busca aplicar sanções penais, está previsto, de forma expressa, no art. 5º, LVII, da CRFB/88 nos seguintes moldes: “Art. 5º, LVII. Ninguém será

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Analisando a origem deste princípio, Rangel (2010, p. 25) comenta:

O princípio da presunção da inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado.

Fora através da Revolução Francesa, e da conseqüente promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que o princípio da presunção da inocência finalmente despontou em uma norma jurídica (RANGEL, 2010). O art. 9º da citada convenção assim estava disposto:

Tout homme étant présumé innocent jusqu'a ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour's assurer de as personne, doit être sévèrement reprime par la loi.^[1]

Mesmo raciocínio foi adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que no seu art. 11, item 1, assim regra: “Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the garantes necessary for his defense”^[2].

Vê-se, assim, que o referido princípio possui íntima ligação com o afastamento do regime inquisitorial e com a conseqüente implantação do sistema acusatório, no qual um dos principais preceitos é, justamente, o da presunção do indivíduo como inocente perante o Estado.

No Brasil, o princípio da presunção da inocência foi, ineditamente, previsto pela CRFB/88, através do já citado art. 5º, LVII.

Buscando conceituar o fim primordial do princípio, Nucci (2011, p. 85) aduz:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa dos réus.

Quanto ao ônus probante que recai sobre o Ministério Público, sustenta Rangel (2010, p. 28/29):

A regra inserta na Carta Política (art. 5º, LVII) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que prova o álibi alegado: é o Ministério Público que tem que prova a inexistência deste álibi. (...) O Ministério Público, assim, deve prova a existência de fato típico, ilícito e culpável, narrado na denúncia e praticado pelo réu, assumindo, por inteiro, o ônus da acusação feita.

Neste raciocínio, falhou o legislador ordinário ao dispor, no art. 156, *caput*, do Código de Processo Penal, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício (...)”. Vê-se claramente o contraste entre a norma infraconstitucional e o princípio debatido, o qual, por possuir status de norma jurídica

constitucional, sobrepõe-se à regra supracitada, notadamente contrária aos mandamentos da Carta Magna.

Não obstante a doutrina ser unânime quanto à finalidade do princípio em tela – qual seja, impedir que cidadão seja considerado culpado antes do devido processo legal, seguido da sentença condenatória transitada em julgado –, os autores não concordam quanto à correta nomenclatura do princípio.

Mirabete (2007, p. 23), defendendo o uso da terminologia “estado de inocência”, assim expõe seu pensamento:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma tendência à presunção da inocência, ou, mais precisamente, um *estado de inocência*, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não-culpabilidade”.

A adoção do raciocínio supracitado, no sentido da inexistência de qualquer presunção de inocência do acusado, mas sim um estado de inocência, permite a decretação no Brasil das prisões cautelares, seja na modalidade preventiva ou temporária, seja através do flagrante delito. Ora, caso imperasse de fato a presunção de que o indivíduo é inocente, só podendo sentença condenatória transitada em julgado determinar o seu encarceramento, restariam afastadas as possibilidades de prisões provisórias, mesmo quando a ordem pública e a regular colheita de provas as exigissem (MIRABETE, 2007).

Interpretando o texto da CRFB/88, percebe-se que, em verdade, seu art. 5º, LVII, não rege pela presunção da inocência, mas sim pela proibição do indivíduo ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Rangel, 2010).

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica pela aplicação do princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico pátrio:

O postulado constitucional da não culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.(STF - HC: 89.501/GO, Relator: Celso de Mello. Data de

Julgamento: 12/12/2006, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2007).

Concluindo o instituto, Mirabete (2007, p. 23/24) leciona:

Em decorrência do princípio do estado de inocência, deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).

Valiosas também as lições finais de Oliveira (2009, p. 42) sobre o princípio da presunção da inocência:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação de inocência*, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente à acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Conforme o entendimento do autor supracitado, assim, à defesa incumbiria tão somente provar eventual excludente do elemento ilícito ou culpável, não possuindo a mesma obrigação, entretanto, quanto à tipicidade do fato, que deveria ser cabalmente demonstrada pela acusação.

3.2 Princípio do *favor rei*

O princípio do *favor rei*, também denominado *in dubio pro reo*, *favor innocentiae* e *favor libertatis*, é a base de todo o ordenamento processual penal de qualquer Estado livre e democrático, significando que, havendo conflito entre o *jus puniendi* estatal e o direito à liberdade, a balança deve estar sempre inclinada para este último.

Conceituando o princípio em tela, Rangel (2010, p. 36) comenta:

O princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado. Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova.

Em igual sentido, Nucci (2011, p. 85) afirma:

Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se prove o contrário.

Tourinho Filho (2012, p. 96) ainda faz uma leitura mais ampla do postulado em questão:

(...) o *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu.

Exemplo máximo no direito processual brasileiro deste princípio é o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, pelo qual o juiz deve absolver o acusado sempre que não existirem provas suficientes a sua condenação. Isto porque a inexistência de provas *suficientes* significa haver provas que imputem a responsabilidade ao réu em questão, mas não são elas seguras o bastante para caracterizar a sua culpabilidade ou a materialidade delitiva. Ou seja, havendo dúvida quanto à existência do crime ou da sua autoria, não pode o Estado sancionar penalmente o indivíduo.

Diversas outras passagens da legislação processual penal também consagram o princípio do *favor rei*. É o que se depreende do art. 617 (proibição da *reformatio in pejus*), dos arts. 621 e ss (revisão criminal como direito exclusivo do réu), do art. 609, parágrafo único (exclusividade do uso dos embargos infringentes e de nulidade pela defesa) e do art. 615, § 1º, (prevalência da decisão mais favorável ao réu, havendo empate entre os votos), todos do Código de Processo Penal (TOURINHO FILHO, 2012).

O Pretório Excelso possui jurisprudência reconhecendo a imperatividade do instituto no direito processual penal:

Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas.
Afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.
Fundamentação inidônea. Inversão do ônus da prova.

Inadmissibilidade. Precedentes. O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 exige fundamentação idônea. A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do in dubio pro reo. Precedentes. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar o óbice à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, devendo a fixação do *quantum* ser realizada pelo juízo do processo de origem ou, se já tiver ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo juízo da execução da pena.(STF - HC: 103225/RN, Relator: Joaquim Barbosa. Data de Julgamento: 11/10/2011, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2011).

Conclui-se, portanto, que trata-se de princípio de observância compulsória no momento da prolação da sentença pelo Estado-juiz, devendo sempre ser aplicado quando subsistir dúvida quanto à autoria ou materialidade delitiva.

3.3 Princípio da imunidade à autoacusação

Este princípio, também denominado como princípio da não autoincriminação, é previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB/88, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifos nossos). A norma é clara no sentido de que é uma faculdade do preso (aqui, em uma leitura ampla, entendido como todo aquele que é réu

em ação penal) dar ou não sua versão dos fatos tidos como ilícitos, podendo escolher por incumbir ao Estado-acusação todo o ônus de demonstrar sua eventual culpabilidade.

O supracitado art. 5º, LXIII, da CRFB veio em contramão à regra geral do processo penal anterior à Carta Magna, no qual, em nome da busca da verdade real, considerava-se a opção pelo silêncio do réu em seu malefício, o que configurava verdadeira sanção a direito hoje consagrado pela CRFB/88.

Nucci (2011, p. 86) conceitua o instituto do seguinte modo:

A imunidade à autoacusação significa que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção da inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.

Continua o autor paulista supracitado:

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para

colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.

De igual modo, Oliveira (2009, p. 37) explica:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrário ao seu interesse. Nesta última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa.

A proibição de ser exigida a autoincriminação do acusado está em sintonia com tratados internacionais vigentes, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada pelo Brasil e integrante do nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678/92, que determina, em seu art. 8º, 2, g, que o acusado possui “the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty”^[3].

Em cumprimento ao mandamento constitucional em questão, o legislador ordinário promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal para que a ele se adaptasse, e o fez, especialmente, através da Lei nº 10.792/03. A título exemplificativo, pode-se citar o direito do acusado de consultar seu advogado previamente ao interrogatório, dando a este a natureza inequívoca de meio de defesa (art. 185, § 5º, do CPP) e a vedação que a utilização do silêncio pelo réu seja interpretada em seu prejuízo (art. 186, *caput* e parágrafo único, do CPP) (OLIVEIRA, 2009).

Em igual raciocínio, é de ser ter que fora revogado, por manifesta incompatibilidade com o texto constitucional, o art. 198 do

Código de Processo Penal, pelo qual o silêncio do réu poderia constituir elemento para a formação da convicção do julgador.

Fazendo uma leitura extensiva do princípio, alguns autores ainda defendem a revogação do art. 260 do Código de Processo Penal, sendo descabida, portanto, a condução coercitiva de investigado ou acusado para simples interrogatório – vez que seria este meio de defesa, e não de obtenção de provas (OLIVEIRA, 2009).

Concluindo o princípio em tela, Oliveira (2009, p. 38) tece as seguintes considerações:

A garantia do direito ao silêncio e da não autoincriminação, bem como aquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da CF, e, ainda, a garantia do estado de inocência (art. 5º, LVII), autorizam o inculcado a recusar-se, também, a participar da conhecida *reconstituição do crime* (art. 7º do CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes exposto à execração pública, como se efetiva e antecipadamente culpado fosse.

Nos moldes do raciocínio supracitado, então, percebe-se que a imunidade à autoacusação do acusado alcança não só sua opção em permanecer calado durante o interrogatório – seja no bojo do inquérito, seja na instrução processual –, mas também a sua faculdade em não participar, de qualquer modo, na produção de provas que possam ser utilizadas em seu desfavor.

3.4 Princípio da ampla defesa

O princípio em tela visa, resumidamente, garantir ao réu a produção de todas as provas não vedadas pelo Direito para provar seu estado de inocência. É previsto no art. 5º, LV, da CRFB/88, e deve ser

observado não só no âmbito do processo penal, mas também nos demais processos judiciais e nas lides administrativas.

Dispõe o supracitado art. 5º, LV, da CRFB/88: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifos nossos). Fazendo uma leitura atenta do dispositivo transcrito, percebe-se que os termos “meios” e “recursos” referem-se somente à ampla defesa, e não ao contraditório, posto que o exercício do primeiro é relacionado justamente à utilização de todos os meios e recursos lícitos na defesa do seu direito.

A importância dada à ampla defesa pelo legislador constituinte fora tamanha que em diversas passagens da CRFB/88 é possível se vislumbrar a sua disposição de maneira expressa, tal como se vê no art. 41, II e III (assegurando-a em processo para perda do cargo de servidor público estável), no art. 55, §§ 2º e 3º (garantindo ao parlamentar a ampla defesa nos processos perante a Câmara dos Deputados ou Senado Federal para perda do mandato), no art. 93, II, d (que assegura a ampla defesa ao juiz a ser recusado pelo tribunal através do critério da antiguidade) e no art. 128, § 5º, I, b, (que garante ao membro do Ministério Público a inamovibilidade, salvo decisão por maioria absoluta do órgão colegiado competente, em casos de interesse público, respeitada a ampla defesa).

Nucci (2011, p. 86), sobre o princípio em análise, ensina:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo,

razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Como bem explicitou o autor supracitado, o gozo da ampla defesa vem para balancear a relação processual entre o acusado e o Ministério Público – que representa o Estado-acusação –, já que o indivíduo, em face do Estado, é sempre a parte hipossuficiente, com acesso a menos recursos para conseguir provar o seu alegado. Por esta razão, pode ele se valer de todo e qualquer meio de prova para comprovar sua inocência, encontrando-se a única limitação no uso de provas obtidas por meios ilícitos.

Em posicionamento contrário, porém, está a doutrina de Oliveira (2009, p. 41), que admite inclusive a utilização de provas ilícitas pelo réu para a demonstração de sua tese defensiva:

De outro lado, conquanto possa ser justificado sob fundamentação diversa, porque não se pode esperar outra atitude de um Estado que se proclama democrático e de Direito, é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas ilicitamente, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). (grifos nossos)

Acerca do princípio em questão, Mirabete (2007, p. 31) ainda leciona:

Por dispositivo constitucional está prevista a da *ampla defesa* (art. 5º LV, da CF), considerando-se como seus meio inerentes: (a) ter conhecimento claro da imputação; (b) poder deduzir alegações contra a acusação; (c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova (d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora é essencial à Administração da Justiça (art. 133 da CF); e (e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Aqui, podemos citar julgado em que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu pela anulação de processo penal, em atendimento ao princípio da ampla defesa, decorrente de intimações realizada em nome de advogado já desconstituído pela parte ré:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. REVOGAÇÃO DE MANDATO E CONSTITUIÇÃO DE NOVOS ADVOGADOS. INTIMAÇÃO IRREGULAR. NULIDADE DOS ATOS SUBSEQUENTES. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. É nula a intimação de ato processual feita apenas em nome de advogado, cujo mandato havia sido revogado pela parte, que constitui novos procuradores. 2. Constatada a omissão do Poder Judiciário em juntar ao processo a nova procuração outorgada pela parte, assim como o ato de revogação do anterior mandato, impõe-se, em respeito ao princípio da ampla defesa, o reconhecimento da nulidade das intimações de todos os atos processuais feitas em nome de advogado que não mais detinha poder de representação. 3. Ordem concedida. (STF - HC: 113408 RS , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 02/04/2013,

Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-081
DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013)

Vale frisar, outrossim, que o princípio em tela gera alguns direitos exclusivos à defesa, não extensíveis à acusação, tais como a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal e poder o magistrado, caso constate que a defesa do acusado está deficiente, fazer-lhe eleger outro advogado ou nomear em seu favor um defensor dativo (NUCCI, 2011).

Por fim, importa salientar que o princípio em comento não se confunde com o princípio da plenitude da defesa, já que este é aplicado unicamente no âmbito do Tribunal do Júri e garante o acesso a meios de defesa ainda mais extensos do que os possíveis através da ampla defesa. Neste sentido, Nucci (2011, p. 87) afirma: “Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. *Ampla* quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro”.

3.5 Princípio do contraditório

Também previsto no art. 5º, LV, da CRFB/88, o princípio do contraditório é também denominado princípio da bilateralidade da audiência e significa que “a toda a alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar” (NUCCI, 2011, p. 88), tudo em busca de um verdadeiro equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito à liberdade do indivíduo.

O contraditório é um postulado aplicável à relação processual e, por isso, seu alcance não se resume somente à defesa, mas também à acusação, que deve ter oportunidade para se manifestar quanto a fato ou prova arguida pela parte denunciada (NUCCI, 2011). É princípio basilar do sistema acusatório adotado pelo Brasil, sendo verdadeira garantia do exercício da ampla defesa e requisito indispensável à obediência do devido processo legal.

Acerca do princípio em tela, Almeida (1973), citado por Mirabete (2007, p. 24), comenta:

A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

Mirabete (2007, p. 24), ainda complementa:

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo razões, recorrendo das decisões etc.

Incluindo no conceito do contraditório o princípio da paridade das armas, está a doutrina de Oliveira (2009, p. 38):

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade a ambos) – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria

que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade.

Extraem-se do princípio do contraditório duas situações jurídicas distintas, quais sejam a igualdade processual, garantindo-se equiparação de direitos entre acusador e acusado, ambos presentes em um mesmo patamar, e a liberdade processual, representada pelas faculdades dadas às partes no decorrer do processo, tais como indicar as provas que possuem interesse em produzir e escolher, no caso do réu, o advogado que lhe convenha para representá-lo processualmente (MIRABETE, 2007).

Em igual sentido, estão os ensinamentos de Rangel (2010, p. 18), alargando o significado do contraditório à simetria de tratamento das duas partes – denunciante e denunciado – no processo penal:

Contudo, há de se ressaltar que contraditório não é apenas “dizer” e “contradizer” sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes.

O princípio em tela supõe que nenhuma das partes pode sofrer restrições à possibilidade de refutar a tese defendida pela outra, posto que situam-se ambas em um mesmo plano, em igualdade de condições, não podendo, assim, privilegiar-se a acusação em detrimento da defesa e vice-versa.

A nomeação de defensor técnico ao réu, quando ausente advogado constituído por este, visa exatamente o alcance do contraditório

e o equilíbrio entre dois importantes bens jurídicos do nosso ordenamento, quais sejam o poder-dever do Estado de punir e a proteção aos direitos fundamentais do então acusado (RANGEL, 2010).

Aqui, vale frisar a não aplicabilidade do princípio do contraditório em toda a persecução penal. Isto porque durante a fase administrativa desta persecução, representada pela colheita de elementos de autoria e materialidade através do inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal, no âmbito do Ministério Público, não assegura a CRFB/88 o contraditório – nem a ampla defesa – do acusado neste momento pré-processual (MIRABETE, 2007).

No entanto, não há prejuízo ao réu ao não ser a ele garantido o contraditório à época dos procedimentos em curso na Polícia Investigativa ou no Ministério Público, pois será durante a instrução processual, que se dá unicamente quando já formada a relação acusador-acusado e perante o magistrado competente, que deverão as eventuais provas condenatórias serem produzidas – posto que, antes da formação do processo, têm-se apenas elementos indiciários e não provas propriamente ditas.

Várias são as passagens na legislação que impõem a observância do contraditório no processo penal. É o que se vê na regra de que serão o processo e o prazo prescricional suspensos caso o réu, citado por edital, não constitua advogado nem compareça a ato processual (art. 366 do CPP); na obrigatoriedade de ser o acusado intimado pessoalmente da sentença ao réu preso (art. 392, I, do CPP); na igualdade do número de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes, num total de 08, no rito comum ordinário (art. 401, *caput*, CPP) etc.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de demonstrar a importância dada pela mais alta corte do país ao princípio do contraditório no processo penal, como se depreende da leitura da sua Súmula 707: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

Pela indisponibilidade do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no processo penal, ainda, o elucidativo julgado do Pretório Excelso:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INTIMAÇÃO IRREGULAR, PROCEDIDA EM NOME DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DEFENSORA DATIVA CONSTITUÍDA NOS AUTOS. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O contraditório e a ampla defesa são princípios cardeais da persecução penal, consectários lógicos do *due process of law*. O devido processo legal é processo pautado no contraditório e na ampla defesa, no intuito de garantir aos acusados em geral o direito não só de participar do feito, mas de fazê-lo de forma efetiva, com o poder de influenciar na formação da convicção do magistrado.

2. Nulidade da intimação que se reconhece, pois direcionada à Defensoria Pública da União, quando patrocinado o ora paciente por defensor dativo (art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal). Necessidade de realização de novo julgamento, com a intimação da defensora nomeada da data da sessão a ser designada.

3. Habeas corpus concedido. (STF - HC: 116985 PE , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/03/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014) (grifos nossos)

O respeito ao contraditório estabelecido pela CRFB/88 encontra sintonia na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, aprovada em 26 de maio 1992, que em seu art. 8º, 1, dispõe:

Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.^[4]

Concluindo o instituto, Oliveira (2009, p. 39) comenta:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Destarte, trata-se o contraditório de princípio fundamental ao ordenamento jurídico pátrio e imprescindível a qualquer nação que se intitule Estado Democrático de Direito.

3.6 Princípio do juiz natural

Trata-se de princípio previsto no art. 5º, LIII, da CRFB/88, que estabelece a obrigatoriedade de que todos devem ser processados pelo juiz competente, previamente definido por critérios abstratos, vedando-se os juízos de exceção e garantindo-se, finalmente, a imparcialidade do julgador.

Juízos ou tribunais de exceção seriam aqueles designados especificadamente para processarem e julgarem determinado caso, sem qualquer garantia da neutralidade destes magistrados. É prática muito

comum nos regimes ditatoriais, nos quais não há efetivo respeito ao devido processo legal e, conseqüentemente, não se fala em juiz natural.

Tourinho Filho (2012, p. 65), com maestria, doutrina sobre o princípio em questão:

Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da Justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar. Seu significado político liberal [...] associa-se mais de perto às garantias do Processo Penal do que do Processo Civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder; daí a ideia, sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do Juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos pelo Juiz que já fosse competente no momento em que praticado o ato a se julgar.

A própria CRFB/88, em seu art. 5º, XXXVII, já proíbe qualquer possibilidade de instalação de tribunal ou juízo de exceção no Brasil. Sendo ela norma de eficácia plena, produzindo efeitos, portanto, diretos, imediatos e integrais, não pode a legislação infraconstitucional restringi-la, donde se conclui que a vedação aos magistrados de exceção não comporta, justamente, exceção.

Neste mesmo sentido, Mirabete (2007, p. 29) afirma que “[...] não pode a lei criar órgãos jurisdicionais nem designar magistrados especiais para o julgamento de pessoas ou fatos determinados”.

Acerca do citado art. 5º, XXXVII, da CRFB/88, comenta Nucci (2011, p. 89), pela observância obrigatória do princípio do juiz natural:

Evita-se, com isso, o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF), que seria a escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos. A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura.

Vale ressaltar, porém, que eventuais alterações nas competências das Varas ou Turmas de determinado tribunal não configuram ofensa ao postulado do juiz natural, pois são mudanças que se aplicarão a todos os processados, indistintamente, e não voltadas de forma única a determinado infrator da legislação penal (NUCCI, 2011).

Quanto à inexistência de ofensa ao princípio do juiz natural na situação supracitada, Mirabete (2007, p. 29) ainda destaca:

Não prevê a Carta Magna, porém, como ocorre em alguns países, o princípio da anterioridade quanto ao juiz natural, de tal sorte que é possível a criação de um juízo ou tribunal autorizado pela Constituição (como os juizados especiais previstos no artigo 98, I), para julgar fatos ocorridos antes de sua criação. Assim, para evitar-se em nosso ordenamento jurídico juiz *ex post factum*, estabelecendo-se de fato o princípio da anterioridade quanto ao juiz natural, torna-se imperiosa a existência de uma lei geral e abstrata que delimite sua competência antes da

ocorrência do fato. Não estão aí incluídas, porém, não violando o princípio do juiz natural, as modificações de competência, as substituições, o desaforamento e a prorrogação de competência previstas em lei, desde que obedecidos os parâmetros constitucionais. (grifos nossos)

Como o fim último do princípio do juiz natural é garantir o julgamento por magistrado imparcial, a própria legislação traz hipóteses em que podem as partes arguir o impedimento ou a suspeição do julgador. É o que dispõe o Código de Processo Penal, em seus arts. 252 e 254, que traz hipóteses nas quais o juiz, claramente, não possui a necessária isenção para julgar a lide e, portanto, deve ser afastado do caso.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é assinante, trata da necessária imparcialidade dos juízes e do respeito ao juiz natural, ao estabelecer, em seu art. 8º, 1:

Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature. [5] (grifos nossos)

A fim de garantir a imparcialidade do juiz, a CRFB/88 destina o início da ação penal pública, privativamente, ao Ministério Público (art. 129, I), bem como a ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX) ao particular ofendido, caso o *Parquet* não denuncie, promova o arquivamento do inquérito policial ou requisite diligências dentro do prazo legal. Veda-se, assim, o início da segunda fase da persecução penal de ofício pelo magistrado (NUCCI, 2011).

Em igual raciocínio, pode-se dizer que não pode o juiz promover eventual aditamento da denúncia, em virtude de nova definição jurídica do fato percebida durante a instrução processual, pois a *mutatio libelli* é privativa do Órgão Ministerial (art. 384 do CPP), tudo para garantir a imparcialidade do julgador.

Rangel (2010, p. 21), acerca da mencionada impossibilidade do juiz dar início de ofício na ação penal, comenta:

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.

Por fim, importa salientar que a Carta Magna ainda trouxe, no art. 95, I a III, garantias aplicáveis aos membros do Poder Judiciário, quais sejam vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, prerrogativas estas dadas pelo constituinte a fim de preservar – e confirmar – a independência e a neutralidade dos magistrados brasileiros.

3.7 Princípio da publicidade

A exigência da publicidade dos atos processuais é oriunda do art. 5º, LX, da CRFB/88, o qual estabelece que apenas quando o interesse social exigir ou quando se pretender resguardar a intimidade das partes poderá a lei restringir o caráter público de tais atos. A regra geral é o acesso livre e amplo por qualquer cidadão de processo – inclusive processo penal – em trâmite perante o Poder Judiciário.

Tourinho Filho (2012, p. 68) relaciona tal princípio, intrinsecamente, ao sistema acusatório vigente no Brasil:

Tal princípio é próprio do processo de tipo acusatório. Explica Eberhard Schmidt que a significação da Justiça Penal é tão grande, o

interesse da comunidade no seu manejo e em seu espírito é tão importante, a situação da Justiça, na totalidade da vida pública, é tão problemática, que seria simplesmente impossível eliminar a publicidade dos debates judiciais. E arremata: se isso ocorresse, só poderia significar o temor da Justiça à crítica do povo, e a chamada “crise de confiança” na Justiça seria algo permanente.

Rangel (2010, p. 13/14), de igual forma, leciona sobre o instituto:

O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais [...]. Desta forma, não há, nos moldes políticos que consagram o Estado Democrático de Direito (cf. art. 1º, da CRFB), espaço possível reservado ao mistério.

Porém, mesmo quando constatadas as duas situações excepcionais supracitadas de restrição à publicidade dos atos processuais, não pode o juiz, em nenhuma hipótese, conduzir o processo em sigilo absoluto, aplicando-se a restrição de acesso em questão a terceiros não envolvidos no processo, mas não às partes que nele postulam, sob pena de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Para melhor esclarecer a distinção entre sigilo total – incabível no nosso ordenamento jurídico – e o sigilo relativo dos autos, Nucci (2011, p. 91) diferencia a publicidade geral da publicidade específica:

Por isso, vale sustentar a divisão entre *publicidade geral* e *publicidade específica*. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos

do processo a qualquer pessoa. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica.

Em igual sentido, a doutrina também divide as categorias *publicidade geral* e *publicidade específica* em *publicidade popular* e *publicidade para as partes*; *publicidade plena* e *publicidade restrita*; *publicidade geral* e *publicidade especial*; e *publicidade imediata* e *publicidade mediata* (TOURINHO FILHO, 2012).

A própria sociedade possui interesse em saber os rumos tomados no âmbito de processos penais, posto que envolvem a privação de direito fundamental e indisponível – liberdade de locomoção – e a promoção da justiça penal pelo Estado, o que só é possível caso seja dada publicidade aos atos processuais (RANGEL, 2010).

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida por promover a Reforma do Judiciário, reforçou-se a necessária publicidade dos atos processuais, sendo a nova redação do art. 93, IX, da CRFB/88 no sentido de que somente o resguardo à intimidade do interessado pode efetivamente afastar o acesso de terceiros aos autos.

Obedecendo ao comando constitucional, o Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 792, *caput* e §1º, e art. 201, § 6º, a regra da publicidade dos julgamentos, passível de exceção pelas situações já arroladas na Carta Magna:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Art. 201, § 6º. O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

De igual forma, prevê o art. 217 do CPP a possibilidade de o acusado ser retirado da audiência quando o juiz verificar a possibilidade de testemunha da acusação ser por ele intimidada, revelando a inexistência de publicidade total mesmo quanto à parte ré do processo. Aqui, no entanto, cumpre ressaltar que o advogado do denunciado permanecerá na sala de audiência, a fim de serem preservados o contraditório e a ampla defesa.

Em atendimento ao princípio da publicidade, ainda que na esfera extraprocessual, mas que diz respeito ao direito à liberdade do investigado, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Tal Súmula Vinculante consagra a publicidade restrita dos autos do inquérito policial, o qual, independentemente do seu caráter inquisitorial, poderá ser acessado pelo advogado do acusado, sempre que já terminada a colheita da prova a que se pretende ter acesso.

3.8 Princípio da Vedação às Provas Ilícitas

Trata-se de princípio previsto no art. 5º LVI, da CRFB/88, que veda expressamente a utilização, no processo penal, de provas obtidas por meios ilícitos, seja pela parte autora – Estado-acusação – seja pela parte demandada – denunciado ou querelado.

A doutrina dá dois significados distintos que podem ser atribuídos ao termo *ilícito*, quais sejam o sentido *restrito* e o sentido *amplo*. O primeiro envolveria tão somente as provas proibidas por lei, ou seja, aquelas que a própria norma legal, taxativamente, veda a utilização. Ao seu turno, a segunda acepção significa a vedação não só das provas não permitidas pela lei, mas também aquelas ofensivas à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito (NUCCI, 2011).

Valiosos são os ensinamentos de Oliveira (2009, p. 332) sobre a vedação às provas ilícitas:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. (grifos nossos)

Ou seja, segundo o supracitado autor, a proibição ao uso das provas obtidas ilicitamente serviria como verdadeiro desestimulante à sua

produção, resguardando-se direitos fundamentais que justificam a vedação ao meio probante em questão.

A diferenciação entre prova ilícita, ilegítima e ilegal é tema controverso entre os doutrinadores. Moraes (2000, p. 117) faz a seguinte distinção:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Para Alexandre de Moraes, portanto, *ilegalidade* seria o gênero, do qual se extrairiam a *ilicitude* – desrespeito a direito material – e a ilegitimidade – ofensa a norma processual.

Neste mesmo sentido, estão as lições de Mirabete (2007, p. 253/254):

Deu o legislador razão à corrente doutrinária que sustentava não ser possível ao juiz colocar, como fundamento da sentença, prova obtida ilicitamente. A partir da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.(grifos nossos)

Nucci (2011, p. 93), por outra banda, distingue os três termos em questão de maneira diversa:

O gênero é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

Continuando, o supracitado autor conclui:

Em conclusão, o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação de prova ofendendo a direito material, v.g., a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, v.g., a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu).

Coerência maior possui a doutrina do último autor, que abarca a ilicitude como gênero e, com isso, faz com que a vedação constitucional se aplique tanto às provas ofensivas ao direito material quanto às lesivas ao direito processual. Pensamento em contrário seria admitir que a Carta Magna, apesar de proibir as provas materialmente maculadas, seria conivente com as produzidas em desrespeito às normas processuais vigentes, raciocínio incompatível com a interpretação ampla de defesa dos direitos fundamentais.

Tal inteligência fora corroborada com a reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157, *caput*, do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normais constitucionais ou legais”. O legislador optou, assim, por abranger no conceito de *ilicitude* toda prova que agrida norma constitucional ou legal, seja ela de direito material, seja a regra ofendida de direito processual.

Desta forma, veem-se como vedadas pela CRFB/88 provas obtidas, por exemplo, por busca e apreensão sem autorização judicial, por interceptação telefônica sem ordem do juiz competente, por micro gravadores dissimulados, por gravação de conversa, por fotografias de pessoas em seu ambiente íntimo, por confissão através de tortura e pelo chamado *lie detector* (TOURINHO FILHO, 2012).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é participante, ao vedar, no seu art. 5º, 2, a utilização da tortura, também traz a ideia da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos: “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person”^[6] (grifos nossos).

Alargando ainda mais a vedação às provas ilícitas, a doutrina traz a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, também conhecida por *prova ilícita por derivação*. Trata-se simplesmente da proibição de admissão de provas que foram advindas de informações obtidas por outros meios de provas, estes com caráter ilícito, maculando, portanto, as provas posteriores – derivadas – alcançadas unicamente em razão das provas ilegítimas ou ilegais anteriores.

Nucci (2011, p. 94) exemplifica de forma pedagógica o instituto:

Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Exemplo: graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do *veneno* gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada.

A permissão para o uso da prova derivada, neste caso, serviria como amplo estímulo à prática das ilicitudes que fundamentam a ilicitude da prova primária, pois, nesta lógica, apenas uma das provas seria vedada, sendo a que dela se originou admitida na instrução processual.

Em igual posicionamento, Oliveira (2011, p. 349) doutrina:

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

A nomenclatura *frutos da árvore envenenada*, portanto, explica-se em razão da prova inicial – representada pela árvore – macular as provas que dela derivam – no caso, os frutos da árvore –, sendo ambas não permitidas pelo ordenamento jurídico.

Aplicando a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, o Supremo Tribunal Federal já anulou processo judicial e determinou a expedição de alvará de soltura de réu preso:

HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA.

1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as

dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa".

2. Inexistência de prova autônoma.
3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB.
4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (STF - HC: 74116 SP , Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 05/11/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 14-03-1997 PP-06903 EMENT VOL-01861-01 PP-00178) (grifos nossos).

Por fim, vale salientar o posicionamento doutrinário que admite, em caráter excepcional, a utilização, pela defesa, de prova obtida por meio ilícito, quando esta for a única forma de ser provada a inocência do acusado. É o que explica Nucci (2011, p. 95):

Desta forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo evitado [...]. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes sustentam que, quando o próprio réu colhe a prova ilícita para sua absolvição está, na realidade, agindo em legítima defesa, mas não deixam de destacar que essa aceitação é fruto da proporcionalidade.

Posição em contrário seria negar ao réu o direito de provar sua inocência, evitando que o Estado incorra em erro judiciário – art. 5º, LXXV –, configurando-se verdadeira excludente de ilicitude – legítima defesa do direito à liberdade e à presunção da inocência – ou mesmo excludente de

culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa ao acusado (NUCCI, 2011).

De igual maneira, Mirabete (2007, p. 254/255) destaca:

Assim, há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversa telefônica, em caso de extorsão, p.ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

Frise-se, por último, que a referida possibilidade de uso excepcional de uso de provas ilícitas restringe-se ao réu, não podendo o Estado-acusação dela se valer. Por representarem o próprio Estado, a autoridade policial e o Ministério Público devem, ao buscarem a aplicação da lei penal, obedecer todos os procedimentos e vedações previstos em lei, pois possuem maiores facilidade para obtenção de suas provas, tudo para resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos individuais fundamentais.

3.9 Princípio do promotor natural

Diferentemente do princípio do juiz natural, assegurado no art. 5º, LIII, da CRFB/88, o princípio do promotor natural, também denominado *princípio do promotor legal*, é previsto implicitamente no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, vedando a figura do acusador de exceção – assim como o princípio do juiz natural proíbe tribunal ou juízo de exceção.

Assim, o órgão de promoção de justiça estatal, responsável pelo oferecimento da inicial acusatória, também deve estar previamente previsto em lei, vedando-se a indicação de acusador para atuar em situações específicas e pontuais (NUCCI, 2011).

A inamovibilidade dos membros do Ministério Público, esta sim prevista expressamente na CRFB/88 (art. 128, § 5º, I, b), é garantia que visa justamente impedir que sejam os órgãos ministeriais alteráveis ao bel-prazer do chefe da instituição, aqui representado pelo Procurador-Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público Estadual, ou pelo Procurador-Geral da República, na hierarquia do Ministério Público Federal.

A Lei nº 8.625/93, ao listar situações em que poderá haver a designação de promotores de justiça para casos específicos, traz, em verdade, um rol taxativo de hipóteses que vem assegurar a própria independência funcional e a inamovibilidade dos representantes do *Parquet*, não configurando nenhuma delas a satisfação da vontade específica e unilateral do Procurador-Geral de Justiça. Esta é a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Com maestria, leciona Rangel (2010, p. 37/38) sobre o princípio em observação:

O princípio do Promotor Natural, também chamado de “Promotor Legal” [...], é corolário lógico do princípio da independência funcional (cf. art. 127, § 1º, da CRFB), bem como da garantia constitucional da inamovibilidade (cf. art. 128, § 5º, I, b, da CRFB) dos membros do Ministério Público, pois seria um *contra sensu* jurídico garantir-se aos seus membros ofício livre de qualquer pressão, seja ela política, institucional, religiosa (nos casos de aborto resultante de estupro com aplicação da exclusão de ilicitude prevista no art. 128 do CP) ou filosófica e, ainda, assegurar-lhes a impossibilidade de transferência (entenda-se remoção ou promoção) do seu órgão de execução sem que fosse vedada também a retirada das atribuições legais do membro

do Ministério Público pelo Procurador Geral, fora das hipóteses legais.

Assim, de nada adiantaria possuir a garantia à inamovibilidade se o promotor de Justiça ou o procurador da República pudesse ter subtraída sua atribuição para atuar em casos específicos. Nesta ótica, a inamovibilidade estaria servindo apenas no aspecto territorial, o que, decerto, não fora o objetivo do constituinte ao elencar tal garantia a todos os membros do Ministério Público.

De igual modo, Carneiro (1994), citado por Rangel (2010, p. 40) explica:

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *parquet*.

Diante do princípio em comento, “a avocação de um inquérito policial ou processo judicial do âmbito das atribuições de um membro do Ministério Público pelo Procurador Geral é uma afronta à Constituição Federal, que assegura à sociedade o princípio do Promotor Natural” (RANGEL, 2010, p. 38).

Concluindo o instituto, Rangel (2010, p. 38) sustenta:

O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado *Promotor de encomenda* para esse ou para aquele caso. O princípio existe muito mais em nome

da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, em verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, *caput*, da CRFB/88), não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal.

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, possui jurisprudência pacífica pela efetiva existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico pátrio:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONTENDO DUPLO FUNDAMENTO: LEGAL E CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE CABIMENTO SOMENTE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR ENTENDER QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM TERIA ADOTADO O TEMA RELACIONADO À OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA DECIDIR A CONTROVÉRSIA. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO

PROVIDO. 1. Tendo o tribunal de origem decidido a controvérsia com base em fundamento constitucional e legal, impunha-se a interposição simultânea de recurso especial, sob pena de não o fazendo subsistir hígido o tema afeto à interpretação da legislação ordinária. O conhecimento do extraordinário, assim, encontra óbice na Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. 2. In casu o acórdão recorrido assentou (folha 642): “Júri. Duplo homicídio duplamente qualificado. Atuação em plenário de julgamento de promotor de justiça estranho à comarca e ao feito. Ferimento ao princípio do promotor natural. Nulidade reconhecida. Embora não previsto expressamente em lei, o Princípio do Promotor Natural decorre de dispositivos constitucionais e é admitido na doutrina e na jurisprudência, ainda que comportando alguma relativização. No caso, a atuação em plenário de julgamento de um Promotor de Justiça estranho à Comarca e ao feito, sem regular designação e estando a titular da Promotoria em pleno exercício de suas funções, constitui ferimento ao referido princípio e acarreta a nulidade do julgamento. De outra banda, estando o réu preso há quase onze meses e pronunciado há cerca de sete meses, está caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa, impondo-se a concessão de habeas corpus de ofício. Apelo provido, por maioria. Habeas Corpus concedido de ofício, por maioria.” 3. Agravo regimental no recurso extraordinário. Alegação de não cabimento de recurso especial, porquanto o acórdão recorrido teria adotado a violação ao princípio do promotor natural como fundamento

autônomo e suficiente ao prover o recurso de apelação interposto contra a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Argumentação insubsistente, dado que, tendo em vista a realidade processual e os fatos jurídicos ocorridos na sessão do Júri, o Tribunal estadual assentou a violação a regras processuais e o vício no ato de designação do Promotor de Justiça que fora designação para atuar tão somente na assentada em que o recorrido seria submetido a julgamento, o que viria patentear a ocorrência de nulidade após a pronúncia, razão pela qual o recurso de apelação foi conhecido com base no artigo 593, III, “a”, do Código de Processo Penal. 4. A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (Habeas Corpus nº 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 01.07.1993). 5. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 638757 RS , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2013, Primeira Turma, Data de

Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078
DIVULG 25-04-2013 PUBLIC 26-04-2013) (grifos
nossos)

Conclui-se, portanto, que mesmo que não expreso na CRFB/88, o princípio do promotor natural é fundamental ao bom e livre exercício das funções ministeriais, sendo imprescindível, portanto, a uma defesa plena e não viciada dos interesses da sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho científico, restou possível a percepção da complexidade e vastidão do ordenamento principiológico brasileiro na seara processual penal.

A análise pormenorizada dos principais princípios constitucionais aplicáveis ao Processo Penal permitiu um maior aprofundamento sobre esta importante temática, que influencia – e deve embasar – toda a persecução penal, seja durante o inquérito policial, seja já perante o Poder Judiciário no bojo da relação processual.

Diante da importância que estes postulados representam para um melhor entendimento e aplicação do Direito Processual Penal, os nove principais princípios listados figuram como imprescindíveis normas jurídicas norteadoras, incluídas implícita ou explicitamente na Carta Magna pelo legislador constituinte, asseguradoras dos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo penal**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em 24 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 74116-SP**. Segunda Turma. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em 05 nov. 1996. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 103225-RN**. Segunda Turma. Relator: Joaquim Barbosa. Julgamento em 11 out. 2011. Disponível em: . Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 113408-RS**. Segunda Turma. Relator: Carmen Lúcia. Julgamento em 02 abr. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115078/habeas-corpus-hc-113408-rs-stf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 116985-PE**. Primeira Turma. Relatora: Rosa Weber. Julgamento em 25 mar. 2014. Disponível em: . Acesso em: 24 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 638757-RS**. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 09 abr. 2013. Disponível em: . Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 707**. Disponível em . Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 14**. Disponível em: . Acesso em: 20 set. 2017.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos = AMERICAN Convention on Human Rights. 22 novembro 1969. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Processo penal**. 34. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

NOTAS:

[1] Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

[2] Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

[3] O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

[4] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[5] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[6] Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, Desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ANA LÚCIA LOPES SANTOS: Pós-graduada em Direito Constitucional. Servidora do Ministério Público Estadual de Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo trata dos princípios constitucionais fundamentais e os princípios constitucionais gerais orientadores do direito do consumidor. O artigo teve como objetivo principal, elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor, considerando que a observância de um princípio pode-se atender a outro. Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacou-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Outro objetivo específico, foi identificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Esse estudo também pretendeu verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção, tendo em vista que a Constituição Federal determina que seja realizada a defesa do consumidor, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXII, bem como, orienta que seja criado um Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Princípios constitucionais; defesa do consumidor; código.

SUMMARY: This article deals with the fundamental constitutional principles and the general constitutional principles guiding consumer law. The main objective of the article was to elaborate a study on the constitutional principles that guide the Consumer Protection Code in order to verify if among those principles there are those that can be considered more important for the consumer's right, considering that the observance of One principle can serve another. Among the secondary objectives of this work, the study of the fundamental constitutional principles and the study of general constitutional principles was highlighted. Another specific objective

was to identify in consumer law the constitutional principles related to consumer protection. The purpose of this study was also to verify whether the constitutionalisation of consumer law facilitated its protection, since the Federal Constitution requires consumer protection to be carried out, as provided for in article 5, item XXXII, as well as, Code of Consumer Protection.

Keywords: Constitutional principles; Consumer defense; code.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA; 3. PROBLEMA INVESTIGADO; 4. METODOLOGIA; 5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

. INTRODUÇÃO

No artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que é uma lei de ordem pública de interesse social, colocando-a no rol de normas essenciais à convivência social. A extinção dessa norma levaria a inviabilizar a boa convivência social, posto que seus dispositivos inferem a interesses de enorme número de pessoas, tal como, a proteção dos consumidores. Cumpre ressaltar, que a norma consumerista interessa a todos, inclusive aos agentes econômicos fornecedores, que a realidade do mercado seja sadia e construtiva. Portanto, não há como negar a condição de interesse social alcançada pela legislação consumerista.

Nas disposições constantes no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, institui a defesa do consumidor como direito fundamental. Além disso, orienta que seja criado um Código de Defesa do Consumidor.

No *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, a defesa do consumidor é tida como um dos princípios da ordem econômica para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da justiça social, uma vez que busca um tratamento isonômico em uma relação de desigualdade manifesta, propiciando uma maior liberdade ao consumidor. (TRAJANO, 2010)

Os princípios exercem uma função básica, eles ordenam que algo seja realizado. Eles verificam se há coerência e motivo que justifique ao sistema jurídico, razão diante de um fato concreto. Por vezes pode ser difícil fazer uma interpretação do fato, e é por este motivo que existem os princípios, sejam eles abstratos ou concretos.

A Carta Magna contém princípios que, no dizer da maioria dos juristas, são vigas mestras que alicerçam o sistema jurídico brasileiro. Nesse aspecto, não se pode descartar, de qualquer trabalho, a análise do princípio jurídico, pois este influi na interpretação de normas inseridas no texto constitucional. (BRANDÃO, 2010)

A Constituição Federal deve ser compreendida como um sistema baseado em princípios estruturantes fundamentais os quais se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Em resumo, a constituição federal é formada por princípios estruturantes, gerais e especiais.

As normas constitucionais possuem atribuição de norma jurídica, tendo como uma das consequências dessa atribuição é a de que todas as demais normas do sistema jurídico devem ser validadas pela Constituição. Daí diz-se que as normas constitucionais são imperativas, que obrigam todos a observarem tais comandos, não só as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, mas também o próprio Estado e seus órgãos, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. (CHAGAS, 2011)

A defesa do consumidor também contribui para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, principalmente no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Como objetivo primordial, esta pesquisa pretende elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor.

Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacam-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Saber se existem alguns desses princípios que englobam os demais. Outro objetivo específico é verificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Além disso, pretende esse estudo verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção.

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, na qual serão realizadas uma seleção de artigos científicos e livros de diversos autores relativos ao tema da pesquisa. Investigar-se-á, ao longo deste trabalho, os princípios constitucionais fundamentais e gerais norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

Justifica-se este trabalho, porque o mesmo se mostra atual, tendo em vista que as relações de consumo estão presentes no dia-a-dia de todas as pessoas, e com o avanço tecnológico, possibilitando aos consumidores realizarem compras virtuais e o crescente apelo publicitário incentivando o consumismo em massa, verifica-se a importância de estudar como o Estado se faz presente no mercado de consumo a fim de garantir os direitos dos consumidores. Dessa forma, o estudo se mostra relevante e do interesse da sociedade, afinal todas as pessoas também são consumidores.

Objetivando a compreensão da lógica de proteção ao consumidor, existe a necessidade de verificar se com a constitucionalização da defesa do consumidor facilitou a proteção desse ente tão vulnerável no mercado de consumo.

Iniciando este trabalho, no primeiro capítulo trata-se sobre contexto histórico da defesa do consumidor, realizando uma comparação da Constituição Federal de 1988 com as constituições de outros países no que se refere à defesa do consumidor.

Em um segundo momento, tratar-se-á do estudo de cada princípio constitucional e depois fazer uma comparação com Código de Defesa do

Consumidor, a fim de verificar como esses princípios estão inseridos no referido Código.

Finalizando este trabalho, tratar-se-á de fazer um apanhado do material pesquisado, na tentativa de atender aos objetivos propostos na presente pesquisa.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Nos países Europeus e Americanos, a defesa do consumidor se deu, de forma lenta, gradativa e contínua da jurisprudência destinada à proteção do consumidor. E ocorreu, em grande parte, pela criação e desenvolvimento de entidades de defesa do consumidor. Já nos Países Latinos houve um desenvolvimento econômico acelerado em que a vulnerabilidade do consumidor era muito maior em razão da excessiva desigualdade social e havia uma necessidade de positivação imediata dos direitos do consumidor. (SIMÃO, 2016)

No Brasil, antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Constituição Federal de 1988 a defesa do consumidor já se fazia presente nos trabalhos do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado pelo Decreto nº 91469/85 e do PROCON Estadual de Minas Gerais, Decreto nº 22027/82. As atuações desses órgãos eram limitas devido a existência de leis que apenas protegiam consumidores de forma reflexiva. Um ordenamento jurídico efetivo de proteção ao consumidor só veio ocorrer com a Constituição de 1988, que estabeleceu a proteção do direito do consumidor como garantia constitucional e estabeleceu que fosse criada uma lei específica de garantia dos direitos do consumidor (artigo 48 da ADCT). (FRANÇA, 2016)

A Constituição Federal de 1988 eleva a proteção do consumidor como direito fundamental. Nas disposições constantes no artigo 5º, inciso XXXII, o legislador constituinte deixou expresso que o consumidor deve merecer uma proteção especial e até mesmo ser protegido, tanto que

deixou claro que é dever do Estado promover a sua defesa. (ALVARES, 2015)

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (...)

No artigo 170, inc. V da CF, o legislador cita novamente a defesa do consumidor, colocando-a como um dos pilares da ordem econômica, juntamente com a propriedade privada, inc. II do mesmo artigo, a livre concorrência, inc. IV e a busca do pleno emprego, inc. VIII. (TRAJANO, 2010)

PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Os princípios fundamentais estão descritos no artigo 1º da Constituição. Inicia declarando que o regime político brasileiro é o republicano do tipo federalista e o Estado Brasileiro é Estado Democrático de Direito. Afirma que a república brasileira tem como fundamento, a soberania, a cidadania, a dignidade a pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Esses princípios são muito importantes para a correta interpretação de todas as normas constitucionais, inclusive o Código de Defesa do Consumidor. (CHAGAS, 2011)

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 (...)

Princípio Republicano:

Esse princípio serve de guia para todos os outros princípios constitucionais. A defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, decorre diretamente do princípio republicano. Diante de tantos percalços após a revolução industrial e a revolução tecnológica, a intervenção do Estado na tutela do consumidor se faz extremamente necessária. Houve mudanças significativas na sociedade tais como concentração de pessoas nas cidades, produção e distribuição de bens e serviços em massa, aumento dos riscos provocados por produtos e serviços, publicidade cada vez incisiva, utilização de contratos de adesão, anonimato de consumidores e de fornecedores e prática do comércio virtual, etc. sendo indispensável a intervenção do Estado para proteger o consumidor considerado parte mais fraca da relação de consumo. (TRAJANO, 2010)

Princípio da Cidadania:

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, o governo tem o dever de estabelecer mecanismos de isonomia material aos economicamente necessitados. Significa que a desproporção de poder econômico em relação à parte hipossuficiente há de ser equalizada, conforme preconiza o art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Os conceitos cidadania e cidadão, na Constituição Federal de 1988, são entendidos como a consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito do Estado. (BRANDÃO, 2010)

Princípio da dignidade da pessoa humana:

A Carta Magna, dentre os princípios fundamentais, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, apontado como a principal garantia constitucional. A dignidade é entendida como o último arcabouço que dá guarida aos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. (BRANDÃO, 2010)

Princípio da vulnerabilidade

O art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal traz como um dos direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor. A CF reconhece o consumidor como vulnerável, um ente que necessita de proteção.

Para SOUZA, 2003 *apud* Wierzchón et all, 2008 o consumidor é hipossuficiente, pois de maneira individual, está impossibilitado de fazer valer seus direitos frente aos fornecedores devido ao fato de haver uma desproporção muito grande entre fornecedor e consumidor.

Princípio da isonomia:

O princípio da isonomia está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O princípio da isonomia relaciona-se com os princípios da igualdade e da vulnerabilidade todos previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, bem como o Princípio da harmonia no mercado de consumo.

Princípio da igualdade:

O princípio da igualdade contido na Constituição Federal, na interpretação de igualdade material, também trata implicitamente do direito do consumidor. Os artigos previstos no Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I) e a possibilidade de inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII), nada mais são do que a efetivação deste princípio no âmbito da proteção do consumidor. (FRANÇA, 2016)

Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é derivada do princípio da igualdade na medida em que se uma das partes de uma relação jurídica age de forma desleal e com o intuito de obter vantagens em evidente abuso de direito, a conclusão deste negócio jurídico estará em desacordo com o princípio da igualdade, tendo em vista que a parte que age com má-fé possui conhecimentos e

informações sobre o negócio, sendo que a outra parte não dispõe de tais conhecimentos e informações. (FRANÇA, 2016)

Princípio da informação

A Informação é um princípio constitucional de enorme relevância no que diz respeito às relações de consumo, sobretudo e, tendo em vista ser ela o ponto de partida para toda e qualquer aquisição de produtos ou contratação de serviços. Igualmente, o direito de informação segundo o doutrinador MORAES, 2004, p. 700:

É um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

Além de ser um direito básico do consumidor, a informação aparece em diversos dispositivos do CDC, como por exemplo, nos artigos 4º, IV; 6º, III, 31, 36, parágrafo único e 44, este último servindo inclusive, como instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores.

3. PROBLEMA INVESTIGADO

A constituição federal de 1988 orienta para que seja realizada proteção do consumidor, considerada parte hipossuficiente da relação de consumo. Nesse sentido, legisla no sentido de o Estado se fazer presente para tornar a relação de consumo mais equilibrada.

O problema investigado na presente pesquisa refere-se aos princípios constitucionais fundamentais e gerais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, objetiva-se realizar uma verificação se a constitucionalização da norma consumerista foi benéfica para o consumidor.

O objetivo primordial desta pesquisa é elaborar um estudo a respeito dos princípios constitucionais que norteiam o Código de Defesa do Consumidor a fim de verificar se entre esses princípios existem aqueles

que podem ser considerados mais importantes para o direito do consumidor.

Dentre os objetivos secundários deste trabalho, destacam-se o estudo dos princípios constitucionais fundamentais e o estudo dos princípios constitucionais gerais. Saber se existem alguns desses princípios que englobam os demais. Outro objetivo específico é verificar na lei consumerista os princípios constitucionais relativos à defesa do consumidor. Além disso, pretende esse estudo verificar se a constitucionalização do direito do consumidor facilitou a sua proteção.

Nesse trabalho, foram formuladas as seguintes hipóteses: (a) O atendimento a um princípio constitucional pode estar sendo observado mais outros princípios constitucionais (b) A constitucionalização do código de defesa do consumidor favoreceu a defesa do consumidor.

4. METODOLOGIA

A metodologia utilizada será uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de revisão da literatura a respeito do tema gestão de pessoas em gerenciamento de projetos no setor público. Os artigos escolhidos em publicações brasileiras serão estudados e confrontados a fim de se obter opinião referente ao tema proposto.

5. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

A defesa do consumidor sendo reconhecida como direito e garantia fundamental, advém diretamente do princípio republicano, que se coaduna com os princípios da igualdade, justiça e equidade, exigindo a intervenção do Estado para assegurar a proteção do consumidor, considerado ela mais fraco da relação de consumo. Tal fato vem ao encontro do princípio da isonomia, que nada mais é do que o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. (TRAJANO, 2010)

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, pela maioria dos doutrinadores, como fundamento essencial que rege os demais princípios. Por isso, o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da democracia. O

referido princípio expressa um valor inerente a todo cidadão. Esse valor deve ser respeitado por qualquer outra pessoa e, principalmente, por toda legislação jurídica, a fim de que o indivíduo não seja desrespeitado enquanto ser humano. (BRANDÃO, 2010)

Segundo (CHAGAS, 2011): “a dignidade da Pessoa Humana é um valor, antes de qualquer coisa, já preenchido, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa.”

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios pelo fato de considerar o ser humano. O Estado existe por causa do ser humano e não o ser humano existe por causa do Estado. (TRAJANO, 2010)

A proteção do consumidor está diretamente ligada a questões que levam à dignidade da pessoa humana. Pode-se observar que a proteção do consumidor tem fundamento na diminuição da desigualdade entre consumidor e fornecedor. No artigo 6º, inciso I demonstra preocupação com a integridade física do consumidor. No artigo 8º trata da proibição dos produtos e serviços que podem acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor, exceto as normais e previsíveis, obrigando os fornecedores a dar informações necessárias e adequadas a esse respeito. Os artigos 9º e 63 exigem que o fornecedor de produtos ou serviços nocivos ou perigosos informe de modo ostensivo e adequado sobre a nocividade, periculosidade e uso de produtos e serviços nessas condições e os artigos 12 e 14 que cuidam da responsabilidade objetiva dos acidentes de consumo. (TRAJANO, 2010)

O artigo 4º do código de defesa do consumidor diz do objetivo da política nacional das relações de consumo, colocando a dignidade da pessoa como sendo um desses objetivos. Dentro desse objetivo há citações que também estão diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana: saúde e segurança, a proteção dos interesses econômicos dos consumidores, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Sendo um direito e garantia fundamental, o código de defesa do consumidor promove a cidadania. No artigo 4º, inciso II, coloca como um dos seus princípios mais importantes a presença do Estado para proteção e defesa do consumidor, tanto por iniciativa direta como por incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas pela presença do Estado no mercado de consumo.

A defesa do consumidor é um exemplo de igualdade feita pela Lei, no intuito de tornar mais igual uma relação jurídica tipicamente desigual, formada pelo consumidor, considerado extremamente vulnerável e pelo fornecedor que ocupa a posição de superioridade. (TRAJANO, 2010)

CHAGAS, 2011 diz que:

“na época de Aristóteles já se explicava que o resultado para diminuir a desigualdade era dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade.”

Claudia Lima Marques, *apud* Trajano, 2010, diz que:

“na Vulnerabilidade técnica o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo, podendo assim ser facilmente enganado sobre suas características ou utilidades. Pelo código de defesa do consumidor a referida vulnerabilidade para consumidor não profissional, destinatário fático do bem. Vulnerabilidade fática é o desequilíbrio fático das forças, intelectuais e econômicas que estão presentes na relação de consumo e a vulnerabilidade jurídica ou científica está relacionada a ausência de conhecimentos jurídicos, sendo presente também para o consumidor não profissional.”

As relações de consumo são pautadas no princípio da vulnerabilidade, por considerar que o consumidor possui fragilidade, pois está submetido aos meios de produção do fornecedor, ou seja, o

consumidor mostra suscetibilidade face às práticas comerciais. A vulnerabilidade do consumidor é tida como presunção absoluta, pois considera que todos os consumidores são vulneráveis. Deste modo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor dá maior importância à igualdade material, pois tende a tratar os desiguais de forma desigual, com objetivo de alcançar uma maior igualdade entre eles.

O Princípio da harmonia do mercado de consumo, é o princípio geral da defesa do consumidor que trata da harmonia entre consumidores e fornecedores, isto quer dizer que, dentro da relação de consumo deve haver um equilíbrio entre a empresa fornecedora de algum produto ou prestadora de serviço com o consumidor, devendo-se levar em conta a vulnerabilidade do consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva é entendido como sendo uma obrigação das partes contratantes, no caso, consumidor e fornecedor, de se comportarem de modo a cumprirem seus deveres previamente estabelecidos. Para atender ao princípio da boa-fé objetiva é necessário analisar o fato concreto, que pode ser poder aquisitivo das partes, a capacidade intelectual, ou mesmo o meio cultural em que vivem. Deve-se interpretar a vontade das partes, a intenção de conduta de boa-fé.

A Constituição Federal traz a prerrogativa do direito de informar. Esse direito de informação na Constituição Federal é dito de três formas: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O direito à informação visa assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que o consumidor fique satisfeito com a escolha do produto ou contratação do serviço que ele porventura venha adquirir. (LOPES, 2011)

Com o desenvolvimento tecnológico, principalmente com o advento da internet, o direito à informação passou a ser protegido, tendo em vista que um consumidor bem informado pode atuar no mercado de maneira mais consciente, o que traduz se em maior equilíbrio nas relações de consumo. O direito à informação clara, precisa e ostensiva tornou-se um

dos pilares do direito do consumidor e um dos direitos mais importantes na sociedade atual. (GARCIA, 2015)

No Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de prestar informações a respeito dos seus produtos ou serviços aos consumidores, pois é o sujeito que mais conhece do produto ou serviço que está ofertando. O desequilíbrio nas relações de consumo surge dessa desigualdade de informação dos consumidores em relação aos fornecedores. (GARCIA, 2015)

Nesse contexto, o princípio da informação se torna bastante relevante para diminuir a vulnerabilidade dos consumidores, tornando a relação de consumo mais igualitária. Desse modo, A informação também é considerada um direito básico do consumidor, conforme descrito no artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara so re os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço (...)

Nos artigos 30 e 31 também há prerrogativa do fornecedor informar aos consumidores:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31: A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garanâmtia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os

riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

Nessa era do consumo contemporâneo, o artigo 30 é de suma relevância, tendo em vista que a publicidade tem se tornado ferramenta fundamental utilizada pelos fornecedores de produtos e serviços para aumentar o consumo em grande escala, na medida em que atinge grande número de consumidores. A publicidade pode influenciar a vida em sociedade através de anúncios publicitários anunciados nos mais diversos meios de comunicação, ou seja, televisão, internet, rádio, jornais, revistas com uso ou não de personalidades artísticas. (PELIZZARI, VASCONCELOS, 2016)

Dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal, relacionados ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé e o princípio da informação são os que mais necessitam ser obedecidos nas relações de consumo, pois ao serem observados pelos fornecedores, conseqüentemente, os outros princípios constitucionais serão plenamente atendidos.

Nos princípios da boa-fé e da transparência estão contidos os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da igualdade, da cidadania e da vulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques apud Brandão, 2016 entende que a boa-fé é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, deve estar presente em todas as etapas da relação entre consumidores e fornecedores. Para a autora, estes princípios contém ainda o dever da transparência previsto no *caput* do artigo 4º do CDC.

No Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de prestar informações a respeito dos seus produtos e serviços aos consumidores, pois é o ente da relação de consumo que mais conhece do produto ou serviço que está ofertando. O desequilíbrio nas relações de consumo surge dessa desigualdade de informação dos consumidores em relação aos fornecedores. (GARCIA, 2015)

O princípio da informação, no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem o dever de informar a respeito dos seus produtos e serviços colocados no mercado de consumo. O referido código também prevê como deve ser a informação dos produtos e serviços em todas as fases da relação de consumo: pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

A constitucionalização do direito do consumidor facilitou sua proteção, visto que a partir daí o Estado se fez presente no mercado de consumo, incentivando a criação da política nacional da relação de consumo. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor era realizada de maneira pontual, não existindo uma política nacional para defesa do consumidor.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal, relacionados ao Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé e o princípio da informação são os que mais se destacam em relação aos direitos dos consumidores, pois ao serem observados os demais princípios constitucionais serão plenamente atendidos.

A constitucionalização do direito do consumidor facilitou sua proteção, visto que a partir daí o Estado se fez presente no mercado de consumo, incentivando a criação da política nacional da relação de consumo. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor era realizada de maneira pontual, não existindo uma política nacional para defesa do consumidor.

Sendo assim, os objetivos propostos nesse trabalho foram plenamente atendidos. Entanto, o tema não se esgota na presente pesquisa, sendo importante que seja dada continuidade aos estudos e ao aprofundamento da reflexão sobre os princípios constitucionais aplicáveis à defesa do consumidor e a sua efetividade.

As hipóteses levantadas no presente artigo se confirmaram, tendo em vista que existem princípios que serem observados, há o atendimento a outros princípios, mostrando que eles se interligam. A segunda hipótese,

também se configurou ser verdadeira, pois a constitucionalização do direito do consumidor favorece a proteção do consumidor.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Eduardo Octavio Teixeira. Princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15336&revista_caderno=10>. Acesso em março 2017.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Dignidade da pessoa humana e cidadania: Princípios fundamentais e essenciais para o acesso à Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7538>. Acesso em abr 2017.

CHAGAS, Leonel Rodrigues. Os princípios e normas do direito do consumidor na Constituição Federal. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 13 jan. 2011. Disponível em: . Acesso em: 09 abr. 2017.

FRANÇA, Bruna Simões. O princípio da igualdade nas relações de consumo, a boa-fé objetiva e os crimes previstos do CDC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17489&revista_caderno=10>. Acesso em abr 2017.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre direitos fundamentais e novas tecnologias da informação: entre o consumismo e a sustentabilidade no contexto da obra de Nicholas Georgescu-Roegen. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15347&revista_caderno=10>. Acesso em março 2017.

LOPES, Hálisson Rodrigo. O direito de informação do consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011, disponível em:

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PELIZZARI, Alessandro Mattarredona; VASCONCELOS, Rubens Vicente Rodrigues. A vulnerabilidade do consumidor perante o consumo contemporâneo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 146, mar 2016, disponível

em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?in_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=169418revista_caderno10. Acesso em abril 2017.

SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016.

Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370.

Acesso em abr 2017.

WIERZCHÓN, Silvana Aparecida; OLIVEIRA, Edenilson Carlos de; DAYEH, Munir Abel K. D.; FIGUEIRA, Gomer; GOTTEL, Eliana. Princípios gerais da defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em:

http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2702&revista_caderno=10>. Acesso em abr 2017.

O PRINCÍPIO DA CONEXÃO NA PROCESSUALÍSTICA PROBATÓRIA TRABALHISTA.

Rogério Faustino da Silva Júnior*

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar o instituto do princípio da conexão sob a ótica do direito probatório trabalhista com o objetivo de demonstrar os seus efeitos positivos nas decisões, além de abordar as novas regras atinentes em sede de direito probatório à utilização do princípio da conexão, tendo como base a aplicação de tais modificações no âmbito do processo do trabalho. O texto faz uma análise da utilização/aplicação do Princípio da Conexão em sede prova, abordando a margem de liberdade do Magistrado, bem como do ponto de vista jurídico, o presente trabalho visa introduzir o marco inicial do princípio da conexão, apontando entendimentos dos Tribunais Superiores e doutrinas pertinentes ao assunto. Através de métodos objetivos e de pesquisas bibliográficas, o artigo discorre a respeito da busca por uma prestação jurisdicional. Dessa forma, pretende-se aqui provocar uma discussão crítica sobre a matéria no cenário da doutrina processual trabalhista.

Palavras-Chave: Processo do Trabalho. Princípio da Conexão. Direito Probatório. Liberdade do Magistrado. Aplicabilidade do Princípio da Conexão.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. O princípio da conexão: o que esta no mundo esta no processo; 2.1 Do princípio da conexão; 2.1.1 Conceito; 2.1.2 Características, 2.1.2.1 Reticularidade; 2.1.2.2 Inquisitividade; 2.2 O princípio da conexão e a sua aplicabilidade na seara probatória trabalhista; 2.2.1 O princípio da conexão sob a luz do contraditório e ampla defesa; 2.2.2 O princípio da conexão sob a luz da primazia da realidade sobre a forma; 2.2.3 Outras formas de aplicabilidade do princípio da conexão, 3.Especifidades sobre o direito probatório; 3.1 Da prova na seara trabalhista; 3.1.1 Conceito; 3.1.2 Características; 3.1.2.1 Controvérsia; 3.1.2.2 Relevância; 3.1.2.3 Determinação; 3.1.3 Meio de prova; 3.1.3.1 Prova eletrônica e suas peculiaridades; 3.1.4 Princípio da prova; 3.1.4.1 Contraditório e ampla defesa; 3.1.4.2 Imediação; 3.1.4.3 Necessidade; 3.1.4.3 Oralidade; 3.1.4.4 Outros princípio inerentes ao direito probatório; 3.1.5 A busca da verdade real frente ao princípio da conexão; 4. O princípio da conexão e a busca por uma prestação jurisdicional de qualidade; 5. A jurisprudência pátria relativa ao princípio da conexão; 6. Conclusão; 7. Referências

* Graduado no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estácio de Sá – Campus Macapá.

1.INTRODUÇÃO

Contextualizando-se, há que se mencionar que é de ampla sabença, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem o Brasil a trilhar em um caminho de amadurecimento democrático, fortalecimento das instituições públicas e dilapidação dos direitos e deveres ocultos à cidadania. Tais mudanças, somadas ao aumento do número de processos judiciais, apresentaram ao Poder Judiciário, a necessidade de aperfeiçoamento das suas engrenagens e modernização das suas ferramentas de atuação, à luz dos princípios constitucionais de eficiência e celeridade dos atos.

Diante desse contexto e da implacável inserção dos recursos digitais ao meio jurídico, fez essencial ao legislador a normatização de regras e procedimentos aptos a regular este casamento entre o Direito e a tecnologia da informação, o processo judicial eletrônico.

Sendo assim, o processo eletrônico antes que instrumental, é transversal, porquanto se aplica indistintamente ao processo civil, ao processo penal, ao processo do trabalho e ao juizado especial, como está explicitado no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 11.419/2006.

A Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do procedimento judicial, nesse sentido, tratará de unificar os procedimentos, buscando-se a simplicidade e a celeridade processual, além de conferir uma maior margem de liberdade à atuação do magistrado.

Sendo assim, com o advento da referida lei temos o surgimento do Princípio da conexão, que constitui uma decorrência do reconhecimento da função acessória do Direito na sociedade, no caso, de que deve essa ciência servir como instrumento de pacificação social, e não a sociedade que deve servir ao Direito, como lamentavelmente alguns profissionais, por suas ações, induzem o jurisdicionado a crer.

Por essa premissa, a construção em torno do princípio da conexão parte da superação ou redefinição do clássico princípio da escritura, que no caso instituí a máxima de que o que não está nos autos não está no mundo. Limitava a Justiça à realidade formal em papel.

Hodiernamente, inclusive com o desenvolvimento do Processo Eletrônico, como desfecho inevitável, não é razoável que seja ignorada pelos agentes de aplicação do Direito o mundo de informações possíveis, de forma a melhor alicerçar uma decisão Jurisdicional, de modo a engrandecer e prestigiar a busca pela verdade real, ao qual o acesso depende de alguns poucos clicks.

Desta feita, tal princípio permite a atuação oficiosa do magistrado em direção a perquirir dados que possam estruturar de forma mais completa o julgador na resolução do.

Conflito, do contrário, estaria confirmando que a Justiça é cega, como é representada por estátua de origem grega, o que não pode mais ser admitido pelo Julgador moderno. A Justiça não é cega, nem ao menos míope, ela é, como dever ser, dotada de uma visão de águia.

Nesse espeque, não só é possível, como pode ser interpretado como dever do magistrado, no exercício de sua função primaz, buscar elementos que possam lhe servir para propiciar o melhor resultado, o que, importa, em legitimar o reconhecimento da existência de um novo princípio, com suas principais características básicas, serem primários fundamentais e persistentes, inclusive já reconhecendo sua densidade normativa, de forma a vincular os aplicadores do Direito.

Nessa conjuntura, o presente artigo almeja analisar, especificamente, acerca das novas regras atinentes em sede de caráter probatória à utilização do princípio da conexão, tendo como base a aplicação de tais modificações no âmbito do processo do trabalho.

Dessa forma, a discussão sobre o instituto do Princípio da Conexão no direito probatório é de grande relevância jurídica, especificamente sobre seus parâmetros legais, as controvérsias doutrinárias e a sua contribuição para a busca de uma melhor qualidade da prestação jurisdicional. O presente artigo visa analisar e compreender o princípio da conexão no direito probatório trabalhista, seus benefícios e efeitos nos julgados, bem como verificar se.

O seu uso acarretaria uma melhora na prestação jurisdicional. A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho bibliográfico, pois se baseia na pesquisa em livros, periódicos e artigos retirados da internet.

Para propiciar um melhor entendimento, o artigo foi dividido em quatro itens. Primeiramente, é importante definir o instituto do princípio da conexão e demonstrar qual sua aplicabilidade na seara probatória trabalhista. Após, analisar as especificidades da prova no direito processual trabalhista, destacando-se os princípios que lhe são próprios e abordando a margem de liberdade da busca da verdade real do magistrado trabalhista em face do princípio da conexão. Em seguida, é feita a análise dos benefícios do princípio da conexão no direito probatório e seus efeitos nos julgados, além de verificar se há a maior possibilidade de decisões sustentáveis e de uma prestação jurisdicional de qualidade. Por fim, torna-se essencial apresentar uma análise jurisprudencial acerca do princípio da conexão, demonstrando as principais decisões na seara processual trabalhista.

2. O PRINCÍPIO DA CONEXÃO: O QUE ESTA NO MUNDO ESTA NO PROCESSO

2.1 DO PRINCÍPIO DA CONEXÃO

Com o surgimento das novas tecnologias de comunicação e informação, em que a rede mundial de computadores aumenta em escalas consideráveis o fato público e notório, permitindo assim um amplo acesso às informações existentes fora dos autos, seja pelas partes, seja especialmente pelo Magistrado, temos o surgimento do princípio da conexão, que na seara trabalhista, possibilita um processo em rede, passível de conexão, ou seja, um processo de conexão entre sistemas maquinas e pessoas.

2.1.1 Conceito

Resumidamente, pode-se mencionar que o princípio da conexão constitui segundo o qual os mundos virtual e real se conectam, permitindo que o Juiz se utilize de conhecimentos e informações que não constam expressamente dos autos.

Nesse diapasão, em relação ao princípio da conexão José Eduardo de Resende Chaves Júnior, faz importantes observações:

O processo eletrônico tem um caráter reticular pela sua virtual inserção na rede, especialmente na rede mundial de computadores, a Internet. Conseqüentemente, é desmaterializada a fronteira autos-mundo, já que ambos estão inseridos no chamado *data space* e isso traz para os autos um outro mundo de informações, provas e muda radicalmente inclusive a própria racionalidade processual.¹

De maneira sucinta, Sebastião Tavares Pereira em seu artigo afirma que o princípio da conexão [...] “permite colocar algo no mundo dos autos, mas apenas virtualmente”².

Por sua vez, Michelle Pires Bandeira Pombo faz importantes análises sobre o referido instituto:

[...] O princípio da conexão trouxe uma maior preocupação ética ao processo, especialmente no que tange à lealdade processual. Isso porque muitos fatos ou circunstâncias alegadas podem ser conferidos a sua veracidade por meio de diligência virtuais do Juiz.³

Ou seja, este princípio permite que o Juiz verifique a existência ou circunstância de fatos relevantes para o deslinde da lide do mundo virtual, de ofício, inclusive. Vale mencionar que, o princípio da conexão encontra-se fundamentado, sobretudo, no artigo 13 da Lei 11.419/2006⁴, mas também têm respaldo nos artigos 1º, §2, II, 8º e 14º da mesma Lei e no

¹ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010. p. 16.

² PEREIRA Sebastião Tavares. Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35718/processo-eletronico-e-o-principio-da-extraoperabilidade>> Acesso em 16. Out. 2016

³ POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016. p.227-228

⁴ BRASIL. Lei n.11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.

artigo 422, §1º Código de Processo Civil 2015, sendo aplicados subsidiariamente na Justiça do Trabalho.

Exemplificando-se, tendo por finalidade uma melhor compreensão do referido conceito, pode-se citar a impugnação de testemunha do reclamante por parte do advogado da reclamada, com alegação de que a testemunha tem interesse na causa por serem amigas íntimas no Facebook.

Nessa hipótese, percebe-se o Juiz por meio do Princípio da Conexão pode utilizar o mundo virtual para refutar a alegação da parte, para que, seja conferido a veracidade das alegações esposadas.

Atesta-se, ainda, que o princípio da conexão encerra a mais forte mudança na cultura jurídica e processual, uma que vez que o processo em rede se encontra conectado em dois aspectos. Por esse motivo, diz-se que o princípio da conexão possui natureza reticular e inquisitiva, característica esta que será explanada mais detalhadamente no tópico seguinte.

2.1.2 Características

Apesar de a doutrina jurídica não ser unânime quanto à análise das características inerentes ao princípio da conexão, percebe-se que as diferentes particularidades elencadas pelos autores tendem, salvo raras exceções, a se equivaler. Nesse contexto, para fins didáticos, o presente trabalho examinará tais características com base nas lições de José Eduardo de Resende Chaves Filho, a fim de que, a partir desse parâmetro, possam ser estudadas as distinções e pormenores doutrinários que forem pertinentes.

Para o supracitado autor, são particularidades do princípio da conexão as seguintes: reticularidade e inquisitividade.

2.1.2.1 Reticularidade

Na concepção de conexão reticular, para outros autores, a exemplo de Jose Rover Aires⁵ – denota o fato de que a característica reticular remete a rede, presumindo uma mudança de escala e uma mudança de lógica. Ressaltando que, as várias conexões retiram a linearidade do processo, qualificando o seu caminho em fluxos e ocorrem em tempo real, descartando assim diversas fases desnecessárias como “pedido de vistas”, “concluso ao juiz”, bem como as maçantes numerações de páginas.

⁵ ROVER AIRES, Jose. **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E-Justiça**. 1.ed. Florianópolis: Deviant, 2016. p.33

Nesse sentido, ressalta José Eduardo de Resende Chaves Filho que: “[...]o princípio da conexão reticular torna o processo judicial um fenômeno menos segmentado e seqüencial. Torna os atos menos dedutivos, silogísticos e abstratos, ou seja, tornam-se mais indutivos, consistentes – «consistência referencial» e conectados com o caso concreto”.⁶

Desse modo, verifica-se que a conexão reticular não se diferencia simplesmente pela desmaterialização, mas, sobretudo, pela possibilidade dessa desmaterialização viabilizar a transmissão incessante, em tempo real, do conteúdo dos atos e das práticas processuais. Trata-se, de um processo com uma conexão qualificada, em rede, que, por sua vez, torna o processo judicial um fenômeno menos segmentado e sequencial.

2.1.2.2 Inquisitividade

Segundo a doutrina de José Eduardo de Resende Chaves Filho, dentre outros autores, a inquisitividade do princípio da conexão traduz-se na possibilidade de um mecanismo de racionalização e organização na produção de provas, em que o fato público e notório, em sede de processo eletrônico, opera com ideia de fato comum e conectável.

Acerca da ampliação de fato público e notório Cláudio Brandão Mascarenhas pontua:

Como decorrência do acesso disseminado de informação propiciado pela internet, o Princípio da Conexão amplia a noção de fato público e notório cujo conhecimento pode ser utilizado pelo magistrado no curso do processo por não depender de prova (art.13, inciso I, CPC – **Art.76, inciso I, CPC/2015**) para alcançar todo aquele nela vinculado.⁷[grifo nosso]

Assim, percebe-se que a conexão inquisitiva navega no ciberespaço e utiliza o hipertexto, portanto, abre ao processo a verdade virtual. Em sede prova, verifica-se a possibilidade de busca da verdade real, uma vez que torna os autos conectáveis ao mundo.

2.2 O PRINCÍPIO DA CONEXÃO E A SUA APLICABILIDADE NA SEARA PROBATÓRIA TRABALHISTA.

2.2.1 O princípio da conexão sob a luz do contraditório e ampla defesa.

O processo, como método de solução de conflitos, é um sistema de comunicação, aplicado com ou sem tecnologia, é designado de processo ou sistema processual e está estruturado nos códigos e leis.

Nessa conjuntura, Carlos Henrique Bezerra leite destaca:

⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010.p. 28

⁷MASCARENHAS, Cláudio Brandão. **Processo eletrônico na justiça do trabalho**. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 781.

Etimologicamente, “processo” significa “marcha avante”, do latim *procedere*, ir adiante. Pode-se dizer, então, que o processo é o caminho para a solução do conflito submetido à jurisdição. (...) Em sentido amplo, o processo é o instrumento para a composição dos litígios que emergem da vida em sociedade. Em sentido estrito, é o conjunto de atos processuais que se coordenam e se desenvolvem desde o ajuizamento da ação até o cumprimento ou execução da sentença, para que o Estado - juiz cumpra a sua obrigação fundamental, que é a de entregar a prestação jurisdicional invocada, solucionando as lides ocorrentes, com a aplicação do *direito objetivo*, e entregando o bem da vida a quem tem o correspondente *direito subjetivo* (ou interesse juridicamente tutelado).⁸[grifo do autor]

Ressalta-se que, a utilização dos meios tecnológicos na busca da verdade dos fatos, possibilita uma maior participação processual das partes.

Contudo, é importante destacar que a utilização dos meios tecnológicos, utilizando a internet (princípio da conexão), devem passar pela análise do contraditório e da ampla defesa, sob pena de incurrir o sentido dessa nova ferramenta processual, como bem alerta José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

A virtualidade da conexão – como hipertexto – altera profundamente os limites da busca da prova, pois como se sabe, os links permitem uma navegação indefinida pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por diante(...). No mundo da internet, a escala do que seja fato de conhecimento público aumenta em proporções gigantescas, já que o decisivo não é o conhecimento do fato, mas a possibilidade de acesso a ele, da conexão. É certo que a doutrina, jurisprudência e a legislação vão, com o passar do tempo, estabelecer os limites para a navegação virtual, sob pena de se infundir o caos no fluxo processual, mas essa regulação só indica que de fato o processo reticular coloca os atores processuais em outro mundo, em outra lógica probatória.⁹

Atesta-se, ainda que, com o advento do novo Código de Processo Civil, sendo este aplicado subsidiariamente à Justiça do Trabalho, os artigos 9º e 10º do CPC/2015¹⁰ enfatizam bem a questão do contraditório e da ampla defesa das partes e dos atos do Juiz. E essa a conectividade do Magistrado também está condicionada a interação das partes (princípio do contraditório e da ampla defesa), hoje o ideal é que o Jurisdicionado ao se conectar ao mundo, ao trazer para o processo informações que estão na rede ele tem que passar essas referências para as partes se manifestarem.

Cabe, ainda, transcrever importante lição de Michelle Pires Bandeira Pombo no que tange a importância da utilização do princípio da conexão, sem ferir as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa:

O uso do princípio da conexão para a formação do convencimento do Juiz alarga também o contraditório convencional, na medida em que o fornece um contato mais próximo do julgador com provas disponibilizadas em diversas mídias, como gravações, áudios, entre outros, **umentando qualitativamente o potencial de convencimento judicial acerca da prova**¹¹[grifo nosso]

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.p.448

⁹ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010.p.30

¹⁰ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida
Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ressalta-se, ainda que, no processo virtual tudo é mais instantâneo, a possibilidade de prova é mais extensa, a defesa é mais ampla, ou seja, a participação é muito mais abrangente e exponencial.

Nessa ordem de ideias, e especialmente no âmbito do processo do trabalho, o doutrinador Elisson Miessa¹² aduz sobre a aplicação da concepção hodierna de contraditório e ampla defesa, afirmando que, cada parte processual é solicitada para apresentar as devidas considerações de circunstâncias e de direito, oferecendo as suas provas ou pronunciando-se sobre o valor e resultado de umas e outras.

Desse modo, a utilização dos ambientes tecnológicos na busca da veracidade de circunstâncias, bem como a maior atuação processual das partes no gerenciamento do processo eletrônico, expande o contraditório e ampla defesa, para mais, pressupõe o acesso à mais ampla informação processual. Objetivando, assim, o princípio da conexão sem ferir tais garantias fundamentais.

2.2.2 O princípio da conexão sob a luz da primazia da realidade sobre a forma

Nesse ponto, cabe esclarecer algumas considerações a respeito da primazia da realidade, visto que em sede prova é de suma importância a sua aplicação.

Primeiramente, é importante observar que a primazia da realidade ordena que os fatos devam preponderar sobre a comprovação de documentos, ou, em outras palavras: por mais que haja um registro formal expressando determinada condição ou situação, esse deve ser desconsiderado mediante a constatação de inverossimilhança entre ele e as circunstâncias fáticas, ainda que tenha a assinatura ou confirmação dos sujeitos da relação de emprego.

Nesse contexto, reforça Mauro Shiavi:

O princípio da primazia da realidade das formas se assenta no fundamento de não ser o processo um fim em si mesmo, sendo um instrumento a serviço do direito e também da justiça. De outro lado, mesmo sendo um instrumento, ou seja, um método para resolução dos conflitos, não torna o processo menos importante que o direito material, uma vez que é por meio do processo que o direito ganha vida e se torna efetivo, transformando a realidade. De nada adianta o ordenamento jurídico consagrar o direito, se ele não puder ser materializado por meio do processo.¹³

¹¹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.p. 231-232

¹² MIESSA, Elisson. **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1.ed. Salvador: Juspodvm. 2015.p. 121

¹³ SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo:LTR.2016.p.111

Ressalta-se ainda que, embora a primazia da realidade seja um princípio específico do direito do trabalho, no entanto, por ter caráter probatório pode ser utilizado na justiça do trabalho visando amparar o Magistrado trabalhista em suas decisões.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite faz importantes observações:

Os princípios no âmbito trabalhista se consubstanciam em diretrizes básicas e indispensáveis que perpassam pelas normas trabalhistas regulamentando as relações de trabalho como verdadeiros frutos da luta dos trabalhadores pelos seus direitos. Há princípios que podem ter aplicabilidade tanto no processo comum quanto ao processo do trabalho, deste de que, sejam plenamente compatíveis.¹⁴

Sendo assim, Considerando que o princípio da primazia da realidade elenca a prevalência do que efetivamente ocorreu em detrimento de uma realidade meramente formal, a qual geralmente é fundada em provas documentais, o princípio da conexão serviria como uma força a mais para se buscar alcançar aquilo que efetivamente ocorreu.

Ou seja, a incorporação de novas tecnologias na seara juslaboral traz a possibilidade de uma decisão mais democrática do magistrado trabalhista, operando numa ideia de fato comum e conectável ao mundo, razão pela qual, a atividade de decisão democrática de um juiz na seara trabalhista torna-se muito mais um ato de inteligência (e coletiva), do que um ato de vontade. Não decide ele por saber, mas por conhecer.

2.2.3 Outras formas de aplicabilidade do princípio da conexão

Objetivando enriquecer o debate teórico em torno das aplicações do princípio da conexão na seara trabalhista, é pertinente expor outras formas de aplicabilidade que norteiam este princípio.

Assim sendo, José Eduardo de Resende Chaves¹⁵ cita que a virtualidade da conexão altera extraordinariamente as limitações da prova, pois a utilização de links permite uma navegação surpreende pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por diante. A chamada *Web semântica*¹⁶ vai inclusive levar essa irradiação da informação a níveis inimagináveis.

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed . São Paulo: SARAIVA, 2016.p.65

¹⁵ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma Teoria do Processo em Meio Reticular-eletrônico**. Disponível em: <https://www.academia.edu/28137021/Elementos_para_uma_Teoria_do_Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico> . Acesso em: 15 Out. 2016.

¹⁶ Também conhecida como Consórcio World Wide Web (W3C). A Web Semântica é uma web de dados. Existe uma grande quantidade de dados que todos nós utilizamos todos os dias, e não é parte da web. A visão da Web Semântica é alargar princípios da Web a partir de documentos para dados. Ela permite que humanos e máquinas trabalhem em verdadeira interação. Enfim, a idéia é transformar a web de um mar de documentos em um mar de dados. Há um excelente FAQ em <<http://www.w3c.br/Padroes/WebSemantica>>. Acesso em: 15 Out. 2016

Percebe-se que, o processo informatizado e o princípio da conexão andam juntos, uma vez que torna plenamente possível sua aplicabilidade na seara juslaboral, visto que a prova pode ser esposado na forma de um link, no entanto, a prova eletrônico possui requisitos específicos que objetivam a sua utilização, as quais serão pormenorizadamente explicitadas em tópico particular.

3. ESPECIFICIDADES SOBRE O DIREITO PROBATÓRIO

3.1 DA PROVA NA SEARA TRABALHISTA

Sob luzes sistêmicas, afim de melhor explicar a respeito do princípio da conexão é de grande importância suscitar este instituto de ampla relevância na seara trabalhista. Isso porque a prova tem o condão de convencer o julgador a respeito fatos alegado pelas partes, demonstrando a certeza dos fatos aduzidos em juízo.

3.1.1 Conceito

Resumidamente, pode-se mencionar que a prova é tudo aquilo que se presta a demonstração de um fato controvertido, visando constatar a exata veracidade dos fatos.

Nessa conjuntura, Carlos Henrique Bezerra Leite, faz importantes observações:

Não é unívoco o conceito de prova. No sentido filosófico, é aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, dando-nos a ideia de ensaio, experiência, provação, isto é, o ato de provar, de experimentar, por exemplo, o sabor de uma substância alimentar. Na linguagem da matemática, prova é a operação pela qual se verifica a exatidão de um cálculo. Do ponto de vista esportivo, prova é a competição entre esportistas, que consiste em corrida (a pé, de bicicleta, automóvel etc.), arremesso, salto etc., e na qual buscam classificação.¹⁷

De maneira sucinta, Mauro Shiavi afirma que “[...] as provas são os meios processuais ou matérias considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.¹⁸

Por sua vez, Élisson Miessa faz importantes análises sobre o referido instituto:

Em razão da importância da prova, ela já foi chamada de coração do processo. [...] A prova têm com objeto, portanto, a comprovação dos **fatos controvertidos, pertinentes e relevantes** ao esclarecimento do processo. Não se busca, pois, a comprovação do direito, uma vez que este Juiz conhece(**iura novit curia**). [grifo do autor]

Ou seja, a prova visa à busca da veracidade alegada nos autos do processo, afigura-se que o Juiz do trabalho, em agraciamento à celeridade, à simplicidade e à eficiência do

¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.p.491

¹⁸ SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p.657

processo do trabalho, tem o condão de esclarecer as partes a respeito dos pontos controvertidos que atingirão nas provas, instigando-as a colaborar para a acessibilidade do processo laboral rumo ao julgamento de mérito.

Atesta-se que, o princípio da conexão, em sede de prova, além de condicionar o conteúdo da jurisprudência, vai potencializar a própria instrumentalidade do processo, que passará a ter muito menos amarras e limitações materiais, permitindo para o Juízo um aumento de suas possibilidades probatórias.

A prova tem, portanto, estreita relação com a possibilidade de gozo efetivo do direito assegurado pela ordem jurídica, sob o aspecto objetivo, prova é um aglomerado de meios determinados a demonstrar a essência ou não essência dos acontecimentos que interessam à solução da causa; sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que o Juiz forma sobre a existência ou inexistência de tais fatos. Por esta razão, que o fato probando precisa ser controvertido, relevante e determinado. Características estas que serão explanadas mais detalhadamente no tópico seguinte.

3.1.2 Características

Tendo em vista os conceitos estudados, será destacado três principais características da prova: controvérsia, relevância e determinação. Nesse contexto, para fins didáticos, o presente trabalho analisará tais características com base nas lições de Fredie Didier Jr., a fim de que, a partir desse parâmetro, possam ser estudadas as distinções de doutrinários que forem pertinentes.

3.1.2.1 Controvérsia

Por controvérsia, Fredie Didier Jr.¹⁹ denota que onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. Nesse sentido, prevê o Art. 374²⁰, II e III do CPC que alguns fatos não dependem de prova, tais como: fatos confessados e fatos incontrovertidos.

Como a CLT não têm regra próprio no aspecto, o artigo supramencionado resta aplicável ao Processo Trabalho por força do Art. 769 da CLT que aduz “ Art. 769 - Nos casos

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório** . 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015. p 52

²⁰ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

[...]II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos no processo como incontrovertidos;[...]

omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. Desse modo, passa-se a analisar os fatos confessados e fatos incontroversos, uma vez que são inerentes desta característica até então analisada.

Para Mauro Shiavi²¹ fatos confessados passam a ser no processo como verdadeiros. No entanto, somente a confissão expressa escusa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser eliminada por provas em contrário.

Quanto aos fatos incontroversos, Elisson Miessa²² destaca a ideia que todo fato confessado, ou seja, alegado por uma parte e confirmado pela outra, é incontroverso; mas nem todo fato incontroverso é confesso.

Nessa esteira, a fim de delimitar o fato incontroverso, o Jurista Carlos Henrique Bezerra Leite faz menção ao seguinte exemplor:

[...] o interrogatório de uma testemunha ou a perda de um prazo. É relevante destacar que há alguns fatos que, mesmo diante da confissão ficta ou real, necessitam ser provados. É o que ocorre, por exemplo, com o adicional de insalubridade (ou de periculosidade), pois, mesmo diante da revelia e confissão do réu, o juiz deverá determinar a realização da prova pericial (CLT, art. 195, § 2º) para apurar o fato alegado (existência de ambiente insalubre ou perigos o) pelo autor.²³

Desse modo, verifica-se que a controvérsia recai sobre os acontecimentos alegados pelas partes. É da verdade desses fatos que o Magistrado ficará convencido, por isso nem todo fato relatado pelas partes necessita de provas para ser aceito como verdadeiro.

3.1.2.2 Relevância

O *caput* Art.370 do atual Código de Processo Civil prevê que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Partindo do pressuposto de que as provas são apreciadas com fundamento em juízo de probabilidade – já que é perfeitamente possível que a decisão final do processo seja aplicado o princípio da economia processual – o legislador conferiu liberdade ao magistrado para que, excluam-se as provas que nenhuma interferência podem exercer sobre a decisão da causa.

Nesse contexto, tendo em vista que as provas se assentam no requisito – a exclusão de provas irrelevantes (também conhecida pela expressão *frusta probatur quod probatum non relevant*) – Fredie Didier Jr ressalta que: “[...] A razão é bem simples: se o fato não pode

²¹ SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo: LTr. 2016. p.665

²² MIESSA, Elisson. **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1.ed. Salvador: Juspodvm. 2015. p. 443-444

²³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016. p 200

influir na decisão, a sua prova é claramente desnecessária – trata-se de aplicação do princípio da eficiência.’’²⁴

3.1.2.3 Determinação

Segundo a doutrina Fredie Didier Jr, dentre outros autores, a determinação da prova traduz-se pelo fato probando ser determinado, expondo peculiaridades suficientes que o diferenciem-se de outro que lhes assemelham.

Assim sendo, Mauro Shiavi cita a determinação da prova:

Nem todos os fatos, porém, dever submetidos à atividade probatória, em primeiro lugar, apenas as provas determinadas ao processo e que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los, os fatos indeterminados, isto é, não identificado com a causa. Devem ter sua prova recusada pelo Juiz, sob pena de desenvolver atividade inútil.²⁵

Verifica-se que, em regra, a prova deve ser identificado no tempo e no espaço, já que esta tem a finalidade precípua em ser definida e suscetível. Quanto mais completo for o material probatório, mais corroboradas estarão para se aproximar da verdade.

3.1.3 Meios de Prova

Os meios de prova podem ser sintetizados na seguinte pergunta: como provar? A resposta é obtida pela junção do art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e do art. 369 do NCPC, que aponta no sentido de que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Ressalta-se que, em regra, o ordenamento jurídico admite todos os meios de prova, desde que legal ou moralmente legítimos. De qualquer modo, estabeleceu alguns meios provas típicos tais como: depoimento pessoal e interrogatório, prova testemunhal, prova documental e prova pericial.

No entanto, com o advento de novas tecnologias a doutrina passou a analisar a prova eletrônica como meio de prova, razão pela qual, para fins didáticos será analisa este especifica meio de prova inerente ao trabalho ora esposado.

3.1.3.1 Prova Eletrônica e suas peculiaridades

Contextualizando-se, há que se mencionar que é de ampla sabença, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem o Brasil a trilhar em um caminho de

²⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório** . 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015. p.53

²⁵ SHIAVI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho: de acordo com o NCPC**. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p 663

amadurecimento democrático, fortalecimento das instituições públicas e dilapidação dos direitos e deveres ocultos à cidadania. Tais mudanças, somadas ao aumento do número de processos judiciais, apresentaram ao Poder Judiciário, a necessidade de aperfeiçoamento das suas engrenagens e modernização das suas ferramentas de atuação, à luz dos princípios constitucionais de eficiência e celeridade dos atos.

Diante desse contexto e da implacável inserção dos recursos digitais ao meio jurídico, fez essencial ao legislador a normatização de regras e procedimentos aptos a regular este casamento entre o Direito e a tecnologia da informação, o processo judicial eletrônico.

Sendo assim, o processo eletrônico antes que instrumental, é transversal, porquanto aplica-se indistintamente ao processo civil, ao processo penal, ao processo do trabalho e ao juizado especial, como está explicitado no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 11.419/2006²⁶.

Nessa conjuntura, os Arts. 11 e 13 da Lei n. 11.419/2006²⁷, aplicáveis expressamente ao processo do trabalho (art.1º, § 1º), dispõem sobre a produção, juntada e exibição de documentos produzidos eletronicamente.

Wendel de Brito Lemos Teixeira²⁸ cita prova eletrônica como o meio de prova obtido a partir de um dispositivo eletrônico, por sua vez, Mauro Shiavi entende que prova eletrônica “[...]é uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato.”²⁹

Percebe-se que, o desenvolvimento da tecnologia fez surgir representações do mundo fático em novas plataformas telemáticas. De mesma forma, provas começaram a ser utilizadas das mais diversas formas. Passou-se a utilizar imagens obtidas em redes de relacionamento informático, obter áudio em arquivos digitais, fotografias digitais, comprovação de conversas via software de conversação informática, obtenção de dados de terceiros por softwares maliciosos.

²⁶ Art. 1º Θ uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

²⁷ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

Art. 13. O magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.

²⁸ DIDIER JR, Fredie. et al. **Direito Probatório**: Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil. 5. ed. Salvador: Juspodvm. 2015

²⁹ SHIAVI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p.733

Convém ressaltar que, o princípio da conexão está totalmente interligado a prova eletrônica, uma vez que traz meios eletrônicos ao processo, tornando os autos do processo interligado ao mundo. Sebastião Tavares Pereira, expõe : “[...]o uso das Conexões e a exposição do processo na *internet* (processo *plugado* pelo Pje) metamorfoseiam a noção corrente de autos e de *mundo dos autos* e ameaçam os mecanismos de diferenciação do processo existentes até agora.”³⁰[grifo do autor]

Quanto ao valor probante da prova eletrônica, o Art. 440 do NCPC diz que “o Juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor”. Verifica-se que, o dispositivo traz o entendimento de que a não modificação do documento eletrônico em físico diminui o seu valor probatório, a ponto de esclarecer que Juiz apreciará o valor probante.

Nesse diapasão, Fredie Didier Junior traz importantes observações, aduzindo que:

[...] o documento eletrônico não-convertido em papel não perder, só por isso, a sua eficiência probatória. Seria esdrúxulo se assim o fosse: o original do documento valeria menos que a cópia. Há hipótese de não conversão é assegurada às partes o acesso a seu teor, devendo a parte interessada na juntada da prova providenciar meios para viabilizar tal acesso.³¹

Assim sendo, a prova eletrônica, desde que garantidos quanto à origem e aos seus signatários, serão considerados originais, podendo o juiz determinar a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo. Essas noções continuam válidas no mundo virtual, transformam-se em um conjunto de elementos interconectados. Isso torna as conexões fundamentais para a noção de mundo e mundo dos autos no virtual.

Neste momento, mostra-se oportuno exprimir a respeito dos princípios inerentes ao direito probatório, princípios estes que serão explanados adiante.

3.1.4 Princípio da Prova

Há alguns princípios que norteiam a temática probatória como veremos a seguir.

3.1.4.1 Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa, em sede de prova, para outros autores, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite³² – denota o fato de as partes terem o direito fundamental de manifestarem-se mutuamente sobre as provas apresentadas. Nesse sentido, É importante assinalar, contudo, que, por força do art. 765 da CLT: “Os Juízos e Tribunais do

³⁰ PEREIRA Sebastião Tavares. Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade.

³¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório** . 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015.p 222

³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed . São Paulo: SARAIVA, 2016.p.493

Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Assim, ressalta Élisson Miessa que: “[...] o contraditório é configurado pelo binômio: informação + possibilidade de reação.”³³

Desse modo, verifica-se que às partes é conferido o direito de ter informação das provas colhidas nos autos, sendo-lhe oportunizada a possibilidade de contradita-la, para que possam influir no convencimento do juiz.

3.1.4.2 Imediação

Cumpre mencionar, que, princípio da imediação é de natureza processual e não se confunde com o princípio da imediatidade, que é instituído pelo direito material do trabalho e entende-se pelo lapso de tempo razoável entre a falta investida pelo empregado e a punição aplicada pelo empregador.

Assim sendo, Renato Saraiva cita a imediação em sua obra, aduzindo que:

[...]estabelece que o juiz, como diretor do processo (CLT, art. 765), é quem colhe, direta e imediatamente, a prova. No processo do trabalho, o princípio da imediação está previsto no art. 848 da CLT, que faculta ao juiz, de ofício, interrogar os litigantes, e no art. 852-D (procedimento sumaríssimo), que confere ao juiz ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo, ainda, dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.³⁴

3.1.4.3 Necessidade

O *caput* do Art. 818 da CLT prevê: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Nessa conjuntura, Mauro Shiavi adverte que: “a necessidade esta em que o juiz não pode se deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhes a lei que decida, que forme sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos”.³⁵

Nesse diapasão, em relação a necessidade José Eduardo de Resende Chaves Júnior, faz importantes observações:

Dessa necessidade de demonstrar nos autos suas alegações, surge o princípio da escrituração ou escritura, o qual exige a materialização dos fatos relevantes nos autos. Sob pena de serem ignorados no momento do julgamento. Em razão disso, a doutrina clássica impõe que o Juiz somente pode tomar ciência daquilo que está nos autos, incidindo assim a **máxima *quod non est in actis non est in mundo*** (o que está nos autos não está no mundo)³⁶[grifo do autor]

³³ MIESSA, Élisson. **Curso de Processo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.p. 336

³⁴ SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**-conforme o novo cpc.13. ed. Salvador: Juspodivm.2016.p 46

³⁵ SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p 669

Percebe-se que, o referido brocardo, de certo modo, começa a ser relativizado com a chegada do mundo virtual, em que a rede mundial de computadores aumenta em escalas consideráveis o fato público e notório, permitindo assim o amplo acesso às informações existentes fora dos autos, seja pelas partes, seja especialmente pelo Magistrado.

3.1.4.3 Oralidade

Hoje, o princípio da oralidade é próprio do Direito Processual Civil, embora no Processo do Trabalho, explicitamente, um procedimento de audiência e de partes.

Nesse sentido, Élisson Miessa, destaca:

Embora referido princípio não seja próprio do processo do trabalho, ele têm maior incidência nessa seara, em razão de suas características, em que da prevalência a atos orais, tais como: reclamação verbal (CLT, art.840), defesa oral (CLT, art.847), razões finais orais (CLT, 850) etc. Ademais, como regra, os atos praticados no processo do trabalho ocorrem em audiência, exigindo a presença das próprias partes (CLT, art.843).³⁷

Assim sendo, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento, priorizando a palavra falada, com um significativo aumento dos poderes do juiz na direção do processo, imprimindo maior celeridade ao procedimento e à efetividade da jurisdição, destacando o caráter publicista do processo.

3.1.4.4 Outros princípios inerentes ao direito probatório

Objetivando enriquecer o debate teórico em torno dos princípios probatórios, é pertinente expor os princípios da informalidade e simplicidade, que visam uma garantia a mais na busca da verdade real do magistrado, na seara trabalhista.

Assim sendo, Renato Saraiva³⁸ – cita que o Juiz do Trabalho, em homenagem à informalidade, à simplicidade, tem que o poder de esclarecer as partes referentes às provas.

Por sua vez, Mauro Shiavi³⁹ – denota a ideia que a informalidade torna o sistema processual do trabalho com pouca burocracia, sendo mais ágil e acessível às partes, tornando a prática de atos processuais ocorrer de forma mais simples e objetiva, possibilitando uma maior participação das partes, tendo uma celeridade no procedimento e maiores oportunidades de acesso à justiça ao trabalhador mais simples.

De outra feita, Michelle Pires Bandeira Pombo menciona importantes indagações sobre a simplicidade:

³⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010.p.47

³⁷ MIESSA, Élisson. **Curso de Processo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.p.337

³⁸ SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**-conforme o novo cpc.13. ed. Salvador: Juspodvm.2016. p.336

³⁹ SHIABI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho**: de acordo com o NCPC. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.p.126-127

Os formalismos e a burocracia são os piores vícios com capacidade absoluta de entravar o funcionamento do processo. Os tentáculos que deles emanam são capazes de abranger e de se instalar com efeitos nefastos, pelo que exige-se que a administração da justiça seja estruturada de modo a aproximar os serviços das populações de forma simples, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões.⁴⁰

Verifica-se que, em regra, as demais particularidades referidas pela doutrina são reflexos das que já foram explanadas. Contudo, cumpre mencionar que o princípio da busca da verdade real configura sobre a atuação dos magistrados na colheita de prova, razão pela qual, no próximo tópico, será rebatido a colheita de prova frente ao princípio da conexão.

3.1.5 A busca da verdade real frente ao princípio da conexão

Em face da informatização dos serviços judiciários, estabeleceu-se uma nova realidade processual que não só teve reflexo em aspectos clássicos de princípios processuais, mas também inovou.

Derivado do clássico princípio da busca da verdade real, basilar na fase instrutória do processo, surge o princípio da conexão. Contudo, salienta-se que a busca da verdade real traduz-se na busca pela maior confinidade com os fatos como realmente aconteceu, todavia, essa busca restringia-se aos autos, às provas trazidas pelas partes ou requeridas pelo juiz.

O aperfeiçoamento de um sistema jurídico informatizado abre as expectativas quanto à busca por essa verdade real, deixando a mera análise do formalizado em papel para avançar no campo extenso de informações da rede. Nesse aspecto, José Eduardo de Resende Chaves destaca o impacto no conceito de “fato público e notório”:

A teoria da prova lançou mão do conceito aberto de “fato público e notório” para lidar processualmente com os fatos públicos. No mundo da internet, a escala do que seja fato de conhecimento público aumenta em proporções gigantescas, já que o decisivo não é o conhecimento do fato, mas a possibilidade de acesso a ele, da conexão. É certo que doutrina, jurisprudência e legislação vão, sob pena de infundir o caos no fluxo processual, mas essa regulação só indica que de fato o processo reticular coloca os autores do processo em outro mundo, em outra lógica probatória. [...] Em sede do processo eletrônico, melhor se falar em fato “público e notório”, será, portanto, operar com a ideia de fato comum e conectável. Aqui “comum” entendido também como substantivo, fato extraestatal, não governamental, com acesso aberto pela rede mundial de computadores. Será a possibilidade de conexão por parte do juiz – conexão inquisitiva – o critério decisivo para a inserção da informação na esfera probatória do processo em rede.⁴¹

Percebe-se que, com a facilidade do acesso às informações disponíveis na rede, o Juiz pode formar sua convicção além das provas nos autos formais, tendo uma participação mais ativa. Essa nova perspectiva deve ser admitida com cautela, visto que o uso de elementos

⁴⁰ POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.p.208

⁴¹ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTR, 2010.p29-30

alheios aos contidos nos autos pode contribuir na afetação da imparcialidade do juiz, essa postura mais atuante pode implicar na contaminação de sua decisão.

É importante ressaltar, que a rede não torna o mundo indistinto do processo. Mas o torna 'conectado' e não totalmente separado do mundo, do mundo virtual de informações e da inteligência coletiva da rede.

Nessa conjuntura, Gustavo Gonçalves Gomes⁴² traz a ideia de que o ordenamento processual trabalhista adotou como premissa básica a tomada de decisões judiciais pautadas no livre convencimento motivado dos Magistrados. Corrobora tal assertiva o disposto no art. 765 da CLT, que confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ampla liberdade na direção do processo. Para tanto, os magistrados do trabalho “velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.⁴³

Nota-se que, na verdade, a questão do princípio da conexão, torna ainda mais dramática o estabelecimento dos limites do mundo dos autos frente ao mundo virtual. E no mundo virtual, por mais que se queira o contrário, não há o desmonte do famoso adágio a que se refere (o que não está nos autos não está no mundo). O que está acontecendo é que novos meios de registro, de mais simples uso e amplitude, foram criados. E, portanto, o mundo dos autos, devidamente registrado, ganhou riqueza e detalhes.

No que tange aos poderes instrutórios do Magistrado, Alexandre Freitas Câmara⁴⁴, em elucidativa análise de direito comparado sobre o mesmo assunto, lembra que há no mundo basicamente dois modelos: de uma lado, ordenamentos jurídicos que não atribuem ao Juiz qualquer poder de iniciativa probatória, de outro, ordenamentos que atribuem ao Juiz(em maior ou menor medida) tal poder.

Além disso, ao conduzir a fase instrutória, o Juiz deverá sempre se atentar friamente a todos os princípios jurídicos envolvidos, considerando, ao mesmo tempo, diversos fatores: a natureza da causa, as partes, os valores jurídicos envolvidos na demanda, a importância de determinada prova para a formação do seu convencimento, entre outros. É exatamente esse espírito do princípio da conexão, o que trará maior liberdade de atuação para o Magistrado e segurança às decisões judiciais.

⁴² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório** . 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015.p. 319 - 321

⁴³ Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do juiz e do processo civil democrático**. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.153, nov.2007. p.215-216

4. O PRINCÍPIO DA CONEXÃO E A BUSCA POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DE QUALIDADE.

Destaca-se, desde já, que o processo tradicional considera o entrelaçamento da democracia e o direito, consubstanciados no conceito de Estado Democrático de Direito. Já o processo virtual infere-se na percepção antecedente da interligação entre democracia digital e os direitos da cidadania em rede.

O Princípio da conexão, é resultante do serviço *imediato* prestado ao instrumento (o processo) e *mediato* aos fins do Direito, lançado num estágio de subordinação a dois níveis bem definidos de princípios aos quais não podem de forma alguma serem violados, o contraditório e a ampla defesa. Ela só pode validamente ser utilizada no processo se esses dois conjuntos de normas não forem feridos. Por isso o comando de aprimoramento do princípio da conexão estipula que a tecnologia deve ser incorporada ao processo respeitando-se os princípios do processo (devido processo tomado procedimentalmente) e os fins do Direito.

Diante desse cenário, o processualista Cláudio Brandão Mascarenhas⁴⁵ sustenta que os princípios orientadores da incorporação tecnológica ao sistema processual tem força inferior à dos princípios do processo e do Direito, valores esses que não podem sofrer enfraquecimentos ou deturpações. O processo é instrumento. A técnica é instrumento do instrumento e deve ser tomada exatamente nesta medida subalterna de dupla subordinação.

Percebe-se que, a partir do surgimento da rede, da internet, da conexão, esse princípio passa naturalmente a ser atenuado, relativizado, flexibilizado. Lutar para não sufocar os autos - e o Juiz - com essas novas possibilidades de registro é o grande desafio que está posto no momento. Quer dizer, especificar, de tudo isso, o que está no mundo dos autos e o que não está é muito mais dramático e difícil. Mas o juiz se deve orientar exclusivamente pelo que está no mundo dos autos, uma ideia rica e fundamental para o processo.

De maneira sucinta, Michelle Pires Bandeira Pombo indaga que: “[...]O processo eletrônico implica consideráveis *mudanças na gestão material e humana dos órgãos judiciais*, mormente na forma de operacionalizar o processo judicial, exigindo mudanças consideráveis nas rotinas e práticas tradicionais.”⁴⁶

Nesse diapasão, percebe-se que o processo em rede amplia a possibilidade de prova produzida pelas próprias partes, como pelo Magistrado. Essa mudança de processo

⁴⁵ MASCARENHAS, Cláudio Brandão. **Processo eletrônico na justiça do trabalho**. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.p.334

⁴⁶ POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.p.121

tradicional, para um processo judicial mais sistêmico, viabiliza decisões mais rápidas, tornando a Justiça do Trabalho, um órgão jurídico que realmente cumpra com a celeridade processual. Porém, esta amplitude de produzirem-se provas, deve sempre passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa.

Cumpra mencionar, que o Juiz é o único destinatário da prova do processo do trabalho e a ele cabe analisar a necessidade de sua produção. Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁷ faz uma distinção bem clara acerca dos papéis a serem desempenhados por cada um dos partícipes da relação processual – denota a ideia que às partes cabe somente alegar e provar os fatos; a interpretação do direito, por sua vez, é incumbência exclusiva do Juiz. Quer dizer: ao Magistrado, basta que as partes provem os fatos. Por isso cumpre a ele, e somente ele, definir o que deverá ou não ser provado.

Desse modo, verifica-se que quando se está elaborando uma decisão, o Magistrado, na seara trabalhista, com a utilização do sistema processual não pode responder diretamente perguntas simples como: o autor recebeu horas extras ao longo da contratualidade? Em que meses e quantas, pagas com que acréscimo? Elas correspondem às praticadas conforme os controles de jornada (supondo a existência de ponto eletrônico)? Foram observados os acréscimos convencionais aplicáveis em cada mês? Recebeu insalubridade, em que meses, em que grau e qual a base de cálculo? Recebeu FGTS, em que meses e quanto?.

Independentemente da resposta, importa consignar que não é por falta de recurso tecnológico. O estado da arte da tecnologia da informação permite elaborar por meio do princípio da conexão, nos casos em que tais informações existam e possam ser recebidas em formato adequado – e o artigo 11 da Lei 11.419/2006⁴⁸ refere-se amplamente ao documento eletrônico -, responder com simplicidade, rapidez e segurança a tais perguntas.

5. A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA RELATIVA AO PRINCÍPIO DA CONEXÃO

Ultrapassando-se o campo doutrinário, a jurisprudência já tem registrado a aplicação deste novel princípio. Acredita-se que o primeiro acórdão a tratar, explicitamente sobre a *conexão*, veio do TRT da 3ª Região (Minas Gerais) e foi relatado por um especialista no assunto, o Desembargado José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed . São Paulo: SARAIVA, 2016.p.543-544

⁴⁸ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

"EMENTA: PRINCÍPIO DA CONEXÃO – OS AUTOS ESTÃO NO

MUNDO VIRTUAL. Na atual era da informação em rede, na qual o “poder dos fluxos (da rede) é mais importante que os fluxos do poder” (CASTELLS), já não pode mais vigorar o princípio da escritura, que separa os autos do mundo. A Internet funda uma nova principiologia processual, regida pelo novo princípio da conexão. O chamado princípio da escritura - *quod non est in actis non est in mundo* - encerrou no Código Canônico a fase da oralidade em voga desde o processo romano e até no processo germânico medieval. Com advento das novas tecnologias de comunicação e informação e as possibilidades ampliadas de conectividade por elas proporcionadas, rompe-se, finalmente, com a separação rígida entre o mundo do processo e o das relações sociais, porquanto o link permite a aproximação entre os autos e a verdade (real e virtual) contida na rede. O princípio da conexão torna naturalmente, por outro lado, o processo mais inquisitivo. A virtualidade da conexão altera profundamente os limites da busca da prova. As denominadas TICS passam, portanto, a ter profunda inflexão sobre a principiologia da ciência processual e redesenham a teoria geral tradicional do processo, a partir desse novo primado da conexão." (Processo 0001653-06.2011.5.03.0014, relator: Des. José Eduardo de Resende Chaves Júnior, 1ª Turma, j. 25/06/2012).⁴⁹

Percebe-se que, o que se deve ter em mente, contudo, é que essa possibilidade do princípio conexão abrir perspectivas interessantes quanto à busca da tão almejada verdade real – *rectius*: verdade virtual e, além disso, transformar enormemente o jogo do cálculo processual das partes(reclamante e reclamado) quanto ao ônus da prova. Essa viabilidade vai, até mesmo, confluir no sentido de tornar o processo um instrumento mais ético, pois o aumento da expectativa de busca da verdade virtual será correspondente à redução da alegação e negação de fatos virtualmente verificáveis.

Outra confirmação do Princípio da Conexão ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em Pernambuco. O Magistrado utilizou o *Google Street View* para desmentir a alegação da parte sobre a não citação devido a existência de várias empresas no mesmo endereço. O Juiz afastou a rescisória após consultar o Google e constatar que as edificações eram separadas não ensejando a confusão de endereços. Cumpre salientar, que a inovação utilizada pelo Douto Magistrado foi bem aceita, conforme notícia no site do TRT⁵⁰:

⁴⁹ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (3ª. região). Recurso Ordinário nº 01653201101403003. Recorrente: Maria da Glória Trindade. Recorrido: Conselho Central de Belo Horizonte. Relator: des. Jose Eduardo Resende Chaves Jr. Minas gerais, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124294886/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1653201101403003-0001653-0620115030014>>

⁵⁰ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (6ª. região). Ação Rescisória nº 00005167.2013.5.06.0000. Autor: Equalis - Promoção, Organização de Cursos e Eventos LTDA. Réu: Bruna Gomes Duarte. Relator: Juiz Convocado Paulo Alcantara. Pernambuco, 21 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2014/03/11/foto-extraida-do-google-maps-serve-como-ferramenta-de-convencimento-em-decisao>>

A utilização de uma imagem para subsidiar uma decisão judicial motivou a discussão para o aperfeiçoamento Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, o sistema oficial de publicações dos órgãos da Justiça do Trabalho. Por ser uma situação inédita, o programa, até então não dava suporte a divulgação de imagens no corpo da publicação. Atualmente, a equipe de desenvolvimento do software do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) trabalha para viabilizar a demanda/novidade.

Ao analisar os recursos da plataforma do Processo Judicial Eletrônico (PJe), para inserir as imagens integrantes de seu voto, o juiz Paulo Alcântara descobriu uma outra funcionalidade que vai tornar mais prática a verificação de intimação das partes no processo eletrônico. É que se verificou que a imagem do Aviso de Recebimento (AR) pode ser colada junto à certidão, antes, as informações ficavam em folhas separadas. Essa novidade será aplicada pelas varas, gabinetes e secretarias que utilizam o PJe.

Ou seja, o princípio da conexão propõe um importante eufemismo ao princípio da escritura, pois permite que o juiz verifique a existência ou circunstância de fatos relevantes para o deslinde da lide no mundo virtual, de ofício, inclusive. Foi o que ocorreu no acórdão da terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho de n. AIRR-3981/2007-664-09-41.8.14 embora a ementa não faça referência, o referido acórdão admitiu a prova da existência de grupo econômico a partir de informações colhidas no *site* de internet da empresa recorrida. Veja-se um trecho extraído do referido acórdão, onde consta a aplicação prática do princípio da conexão:

PRELIMINAR DE NULIDADE — NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL Alegação(ões): — violação do(s) art(s). 5º, LV e 93, IX da CF.

— divergência jurisprudencial. Sustenta que a Turma, mesmo instada a manifestar-se sobre pontos relevantes do julgado, negou-se a apreciar e esclarecer as questões colocadas, no que pertine à configuração do grupo econômico. Assevera que a Turma não enfrentou corretamente a questão posta nos embargos de declaração. De tal sorte, pugna pela declaração de nulidade total da decisão. Consta do v. Acórdão: Da página oficial da terceira Reclamada (Vivo S/A) na internet

(www.vivo.com.br/portal/institucional) extrai-se que a empresa é controlada pelo grupo Portugal Telecom, que também é proprietário da segunda Reclamada (Mobitel S/A), como se verifica do *site* do grupo (...). A defesa da segunda Reclamada (Mobitel S/A) reconhece que o grupo Portugal Telecom detém ações da companhia (fl. 218).

(...).Assim, observa-se que as empresas Mobitel e Vivo têm a mesma controladora, corroborando a configuração de grupo econômico. Saliente-se que a aparente autonomia de cada uma delas não descaracteriza a existência de grupo econômico trabalhista, a teor do disposto no art. 2º, § 2º, da CLT, impondo -se a responsabilidade solidária entre a segunda (Mobitel) e a terceira (Vivo, antiga Global Telecom) Reclamadas. (...)⁵¹

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-3981/2007-664-09-41.8. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, data do julgamento: 18/02/2009. 3ª Turma. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3643996/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3981411120075090664-398141-1120075090664/inteiro-teor-10880734>>

Parece bastante intuitivo que a migração do processo, na forma como conhecemos, para o ambiente eletrônico ou virtual trará sensíveis alterações aos institutos que conhecemos, modificando algumas práticas, extinguindo umas e introduzindo outras.

Nessa conjuntura, O Juiz do Trabalho Substituto Dr. Valternan Prates Filho, atuante no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, deixa claro em suas decisões quando traz ao processo documentos que eram para ser juntados pela parte reclamada. No entanto, em consultando ao mundo virtual busca sua verdade real, conforme verifica-se a seguir:

NULIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO – ORGÃO PÚBLICO. Embora a reclamada não tenha trazido quaisquer documentos ao Processo, inclusive o citado Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o MPT e o Estado do Amapá, o teor da defesa disposta faz menção à questão de ordem pública, no caso, que teria sido violado o princípio moralizador Constitucional do Concurso Público, já que se reporta à uma nulidade envolvendo um estado da federação e a Procuradoria do Trabalho da Região.]Por a questão envolver matéria de ordem pública, embora, como citado, a ré tenha negligenciado a produção de provas, sem a juntada de documentos importantes ao adequado deslinde da relação Processual, tem o Judiciário o dever de investigar a idoneidade do vínculo laboral discutido. Para tal fim, e levando em consideração que um termo de ajustamento de conduta consiste num pacto envolvendo Direitos molecularizados, é possível considerar as questões que lhe são objeto, de conhecimento notório, de forma à investigação dever perpassar pela natureza jurídica das Caixas Escolares e a licitude das contratações de trabalhadores(envolvendo, assim, o autor).O juízo requisitou em audiência, com lastro no Art.765 da CLT, abrindo prazo para as partes se manifestarem, o termo d e ajustamento de conduta firmado entre Governo do estado do Amapá e o Ministério Público do trabalho. Alicerçado no Princípio da Conexão, esse juízo, em pesquisa na rede mundial de computadores, acessou o TAC 31/2013 (http://www.prt8.mpt.gov.br/transparencia/termos_de_ajuste_de_conduta), o qual já se afirmou ser de conhecimento notório na região.⁵²

Desse modo, certo é que o sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o que significa dizer que o Magistrado não fica preso ao formalismo da lei, razão pela qual, a viés utilização do princípio da conexão lastrea-se por questões suscitadas pelas partes (reclamante e reclamado), que por vez, o Juiz afasta o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual”. Assim, assentando que o Juiz pode dar a prova o valor que entender adequado.

⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Sentença nº 0000074-12.2016.5.08.0207. Relator: Juiz Substituto Valternan Pinheiro Prates Filho. Macapá, AMAPÁ, 19 de outubro de 2016. **Diário Oficial da União**. Macapá. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/397229097/andamento-do-processo-n-0000074-1220165080207-rtord-20-10-2016-do-trt-8?ref=topic_feed>

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, compreende-se que, apesar de possíveis críticas quanto aos novos dispositivos atinentes a utilização do princípio da conexão na processualística probatória na seara juslaboral. No entanto, este instituto possui a salutar intenção de simplificar os procedimentos processuais em disposições decisórias do Magistrado.

Sendo assim, o profissional do Direito deve almejar a efetividade processual em detrimento das exacerbadas filigranas jurídica. Afinal, há que se atentar que em meio a debates que, certas vezes, mostram-se puramente abstratos e exagerados, existem problemas concretos a serem resolvidos. Nesse sentido, ressalta que o direito do jurisdicionado não pode ficar vulnerável a armadilhas jurídicas advindas de discussões jurídicas que se olvidam de que há problemas reais para serem resolvidos pelo instrumento que é o processo.

O que se percebe é que o princípio da conexão em outra ordem, distinta da tradição da escritura, pois traduz a combinação do imaterial do eletrônico, com o viés reticular e telemático das novas tecnologias de comunicação, informação e combinação – rectius: conexão.

O processo de papel é a própria encarnação da separação entre os atores do processo e o mundo. O que não está nos autos não está no mundo. É o processo individual, isolado do mundo. É preciso, pois, desenvolver-se uma tecnologia jurídica, propriamente dita, para lidar com um novo processo, que conectará os autos ao mundo. Utilizar os mesmos princípios processuais do processo de papel seria o mesmo que operar o computador com tacape. Se imaginar que uma folha de papel tem a mesma repercussão política e social de um monitor em rede, de uma interface do computador, estaremos perdendo a oportunidade histórica de fazer a tão diferida revolução no processo judicial.

O processo não é um fim em si mesmo. Logo, conclui-se que, seja em prol da crítica ou do elogio acerca dos dispositivos vindouros, deve-se buscar a garantia de uma maior eficiência e acessibilidade aos jurisdicionados, que é a razão de ser do processo.

7. REFERÊNCIAS

AIRES, Jose Rover. **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: Estudos sobre E- Justiça.**

1.ed. Florianópolis: Deviant,2016.

BRASIL. Lei n.11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Sentença. 0000074-12.2016.5.08.0207

.Relator: Juiz Valterman Pinheiro Prates Filho. Macapá, Amapá. 19 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/397229097/andamento-do-processo-n-0000074-1220165080207-rtord-20-10-2016-do-trt-8?ref=topic_feed>

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6ª. região). Ação Rescisória nº 00005167.2013.5.06.0000. Autor: Equalis - Promoção, Organização de Cursos e Eventos LTDA. Réu: Bruna Gomes Duarte. Relator: Juiz Convocado Paulo Alcantara. Pernambuco, 21 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2014/03/11/foto-extraida-do-google-maps-serve-como-ferramenta-de-convencimento-em-decisao>>

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª. região). Recurso Ordinário nº 01653201101403003. Recorrente: Maria da Glória Trindade. Recorrido: Conselho Central de Belo Horizonte. Relator: des. Jose Eduardo Resende Chaves Jr. Minas gerais, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124294886/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1653201101403003-0001653-0620115030014>>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-3981/2007-664-09-41.8. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, data do julgamento: 18/02/2009. 3ª Turma. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3643996/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3981411120075090664-398141-1120075090664/inteiro-teor-10880734>>

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do juiz e do processo civil democrático. Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.153, nov.2007.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do processo eletrônico.** São Paulo: LTR, 2010.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico.** Disponível em: <<https://www.academia.edu/28137021/Elementos>>

_para_uma_Teoria_do_Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico>. Acesso em: 15 Out. 2016.

DIDIER JR, Fredie. et al. **Direito Probatório: Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodvm.2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria da prova, direito probatório**. 10. ed.Salvador: JusPodivm .2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed . São Paulo: SARAIVA, 2016.

MASCARENHAS, Cláudio Brandão. **Processo eletrônico na justiça do trabalho**. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIESSA, Élisson. **Curso de Processo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

MIESSA, Elisson. **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 1.ed. Salvador: Juspodvm. 2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Processo eletrônico e o princípio da extraoperabilidade: a conexão a serviço da causalidade (informação), da estrutura (operação) e da juridicidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35718/processo-eletronico-e-o-principio-da-extraoperabilidade>> Acesso em 16. Out. 2016

POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho-conforme o novo cpc**.13. ed. Salvador: Juspodvm.2016.

SHIAMI, Mauro. **Manual de Processo do Trabalho: de acordo com o NCPC**. 10. ed. São Paulo:LTr.2016.



**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO E PESQUISA
CAMPUS SANTIAGO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

TATIANA DOS SANTOS MAJEWSKI

**DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO PELOS DIREITOS
HUMANOS: análise comparativa entre o Brasil e a Argentina sob os limites da
justiça de transição**

SANTIAGO/RS

2017



TATIANA DOS SANTOS MAJEWSKI

**DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO PELOS DIREITOS
HUMANOS: análise comparativa entre o Brasil e a Argentina sob os limites da
justiça de transição**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus Santiago.**

**Orientador: Prof. Me. Fernando
Hoffmam**

SANTIAGO/RS

2017



TATIANA DOS SANTOS MAJEWSKI

**DA DITADURA MILITAR À REDEMOCRATIZAÇÃO PELOS DIREITOS
HUMANOS: análise comparativa entre o Brasil e a Argentina sob os limites da
justiça de transição**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção de grau de Bacharel
em Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Santiago.**

_____, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Fernando Hoffmam
URI - Campus de Santiago/RS

Prof.
URI – Campus de Santiago/RS

Prof.
URI – Campus de Santiago/RS



Dedico este trabalho às vítimas e as suas respectivas famílias que passaram por violações de Direitos Humanos.



AGRADECIMENTO

Dedico essa dissertação, primeiramente a Deus, por guiar todos os meus passos. À minha família, que está sempre torcendo por mim, me dando forças para seguir. Mãe, por ser a mulher em quem me espelho, por ser minha base; sempre com belas palavras, as quais me trouxeram conforto e paz para conseguir fazer um bom trabalho e concluir cada semestre. Vó Zélia, pelos seus ensinamentos, imensamente grata à senhora, sou esta mulher, futura bacharel em direito. Irmão, por estar junto comigo nesta fase importantíssima da minha vida.

Aos meus amigos, Tanira, Eduarda e Fernanda – famoso quarteto da URI -, Jeferson e lury, obrigada por cada momento compartilhado, experiências que levarei comigo, que fazem jus a frase clichê: “da faculdade para a vida!”.

Gratidão aos professores pela dedicação e puxões de orelha que tive ao longo da minha vida acadêmica.

Em especial, ao meu orientador, Fernando Hoffmam, que sempre me incentivou para a realização deste trabalho e pelos outros que ainda virão. Obrigada por me ajudar quando precisei e não mediu esforços para tal.

O saber se aprende com os mestres. A sabedoria, só com o corriqueiro da vida.

(Cora Coralina)



RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso teve por objetivo realizar uma reflexão acerca de o nosso país ter uma justiça de transição tardia em comparação com a Argentina, além de fazer uma análise referente aos crimes de violações de direitos humanos no período da ditadura militar à redemocratização, e como estes foram julgados, ou, as formas de solução para ter uma efetiva justiça de transição. O devido apoderamento do entendimento à Lei da Anistia, bem como, o importante mecanismo para o diálogo jurisdicional entre cortes nacionais, argentinas e Corte Internacional de Direitos Humanos na ampliação da proteção e conteúdo dos direitos humanos. Todavia, argumentar-se-á a justiça transicional usada pela Argentina por ser considerada o modelo da América Latina; e, ao dispor o caso Almonacid Arellano, no Chile, este também considerado exemplo de justiça. Contudo, em paralelo com o Brasil, foi abordado a (in)efetiva justiça de transição, bem como, a posição da justiça perante os crimes cometidos pelos maiores responsáveis pelas violações de direitos humanos e garantias constitucionais, durante o regime militar. Além das considerações dadas pelo relatório final da Comissão Nacional da Verdade.

Palavras-Chave: Justiça de transição. Ditadura militar. Lei da Anistia. Direitos humanos.



ABSTRACT

This final project aimed to conduct a reflection on our country for having a transitional justice late in comparison with Argentina, besides making an analysis on crimes of human rights violations during the military dictatorship until re-democratization, and how they were judged, or the forms of solution to have an effective transitional justice. The proper empowerment of the Amnesty Law understanding, as well as the important mechanism for the judicial dialogue between national courts, Argentinian's and International Court of Human Rights in the expansion of content and protection of human rights. However, it will be argued to transitional justice used by Argentina as the Latin America's model; and, having the Almonacid Arellano case in Chile, also considered an example of Justice. However, simultaneously with Brazil, it will be approached the (in)effective transitional justice, as well as the position of Justice in view of the crimes committed by those most responsible for violations of human rights and constitutional guarantees, during the military regime. In addition to the considerations given by the final report of the National Truth Commission.

Keywords: Transitional Justice. Military dictatorship. Amnesty Law. Human rights.



LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Infográfico sobre o Relatório Final da CNV.....	48
--	----



LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

AI-1 – Ato Institucional nº 1

AI-2 – Ato Institucional nº 2

AI-3 – Ato Institucional nº 3

AI-4 – Ato Institucional nº 4

AI-5 – Ato Institucional nº 5

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ARENA – Aliança Renovadora Nacional

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNV - Comissão Nacional da Verdade

DEIC - Delegacia de Investigações Criminais

Fleury - Sérgio Fernando Paranhos Fleury

Jango – João Goulart

Lei 6.683 – Lei de Anistia

LSN – Lei de Segurança Nacional

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

URSS – União Soviética

Ustra – Carlos Alberto Brilhante Ustra

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DA DITADURA À ABERTURA DEMOGRÁFICA: a experiência brasileira e argentina	13
2.1 Da ditadura à redemocratização brasileira pós-1988	13
2.2 As leis da anistia na experiência brasileira e argentina: entre déficits e necessidade.....	24
3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO COMPLETO: o caso brasileiro e argentino.....	34
3.1 A justiça de transição na América Latina e em especial na Argentina	34
3.2 Por uma efetiva justiça de transição brasileira: memória, verdade e justiça	42
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	54

1. INTRODUÇÃO

A justiça transicional é consagrada recentemente, mas, de extrema importância, após o período de regimes militares que fizeram parte dos países do Cone Sul; saber a verdade e reconciliar-se com o passado é dever do Estado para que este passado não retorne e para que se tenha um futuro pacífico.

No presente trabalho será abordado o golpe de Estado no Brasil ocorrido entre os anos 1964/1985, marcado pela repressão, tortura, censura, autoritarismo, extinção de garantia constitucionais, isto é, a violação de direitos humanos era rotineiro.

Posteriormente, após grandes manifestações, foi promulgada a Lei da Anistia (6.683/79), no sentido de valorizar as vítimas do regime militar, em controvérsia foi de forma lenta e controlada pelos opressores, beneficiando além das vítimas do golpe militar, os militares responsáveis pela tortura, morte e desaparecimento de opositores do regime.

Ao ter uma análise comparativa com o país vizinho, a Argentina, o Brasil apresenta uma justiça de transição tardia. A Argentina também passou por golpes de Estado, experiências estas similares à brasileira. Outrossim, o país argentino também promulgou a Lei da Anistia em 1983, forma de não punir os opressores pelos crimes contra a humanidade.

Ainda no mesmo ano, o Congresso argentino revogou a Lei da Anistia por ser inconstitucional, porém, o governo interrompeu os avanços referentes aos crimes por interferência dos agentes militares. Mas, com as decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, proporcionou a recuperação dos julgamentos pelos crimes ocorridos durante a ditadura militar naquele país.

Diferentemente da Argentina, o Supremo Tribunal Federal ainda em 2010 julgava a Lei da Anistia como válida, não levando em consideração o direito internacional, qual seja, os tratados em que o país faz parte, e, muito menos a revisão da lei ora mencionada, de acordo com a Constituição Federal de 1988; em outras palavras, parte dela ligada ao esquecimento, de forma inefetiva e quase inexistente.



A justiça transicional na América Latina mostra-se de grande relevância para fortificação do atual regime. Ao detalhar a justiça de transição da Argentina e da América Latina, o caso do Chile; aduz que é intenso o descaso por parte do Estado brasileiro.

As vantagens advindas de uma justiça transicional efetiva são inúmeras, entre elas, o direito à memória, à verdade e à justiça, estabelecendo como única forma de valorizar as vítimas do regime repressivo e os direitos humanos, bem como, a tentativa de cicatrizar uma ferida permanente.

Assim, o trabalho mostra-se de extrema relevância para a sociedade, eis que a ditadura militar acaba atingindo todas as pessoas, direta e indiretamente. Afinal, devida às grandes manifestações nesses últimos anos, pessoas indo às ruas pedindo a intervenção militar ou retorno da ditadura, solicitação que se mostra vir de um desconhecimento sobre o assunto, e, ainda, o papel fundamental de uma justiça de transição efetiva.

É clara também relevância do tema proposto na seara jurídica, não só pela necessidade de apoderamento da justiça de transição pelo direito brasileiro, bem como, pela necessidade de conhecimento de tal instituto pela academia, sobretudo, no que tange à graduação.

A monografia desenvolveu-se por meio dos parâmetros metodológicos, como método de abordagem, o dedutivo, uma vez que é analisado como a temática da justiça de transição atua na busca da verdade e justiça, (ponto específico/particular).

O método de procedimento, com a finalidade da realização do presente trabalho, será elaborado através de um estudo interpretativo, monográfico, histórico e comparativo, assim, o tema é analisado em sua plenitude.

Além das técnicas de pesquisa utilizadas foi a de documentação indireta, pois a pesquisa tem como fontes livros, revistas jurídicas, artigos científicos, teses, monografias, dissertações e a legislação pertinente.

Ademais, a escolha do tema se enquadra na linha de pesquisa mestra do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Campus Santiago), qual seja, Direito, Memória, Justiça e Cidadania.

2. DA DITADURA À ABERTURA DEMOGRÁFICA: a experiência brasileira e argentina

No primeiro momento deste capítulo, será feita uma abordagem história, desde os primórdios do Golpe de Estado, no período de 1964 a 1985, também conhecido como “anos chumbo”, marcado pela repressão, tortura, censura, autoritarismo, extinção das garantias constitucionais, isto é, a violação de direitos humanos era rotineiro. Além, de fazer uma análise às medidas adotadas para a redemocratização brasileira para uma efetiva justiça de transição.

O segundo momento deste capítulo refere-se a uma análise comparativa da Lei da Anistia brasileira e argentina no contexto da insuficiência e imposição; o entendimento das Cortes Superiores, qual sejam: o Supremo Tribunal Federal à Lei nº 6.683/79 e a Corte Suprema de Justiça da Nação a frente da leis que englobam a anistia - Ponto Final e a da Obediência Devida. E, a contribuição do posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1 Da ditadura à redemocratização brasileira pós-1988

A ditadura militar apropriou-se do controle econômico, político e social. O que gerou os mais brutais crimes vivenciados pela população brasileira; repressão para àqueles que eram opositores ao regime ou, simplesmente, por serem considerados comunistas, além de tortura seja física, moral ou psicológica; a censura, exílio, prisão, desaparecimento forçado.

O presidente João Goulart estava no poder desde 1961, onde enfrentou crises políticas por meio de sua posse, no qual, sustentava e garantia reformas sociais, econômicas e políticas. No entanto, a extrema direita via com outros olhos, estes, consideravam Jango como “amigo dos comunistas” (NAPOLITANO, 2014).

Anteriormente, Jânio Quadros planejou um Golpe de Estado, porém, a sua renúncia intempestiva, o mesmo tinha finalidade de ‘calar a voz’ dos opositores no Congresso Nacional e fechá-lo (TOLEDO, 2004).



Do ponto de vista político existia o propósito de setores militares de extrema direita e também de setores civis que por imposição de ideias, entendiam que era preciso interromper o “regime populista” de João Goulart, pois acreditava que estava levando o país à república sindicalista para posteriormente ao comunismo. Além de devastado por constantes crises de poder e institucionais.

Em meio a Guerra Fria, os Estados Unidos estava desfazendo de aliados de sua própria localidade, então, ao analisarem o Brasil e dar a relevância da política na América do Sul, era infactível perder a influência que o Brasil representava. Também, o Estado era exercido por grande poder capitalista norte-americano. Além de, o extremismo de ideologias da Guerra Fria, onde a visibilidade dos Estados Unidos era que se o Estado brasileiro instalasse o socialismo, este iria espalhar-se de forma quase ‘uniforme’ para os outros Estados da América Latina (JÚNIOR, 2013).

O golpe de 1964 apenas aconteceu por causa das “linhas duras” das forças armadas e por parte dos empresários nacionais, no qual, davam apoio para a embaixada americana, inclusive, agências. O golpe de Estado veio selar as tentativas fracassadas anteriormente (TOLEDO, 2004).

A ditadura militar instaurou-se no Brasil, a partir de um golpe de Estado na data 31 de março de 1964, e conseqüentemente a queda do governo do presidente João Goulart (Jango), em razão de que suas políticas contrariavam os militares e civis, setores estes mais conservadores de toda a sociedade brasileira (ANTONIOLLI, 2010).

Por outro lado, há, também, a pressão por parte de alguns setores mais radicais da esquerda, estes ligados aos conceitos marxistas, para a postulação de reformas bases e econômicas. De acordo com o historiador Jorge Ferreira,

os grupos de esquerda exigiam as reformas, mas também sem valorizar a democracia [...] A direita sempre esteve disposta a romper com a legalidade, utilizando-a para defender seus interesses econômicos e privilégios sociais. As esquerdas, por sua vez, lutavam pelas reformas a qualquer preço, inclusive com o sacrifício da democracia. (FERREIRA, 2004, s.p).¹

¹Neste cenário refere-se “sacrifício da democracia”, pois, o momento político era muito crítico, em razão que, previamente teria que garantir a estabilidade do país, para, somente, posteriormente realizar as reformas de base. Inclusive, o PTB (grupo de Leonel Brizola), estava pressionando o João Goulart para colocar em prática plano de metas, dentre elas a reforma agrária.



O objetivo inicialmente era para combater o fantasma do comunismo, de forma provisória. O golpe foi muito mais do que isso, por um lado o golpe contra as reformas políticas-sociais, nos quais, eram defendidas por vários setores da sociedade brasileira, e, o outro lado a concretização de um golpe que já vinha a muito antes de 1964 (TOLEDO, 2004). Um período marcado pelas atrocidades, repressões políticas, censuras, desigualdades, torturas, que duraram por mais 21 anos.

Mas, a oposição das propostas de Jango tinha como cenário o elo perturbado entre os Estados Unidos e a URSS (União Soviética), após a Segunda Guerra Mundial. Assim, os Estados Unidos passaram a julgar o comunismo como a maior ameaça mundial (DEL PRIORE; VENÂNCIO, 2001).

O governo norte-americano começa, então, a procurar a extensão de políticas internacionais, incluindo o Brasil. O mesmo dará apoio ao golpe civil-militar. Em abril de 1964 foi decretado o Ato Institucional nº 1, que dava poderes excepcionais ao Executivo. Por meio deste ato, o Congresso Nacional elegeu para presidência da República o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco (FICO, 2004).

Através do AI-1, o Comando Supremo da Revolução cassou os direitos políticos dos últimos três presidentes: Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart, além de vários políticos contrários ao golpe.

Humberto Castelo Branco – chefe do Estado Maior das Forças Armadas - foi o primeiro presidente militar a governar o Brasil no regime ditatorial, nos anos 1964 à 1967. No congresso apresenta sua “promessa” de mandato, conforme suas próprias palavras,

cabia a ele cumprir plenamente os elevados objetivos do movimento vitorioso de abril, no qual se irmanaram o povo inteiro e as forças armadas na mesma aspiração de restaurar a legalidade, revigorar a democracia, restabelecer a paz e promover o progresso e a justiça social (REZENDE, 2001, p. 68).

Seu propósito inicial era ser “liberal” e prometia restaurar a democracia com todas as garantias constitucionais individuais e eleitorais do Estado, e, dar um fim na “anarquia” do governo de Jango (REZENDE, 2001). Desta forma, os episódios posteriores a este discurso foram divergentes da promessa tratada pelo mesmo,



sendo apenas uma parcela do que ainda estava por vir, se tratando de um regime totalmente autoritário.

De forma alienada, o golpe militar foi um 'trunfo' para uma parte da população brasileira, que celebravam a destituição do governo de Jango e o suposto fim de um "indício comunista" (OLIVEIRA, 2003). Segundo Cristiane Oliveira,

o regime implantado em 1964 contribuiu também para a generalização de uma prática de pressão psicológica que podemos chamar de "lavagem cerebral", que consistia num conjunto de pressões exercidas sobre determinadas pessoas com tal intensidade, que lhes acarretava uma espécie de desestruturação da personalidade e acabando por induzi-las a aceitar passivamente, determinadas orientações de comportamento (OLIVEIRA, 2003, p. 30).

A população brasileira não teria vontade própria, aliás, haveria a violação dos direitos humanos aqueles que teriam críticas ao governo autoritário e voz ativa. A tortura foi o método mais utilizado, rotineiramente, em interrogatórios aos opositores. Refere-se Magalhães,

com o advento da ditadura militar no Brasil, e em nome da Segurança Nacional, instalou-se um complexo sistema repressivo para combater a subversão e, ao mesmo tempo, reprimir preventivamente qualquer atividade considerada suspeita por se afigurar como potencialmente perturbadora da ordem (MAGALHÃES, 1997, p. 2).

No entanto, espalharam-se por todo o Estado, manifestações, protestos estudantis e também lutas operárias, aumentando as ameaças, denúncias e protestos contra o regime militar, apesar de toda a repressão. Inclusive, aqueles que eram a favor da ditadura militar como, por exemplo, os empresários, jornalistas, a igreja católica e os políticos, passaram a fazer oposição ao regime (ARNS, 1985).

Lembrando ainda que grandes empresas de jornais, no teatro e na música mostraram-se insatisfeitos pelas atrocidades em massa, sofridos pelo autoritarismo. Geradores de opiniões contraditórias ao método político utilizado pelos militantes foram ameaçados, torturados, desaparecidos e até assassinados (ANTONIOLLI, 2010).



Assim, foi promulgada uma Lei governamental que restringe as comunicações do Brasil, por meio da Lei de Imprensa. Ou seja, o governo ditatorial promove a censura de comentários, críticas e oposições, para que não chegassem aos telespectadores brasileiros.

Ainda no período civil-militar de Castelo Branco foram criados os Atos Institucionais nº 2 ao 4, sendo respectivamente: O AI-2, aumentava o poder do presidente para cassar mandatos políticos, extinguiu os antigos partidos políticos e criava um bipartidarismo: Aliança Renovadora Nacional (ARENA), do governo e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), de oposição; AI-3 decretava o fim das eleições diretas estaduais, tornando-se os governadores indicados pelo presidente e os prefeitos, pelos governadores; e, o AI-4 permitia a gênese de uma nova Constituição que fortalecia o poder do presidente e enfraquecia o Legislativo e o Judiciário (FICO, 2004).

Último ano de seu mandato, Castelo Branco, promulga um novo Decreto Lei 898/69, com base na Doutrina da Segurança Nacional – surgiu nos Estados Unidos durante a Guerra Fria -, sua função era para controlar e observar a sociedade civil e, para aqueles que não cumprissem tal decreto, haveria diversas punições. Assim, em 15 de março de 1967, surtiu o término do governo de Castelo Branco, o mesmo cita um discurso

Não quis nem usei o poder como instrumento de prepotência. Não quis nem usei o poder para a glória pessoal ou a vaidade dos fáceis aplausos. Dele nunca me servi. Usei-o, sim, para salvar as instituições, defender o princípio de autoridade, extinguir privilégios, corrigir as vacilações do passado e plantar com paciência as sementes que farão a grandeza do futuro... E se não me foi penoso fazê-lo, pois jamais é penoso cumprirmos o nosso dever, a verdade é que nunca faltaram os que insistem em preferir sacrificar a segurança do futuro em troca de efêmeras vantagens do presente, bem como os que põem as ambições pessoais acima dos interesses da Pátria. De uns e outros desejo esquecer-me, pois a única lembrança que conservarei para sempre é a do extraordinário povo, que na sua generosidade e no seu patriotismo, compreensivo face aos sacrifícios e forte nos sofrimentos, ajudou-me a trabalhar com lealdade e com honra para que o Brasil não demore em ser a grande nação almejada por todos nós (SESSÃO COMEMORATIVA, 2006, s.p).



No mesmo dia, o General Arthur da Costa e Silva é empossado ao cargo de Presidente, permanecendo até o ano de 1969, quando destituiu do cargo em razão de uma trombose cerebral grave.

Foram promulgados na totalidade de dezessete atos institucionais durante o período da ditadura militar, sendo o mais rigoroso o Ato Institucional nº 5, através do mandato do presidente Costa e Silva, um dos motivos é pelo acúmulo das manifestações contra o regime. Para uma melhor compreensão do ato (PORTAL LEGISLAÇÃO, 2011),

Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Suspende a garantia do habeas corpus para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências (PORTAL DA LEGISLAÇÃO, 2011, s.p).

O AI-5 entrou em vigor no ano de 1968, que consolidou ainda mais o Poder Executivo permitindo o presidente vedar o congresso, demitir, remover juízes e funcionários públicos, e cessar os direitos políticos dos cidadãos durante dez anos. Além de ser o ato mais violento, foi o outro golpe de Estado, violando os direitos garantidos aos cidadãos, por intermédio da censura (FICO, 2004).

Menciona-se que o governo de Costa e Silva, também ficou reconhecido pelo crescimento na área econômica e a contenção da inflação. Porém, em agosto de 1969, quando o Costa e Silva se afastou, uma junta militar o substituiu, mantendo-se até outubro daquele ano (NAPOLITANO, 2014).

Desta forma, nomeiam o general Emílio Garrastazu Médici (1969/1974) ao novo Presidente do país, excepcional período que o regime militar apoderou-se de estabilidade política e uma grande evolução na economia, superando a crise do país sendo chamado ainda de “milagre econômico” (ALVES, 2005). Ressaltando que seu governo ficou conhecido também por “anos de chumbo”, o auge pela intensa repressão e violência contra os opositores.



Médici fez uso expressivo da propaganda política e dos meios de comunicação (ALVES, 2005), focando o crescimento da economia do país e para vangloriar-se de plena capacidade de cumprir suas metas, com o fim de convencer a população brasileira.

A 'moderação' do regime-civil-militar prevaleceu no mandato do general Ernesto Geisel, sucessor de Médici, no período de 1974 à 1979, porém, ainda mantendo a repressão e ameaças, mas, retornou os partidos políticos e teria a promessa da reabertura para a democracia de forma "lenta, gradual e segura". É importante lembrar que após o período de "milagre", o desenvolvimento gradual do empobrecimento prosseguiu nos anos posteriores (GASPARI, 2003).

A oposição política – Movimento Democrático Brasileiro (MDB) - começa a ganhar espaço e ganharam nas eleições senatoriais de 1974, e, os militares conservadores – linha dura -, não contentes com os caminhos do governo Geisel, começam a promover ataques clandestinos aos membros da esquerda .

Os interrogatórios seguidos de torturas tornaram-se mais frequentes aos formadores de opinião, opositores do regime militar e, aos comunistas, além de pessoas desaparecendo sem maiores conhecimentos.

No ano de 1975, chamaram o diretor de jornalismo da TV Cultura, Vladimir Herzog, para manifestar-se sobre sua suposta ligação comunista, o mesmo sofreu torturas e posteriormente foi encontrado morto. A versão dos militares seria que Vladimir teria se enforcado, porém, há denúncias de jornalistas que também estavam aprisionados no local, que ele teria sido assassinado sob tortura pelas dependências dos militantes (PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA, 2014).

Ainda, naquele ano, aconteceu um caso semelhante, o operário Manoel Fiel Filho, foi morto sob tortura pelos militares na detenção de DOI-Codi – Exército de São Paulo (AGÊNCIA BRASIL, 2016). A população cada vez mais se opõe à ditadura militar, não aceitando as limitações e repressões impostas naquele regime.

Então, o político Armando Falcão, no ano de 1976, promulgou a Lei Falcão, no sentido de restringir a propaganda política, nos meios de comunicação, com a finalidade de limitar o máximo a oposição, para que a situação ocorrida nas eleições de 1974 não repetisse em 1978.



Ademais, em 1977, foi criado o pacote de abril, com o objetivo de delimitar a representação parlamentar. A primeira medida foi fechar o Congresso Nacional e colocar em recesso após a recusa da aprovação da lei da reforma do Poder Judiciário, cujo a maioria era do MDB; manteve as eleições indiretas para os cargos de governador e deputado federal (MAGALHÃES, 1997).

Outrossim, a Lei ora mencionada, determinou a extensão do mandato presidencial para o prazo de seis anos. E, em seu último ano de governo, Geisel, revogou o Ato Institucional nº 5, este foi o mais cruel do período.

No ano 1978, entra em vigor a Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620/78). Cumpre salientar que a LSN, é análogo ao Decreto Lei 898/79; a lei, ora mencionada, destacava em seu art. 3º, caput, que “A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva” (BRASIL, 1978).

Ou seja, qualquer ato que no atual regime é considerado como legal, a Lei de Segurança Nacional destacava que oposição ao regime autoritário haveria consequências, o que se tornava facilmente para os agentes responsáveis pudessem perseguir (RIGONI, 2013).

Diante do exposto, no ano de 1978, houve a criação do Comitê Brasileiro da Anistia, reunindo vários setores da sociedade brasileira em busca da redemocratização, surgindo a transição política.

Por novas eleições indiretas, em 1979, é nomeado ao cargo de Presidente o general João Baptista de Oliveira Figueiredo e, após grandes manifestações, em 28 de agosto do decorrente ano, decreta a Lei de Anistia nº 6.683 (MARTINS, 2010). O 1º artigo da Lei e § 1º da Lei:

é concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer



natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (BRASIL, 1979, s.p).

A referida Lei, também caracterizada como forma de esquecimento de um regime autoritário que governava pelo uso da força e cometia atrocidades. Ao invés de valorizar apenas as vítimas do regime militar, também beneficiou aqueles que cometeram crimes contra a humanidade, violando os direitos humanos das formas mais desumanas que se possa imaginar. Anistiando então, os torturadores, repressores, membros dos setores que fizeram um dia extinguir os direitos humanos (ABRÃO, 2009).

A Lei da Anistia foi considerada como o marco inicial da transição para um governo democrático no país, mas, somente com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 passou-se a falar em processo de transição e a sociedade começou a demonstrar preocupação com os episódios de horror ocorridos no passado, um regime-civil-militar que governava pelo uso da força. Desde então, iniciam-se as indagações acerca da viabilidade de reparações as vítimas ou as respectivas famílias que estavam em busca da justiça (ABRÃO, 2009).

Ainda no governo de Figueiredo, com a pressão política por parte do MDB na Câmara e no Senado, obriga o governo elaborar uma nova Lei Orgânica dos Partidos, presumia-se a extinção do MDB e da Arena e a criação de novos partidos, encaminhando-se para uma abertura a democracia. À medida que o governo criou o Partido Democrático Social (PDS), o MDB alterou-se para PMDB, além do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Popular (PP). (PANEBIANCO, 2005).

Ainda com as fortes manifestações, também ocorreram diversos atentados terroristas por parte dos militares linha-dura. O mais explícito aconteceu no Riocentro, na Barra da Tijuca - Rio de Janeiro, na noite de 30 de abril de 1981. Havendo a explosão de duas bombas, uma delas foi em um carro particular, onde estava dois militares do DOI-Codi, no estacionamento de um espetáculo de música, promovido pelo Centro Brasil Democrático (TAVARES, 2010).

Durante seu mandato, no qual, foi marcado pela degradação da crise econômica tanto nacional quanto internacional, devido as altas taxas de juros



internacionais e por consequência o descontrole dos índices de inflação e também o aumento da dívida externa do país (TAVARES, 2010).

Neste mesmo período, os sindicatos se fortaleceram e pela insatisfação dos trabalhadores surgiram os movimentos sindicais. Postulando as primeiras greves contra os reajustes salariais. No entanto, as greves conquistaram forças e os trabalhadores estenderam suas reivindicações em benefício das mudanças políticas.

Após 20 anos de ditadura militar originaram-se as grandes manifestações, Diretas Já, onde se uniram diversas classes em prol do retorno da democracia, fortificando os sindicatos. Com a pretensão das próximas eleições serem diretas, inclusive a proposta foi colocada em votação na Câmara dos Deputados e foi rejeitada em 1984.

Assim, em 1985 ocorreram novas eleições indiretas, elegendo o primeiro presidente civil Tancredo Neves, mas este faleceu antes mesmo de assumir a presidência, então o seu sucessor José Sarney assumiu o país como presidente da “Nova República”, após o período do regime autoritário.

No ano de 1988 a nossa vigente Constituição Federal, estipulou a votação direta para novas eleições de presidente da República. Garantindo ainda, os direitos humanos, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o fim da censura, e, também, que crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

O retorno da democracia no Brasil foi definido por dois períodos, sendo o primeiro o processo transacional do regime-civil-militar antecedente para a instauração de uma democracia e, por fim seria a efetiva vigência deste governo democrático (O'DENNELL, 1992). Assim, este processo transacional apresenta quatro políticas para uma efetiva democracia. De acordo com os doutrinadores,

promoção da reparação às vítimas; fornecimento da verdade e construção da memória; regularização das funções da justiça e restabelecimento da igualdade perante à lei e, por fim, reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos. (ABRÃO; TORELLY, 2010, p. 108).

Este seria o suposto objetivo para uma efetiva justiça de transição, porém elevou-se uma democratização que grande parte estava focalizada no esquecimento e em continuar apoiando a Lei da Anistia. O processo transicional está ligado a



permanência do Estado Democrático de Direito, para que o passado não retorne. Segundo Abrão,

numa visão, (...), de princípio sobre os direitos humanos, nenhuma sociedade saudável poderia ser edificada tendo como base o esquecimento dos abusos, uma vez que a verdade e a justiça seriam pré-requisitos para a consolidação democrática e a prevenção de novas atrocidades (ABRÃO, 2009, s.p).

A sociedade brasileira queria uma solução referente à ditadura-civil-militar que causou dor e sofrimento, todos queriam a possibilidade de valorizar as vítimas e suas respectivas famílias, no qual se indagava o direito de justiça.

O regime ditatorial finalizou, embora com a redemocratização o entendimento do Supremo Tribunal, guardião da nossa Constituição Federal de 1988, conforme em seu art. 102, caput, obstruía que os crimes que violavam os direitos humanos, cometidos pelos opressores que viessem a ser processados.

O Brasil apresenta grande dificuldade em políticas efetivas que visem a integralidade do processo de transição. Em relação à extensão, a Lei de Anistia e a interpretação insistente do Supremo Tribunal Federal, institui a maior dificuldade de uma justiça transitiva completa. Logo, o país se encontrava em contraditório das decisões internacionais e um dos únicos da América Latina que não contestou as leis de imunidade referente às autoridades da Ditadura Militar, autores de violações sistemáticas e de direitos humanos.

Ao ter uma análise comparativa com o país vizinho, a Argentina, o Brasil apresenta uma justiça de transição tardia. A Argentina também passou por golpes de Estado, experiências estas similares à brasileira. O suposto objetivo da justiça de transição no Brasil é permanecer o Estado Democrático de Direito, tendo como características: ajudar às vítimas do regime autoritário, a busca da verdade e construção da memória, recomposição da igualdade perante a lei e a garantir o fortalecimento da democracia, sendo assim, refrear violações ao princípio da dignidade humana novamente. Este é o ideal para que seja alcançada a justiça de transição, porém, ainda, há muitas lacunas no nosso processo transicional, onde parte dela está focada ao esquecimento e à impunidade.



Nosso país tem dificuldades, porém há relevantes ações em busca do resgate da memória e da verdade ocorridos no regime de repressão, tais como: a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos; a Comissão da Anistia, implantada pelo Ministério da Justiça em 2011. Alguma das consequências do Brasil seguir a política de não memória, são:

As violações sistemáticas dos Direitos Humanos pelo Estado durante o regime ditatorial são desconhecidas pela maioria da população, em especial pelos jovens. A radiografia dos atingidos pela repressão política ainda está longe de ser concluída, mas calcula-se que pelo menos 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses de 1964; cerca de 20 mil brasileiros foram submetidos a torturas e cerca de quatrocentos cidadãos foram mortos ou estão desaparecidos. Ocorreram milhares de prisões políticas não registradas, 130 banimentos, 4.862 cassações de mandatos políticos, uma cifra incalculável de exílios e refugiados políticos (BRASIL, 2009, s.p).

O Brasil alterna entre um empenho para solucionar o passado de violações e a rejeição das ocorrências e das consequências desse passado repressivo. Aliás, diversas vezes os militares opressores negaram os abusos cometidos. (VIOLA, 2012).

Em 2012, foi criada a Comissão Nacional da Verdade (Lei 12.528/2011), ficou incumbido para investigar em um prazo de dois anos, para um longo ciclo de violações, ou seja, desde 1946 a 1988. De qualquer modo, com base nos dados do governo federal, a Comissão adquiriu 1121 depoimentos, sendo 132 de agentes públicos, visitou 20 estados (BRASIL, 2014).

Sua finalidade é de resolver um passado violento e repressivo para que não retorne, exercendo a recuperação dos direitos violados, em pretensão da memória, verdade, auxiliando ainda na recuperação das vítimas e das famílias das vítimas, sendo estes as principais características de uma justiça de transição efetiva. Segundo Almeida a justiça de transição significa,

Justiça de transição como o conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase de atuação não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro (ALMEIDA, 2010. p. 41).



Salienta-se que a Comissão ela tem o papel de investigar os casos ocorridos, mas não tem competência de processá-los criminalmente, esta seria o ofício da justiça. Mas, a mesma irá apresentar justificativas ao Estado para que tome providências penais cabíveis. Importante frisar que enquanto o Estado não se reconciliar com seu passado, os vestígios de um passado conhecido pelas violações de direitos humanos serão permanecidos.

Diante do exposto, o direito à memória e à verdade, nos proporcionou de forma indireta, o fortalecimento da democracia e a inconformidade que a forma de governo autoritário não retorne, da mesma forma, que o direito à justiça para que não voltem a violar a Constituição Federal, princípios ou os direitos humanos; incluindo o reparo às vítimas e suas respectivas famílias.

Com isso, se faz necessário também o entendimento perante a lei da anistia brasileira e suas discussões diante o Supremo Tribunal Federal, esta que contribuiu para que o Estado tenha uma justiça de transição tardia em um paralelo com o país vizinho, a Argentina.

2.2 As leis da anistia na experiência brasileira e argentina: entre déficits e necessidade

No dia 28 de agosto de 1979, a lei da anistia brasileira foi promulgada através da Lei 6.683, no qual, esqueceria os crimes cometidos por ambos os lados, foi bem construída – no sentido negativo -, para defender os interesses da ditadura militar, onde ela permite interpretações ambíguas e vagas. A ditadura civil-militar brasileira foi muito hábil em capturar essa brecha da anistia e colocar tudo nesta lógica do esquecimento.

A referida lei tramitou pelo parlamento dando um grau de legitimidade. Contudo, a lei foi promulgada nos termos em que os governantes daquele regime queriam, por este motivo, há uma concepção falsa que a lei tem essa legitimidade, pois, tramitou no Congresso Nacional (BORGES, 2012).

A anistia que se pedia naquele momento, era basicamente, a libertação dos presos políticos e a responsabilização de quem tinha cometido crimes de torturas,



desaparecimento forçado, assassinato e exílio, ou seja, não era uma anistia pensada em termos de impunidade de forma recíproca.

Em contrapartida, foi o marco inicial para a redemocratização, e por um fim aos grandes protestos da sociedade brasileira, em busca da punição para os que cometeram crimes contra a humanidade e a reparação para àqueles que sofreram qualquer tipo de violação de direitos humanos.

As objeções quanto à Lei da Anistia, iniciariam a ser ouvidas no início do ano de 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, quando foi implementada na Câmara dos Deputados, uma comissão para dedicar-se exclusivamente as indagações alusivas aos direitos humanos (OLIVEIRA, 2010).

Todavia, às respectivas famílias das vítimas quisessem mudar a Lei da Anistia, principalmente para que houvesse a condenação àqueles que cometiam violações. Eram informados, que o momento era para reivindicar uma reparação (MIRANDA, 1999).

Em 2001, foi implementada uma Medida Provisória para a criação da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, por meio da Lei 10.559/2002, onde está mencionada o direito de reparação à vítima pelos crimes de perseguição política, no período de 1946 a 1988, através de indenizações do Estado. Visto que a pessoa é declarada como anistiada política se faz um prosseguimento alusivo a reparação econômica, no qual, ela faz jus.

A nossa legislação aprovada pelo Congresso Nacional, indica duas formas de reparação econômica na seguinte forma: para quem havia um vínculo laboral na época da perseguição política, a lei estabelece – nos dias de hoje - este deve receber uma indenização equivalente a prestação mensal permanente continuada, de forma fixada por dois modos: a) pelo valor correspondentes ao cargo que este ocuparia, caso não fosse afastado arbitrariamente de seu trabalho, com a retroatividade de 5 anos anteriores a data do pedido; b) a Comissão da Anistia possa arbitrar conforme os valores de mercado atual.

Já a segunda possibilidade de reparação econômica é para aqueles que não haviam um vínculo laboral, na época do regime autoritário, caso comum é dos



estudantes, e, a lei fixou um parâmetro indenizatório de 30 salários mínimos por ano de perseguição política (ABRÃO, 2014).

Mas, há a percução judicial, referente a possibilidade de julgar e processar os agentes públicos que cometeram crimes contra os direitos humanos. Então, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil moveu uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, em 2008, à extensão da Lei da Anistia, pois não haveria reparação as vítimas do regime. Ressaltando ainda que a Lei infringia o princípio da dignidade humana na Constituição Federal de 1988 (VENTURA, 2010).

O Conselho da OAB amparou em sua ação alguns pontos primordiais, em particular, os princípios que foram feridos devido aos agentes do regime, no qual, receberam a anistia pela a prática de crimes de violação aos direitos humanos e, para isto, eram remunerados através do dinheiro público; além de, a lei nº 6.683/1979 foi “votada” no plenário, mas, totalmente controlada pelos autoritaristas, intervindo por eleições indiretas e sancionada pelo Presidente Figueiredo (PEIXOTO, 2015).

Então, no ano de 2010, o entendimento majoritário no julgamento da ADPF nº 153, por 7 votos à 2, decide que a Lei nº 6.683/79 era válida, impedindo a execução de pena aos criminosos. Os dois votos divergentes foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O relator, o Ministro Eros Grau, era contra a ADPF, seu entendimento era pelo motivo que em um Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não é competente para alterar o texto da lei. Logo, a revisão da lei da anistia, tem competência ao Poder Legislativo (STF, 2010). Segundo o mesmo,

O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal, repito-o, não incumbe legislar (ADPF nº 153, STF, s.p).

Mas o real intuito da ADPF era uma nova interpretação à lei da anistia perante em conformidade dos princípios fundamentais e vigentes em nossa Constituição



Federal de 1988, no qual, predominasse a ideia do movimento inicial pela anistia, que repugna a anistia para todos (OLIVEIRA, 2010).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos compõe o Sistema Internacional, julga apenas os Estados que fazem parte, ou seja, que assinaram tratados de direitos humanos, conseqüentemente aceitam a competência da Corte para julgar e processar os casos em que internamente o Estado ainda não processou.

Então, quanto as sentenças da Corte, o artigo 67 dispõe

Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (SÃO PAULO. PGE, 1969, s.p).

Então, no ano de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos obteve uma petição pertencentes as violações de direitos humanos e suas garantias ocorridas na Guerrilha do Araguaia, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem pelo Estado brasileiro.

O referido Caso de Gomes Lund e outros vs. Brasil, também conhecido como a Guerrilha do Araguaia foi um combate armado que decorreu na zona rural brasileira (Pará, Maranhão e Goiás), contra os pró-Partido Comunista do Brasil, no período de 1972 a 1974. Em nome do Exército praticaram crimes de tortura, assassinato, desaparecimentos forçados, repressão, estupros; por conta da sustentação da ordem e a imposição de respeito àquele regime (AGUIAR, 2016).

Mas, também, o combate era contra os militares linha-dura, com a finalidade de acabar com a ditadura militar, era aproximadamente 6 mil soldados, em luta, contra 90 guerrilheiros (PENA; SIMAS, 2010). Todavia, era 66 vezes, aproximadamente, a mais do que continha de guerrilheiros, um combate covarde, onde, até a presente data, muitos destes guerrilheiros não foram encontrados.

Neste período, a CIDH empenhou-se buscar acordo entre as partes, qual seja, as vítimas e suas respectivas famílias que almejavam ter uma reparação pelos danos



causados durante a ditadura militar, e, a República Federativa do Brasil. Então, o caso foi submetido a Corte Interamericana, no ano de 2009, conforme o processo

em virtude de sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (doravante “PCdoB”) e camponeses da região, (doravante “as vítimas” ou “as vítimas desaparecidas”) (OEA, 2009, s.p).

Ocorre que a Corte Interamericana dava razão às vítimas e as famílias das vítimas das violações, ocorridos no caso Guerrilha Araguaia. A Corte Interamericana interpretou que a Lei da Anistia era inconstitucional sendo contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, condenou o Estado brasileiro por violar um dos tratados, e não aceitar a decisão da Corte. Consta a declaração da Corte,

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, 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, e tampouco 37 podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal [...].
O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos[...] (OEA. CIDH, 2010, s.p, grifo da autora).

No entanto, a Corte impôs a investigação de todos os crimes que infringiam os direitos humanos, obrigando-o investigar e processar os responsáveis na forma da lei interna do país (GARCIA, 2012). Porém, o Estado não há interesse em condenar os agentes responsáveis pelos crimes cometidos durante o autoritarismo.

Importante frisar que em nenhum momento, ao julgar a ADPF nº 153, foi empregado o Direito Internacional Público, onde destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinado em 1948; e, a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio também do mesmo ano, que estão em vigência e em controvérsia no país (VENTURA, 2010).

Outro ponto introspectivo utilizado na votação a favor da inconstitucionalidade da ADPF nº 153, o Brasil aderiu a Convenção Americana de Direito Humanos em



1992, momento consecutivo ao da promulgação a lei de anistia, esta em 1979, o que poderia esclarecer a carência de referências internacionais no caso brasileiro, posto que na época da criação da referida lei, o Estado brasileiro não fazia parte da Convenção (PEIXOTO, 2015).

Na contestação deste argumento, o ministro Lewandowski em seu voto, enquanto o Estado for incorporado a Convenção, necessitaria verificar o posicionamento versando a investigação dos crimes que violavam a dignidade da pessoa humana. Independentemente que tenha aderido a Convenção após decretar a Lei 6.683/1979, pois, é dever do Estado brasileiro garantir os direitos e garantias dos cidadãos (PEIXOTO, 2015).

A Lei nº 6.683/1979 afronta alguns princípios fundamentais protegidos pela nossa Constituição, tais como: o princípio da não ocultação da verdade, o da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o republicano.

Por mais que o país tenha só aderido a lei de tortura no ano de 1997, e consequentemente na ditadura militar não era considerado crime, na mesma época o AI-5 mencionava a dignidade humana e tal ato já era repellido pelos direitos humanos no mundo (GARCIA, 2012).

Para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a lei da anistia é considerada “autoanistia” para os agentes que cometeram crimes no regime repressivo.

Foi criada também, a Comissão Nacional da Verdade, denominada pela Lei 12.528/2011, que permite apuração às investigações de atrocidades acerca do período militar, permitindo que às vítimas dos crimes cometidos tenham voz ativa e contem a sua versão sobre a ditadura militar (NÚCLEO DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA POLÍTICA, 2011).

O ofício da Comissão da Verdade é,

mesmo as chamadas comissões da verdade devem fazer parte de um processo construtivo que empreste relevância ao esclarecimento dos fatos. Ainda que uma Comissão da Verdade nada possa garantir, em termos de “cura”, de “luto” ou de efetiva ‘reconciliação’, espera-se que ao menos possa produzir um conflito sobre a memória brasileira no que concerne ao período da ditadura (PORTO, 2012, s.p).



Desta forma, o Brasil apresenta dificuldade em políticas efetivas que visem a integralidade do processo de transição, em comparação com os países da América Latina, em especial, a Argentina. Mesmo que a efetividade a justiça de transição seja essencial para o país, pois, são incontáveis as vantagens através desta e o mais importante o fortalecimento da democracia.

Em 1976, a “Guerra Suja”, período este, também conhecido como o último golpe de Estado, na Argentina. A ditadura militar mais violenta que terminou em 1983, buscava silenciar os opositores ao regime, tendo a tortura com aliada, com aproximadamente, 30 mil pessoas assassinadas. Inclusive, especificadamente neste regime autoritário, o Poder Judiciário foi pouco demandado para a resolução de conflitos que tratasse de crimes políticos. Segundo Anthony Pereira,

O número de casos que foram a julgamento, até mesmo em tribunais militares, foi pequeno. O procedimento repressivo mais comum, entretanto, era a captura de pessoas pelas forças policiais e militares, que, então, levavam os presos a um dos 365 centros de detenção secretos, onde eram interrogados e torturados, para depois desaparecerem sem explicação ou registro. Estima-se que entre vinte e trinta mil pessoas tenham sido mortas dessa maneira. (PEREIRA, 2010, s.p).

Assim, afasta-se a proposta de legitimar o regime ditatorial mediante a legalidade, aderiu o trâmite de medidas extrajudiciais abusivas e um combate ao comunismo, sem que ocorresse a contribuição entre os militares e o Poder Judiciário, diferentemente do caso brasileiro.

A partir dos anos 1980, quando houve a queda da ditadura militar, o presidente vigente, naquela época, constituiu a Comissão da Verdade para averiguar os desaparecimentos forçados, assassinatos, torturas cometidos pelos opressores.

Em 1983, foi promulgado a Lei da Anistia, meio de não punir os militantes pelos crimes contra a humanidade. Ainda no decorrente ano, o Congresso argentino revogou a referida Lei por ser inconstitucional pelas manifestações da sociedade.

Na Argentina, no período de redemocratização, criou-se duas leis importantes que abordavam a lei da anistia, são elas: a Lei nº 23.492/1986, conhecida com a Lei do Ponto Final, e a Lei nº 23.521/1987, vulgo, a Lei da Obediência Devida, estas, tiveram sua composição a partir do julgamento e subseqüentemente a condenação



dos membros de Juntas Militares. Contudo, o governo interrompeu os avanços referentes aos crimes, por interferência dos agentes militares, o que ocasionou a promulgação das referidas leis (MARX, 2009).

Los jefes de las juntas militares habian sido juzgados em 1985 ante una câmara federal de apelaciones de Buenos Aires y habían sido declarados culpables de homicídio, tortura o detención ilegal. El juicio duro desde abril has diciembre de 1985 y él prestaron declaración más de 800 personas. Amnistía Internacional calificó el juicio de único em la historia moderna de América Latina, ya que em aquel momento constituía el único caso em que dirigentes gubernamentales que habían presidido um período de graves violaciones de derechos humanos comparecían ante tribunales de su próprio país (AMNISTIA INTERNACIONAL, 2001, s.p)².

A Lei do Ponto Final abordava quanto a extinção das ações penais e as restrições aos julgamentos posteriores. Para alguns críticos, a referida lei é abundante de uma generalidade despropositada, uma vez que ela incluí todos os crimes de uma forma igualitária, não havendo distinções aos mais graves e mais brandos (LÓPES, 2013).

Meses após a promulgação da lei nº 23.492/1986, entrou em vigor a Lei da Obediência Devida, pondera a anistia aos militares com patentes intermediárias (MARX, 2009). A finalidade da lei era poupar os subordinados do regime da ditadura e culpabilizar os comandantes das violações, e estava de acordo com o posição política do presidente Alfonsín (PEIXOTO, 2015).

Entretanto, ambas as leis foram determinadas como nulas, por meio da Lei nº 25.779/2003 e, também, declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema de Justiça da Nação, pois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou a seguinte questão,

Sonin admisibles las disposiciones de amnistia, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de exluyentes de responsabilidade que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones

² Os chefes das juntas militares haviam sido julgados em 1985 antes uma câmara federal de apelações de Buenos Aires e haviam sido declarados culpados de homicídio, tortura ou detenção ilegal. O julgamento duro desde abril a dezembro de 1985 e, eles prestaram declaração mais de 800 pessoas. Anistia Internacional qualificou como apenas o único julgamento na história moderna da América Latina, já que em aquele momento constituía o único caso em que dirigentes governamentais que haviam presidido um período de graves violações de direitos humanos compareciam a tribunais de seu próprio país (tradução livre pela autora).



forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indero gables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ARGENTINA, 2005, s.p)³.

Desta forma, a Corte Suprema de Justiça da Nação declara válida a lei nº 25.779/2003 e a nulidade das leis de anistia - do Ponto Final e a da Obediência Devida-, por reconhecer a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos (PEIXOTO, 2015).

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve um papel fundamental na ordem constitucional. A justiça de transição sucedeu as crises internas durante o regime militar. Os doutrinadores explicam:

Se trataba esencialmente del resultado de la crisis interna del régimen, crisis generada más por omisión que por acción de los grupos sociales y políticos frente al autoritarismo y por la derrota militar (si se deja de lado la contribución importante pero para nada decisiva del movimiento de derechos humanos)” (NOVARO; PALERMO, 2003, p. 469)⁴.

Os relatos das vítimas da ditadura militar argentina começaram transfigurar-se publicamente. Por sua vez, os militantes que governavam pelo uso da força, anunciavam que estavam arrependidos pelos crimes contra a humanidade.

As Cortes Supremas, brasileira e argentina adotaram caminhos diversos pertinentes à lei da anistia provenientes a ditadura militar e também quanto a Justiça de Transição. Infelizmente, o Estado brasileiro negou-se adotar integralmente a sentença dada pela Corte Interamericana de Direito Humanos a frente da lei da anistia, o que prejudicou, de forma absurda, para a efetividade da justiça de transição.

Salienta-se que a Corte Suprema de Justiça da Nação se preocuparam, de forma árdua, com o parecer por parte das fontes internacionais. Para eles, o aspecto de maior relevância para a solução foi o posicionamento da Corte Interamericana de

³ Admissível as disposições da anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis das violações graves de direitos humanos tais como a tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e as desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar os direitos internacionalmente reconhecidos pelo Direito Internacional de Direitos Humanos (tradução livre pela autora).

⁴ Tratava-se essencialmente do resultado de crises internas do regime, crises geradas mais por omissão do que por ação dos grupos sociais e políticos frente ao autoritarismo e pela derrota militar (se deixa de lado a contribuição importante, mas não decisivo, o movimento de direitos humanos) (tradução livre pela autora).



Direitos Humanos, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta última, também agregado – suspostamente – pelo ordenamento jurídico brasileiro, a respeito dos crimes que lesam os direitos humanos e a “autoanistia” (PEIXOTO, 2015).

La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar surepetición futura em cualquier de la comunidade internacional (ARGENTINA, 2005, s.p)⁵.

Tal decisão é no sentido de precaução para que o regime ditatorial seguido de assassinato, tortura, repressão, desaparecimento forçado; para que não retorne um regime autoritário, controlada por militantes linha-dura e conservadores.

Em uma comparação paralela com o Brasil, a Argentina foi ao sentido da interrupção brusca de um regime militar, seja ao retorno da democratização, como ser o país latino-americano que se destacou pelas práticas de julgamentos de líderes do regime repressivo. E, o Brasil além de uma redemocratização lenta e controlada, o STF ainda no ano de 2010 considerava a lei de anistia constitucional, ou seja, não há condenações de líderes que violaram os direitos humanos. Tampouco, não acatou as medidas necessárias, após a condenação do Estado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Ora, face as considerações aduzidas o ato de perdoar, a frente da lei da anistia brasileira, em virtude, de todos àqueles que praticaram atrocidades durante a era do regime militar; esta, não viola apenas a Constituição Federal, assim como, os tratados internacionais de direitos humanos assinados pela União, em especial o Pacto São José. Ainda, as vítimas estão à mercê de um Estado que não tem uma política efetiva.

⁵ A imprescritibilidade destes delitos operam, de algum modo, como uma cláusula de segurança para evitar que todos os restantes mecanismos adotados pelo direito internacional e pelo direito nacional se vem burlados mediante o decorrer do tempo. O castigo deste crimes requer, portanto, de medidas excepcionais tanto para reprimir a conduta como para evitar a repetição futura em qualquer das comunidades internacionais (tradução livre pela autora).

3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO COMPLETO: o caso brasileiro e argentino

No primeiro momento deste capítulo, será analisado o paralelo entre os países Brasil e Argentina ocorre com o intuito de melhor compreender as providências adotadas em cada um dos países e o grau de intervenção dos meios utilizados para a efetivação e permissão democrática, bem como, ao transcorrer um dos principais casos ocorridos na América Latina, mais precisamente no Chile, quais foram as medidas tomadas pelo Estado. Portanto, ao abordar os três Estados, será destacado o caminho traçado por eles em busca da justiça de transição.

Na segunda parte deste capítulo, o enfoque será na justiça de transição brasileira, assim, as considerações advindas pela Comissão Nacional da Verdade, através do seu relatório final; do mesmo modo que serão exploradas as minúcias dos casos dos maiores responsáveis pelas mortes, tortura e desaparecimento forçado do



país por meio da justiça. Por fim, a veracidade do Estado em busca da memória, verdade e justiça ou a sua (in)efetividade de processo transicional.

3.1 A justiça de transição na América Latina e em especial na Argentina

Para dar a contextualização do instituto de justiça de transição far-se-á imprescindível compreender a forma e como aconteceu no cenário latino-americano, em especial na Argentina. E o porquê do país argentino ser considerado exemplar ao se tratar de processo transicional.

A explicação de justiça de transição é abordada pela doutrinadora Teitel, “uma concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada pela resposta legal na confrontação das irregularidades dos regimes repressores anteriores”, isto é, a relação mútua entre o direito e a justiça. (TEITEL, 2003).

Entretanto, para obter justiça, é a preocupação do Estado no ato de investigar, julgar e punir todos aqueles que praticaram crimes contra a humanidade. Neste caso especificamente, há (deve-se) ter consciência da reparação da vítima e de suas respectivas famílias, o direito da memória e a busca da verdade, além de uma reforma institucional como uma forma de segurança para o regime de democracia para que o golpe de Estado não retorne jamais.

Ao se tratar da justiça de transição no mundo há três fases. A primeira fase fundamenta-se nos primórdios no final da Primeira Guerra Mundial. Ainda sim, o termo justiça de transição ficou reconhecido no rumo internacional ao final da Segunda Guerra Mundial, quando os processos vão à julgamento pelo Tribunal de Nuremberg (NASCIMENTO, 2015).

A segunda fase é conexas às redemocratizações da América do Sul e do Leste Europeu, revivendo e ampliando a primeira fase, ora, a reconstrução da infraestrutura política nacional e a pretensão do julgamento dos responsáveis pelas atrocidades cometidas no regime anterior, excetuando, a utilização de entendimentos pelos julgamentos internacionais. A terceira e, última fase, é o contexto de justiça transicional em uma linguagem mais ampla sobre justiça humana e a elaboração de



ordenamentos jurídicos relacionados a novos conflitos (NASCIMENTO, 2015). Com efeito, a justiça de transição pode ser dividida em cinco eixos:

[...](a) o esclarecimento da verdade, com abertura de arquivos e investigações sobre os fatos; (b) a realização da justiça, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos; (c) a reparação de danos morais e materiais das vítimas, individuais e coletivos; (d) a reforma institucional dos serviços de segurança, para adequá-los à pauta constitucional de respeito aos direitos fundamentais; e (e) a promoção da memória, para que as gerações futuras possam conhecer e compreender a gravidade dos fatos (WEICHERT, 2012, s.p).

Os eixos acima dispostos são as possibilidades para que haja uma efetiva justiça de transição, mas, toda justiça transicional é excepcional. A justiça de transição argentina é apresentada como o modelo para os países da América Latina, por ser o único país que aderiu o acesso judicial penal, ademais, houve uma ampla discussão no âmbito público sobre a memória da última ditadura. Em outras palavras, apesar da relevante obstinação no que se refere ao julgamento dos militares envolvidos com a repressão política na 'era' ditatorial, a concepção dominante da ideia de justiça de transição fundamentou-se no princípio punitivo (HOLLANDA; BATISTA; BOITEUX, 2010).

A transição argentina ocorreu inicialmente nos anos 80, mais especificamente em 1983, com a derrota das Forças Armadas na Guerra das Malvinas. No mesmo ano, o General Bignone sancionou a Lei de Pacificação Nacional (22.924/83), conhecida também como lei de anistia, no qual, anistiava tanto os militares responsáveis quanto aos presos políticos; após grandes manifestações por parte da população que compreendeu que tal mecanismo era uma forma de autoanistia idealizado pelos militares (MEZAROBBA, 2007).

Em dezembro de 1983, com as novas eleições, Alfonsín é admitido como o novo presidente daquele país, com o objetivo de incumbir o controle institucional sobre as Forças Armadas (NASCIMENTO, 2015). Em seu governo, Alfonsín colocou como meta principal o julgamento dos militares que cometeram crimes contra a humanidade no regime ditatorial. A permuta ocorrida nos anos iniciais de seu governo decorreu mediante de novas leis e decretos, além de, por meio de ordenamento internacional sobre a proteção de direitos humanos (LEOTTA, 2009).



Frisa-se que um dos principais decretos presidenciais, foi: a criação da Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas via Decreto 187/83; no qual, foi responsável por contabilizar o número de pessoas desaparecidas e o grau das violações aos direitos humanos sucessivos a ‘La Guerra Sucia’ (1976/1983), posteriormente a Comissão Nacional deveria entregar um relatório no período de seis meses após sua criação para o Poder Executivo da Argentina (NASCIMENTO, 2015).

Com a Lei 22.040/83 refere-se a anulação da Lei da Anistia, além disto o Congresso determinou que esta lei teria os efeitos *ex tunc* e *ex nunc*. Ou seja, a Lei da Anistia não poderia moldar qualquer julgamento posterior à lei vigente (NASCIMENTO, 2015).

A lei 23.094/84 concerne às mudanças do código penal argentino tendo em vista a punição dos torturadores na ditadura militar e, a partir desta, o crime de tortura é igualado ao crime de homicídio, tendo assim, punições equivalentes (ARGENTINA, 2015).

Todavia, houve mais modificações como, por exemplo, a reforma do código de justiça militar, terminando com o foro privilegiado para os militares, sendo julgados então em foros civis.

A Argentina passou por contínuas e rápidas mudanças, diferentemente do Brasil. Inclusive, o Estado argentino assinou o Pacto de San José vital dispositivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Portanto, a Argentina não apenas se tornou integrante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como acatou a competência da Corte Interamericana (NASCIMENTO, 2015).

O processo de transição argentina decorreu conforme a decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. A justiça transicional sucedeu as crises internas durante o regime militar.

Os relatos das vítimas da ditadura militar argentina começaram transfigurar-se publicamente. Por sua vez, os militantes que governavam pelo uso da força, anunciavam que estavam arrependidos pelos crimes contra a humanidade.

No ano de 1984, a Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas publicou um relatório chamado Nunca Más, influente referência sobre os episódios de horror durante a ditadura militar. Sendo, de modo prévio, estimado em 9.000 mil



peças desaparecidas e mortas (DESAPARECIDOS, 2015). Além de diversas recomendações por parte da Comissão Nacional para que o Estado repare as vítimas e tome medidas para evitar que o golpe não retorne.

Após uma fase de grandes avanços políticos, no ano de 1986, começa o regresso. A lei 23.492/86 é sancionada, conhecida como a Lei do Ponto Final - abordado no capítulo anterior -, a lei proporciona a invalidade das ações penais contra os responsáveis pelas atrocidades naquele regime. Por meio de pressão por parte dos militares, após a validade da lei, haveria 60 dias para concluir qualquer julgamento (BICKFORD, 2010).

No ano seguinte, houve as manifestações pelos militares, conhecida como 'Movimiento Carapintadas', no sentido do fim dos processos. Ainda no ano de 1987, foi promulgada a Lei 23.521/87 – Lei da Obediência, esta abolia a alternativa de punir os militares que cometeram crimes contra a humanidade ante a argumentação que estes praticaram os crimes por obediência a seus superiores (ARGENTINA HISTÓRICA, 2008).

Em 1989, ocorreram as novas eleições, sucedendo Carlos Menem, porém, o governo de Alfonsín havia ainda sete meses para o seu término, mas, em meio a crise financeira naquele país, o mesmo renunciou, tomando posse o presidente Menem (MERA, 2015).

No governo de Menem, houve a continuação da decadência econômica, esta herdada do final do governo de Alfonsín. Outrossim, ainda em 1989, Menem, sancionou o Decreto 1.002/89 e o Poder Executivo argentino vigorou o Decreto 1.003/89, ambos com a finalidade de indultar membros das organizações guerrilheiras, no qual, atuaram no período da última ditadura, além de indultar militares e civis em nome da "reconciliação nacional" (RESDAL, 2008).

Com o fim do movimento Carapintada reflete o fortalecimento da democracia. Então, nos anos de 1992 a 1994 foram promulgadas leis que fazem reparação as vítimas e as suas famílias, nos quais sofreram qualquer tipo de violação aos direitos humanos na época do regime militar (NASCIMENTO, 2015).

Em sequência, após a reeleição de Menem, em 2001, Eduardo Duhalde é o novo presidente da Argentina de forma provisória através da Assembleia Legislativa.



No ano de 2003, é feita uma nova eleição e, Néstor Kirchner assume o cargo da presidência. No qual, em seu governo, Kirchner faz uma análise crítica ao regime militar por meio da esfera pública e salienta que os membros de instituições de direitos humanos são convidados para fazer parte do governo. Assim, no mesmo ano de sua posse, o Congresso Nacional revoga as Leis de Obediência Devida e do Ponto Final, retomando os processos os julgamentos de responsabilização penal para àqueles responsáveis as repressões e violações de direitos humanos. (NASCIMENTO, 2015).

No mesmo ano, com a determinação de reestruturação, o presidente Néstor instaurou o expurgo de 52 oficiais militares pelas atrocidade e violações de direitos humanos durante o período de horror da ditadura naquele país (REDE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, 2016)

No ano seguinte, é idealizado o Espacio Memoria y Derechos Humanos, espaço destinado à memória das vítimas da ditadura militar. Não obstante, Kirchner faz uma retratação pública oficial para todos que sofreram pelos crimes cometidos (LA NACIÓN, 2004).

Tendo em consideração o que se concerne a judicialização como uma forma efetiva de justiça de transição neste país,

segundo dados divulgados pelo Centro de Estudios Legales y Sociales (Cels),¹⁶ até dezembro de 2015, tinham sido finalizados 154 julgamentos por crimes de lesa-humanidade, por meio dos quais foram condenadas 662 pessoas e absolvidas 60. Ainda restam 398 causas ativas, entre as quais se destacam algumas “megacausas”,¹⁷ tais como: i) a do ex-centro clandestino de detenção, tortura e extermínio (que funcionou na Escuela Mecánica de la Armada – Esma), em que 59 repressores são julgados pela acusação de sequestro, tortura e assassinato de 789 pessoas,¹⁸ incluindo pela primeira vez os “voos da morte”; ii) a causa do Plano Condor, que investiga a articulação repressiva entre as ditaduras sul-americanas para a eliminação de opositores políticos, como uma associação ilícita e com vítimas de várias nacionalidades; e iii) o “Juicio a los Jueces”, que julga 31 pessoas, entre elas ex-funcionários judiciais, como os ex-juízes Otilio Romano e Luis Miret (DUQUE; CARVALHO, 2016, s.p).

Diferentemente do Brasil, este que já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, também pela Organização dos Estados Americanos por ocultar os julgamentos e punições para os responsáveis de violações de direitos humanos. Por outro lado, a Argentina condenou, inclusive, quatro juízes, neste ano,



como punição a prisão perpétua, por garantirem impunidade àqueles militantes que cometeram crimes que lesam a humanidade (EL PAÍS, 2017).

Cumpra ressaltar que a Argentina adota com política de memória e verdade alguns grupos, no qual, lutam pelos direitos humanos, incentivando inúmeras atividades, como por exemplo, mostra de filmes, abertura para debates públicos, projetos divulgados por meio da mídia, até exposições de livros que tratam sobre a problematização causada pela ditadura militar e o reparo das vítimas (DUQUE; CARVALHO, 2016).

A extensão da reparação às vítimas e suas respectivas famílias, foi sancionada a Lei 27.143 no ano de 2015, que tem por objetivo as solicitações ao Estado para reparar, onde, este não há prazo de decadencial. Em outras palavras, aqueles que ainda não fizeram reivindicação de seu direito possam exercer a qualquer tempo.

Frisa-se alguns casos ocorridos na América Latina e oportuno refletir, nos quais, foram julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos condenando àquele país. Como por exemplo, o *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, que nos mostram a superação da indiferença perante os crimes cometidos pelo Estado e como posteriormente foram enfrentadas as dificuldades por este, em razão, da impunidade.

No ano de 1973 o país passou por um golpe de Estado, que este durou até o ano de 1990, reconhecida como “ditadura Pinochet”, liderada pelo Chefe de Estado Augusto Pinochet. O Chile viveu a repressão sendo caracterizada pela execuções de pessoas que eram opositoras ao governo militar, além de torturas, violações sexuais, sequestros e todas as violações contra a humanidade praticadas por agentes militares.

Na maior parte dos casos, as execuções eram feitas no turno da noite e em lugares sem civilização. Como forma de justificar os crimes praticados, informando que os executados estavam enfrentando os agentes militares ou que estavam em estado de fuga.

Nesse sentido, no dia 14 de setembro de 1973, o professor Luis Alfredo Almonacid Arellano, era casado e possuía três filhos, fazia parte Partido Comunista. Então, os agentes invadiram sua casa e prenderam-no, sendo atingido por tiros de



arma de fogo, na frente da própria família e de vizinhos. O mesmo não resistiu aos ferimentos e faleceu no dia 17 de setembro (PARRA, 2011).

A família de Almonacid Arellano, através do Poder Judiciário chileno, vem pedindo justiça e a punição dos responsáveis. Salientando que em novembro do mesmo ano o processo foi arquivado pela Primeira Vara do Crime de Rancagua; todavia, a Corte de Apelações tivesse revogado tal arquivamento e mandava prosseguir com as investigações, a parte responsável pelo processo não demonstrou nenhum interesse. Neste período de tempo foi aprovado o decreto-lei nº 2.191 que disponibiliza a anistia em 1978 e, assim, a família não teve sucesso até o ano de 1996 (PARRA, 2011).

No ano de 1995, o juiz encerrou definitivamente o caso, optando pela impunidade e aplicou a lei de anistia ao processo. Em 1996, a Corte de Apelações irredimida revogou a sentença de primeiro grau e impôs executar a responsabilidade criminal contra o suposto autor pelo homicídio. Ainda no mesmo ano, emitiu um mandado de prisão a Raúl Hernán Neveu Cortesi como autor e como partícipe a Manuel Segundo Castro Osório (PARRA, 2011).

Desta forma, no seguinte ano, os promotores militares da Segunda Fiscalía de Ejército y Carabineros solicitaram para ao juizado responsável para concluir o processo e assim, aplicar a lei da anistia aos responsáveis, pois era extinta. A viúva, de Almonacid Arellano apelou a sentença anterior para a Corte Marcial, no qual, teve como resultado a impunidade como força de lei.

Foi quando originou uma denúncia⁶ para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 15 de setembro de 1998, que submeteu à Corte uma ação contra o Estado do Chile no ano 2005 (CIDH, 2006).

Em 2006, a Corte decide a sentença por unanimidade que o Estado chileno descumpriu suas obrigações e violou os direitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, além de anistiar os responsáveis pelos crimes que lesam a humanidade, onde, o Decreto nº 2.191 é incompatível com o tratado. De acordo com a sentença da Corte,

⁶ Para consulta ao caso é possível visualizá-lo na página da CORTEIDH e sua sentença no dia 26 de setembro de 2006.

O Estado deve assegurar-se que o Decreto Lei nº 2.191 não siga representando um obstáculo para a continuação das investigações da execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano e para a identificação e, se for o caso, a punição dos responsáveis, de acordo com o indicado nos parágrafos 145 a 157 desta Sentença. O Estado deve assegurar-se que o Decreto Lei nº 2.191 não siga representando um obstáculo para a investigação, julgamento e, se for o caso, punição dos responsáveis por outras violações similares ocorridas no Chile. O Estado deverá efetuar a restituição das custas e gastos dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos do parágrafo 164 desta Sentença (CIDH, 2006, s.p).

Ainda no decorrente ano, a presidente Michele Bachelet inaugurou uma sequência de espaços que fazem jus a memória. Além disto, declarou oficialmente leis que visassem a reparação das vítimas que tiveram seus direitos violados. Outrossim, tem um projeto de lei que está tramitando no Congresso desde 2006 e, até a presente data estão debatendo sobre a anulação da Lei da Anistia (DAUER, 2015).

No entanto, a vigência da Lei de Anistia não impede a Justiça Chilena de investigar, processar e julgar militares envolvidos em crimes contra a humanidade no período da ditadura militar. Aproximadamente 250 militares foram condenados pelos crimes de tortura e assassinatos. Esta Justiça agregou as decisões internacionais e as devidas jurisprudências, em que, as leis de anistia são incomunicáveis com a proteção dos direitos humanos e tratados (ALENCAR, OLIVEIRA, PETERLI; READE, 2015).

No Chile, foram criadas duas comissões: a Comissão da Verdade e Reconciliação que hoje é conhecida como a Comissão Rettig, no ano de 1990, com o objetivo de reconhecer as vítimas fatais e por quais motivos estas vítimas foram assassinadas; e, a Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura, instituída em 2003, pelo pedido da sociedade chilena. E, em seu relatório estabeleceu que 29 mil pessoas foram vítimas de prisão política no Estado (ZALAUQUETT, 2011).

Antevejo relevância ao caso de Pinochet, que ficou reconhecido internacionalmente como aplicação de justiça transicional e também como criminalmente, uma conquista nos direitos humanos, no âmbito internacional. Mesmo depois de longas batalhas, finalmente, houve a sanção ao ex-chefe de Estado. A idade avançada do 'algoz' - na época com 82 anos -, a punição aplicada teve efeito



de forma simbólica, por punir um ex-ditador; um típico ditador sul-americano. Para as políticas internas, a sanção a Pinochet incentivou as autoridades competentes chilenas a prosseguir com os processos criminais, assim como, várias punições foram concretizadas (PEREIRA, 2014).

Dos três países sul-americanos aqui comentados, a Argentina e o Chile tiveram suas Comissões da Verdade instauradas logo após o fim de um era de ditadura militar. O Brasil instalou a Comissão da Verdade somente em 2012, ou seja, quase 30 anos após, dificultando a reparação e a impunidade.

Visto que a Argentina apresentou grandes avanços e, posteriormente, grandes retrocessos, mas estes não impediram de ter uma justiça transicional efetiva. Aliás, é considerada o modelo na América Latina. O Chile, por sua vez, o que não é resolvido na área judicial, têm procedência nas comissões da verdade. A condenação de Pinochet, Chefe de Estado, na época do regime militar, responsável direta e indiretamente pelas atrocidades no país, ter sido punido e o reconhecimento internacional, amenizou a dor de muitos, e, uma forma de fechar uma ferida que era constante, sendo o sinônimo de justiça.

A Argentina e o Chile tiveram como referências as decisões internacionais como base para uma efetiva justiça de transição, no qual, todo e qualquer crime cometido contra os direitos humanos são imprescritíveis. O Estado brasileiro justificou a impunidade por meio da anistia, onde, em nenhum momento, teve interesse de reconhecer os responsáveis pelos crimes durante a ditadura militar, beneficiando estes.

3.2 Por uma efetiva justiça de transição brasileira: memória, verdade e justiça

A justiça transicional constitui-se na composição de instrumentos que objetivam restabelecer os alicerces da democracia, posteriores a períodos de exceção. A definição determina indagações imprescindíveis com o intuito de como enfrentar os fatos ocorridos no período anterior, especialmente em relação as violações de direitos humanos (TAVARES; AGRA, 2009).



A justiça de transição no Brasil é muito recente ainda, porém, incompleta, frustrada, de forma inibida. Onde, o país começa pelo viés de indenizar, antes mesmo do reconhecimento da memória e da verdade. Será esclarecido o último instrumento adotado pelo Estado, através da Lei nº 12.528/2011, conhecida como: Comissão da Verdade.

As comissões da verdade comprometem-se a desviar o esquecimento político e social, certificando na construção do Estado de Direito Democrático. Seus dispositivos para a atuação consistem em reparar a vítima e suas respectivas famílias, contribuição de depoimentos dos agentes responsáveis pelas atrocidades, crimes que lesam a humanidade; investigação e pesquisa em documentos públicos e privados com o propósito de trazer a verdade, desde ao esclarecer os fatos à legitimar que o passado não retorne (FERREIRA, 2013). Segundo os autores,

as comissões da verdade asseguram o reconhecimento oficial do direito à verdade, como um direito da cidadania em exigir que também se tornem públicos e sistematizados todos os arquivos e documentos relacionados com as operações de repressão aos direitos civis e políticos. Ademais, exige que se reconheça, no âmbito interno dos países, um direito de acesso à informação pública ampliando seus marcos normativos para todas as esferas da vida democrática (ABRÃO; GENRO, 2010, s.p).

A comissão da verdade salienta que a vítima é o foco principal, seja para ajudar a superar o trauma vivenciado; as famílias a ter um amparo, o que são de extrema importância para minimizar as marcas deixadas pelo antigo regime e para que o Estado não tenha “amnésia”.

A intensificação pela busca da verdade e da memória está aparente nos estados vizinhos, o Chile e principalmente a Argentina. Em contradição, o Brasil não teve nenhuma ação expressiva, não foi contestada a Lei da Anistia e muito menos a pretensão de revê-la.

A Anistia Internacional⁷, por meio de informações prestadas em Londres no ano de 2008, ressaltava que o Brasil “um dos únicos países da região que não contestou as leis que deram imunidade às autoridades do Regime Militar responsáveis por

⁷ Brazil: Amnesty International Report 2008. Disponível em <<http://www.amnesty.org/en/region/brazil/resport-2008>>



graves abusos dos direitos humanos, como a tortura” (AMNESTY INTERNACIONAL apud GUTAMAN, 2014).

O restabelecimento da memória está instituído na verdade, conseqüentemente essencial, com o objetivo de (des)construir a história “oficial” dada pelos responsáveis no regime ditatorial e dar voz ativa as pessoas que sofreram com a repressão, tortura e qualquer outro crime que viole os direitos humanos.

Vale ressaltar, que a memória tem como finalidade de conscientizar a geração atual, no qual, as promessas milagrosas de melhorias não passam de uma visão ilusória (GUTMAN, 2014).

"Lembrar ou esquecer, individual e/ou coletivamente, implica, portanto, em alterar os elementos que dão significado e sentido ao futuro, uma vez que o que lembramos do passado é fundamental para que possamos refletir sobre quem somos no mundo e onde nos encontramos no tempo. Mais ainda: nossas lembranças configuram nossas percepções sobre o universo ao nosso redor e são determinantes para a orientação de nosso agir, pois a memória (bem como o esquecimento seletivo) contribuem para a formação de nossos juízos mesmo nos planos não-conscientes" (ARENDETT, 1989, s.p).

A partir dos resultados da justiça transicional da óptica individual correspondem a preservação e a recuperação da dignidade da pessoa humana, no qual, foi omitida durante a ditadura militar. Por tanto, na óptica coletiva equivale a liquidação com o Estado, este responsável também pelas perdas de garantias fundamentais e violações de direitos humanos (GUTMAN, 2014).

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal decide por unanimidade, determinando que o Superior Tribunal Militar libere ao acesso a documentos e arquivos referentes a julgamentos e, também, os considerados “secretos” durante o regime autoritário, por meio de solicitação de um indivíduo que se baseou na Lei de Acesso a Informação. O STF, já havia decidido no ano de 2006 que as informações e documentos públicos deveriam estar disponíveis para a sociedade, no qual, estavam em busca da memória, verdade e a justiça (G1, 2017).

O Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, com codinome de Guerrilha do Araguaia, foi sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e teve um papel essencial para que surgisse a Comissão Nacional da Verdade, no Brasil.



No caso ora em estudo, em 1995 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recebeu a petição contra o Estado brasileiro, em que, concerne o desaparecimento dos membros da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975, mais especificadamente a morte de Julia Gomes Lund e de outras 21 pessoas; as famílias destas respectivas vítimas estavam na luta desde então, porém, o desinteresse por parte da União para investigar os responsáveis por tal ato era um absurdo (CIDH, 2001).

Frisa-se que a partir do ano de 1972, o Brasil ainda não fazia parte à Convenção Americana. Portanto, todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos estão submetidos à supremacia da Comissão.

Em março de 2009, o caso Gumes Lund foi encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois o Estado não aderiu as recomendações dadas pela Comissão, dentro de um prazo de dois meses. Diante disso, a União não informou quais ações foram executadas para serem consideradas “implementações satisfatórias” (CIDH, 2010).

No andamento do processo, em 2010, o Estado informou a Corte, através da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº 153, que o Supremo Tribunal Federal estava discutindo a Lei da Anistia conforme a Constituição Federal; e os magistrados consideravam que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia”. Inclusive, o Estado declarou que a Corte não teria competência para julgar, pois, ainda não tinha esgotado os recursos internos. Isto posto, a Corte alegou que após a decisão do STF já não teria outro recurso interno, e, ainda, obtendo um novo obstáculo e dificultando todos os mecanismos para uma efetiva justiça de transição (CIDH, 2010).

Após várias audiências públicas, a Corte conclui que o Estado é responsável pelos mais de 60 desaparecimentos forçados, e, deste modo, pela violação de direitos humanos pela personalidade jurídica, estabelecidos pela Convenção Americana. Além disto, o Estado não investigou, processou, julgou ou penalizou nenhum dos casos ocorridos durante a ditadura militar, incluindo este, porque a Lei da Anistia absolve de forma automática os crimes que violam os direitos humanos. A Corte



destaca que “o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade” (CIDH, 2010).

O Tribunal constitui que, em casos de violações de direitos humanos, as autoridades não podem resguardar como segredo de Estado ou confidencialidade, a sociedade tem o direito de acesso à informação. Ainda determinou que toda pessoa, mesmo os familiares das vítimas que passaram por graves atrocidades, têm o direito de saber a verdade (CIDH, 2010).

Nesse sentido, a Corte ordena ao Estado a criação de uma Comissão da Verdade, e executar os devidos mecanismos internacionais de autonomia, independência e transparência. O que se torna essencial para o Estado, além de cumprir com a sua obrigação de garantir o direito da verdade (CIDH, 2010).

Vale ressaltar que por unanimidade, o Tribunal condena o Estado, por uma forma de reparação às famílias das vítimas, devendo realizar o possível para designar o paradeiro das vítimas desaparecidas, e, na hipótese desta, identificar e entregar os restos mortais aos familiares e conseqüentemente, pagar indenizações fixadas pela decisão da Corte. Além de adotar medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, garantindo o processo penal efetivo (CIDH, 2010).

Deverás o Estado continuar ampliando as iniciativas de busca e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, de tal forma, deve-se também fornecer informações correspondentes as violações de direitos humanos ocorridas na ditadura militar, garantindo o acesso à informações, à verdade e à memória (CIDH, 2010).

Seguindo a esteira, o Caso Gomes Lund, os petionários pediram a Corte que ordenasse o Estado a criar uma Comissão da Verdade. Então, a Lei nº 12.528 de 2011, criou a Comissão Nacional da Verdade, no setor da Casa Civil, no qual, foi instalada por Dilma Rousseff, em 16 de maio de 2012, tendo que apresentar o relatório final em 2014. A finalidade desta comissão é descobrir, resolver, rejeita a impunidade e reconhecer as violações causadas às vítimas ou as famílias durante o período da ditadura-civil-militar (FONSECA, 2015).



Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade: I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1o;
II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;
III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1o e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;
VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações (BRASIL, 2011, s.p).

Logo, a Comissão Nacional da Verdade não tem o poder de punir ou porventura, indicar que os acusados sejam condenados, pois, não faz parte de suas funções ser parte do “judiciário”. A meta final é apresentar um relatório e torná-lo de forma pública, do mesmo modo, a sociedade fica ciente de todas as violações de direitos humanos e as perdas de garantias fundamentais que foram abaixo pelo período autoritário, e, com isso a democracia se fortaleça ainda mais para que essa “era” repressiva não retorne (PEREIRA, 2015).

Importante salientar, que a comissão tem poderes limitados, ou seja, tem um curto período de tempo para realizar os trabalhos. Para facilitar, foram instituídas comissões estaduais semelhantes à nacional (GASPAROTTO, et al., 2012).

Para contabilizar da melhor forma, a Comissão foi dividida em alguns grupos de trabalho, tais como: araguaia; contextualização, fundamentos e razões do golpe civil-militar de 1964; ditadura e gênero; ditadura e sistema de justiça; ditadura e repressão aos trabalhadores e ao movimento sindical; estrutura de repressão; mortos e desaparecidos políticos; graves violações dos direitos humanos ou contra indígenas; operação Condor; o estado ditatorial-militar; papel das igrejas durante a ditadura; perseguição a militares; e, a violação de direitos humanos de brasileiros no exterior e de estrangeiros no brasil (FONSECA, 2015).

Em maio de 2013, após a Comissão Nacional da Verdade completar um ano, foi feito um balanço das atividades, no qual, foram divulgadas mais de 2 milhões de páginas de documentos da extinta Coordenação Geral de Segurança da Polícia Civil



de Minas Gerais, sendo assim, a Comissão constituiu uma equipe especializada para analisar todos os documentos, a partir deste, mais de 260 audiências públicas ou não e mais de 240 depoimentos de militares que foram localizados (CNV, 2013).

Em 2014, foi apresentado o relatório final, este dividido em três capítulos, sendo: o primeiro capítulo se subdivide em cinco partes, onde, a primeira parte demonstra a enumeração de casos em busca da verdade, apresentando conclusões sobre os fatos transcorridos pelas vítimas e suas respectivas famílias; a segunda parte, abrange as estruturas repressivas em que o Estado aplicou e as grandes violações de direitos humanos, e como os métodos de repressão foram utilizados nos países da América Latina (CNV, 2014).

A terceira parte, a própria CNV alerta: "Evitamos aproximações de caráter analítico, convencidos de que a apresentação da realidade fática, por si, na sua absoluta crueza, se impõe como instrumento hábil para a efetivação do direito à memória e à verdade histórica", trazendo então a verdade 'nua e crua' dos meios e as práticas cometidas pelos militantes em nome do Estado; a quarta parte, trata-se do caso de Araguaia, indicando mais de 300 nomes de agentes que fizeram parte das atrocidades, e também faz uma observação ao judiciário brasileiro; e, a quinta parte, foi a conclusão dos membros da Comissão, estes fizeram uma análise para que os crimes cometidos nos anos chumbo não retorne novamente (CNV, 2014).

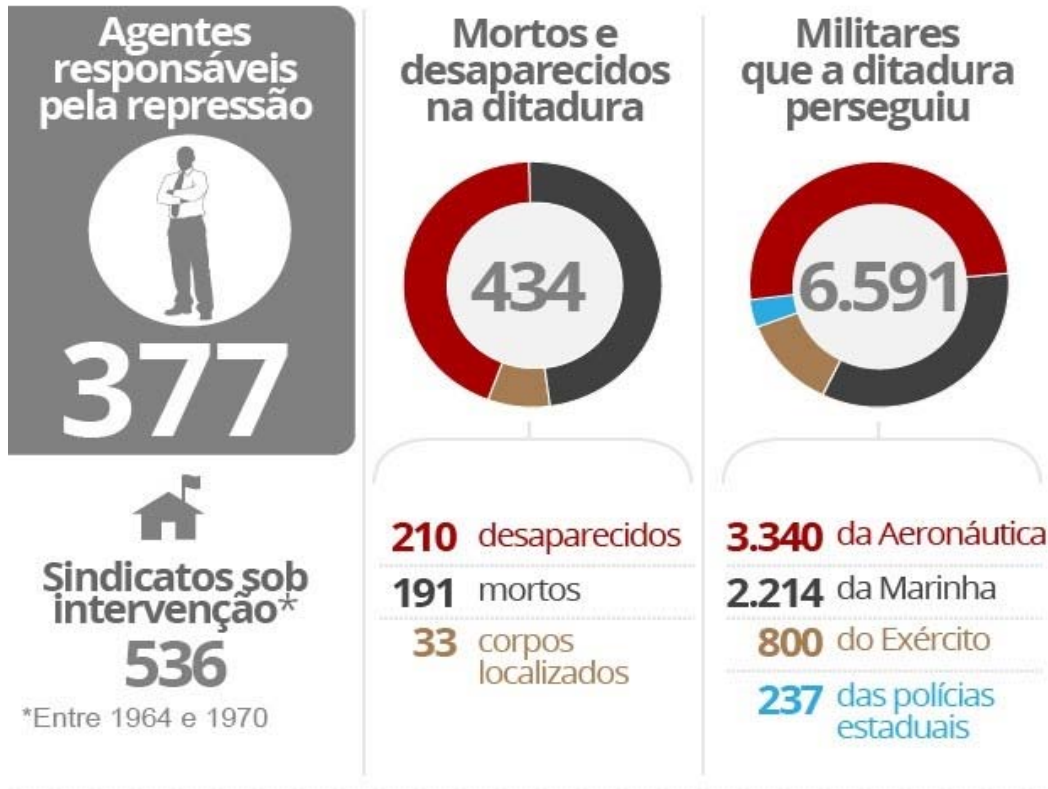
O segundo volume, trata as violações de direitos humanos e perdas de garantias fundamentais em segmentos, grupos ou movimentos sociais. Em textos, é visto como a questão de gênero, igrejas cristãs, camponeses, universidades, militares, como estes foram atingidos pela ditadura militar, tanto pela repressão quanto qual seria o papel destes grupos que resistiram (CNV, 2014).

O terceiro e último capítulo, dedica-se aos mortos, desaparecidos políticos, bem como, às vítimas. Ao ter o número 437 de mortos e desaparecidos, o relatório afirma: "tragédia humana que não pode ser justificada por motivação de nenhuma ordem" (CNV, 2014).

Figura 1 – Infográfico sobre o Relatório Final da CNV

Comissão Nacional da Verdade – relatório final

Conclusões sobre a repressão e tortura durante a ditadura



Fonte: Relatório final da Comissão Nacional da Verdade, 2014 apud. G1

O relatório final aponta 377 responsáveis pelas violações de direitos humanos durante o regime militar. Destes, ainda há nomes que não estão incluídos na lista, pois, não há provas para alegar a participação dos agentes. Vale salientar, que os responsáveis indicados pela Comissão Nacional da Verdade, não irá incidir a responsabilização devida através do Poder Judiciário (G1, 2014).

Até a data do relatório final da CNV, o Brasil – condenado pela CIDH -, não havia cumprido de forma integral o que foi sentenciado pela Corte Interamericana, tais como: não tipificou o delito de desaparecimento forçado de pessoas em sua codificação penal; não dispôs o paradeiro das vítimas e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia e, muito menos, entregou os restos mortais para as respectivas famílias, que estão na luta em busca da memória, verdade e justiça (RELATÓRIO FINAL DA CNV, 2014).



A compreensão do judiciário em ações que violam os direitos humanos durante a ditadura militar contra agentes responsáveis, pode ser visualizada, por exemplo, o caso contra Carlos Alberto Brilhante Ustra - chefe da Operação Bandeirante e comandante do DOI-Codi do II Exército -, um dos maiores torturadores e responsáveis pelas mortes seja direta ou indiretamente no regime autoritário (AGÊNCIA BRASIL, 2016).

No ano de 2005, foi ajuizada uma ação declaratória resultando danos morais contra Ustra, por Janaína de Almeida Teles, Edson Luis de Almeida Teles, César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida. No qual, Ustra teria participado da prática de tortura no centro de DOI-Codi, no ano de 1972; Janaína e Edson eram crianças de quatro e cinco anos, respectivamente, que eram usados como mecanismos de tortura psicológica para os pais, estes que também estavam sob tortura. Criméia também foi torturada e estava em estado gravídico de 7 meses, onde, ficou 36 horas sob interrogatório (RELATÓRIO FINAL DA CNV, 2014). Em uma declaração, Criméia conta os fatos

[...] Visivelmente barriguda. E eles me davam, logo que eles me identificaram como Criméia, eu passei dia, noite, dia e parte da noite direto em interrogatório. E é óbvio, me dava cansaço e eu dormia, cochilava e era acordada com choques elétricos, com espancamento. Nunca me penduraram num pau de arara, porque acho que a barriga não permitia. Depois desses interrogatórios consecutivos, disseram que eu ia morrer num acidente na Serra das Araras, num acidente com um carro do meu cunhado, que ele teria sido apreendido, e que ele pegaria fogo. Então todas as noites eu era levada para esse carro e desligavam os motores, e de manhã diziam que tinha tido um imprevisto, não podem provocar acidente, no entanto que eu fosse para a serra e aguardasse que seria na noite seguinte, e assim era. Às vezes eram as roletas russas, só que eu acho que eles me menosprezavam muito, faziam roleta russa com arma automática, eles só me assustaram com o primeiro tiro, depois não assustavam mais [...] (ARQUIVO CNV, 2014, s.p).

O objetivo da ação era para que a justiça reconhecesse, por meio de sentença, que o réu causou com a intenção de ferir a integridade física, moral e psicológica de todos os autores. Em 2008, a justiça reconheceu como torturador e acolheu o pedido apresentado pelos três últimos autores. No ano de 2012, Ustra tentou recorrer, porém, o Tribunal de São Paulo negou o provimento e confirmando a sentença. Irresignado, ingressou com um recurso especial, cujo se iniciou no ano de 2014; a ministra relatora,



Nancy Andrichi, expressou-se em favor ao réu, no qual, Ustra teria o “direito do esquecimento” de acordo com a Lei de Anistia. Assim, o julgamento foi suspenso à pedido do ministro Paulo de Tarso Sanseverino (ARQUIVO CNV, 2014).

Outra ação semelhante contra Ustra, ajuizada por Ângela Maria Mendes de Almeida e por Regina Maria Merlino Dias de Almeida, companheira e irmã, respectivamente de Luiz Eduardo da Rocha Merlino. Onde, Luiz Eduardo foi prisioneiro no centro do DOI-Codi de São Paulo, em 1971; foi torturado, aproximadamente, por 24 horas ininterruptas e, posteriormente, foi jogado em uma cela solitária. Em razão dos ferimentos causados pela tortura, Luiz Eduardo faleceu no hospital, onde foi levado as pressas. Importante salientar, que em seu atestado de óbito, na época, constou que faleceu em virtude de atropelamento sofrido ao apressadamente fugir de uma escolta que seria encaminhado para Porto Alegre. Por unanimidade, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, identificou a falsidade do atestado de óbito, e concluíram que Luiz Eduardo faleceu em razão das torturas (BRASIL, 2007).

Em 2007, as autoras propuseram uma ação declaratória em face de Ustra, o qual, não foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois por entendimento à ação proposta pelas autoras não era devida. Então, destemidas, entraram com outra ação, uma ação ordinária de indenização de dano moral, no qual, requeriam a sentença condenatória do autor pela autoria da morte sob tortura de Luiz Eduardo e indenizar as autoras pelos danos Eduardo sofrera. No entanto, a juíza reconheceu – por meio de áudios -, que Ustra era responsável pelo crime, seja por parte do DOI-Codi, pela Operação Oban, ou, pela participação direta, tendo assim, sentença favorável às autoras. Por sua vez, Ustra recorreu e até o relatório final da CNV, não teria uma decisão por parte do Tribunal (RELATÓRIO FINAL CNV, 2014).

Tendo em vista que Carlos Alberto Brilhante Ustra faleceu em outubro de 2015 (PORTAL G1, 2015). Onde não foi condenado pela justiça brasileira, apenas houve o reconhecimento de um militar que torturou durante o regime militar; este é responsável direta e indiretamente por inúmeras torturas, mortes e repressões. É um caso clássico de justiça de transição inefetiva e, mais uma vez a impunidade teve vez.



Nesta oportunidade, é de extrema importância salientar sobre Sérgio Fernando Paranhos Fleury, considerado um dos maiores responsáveis notáveis durante o regime militar; delegado da DEIC, em 1968, onde, acusado de comandar os esquadrões da morte na localidade de São Paulo, entre os anos 1960 e 1970. Inclusive, no dia 12 de novembro de 1969, Fleury confirmou para a Revista Veja, que ele utilizou das mesmas operações no qual era acusado, no combate de grupos de guerrilheiros (PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA, 2014).

No ano de 1970, Sérgio Fleury foi motivo de denúncias por causa dos esquadrões da morte. Este foi condenado pela justiça juntamente com outros policiais, porém, através da promulgação da 'Lei Fleury' foi modificado o Código de Processo Penal, no qual, certificou que réu primário com bons antecedentes poderia responder em liberdade, mesmo que fosse condenado em primeira instância, então, de forma imediata, Fleury foi absolvido (PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA, 2014).

É mister esclarecer que Fleury foi responsável por envolvimento de forma direta e indireta em crimes como sequestro, tortura e assassinato durante a ditadura militar, além de ser indicado com um dos chefias da Chacina da Lapa, na cidade de São Paulo, e da Chacina da Chácara de São Bento, em Recife (PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA, 2014).

Em 1979, Fleury faleceu em um suposto acidente ao cair do seu iate, em Ilhabela; consta-se que nunca foi feito a necropsia no corpo. Há levantamento sobre a hipótese do mesmo ter sido assassinado por grupo de militares e policiais, no sentido de queima de arquivo, de acordo com o ex delegado do Dops, Cláudio Antônio Guerra (PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA, 2014).

Verifica-se, pois, anterior a morte de Fleury, ele chegou a ser condenado, mas por lacunas no ordenamento jurídico foi possível a promulgação de uma nova lei, para que ele pudesse sair impune. Desde os primórdios da ditadura militar até hoje, é notável que a justiça brasileira faz 'vista grossa' aos crimes que violam os direitos humanos durante o período.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição que a Comissão Nacional da Verdade em seu relatório final fez recomendações para o Estado, seja em medidas institucionais como reformas constitucionais; tais como, a constatação por parte das



Forças Armadas por responsabilidade das violações de direitos humanos ocorridas no período da ditadura militar, a proibição de eventos oficiais em comemoração ao golpe de Estado em 1964, a determinação pelos órgãos competentes - através da responsabilização jurídica -, o afastamento a lei da anistia, dispositivo utilizado para aplicar aos agentes que cometeram crimes que lesam a humanidade (CNV, 2014).

Além de a Administração Pública apresentar medidas administrativas e judiciais para os agentes que foram responsáveis pela condenação do Estado em virtude das violações de direitos humanos e garantias constitucionais; a elaboração de mecanismos de precaução à tortura; a revogação da Lei de Segurança Nacional; extinção da Justiça Militar estadual; melhoria na legislação brasileira, na esfera da tipificação dos crimes de violações de direitos humanos e também, aos crimes de desaparecimento forçado, entre outras diversas recomendações, que, ao total são 29 disposições (CNV, 2014).

É de perceber que a memória, a verdade e a justiça ainda não está completa e não há interesse por parte do Estado. Contudo, no atual regime, onde, assassinato, tortura, repressão, desaparecimento forçado, crimes que lesam a humanidade permanecem impunes e isso é natural para a União. Mesmo que a responsabilização não seja sinônimo de punição, mas que garantam a paz e a proteção de direitos a cada vítima que sofreu durante o período.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste trabalho é a luta efetiva pelos direitos humanos desde os primórdios, onde, os países da América Latina passaram por diversos golpes de Estado, militares que haviam chegado ao poder, aliados aos agentes considerados



'linha dura'. Contudo, é urgente a busca pelo conhecimento a respeito da 'guerra sucia' e 'anos chumbo', épocas estas de terror, caracterizadas por exílios, repressões, violações de direitos humanos, tortura, assassinatos; fatos que nenhum ser humano deveria passar.

A necessidade de tornar públicas as violações que lesaram a humanidade na ditadura civil-militar é de extrema importância para que o período não retorne. Além do objetivo deste, é contribuir para aqueles que se baseiam no que é transmitido pela mídia referente à justiça de transição e ao próprio período autoritário sejam reanalisados.

A partir de uma análise minuciosa da justiça de transição argentina e brasileira, é notória a complexidade sobre o assunto quando é feita uma comparação entre os países, e, como cada um deles aderiu a justiça de transição, por meio da verdade, à memória e a justiça. No decorrer da ditadura militar brasileira e argentina, foram promulgadas as leis de anistia, estas que eram amplas, pois, beneficiavam tanto as vítimas como os responsáveis pelas violações de direitos humanos, porém, a divergência de Estados começa a ser observada por meio dos caminhos optados.

O Brasil ratificou tratados internacionais de direitos humanos e faz parte do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, o que de fato foram ignorados a partir do momento em que a União considerou a Lei 6.683/79 como válida, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que também não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, independentemente da condenação do Estado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, se a última instância do Brasil conclui que não há interesse de rever a lei da anistia e manter impune todos os responsáveis pelas atrocidades naquele período, não há o que se falar de uma justiça de transição efetiva.

Ao se tratar dos maiores responsáveis pelos crimes de tortura e assassinato no país, como Sérgio Fernando Paranhos Fleury e Carlos Alberto Brilhante Ustra, nota-se que a macha esta permanente na história brasileira, pois, nenhuma das atrocidades cometidas por estes tiveram êxito por via judicial, onde, novamente a impunidade teve vez e isso é cultural. A primeira ação do país é tentar amenizar o que as vítimas e



suas respectivas famílias sofreram, por meio de indenização pecuniária, onde, através do montante é mais fácil resolver os problemas constantes que o país enfrenta.

Cabe ressaltar, que a justiça de transição foi possível assimilar o seu objetivo, qual seja, alternativas para o Estado se recuperar e auxiliar as vítimas e as respectivas famílias de um período autoritário, através dos mecanismos que a justiça transicional oferece, tais como: a comissão da verdade, abertura de arquivos considerados “confidenciais” daquele período, entre outros.

Por sua vez, a Argentina – exemplo de efetiva justiça transicional do Cone Sul, teve a lei de anistia sancionada em 1983, no qual, foi revogada por pressão da sociedade ainda no mesmo ano. Posteriormente, foram promulgadas as Leis Ponto Final e Obediência Devida e no ano de 2003, estas consideradas inconstitucionais pela Corte Suprema do país. Diferentemente do Brasil, a última instância do país argentino transformou a realidade, levando a sério a necessidade da luta pelos direitos humanos.

Ao mencionar o caso de Almonacid Arellano, ocorrido no Chile, também foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, a postura tomada por parte do Estado chileno foi primordial para a superação da indiferença diante os crimes cometidos pelos agentes em nome da ditadura. Pinochet – chefe de Estado -, foi o primeiro a ser punido e reconhecido internacionalmente, o que ocasionou uma forma de justiça àqueles que passaram por qualquer tipo de violação.

Assim, importa dizer que a linha tênue entre os países, ou seja, a justiça transicional não segue uma política padronizada. Visto que em comparação com o país vizinho, a Argentina, e, inclusive o Chile, o Brasil é um país com uma justiça de transição incompleta, falha e frustrada, que mesmo com a criação de Comissão da Verdade, esta imposta também pela Corte Interamericana em sua sentença, foram realizados relatórios após ouvirem a versão da ‘verdade’ pelas vítimas, além do mais, o relatório final da Comissão Nacional da Verdade em 2014, conclui com uma lista de 377 agentes responsáveis pelos crimes que violam os direitos humanos.

Conclui-se que os responsáveis pela repressão durante o período de exceção, são identificados pelo Estado, mas este não tem interesse de em puni-los, o que fica apenas no papel e adere-se uma justiça de transição inefetiva.





REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. **Tortura não tem anistia**. Portal do Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={F8562C4D-3198-4EDC-95D2-29570896233A}&ServiceInstUID={59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999}>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____; TORELLY, M. D. **Justiça de transição no Brasil**: a dimensão da reparação. Revista anistia política e justiça de transição. Dossiê Reparação, Brasília, n. 3, jan-jun 2010.

_____; GENRO, Tarso. Memória histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim. In: **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, 2010.

AGUIAR, Juarez Pereira. **Um breve histórico da luta dos camponeses brasileiros ao longo dos séculos XX e XXI**. Trabalho de Conclusão de Curso bacharel em história – Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2016. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/11350/1/PDF%20-%20Juarez%20Pereira%20de%20Aguiar.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ALENCAR, M. T. et al. **Um olhar sobre Chile e Uruguai sob ótica da justiça de transição**. Relatório PIBIC, PUC – Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Adailton,Rebeca,Maria,%20Pedro,Veronica.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

ALMEIDA, E. S; TORELLY, M. **Justiça de transição, Estado de direito e democracia constitucional**: estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Vol. 2. n. 2, Porto Alegre, jul/dez 2010.

ALVES, M. H. M. **Estado e oposição no Brasil**: 1964-1984. EDUSC, 2005.

AMNISTIA INTERNACIONAL. **Acabar con la impunidad**: Justicia para las victimas de tortura. Amnistia Internacional.- Madrid: Amnistia Internacional, 2001 – 1º vol, Campaña Mundial contra la Tortura.

ANTONIOLLI, G. B. **Censura e imprensa na ditadura militar brasileira**: o golpe de Estado chileno pelas páginas do correio do povo e zero hora (setembro de 1973). Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.



ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

ARGENTINA. Comisión Nacional Sobre La Desaparición De Personas. **Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas**. 7.ed. Buenos Aires: Eudeba, 2006.

_____. **Desaparecidos**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/arg/>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

_____. Lei n. 23.492, de 29 de dezembro de 1983 (Ley Punto Final). (Revogada pela Lei n. 24.952/98; norma anulada por inconstitucionalidade pela Lei n. 25.779/03) Extinção da ação penal. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 1983. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Lei n. 23.521, de 4 de junho de 1987 (Ley de Obediencia Debida). (Revogada pela Lei n. 24.958/98; norma anulada por inconstitucionalidade pela Lei n. 25.779/03). Se finjam limites. **Boletín Oficial**, Buenos Aires, 1987. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Ministerio De Economía Y Finanzas Públicas. **Información Legislativa y Documental**. [s.d.]. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ARGENTINA HISTÓRICA. **Desde 1900 hasta 1992: los carapintadas**. Disponível em: <http://www.argentinahistorica.com.ar/intro_cronica.php?tema=6&titulo=48&subtitulo=229>. Acesso em: 04 jul. 2017.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil Nunca Mais**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: **The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity**. New York: Macmillan, vol 3.

BRANDÃO, Marcelo. Presa política lembra como conheceu coronel Ustra, homenageado por Bolsonaro. **Agência Brasil**, Brasília, 18 abr. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/presa-politica-conta-seu-encontro-com-coronel-ustra-homenageado-por-bolsonaro>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Disponível



em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Nacional da Verdade. **Balanco de atividades 1 ano de Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/balanco_1ano.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. In: **Arquivo CNV, 00092.001866/2014-60**, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. In: **Arquivo CNV, 00092.000104/2014-46**. Amélia Teles vs. Ustra, acórdão TJ/SP, pp. 121-155. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Comissão Nacional da Verdade. Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. In: **Arquivo CNV, 0092.000131/2015-08**. Agravo de Instrumento no 568.587-4/5-00, de 20/9/2008. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília: SDH/PR, 2010. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>>. Acesso em: 10 jun. 2017

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Dispõe sobre o crime de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 7 abr. 1997.



Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Ato institucional n. 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 09 abr. 1964, P. 3193. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Ato institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, 27 out. 1965, p. 11017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Ato institucional n. 3, de 5 de fevereiro de 1966. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 07 fev. 1966, p. 1435. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Ato institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 07 dez. 1966, p. 14187. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.



_____. Ato institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 13 dez. 1968, p. 10801. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental 153**. Acórdão de 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de transição**: a transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2012.

CHILE, Comisión Nacional De Verdad Y Reconciliación. **Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación**: RETTIG. [Santiago de Chile?]: La Nación: Ediciones del Ornitorrinco, 1991. 2. v. Disponível em: <<http://www.archivochile.com/entrada.html>>. Acesso em: 01 set. 2017.

COMISSÃO DE ANISTIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Marcas da Memória**. Brasília: Boletim informativo da Comissão de Anistia, 2010. Nº 54 (dez.). Disponível em: <<http://arquivos.informe.jor.br/clientes/justica/anistia/anistia-14-12-10.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

DAUER, G. R. **Marcas da Memória**: justiça de transição no Brasil e no Chile. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, online.

DEL PRIORE, Mary; VENÂNCIO, R. P. **O livro de ouro da História do Brasil**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.



DUQUE, Ana Paula Del Viera; CARVALHO, Claudia Paiva. **Revista Justiça de transição na América Latina: panorama 2015**. Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica-de-transicao-e-justicia-de-transicion-web-final.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

FERREIRA, Jorge. Sexta-feira 13 na Central do Brasil. **Nossa história**, Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, n.5, mar. 2004.

FERREIRA, M. R. A. **Justiça de transição e democracia: a memória, a verdade e a justiça como mecanismos transicionais no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013, online.

FICO, Carlos. **Além do golpe: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FONSECA, V. C. **Memória e acontecimento jornalístico: Comissão Nacional da Verdade**. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, 2015, online.

GARCIA, Miliandre. **“Contra a censura pela cultura”**: a construção da unidade teatral e a resistência cultural (anos 1960). ArtCultura, Uberlândia, v. 14, n. 25, jul.-dez, 2012.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

GUIMARÃES, Luiz Ernesto. **A teologia da libertação sob o discurso de lideranças protestantes durante a ditadura Militar (1964-1985)**. Dissertação (mestrado) em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Londrina, 2012.

GUTMAN, J. S. C. **Direito à verdade, memória e justiça uma análise da Justiça Transicional e das Comissões da Verdade**. Relatório de curso – Faculdade de Direito, PUC de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Julia%20Santa%20Cruz%20Gutman.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

HOLANDA, Cristina; BATISTA, Vanessa; BOITEUX, Luciana. Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul. In: **Revista OABRJ**. Rio de Janeiro, v. 25, n. 02, 2010, p. 55 - 75.

JÚNIOR, J. W. A. N. **Os bastidores da ditadura militar no Brasil (1964-85): dos documentos dos DEOPS às matérias vetadas do semanário o São Paulo**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Estadual de Londrina, 2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/grupo->



pesquisa/socreligioes/pages/arquivos/TCC%20NEVES%20Jr.%20J.W.A.%20Ciencias%20Sociais%20UEL%202013%20(2).pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

LEOTTA, A. L. **A consolidação da democracia e as relações civis-militares na Argentina**. Universidade de Brasília, 2009.

LÓPEZ, Roberto Carlos. **Influência de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y su derogación, em las relaciones civiles-militares em la Argentina entre 1986 y 2006**. Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Defensa Nacional, Argentina. Artigo de revista Más Poder Local Magazine, n. 16, 2013.

MACIEL, Camila. DOI-Codi sequestra e mata Manoel Fiel e diz que metalúrgico cometeu suicídio. **Agência Brasil**, São Paulo, 15 jan. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-01/doi-codi-sequestra-e-mata-manoel-fiel-e-diz-que-metalurgico-cometeu>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MAGALHÃES, Marionilde. **A lógica da suspeição**: sobre os aparelhos repressivos no Brasil. Revista bras. hist. vol. 17 n. 34, São Paulo, 1997.

MARTINS, Roberto Ribeiro. **Anistia ontem e hoje**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Brasiliense, 2010.

MARX, Ivan Cláudio. **A justiça transicional brasileira e o exemplo argentino**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Custos Legis, ano I, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_Marx%2001.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

PORTAL MEMÓRIAS DA DITADURA. **Biografias de resistências Vladimir Herzog**. 2014. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/vladimir-herzog/index.html>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

MERA, L. Los carapintadas. **Redacción Popular**. Disponível em: <<http://www.redaccionpopular.com/content/los-carapintadas>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. v. 7, n. 13, dez. 2010.

MOLINA, Frederico Rivas. Argentina condena à prisão perpétua quatro juízes por crimes contra a humanidade. **El País**, Buenos Aires, 29 jul. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/27/internacional/1501177434_819392.html>. Acesso em: 06 ago. 2017.



NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do regime militar brasileiro. [S.l.]: Virtual Books, São Paulo: Contexto, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=VcdnAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=o%20contexto%20hist%C3%B3rico%20do%20golpe%20militar%20de%2064&ots=jGAgHPZGxQ&sig=MKaNcCYPunw1GV6X-ujpGz_tfl8#v=onepage&q=o%20contexto%20hist%C3%B3rico%20do%20golpe%20militar%20de%2064&f=false>. Acesso em: 14 mai. 2017.

NASCIMENTO, Isabela Ottoni Penna. **Transição democrática e justiça de transição: o caso da Argentina**. Monografia (bacharel em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12919/1/2015_IsabelaOttoniPennadoNascimento.pdf>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

NOVARO, M.; PALERMO, V. **História argentina: la ditadura militar (1976/1983) del golpe de Estado a la restauración democrática**. Buenos Aires: Paidós, 2003. v. 9.

O'DONNELL, G. Transitions, continuities, and paradoxes. In: MAINWARING, S.; O'DONNELL, G.; VALENZUELA, J.S. **Issues in democratic consolidation: the new south American democracies in comparative perspective**. Notre Dame: University of Notre Dame: Press, 1992.

O'DONNELL, G. Illusions about Consolidation. **Journal of Democracy**, v. 7, n.2, p. 34-51, 1996.

OEA. **Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Guerrilha do Araguaia**. Corte Interamericana de Direitos Humanos, 26 mar. 2009a. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

OLIVEIRA, C. C. B. **Ditadura no Brasil da Violência à Coerção Social**. Lins: Faculdade Auxilium de Lins, 2003.

PANEBIANCO, A. **Modelos de Partidos. Organização e poder nos partidos políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARRA, Jorge. O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242927/000936207.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

PEIXOTO, Denny Elder. **Ditaduras militares e leis de anistia: uma análise comparativa dos casos brasileiro e argentino e dos julgamentos da ADPF n. 153 e do**



“Fallo Simón”. Monografia (bacharel em direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11693/1/2015_DennyElderPeixoto.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PEREIRA, B. F. **A Comissão Nacional da Verdade e o avanço dos direitos humanos no Brasil**. In: III SEMANA DE CIÊNCIA POLÍTICA . Universidade Federal de São Carlos, 2015. Disponível em: <<http://www.semecip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Bruna-Ferrari-Pereira.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO. **Portaria n. 1.492, de 5 de outubro de 2011**. Estabelece a política de uso do conteúdo do Portal da Legislação da Presidência da República. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PORTO, Sérgio Dayrell. Vivências interpretativas em jornalismo. Versão atualizada do método das “Seis leituras interpretativas em massa folhada” IN: PEREIRA, F. H., MOURA D. O. e ADGHIRNI, Z. L. (orgs.). **Jornalismo e Sociedade: teorias e metodologias**. Florianópolis: Insular, 2012.

RESDAL, Red de Seguridad y Defensa de América Latina, Latin American Civil-Military Relations in the 21st Century. In: **A Comparative Atlas of Defence in Latin America**, 1st ed. - Buenos Aires : Ser en el 2000, 2008.

REZENDE, M. J. **A ditadura militar no Brasil: repressão e pretensão de legitimidade 1964-1984**. Londrina: Editora UEL, 2001.

RIGONI, Joana Baptista. **A interpretação da Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia): Inexistência de concessão de anistia aos crimes cometidos pelos agentes do Estado**. Monografia (bacharel em direito), Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2013. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/1212/110661_Joana.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 jun. 2017.

SESSÃO COMEMORATIVA do 10º aniversário da Academia de História Militar Terrestre do Brasil no clube militar em 7 de março de 2006: **pronunciamentos**. Disponível em: <<http://www.militar.com.br/modules.php?name=Historia&file=display&jid=94>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SALOMÃO, Lucas. Comissão da Verdade responsabiliza 377 por crimes durante a ditadura. **Portal do G1**, Brasília, 10 dez. 2014. Disponível em:



<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-responsabiliza-377-por-crimes-durante-ditadura.html>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

TAVARES, André Ramos e AGRA, Walber de Moura. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade**: a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Minas Gerais: Fórum Ltda., 2009.

TEITEL, Ruti. Transitional Justice Genealogy. (Symposium: Human Rights in Transition). In: **Harvard Human Rights Journal**, 2003.

TOLEDO, Caio. **1964**: o golpe contra as reformas e a democracia. Revista Bras. Hist., Vol. 24, n.47, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882004000100002>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o direito internacional. In: **Amnesty in the Age of Accountability in Comparative and International Perspective**, Panel I: Brazilian Amnesty Law – University of Oxford, 22-23 out. 2010. Disponível em: <<http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/a-interpretac3a7c3a3o-judicial-da-lei-de-anistia-brasileira-e-o-direito-internacional.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

VIOLA, S. E. A.. Direitos Humanos no Brasil: abrindo portas sob neblina. In: GODOY, Rosa et.al. (Orgs.). **Educação em direitos humanos**: fundamentos teórico-metodológico. 1ed. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007, v. 1.

WEICHERT, Marlon. **A Comissão Nacional da Verdade**. São Paulo: Núcleo de Preservação da Memória Política, 2012.

ZALAUQUETT, J. Verdade e justiça em perspectiva comparada. In: **Revista Anistia Política E Justiça De Transição**. Ministério da Justiça. – N. 4 (jul./dez. 2010). – Brasília : Ministério da Justiça , 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.