



ISSN 1808 - 6470

**Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**

# **THEMIS**

## **REVISTA DA ESMEC**

Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará – ESMEC

**Themis** Fortaleza V.7 n.1 p. 1-417 jan/jul 2009

Pede-se que acusem o recebimento deste volume da "Revista"

*Rogamus ut acceptionem nunties*

*Se ruego acusar recibo dei presente numero*

*Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero*

*On prie de vouloir bien accuser reception de cette revue*

*Please acknowledge receipt of this exemplar*

*Bitte, den Empfang dieser Zeitchrift zu beschinigen*

*Oni peats konfirmi la ricevon*

**FICHA CATALOGÁFICA ELABORADA POR  
MARIA DO SOCORRO CASTRO MARTINS – CRB-3/775**

**THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da  
Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2009**

**v. 7, n. 1, jan/jul  
Semestral  
ISSN 1808-6470**

**1. Doutrina. 2. Jurisprudência.**

**I. Escola Superior da Magistratura do Estado do  
Ceará-ESMEC**

**CDU: 340(05)**

## Permuta

Solicita-se permuta / *Exchange requested / On prie e'échange/ We request exchange/ On demande l'échange/Wir erbitten Austausch/ Se solicita canje/ Si chiede lo scambio/ Se pide intercambio*

### Endereço para permuta:

#### Biblioteca da ESMEC

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

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

### Correspondências e Artigos:

#### Secretaria da ESMEC

Editores da Revista THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Água Fria  
CEP 60.811-670 Fortaleza-Ceará-Brasil

Tel./fax: (85) 3278-6242 ou (85) 3278-4013

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

### Permitida a reprodução desde que citada a fonte.

THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 500 exemplares impressos e 100 (cem) exemplares em CD-ROM e é distribuída, gratuitamente, aos alunos e professores da ESMEC e às bibliotecas e instituições das principais universidades, escolas de magistratura e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS - Revista Científica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) em:

<[http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec\\_publicacoes.asp](http://www.tjce.jus.br/esmec/esmec_publicacoes.asp)>

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

<http://www.tjce.jus.br/esmec>



**© TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ****ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ****Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra****Tel. (0XX85) 3278-6242/4013 E-mail: esmectj@gmail.com****Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz****CEP 60811-670 Fortaleza-CE****DIREÇÃO**

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

**COORDENAÇÃO**

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo

**ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS**

Flávio José Moreira Gonçalves

**REVISÃO**

Maria de Fátima Neves da Silva

**CONSELHO CONSULTIVO**

Águeda Passos Rodrigues Martins – Alberto Silva Franco – Antônio de Pádua Ribeiro – César Asfor Rocha – Ernando Uchoa Lima – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Luiz Carlos Fontes de Alencar – José Ari Cisne – José Maria de Melo – José Paulo Sepúlveda Pertence – Marco Aurélio Farias de Mello – Paulo Bonavides – Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite – Sálvio de Figueiredo Teixeira – Vicente Leal de Araújo

**CONSELHO EDITORIAL**

Almir Pazzianotto Pinto – Antônio Augusto Cançado Trindade – Carlos Roberto Martins Rodrigues – Carlos Facundo – Celso Antônio Bandeira de Melo – César Oliveira de Barros Leal – Dimas Macedo – Edgar Carlos de Amorim – Ernani Barreira – Fátima Nancy Andrichi – Fernando Luiz Ximenes Rocha – Flávio José Moreira Gonçalves – Francisco de Assis Filgueiras Mendes – Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Francisco Luciano Lima Rodrigues – Gizela Nunes da Costa – Hugo de Brito Machado – João Alberto Mendes Bezerra – José Afonso da Silva – José Alberto Rola – José Alfredo de Oliveira Baracho – José Evandro Nogueira Lima – José Filomeno de Moraes Filho – Luiz Flávio Borges D’Urso – Márcio Thomaz Bastos – Napoleão Nunes Maia Filho – Oscar Vilhena – Roberto Jorge Feitosa de Carvalho – Rogério Lauria Tucci – Sérgio Ferraz – Sílvio Braz Peixoto da Silva – Valeschka e Silva Braga – Valmir Pontes Filho

**Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores**

Tiragem: 1500 exemplares

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

**Des. Ernani Barreira Porto**

Vice-Presidente

**Des. José Arísio Lopes da Costa**

Corregedor Geral da Justiça

**Des. João Byron de Figueirêdo Frota**

### **TRIBUNAL PLENO**

*Des. Ernani Barreira Porto*

*Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha*

*Des. Rômulo Moreira de Deus*

*Des. José Arísio Lopes da Costa*

*Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido*

*Des. João Byron de Figueirêdo Frota*

*Des. Ademar Mendes Bezerra*

*Desa. Edite Bringel Olinda Alencar*

*Desa. Maria Iracema do Vale Holanda*

*Des. José Mário Dos Martins Coelho*

*Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira*

*Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes*

*Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes*

*Des. Lincoln Tavares Dantas*

*Des. Celso Albuquerque Macêdo*

*Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva*

*Des. Francisco Sales Neto*

*Desa. Maria Estela Aragão Brilhante*

*Des. Francisco Gurgel Holanda*

*Desa. Maria Náilde Pinheiro Nogueira*

*Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo*

*Des. Francisco Pedrosa Teixeira*

*Desa. Vera Lúcia Correia Lima*

*Des. Francisco Auricélio Pontes*

*Des. Francisco Suenon Bastos Mota*

*Des. Clécio Aguiar de Magalhães*

*Des. Francisco Barbosa Filho*

*Des. Paulo Camelo Timbó*

*Des. Emanuel Leite Albuquerque*

*Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda*

*Des. Jucid Peixoto do Amaral*

*Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz*

*Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto Juiz convocado para substituir o Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Dr. Alexandre Sampaio Guizardi - Secretário Geral, em exercício*

## **RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

**Diretor Atual:** Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

### **Ex-Diretores:**

Des. João Byron de Figueirêdo Frota (2007-2008)  
Des. Ademar Mendes Bezerra (2006-2007)  
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)  
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)  
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)  
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)  
Des. José Maria de Melo (1993-1994)  
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)  
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

### **Coordenador Atual:**

Juiza Sérgia Maria Mendonça Miranda

### **Ex- Coordenadores:**

Juiz Washington Luiz Bezerra de Araújo (2007-2008)  
Juiz Haroldo Correia Máximo (2007)  
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)  
Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)  
Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)  
Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)  
Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)





# SUMÁRIO

## ARTIGOS

<b>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>15</b>
<i>Elizabeth Santos Vale Rodrigues</i>	
<b>A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA AUTONOMIA PRIVADAS .....</b>	<b>43</b>
<i>Carla Albuquerque Marques</i>	
<b>A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>85</b>
<i>Cynthia Nóbrega Pereira</i>	
<b>O INSTITUTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> .....</b>	<b>107</b>
<i>Fernando Antônio de Oliveira Costa</i>	
<b>A IGUALDADE ENTRE AS FILIAÇÕES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA .....</b>	<b>129</b>
<i>Anna Lúcia Wanderley Pontes</i>	
<b>O SISTEMA REPRESENTATIVO E O CONFLITO EXISTENCIAL COM O REGIME DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>175</b>
<i>Caio Lima Barroso</i>	
<b>VIDA PREGRESSA E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE .....</b>	<b>197</b>
<i>Aline Gouveia de Andrade</i>	
<b>FIDELIDADE PARTIDÁRIA .....</b>	<b>221</b>
<i>Flávia Maria Aires Freire Allemão</i>	

**A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL É INCAPAZ DE TUTELAR O ABUSO DE PODER NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO .....275**

***Liliane Cortez Horn***

**A PRISÃO CIVIL NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....309**

***Sávio Alexandre Caldas Bezerra***

**COISA JULGADA: RAZÕES PARA NÃO RELATIVIZÁ-LA .....339**

***Herisberto e Silva Furtado Caldas***

# *ARTIGOS*



## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

***Elizabeth Santos Vale Rodrigues***

*Juíza de Direito do Estado do Ceará.*

*Bel. em Direito pela Universidade de Braz Cubas-UBC,  
Mogi das Cruzes-SP*

**RESUMO.** O presente trabalho tem como objetivo abordar antecedentes históricos que tiveram fundamental importância para a internacionalização dos direitos humanos e serviram de base histórica para a evolução dos direitos humanos, também previstos como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Registra-se, além do surgimento de Declarações, Tratados, Convenções e Pactos no âmbito internacional, a participação do Brasil no movimento internacional de direitos humanos, mediante a ratificação de tratados e a efetiva proteção desses direitos pelo Estado brasileiro. Destaca-se também, em especial, a recente criação do Conselho de Direitos Humanos e as inovações decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004, no que se refere à recepção dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, assim como ao reconhecimento constitucional da jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, ainda, a inovação referente à nominada “federalização dos crimes de direitos humanos”.

**Palavras-Chave:** Direitos fundamentais. Direitos humanos. Democratização. Institucionalização. Internacionalização. Constituição Federal. Cartas. Declarações. Tratados. Pactos. Convenções.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Homem e seus Direitos; 3. Cartas, Declarações, Tratados, Convenções, Pactos; 4. Processo de internacionalização dos direitos humanos; 5. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos; 6. Considerações finais.

### **1. Introdução:**

Há certa tendência em utilizar a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos reconhecidos e afirmados em determinada ordem constitucional. Nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, quando se fala em direito fundamental, aborda-se uma categoria jurídica complexa, porque o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento jurídico.<sup>2</sup> Para Antonio Henrique Pérez Luño, os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade,

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75.

liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.<sup>3</sup>

Os direitos fundamentais, na verdade, são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente. Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos traz ínsita a noção de que estes são inseridos num ordenamento complexo, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição. Direitos fundamentais é, assim, a expressão escolhida pelo constituinte brasileiro para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados como tal na Constituição Brasileira de 1988.

O presente artigo tem como escopo realizar estudo sobre a evolução histórica dos direitos humanos, abordando alguns fatos históricos que ganharam repercussão mundial e contribuíram sobremodo para a democratização e institucionalização dos direitos humanos, principalmente com a reconstrução dos sistemas jurídicos de países, que viveram amargas experiências de banalização desses direitos e, anos depois, adotaram textos em suas Constituições visando à criação de instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria, enfim, assegurar a plena eficácia dos direitos

---

<sup>3</sup> LUNO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 48, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

fundamentais. Afinal, todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, pois todos são iguais sem distinção de gênero, etnia, classe social, ou religião.

Para melhor compreensão do assunto desenvolvido no presente trabalho, é importante fazer uma breve retrospectiva da evolução dos direitos humanos no pós-guerra, desenrolando os fios de amarrações que remetem à origem e aos vestígios de desdobramentos que ganharam corpo, principalmente, no atual contexto da Constituição Brasileira, como veremos no segundo capítulo. Na verdade, o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem é coisa recente, o certo é que pouco antes da Idade Média, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Publícola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações; mas essas medidas tinham alcance limitado aos membros da classe dominante.

O capítulo terceiro versa, em linhas gerais, sobre o surgimento de Declarações, Cartas, Tratados, Convenções, Pactos e outros documentos contemporâneos que tiveram como característica marcante a positivação de direitos fundamentais. No quarto capítulo, faz-se referência ao processo de internacionalização dos direitos humanos, e no quinto capítulo, ainda que sucinta, faz-se uma abordagem à Constituição Federal de 1988 a qual, a exemplo das de outros



países, adotou o sistema europeu no rol dos direitos fundamentais, com destaque para a democratização política e institucionalização dos direitos humanos. O capítulo sexto, reservou-se para a conclusão do artigo com destaques para a democratização e internacionalização dos direitos humanos também assegurados à criança, ao adolescente e ao idoso. De fato, a preocupação em proteger os direitos fundamentais é um marco do constitucionalismo atual.

O tema versado neste trabalho não é menos interessante do que importante, à vista da magnitude que proporciona o assunto, até mesmo nas cadeiras acadêmicas, com o recente reconhecimento do Direito dos Direitos Humanos como um ramo autônomo do Direito. Não obstante, há poucos doutrinadores brasileiros tratando do assunto, entretanto, buscou-se em algumas notáveis referências bibliográficas elementos de pesquisas que serviram para concretizar, despretensiosamente, este micro artigo. Por fim, este trabalho acadêmico foi realizado de acordo com as indispensáveis normas técnicas, em atenção às exigências docentes, sendo um estudo descritivo analítico, desenvolvido por meio de pesquisas, com bibliografia documental alusiva ao tema.

## **2. O Homem e seus Direitos.**

Para Jane Reis Gonçalves Pereira, o conceito de direitos humanos é um artefato da Modernidade. Foram as revoluções liberais que – apoiadas no substrato filosófico

do contratualismo – converteram em textos jurídicos a concepção, que assumiu prevalência nos séculos XVII e XVIII, de que o homem é titular de direitos que antecedem a instituição do Estado, razão por que lhe deve ser assegurada uma esfera inviolável de proteção.<sup>4</sup>

Com efeito, foi durante o período axial da História em que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens, surgindo a convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade. Mas, como observou Fábio Konder Comparato, foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.<sup>5</sup>

Na verdade, o homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto. E é sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico. Daí pode se afirmar que a compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434.

<sup>5</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, V edição, ed. Saraiva, 2007, pág. 12.

humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. Nesse contexto, como averbou Jane Reis Gonçalves Pereira, “a Constituição surge como instrumento de afirmação e realização dos direitos humanos, tendo por papel fundamental estabelecer um sistema adequado de contenção dos poderes estatais. O constitucionalismo e os direitos humanos são os pilares sobre os quais se erige o Estado Liberal, que vem a substituir o Estado Absolutista.”<sup>6</sup> No dizer de Flávia Piovesan, os direitos humanos “refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.”<sup>7</sup>

### **3. Cartas, Declarações, Tratados, Convenções, Pactos.**

#### **3.1 Cartas e Declarações**

Foi a partir da Idade Média, que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos que, na verdade, tinham como fito a proteção de direitos dos monarcas, barões e poucos homens livres. A plebe não tinha direitos. Nos fins do século XI, surge a idéia de limitação do poder dos governantes, o que ensejou o reconhecimento, alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 435.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 7.

todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social – clero, nobreza e povo – no qual eles se encontrassem. Os reis, considerados nobres de condição mais elevada do que os outros reivindicavam para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

Contra a tendência de instituição de um poder real soberano, os senhores feudais se manifestaram, já desde fins do século XII, em declarações e petições sucessivas, a primeira delas sendo a Declaração das Cortes de Leão, na Espanha, datada de 1188. Na Inglaterra, com o enfraquecimento da supremacia do rei sobre os barões feudais face à disputa pelo trono e ao ataque vitorioso das forças do rei francês, Filipe Augusto, contra o ducado da Normandia, pertencente ao monarca inglês por herança dinástica, levou o rei da Inglaterra a aumentar as exações fiscais contra os barões, para o financiamento de suas campanhas bélicas.<sup>8</sup> Diante dessa pressão tributária, a nobreza passou a exigir, periodicamente, como condição para o pagamento de impostos, o reconhecimento formal de seus direitos. Nesse contexto, surgiu a Magna Carta Inglesa, assinada em 15 de junho de 1215 pelo rei João, também conhecido como João Sem-Terra, tendo perdurado até 1225, pois reafirmada por sete reinados sucessores.

Há quem diga que essa Carta não tinha natureza

---

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, V edição, ed. Saraiva, 2007, pág. 73.

constitucional, mas sim feudal, porque feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuía poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos. Na verdade, visava a consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Nem todas as disposições da Carta, muito embora regulando várias matérias, foram consideradas importantes para a evolução histórica tendente à progressiva afirmação dos direitos humanos e à instituição do regime democrático. Algumas de suas disposições ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor.

No contexto dos direitos humanos, despontou antes de tudo o valor da liberdade, não a liberdade geral em benefício de todos, mas liberdades específicas, em favor, principalmente, das classes superiores da sociedade – o clero e a nobreza, com poucas concessões em benefício do povo.

Surgiu, então, a Petição de Direitos, em 1628, era um documento dirigido ao monarca em que os membros do Parlamento pediam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos de sua majestade. Essa petição constituía uma forma de transação, o monarca tinha que ceder, pois precisava de dinheiro e não poderia gastar sem autorização do Parlamento. Nessa época já se declarava:

“Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem

de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país”.

### **3.1.1 Declaração de Direitos**

A Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), a mais importante da época, porque decorreu da Revolução de 1688, onde se firmou a supremacia do parlamento, com a queda do rei Jaime II e designou novos monarcas, cujos poderes reais se limitavam com a declaração de direitos a eles submetidas e por eles aceita. Na Inglaterra, a partir do ano de 1689, os poderes de legislar e criar tributos já não eram mais prerrogativas do rei, mas da competência do Parlamento, este composto, em sua maior parte, por representantes da nobreza e do alto clero. O *Bill of Rights* passou a ser considerada lei fundamental do Reino Unido, provocou uma transformação social, limitando os poderes governamentais e garantindo as liberdades individuais. Em sua essência, consiste a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o monarca, fortalece a instituição do júri e reafirma alguns direitos fundamentais, como o direito de petição e a proibição de

penas cruéis, os quais permanecem até hoje, nos mesmos termos, nas Constituições modernas.

### **3.1.2 Declaração de Virgínia**

Há outros, como a Declaração de Virgínia, surgida em 1776, contemporânea ao movimento da independência dos Estados Unidos, a qual consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como:

“Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva; ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial; ninguém será privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares.”

Todas essas declarações se preocupavam com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação do poder estatal como tal, inspiradas na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

### **3.1.3 Declaração Norte-Americana**

A Declaração Norte-Americana, também conhecida

como a Declaração da Independência, aprovada em 1787, teve grande repercussão, assim como a Constituição dos EUA, mas não continha uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor ficou condicionada à aprovação de pelo menos treze estados independentes. Alguns, somente concordaram que se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, onde se garantissem os direitos fundamentais do homem. Daí se originou as dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, acrescentando outras até 1975. Entre as quais, se destacam: liberdade de religião e culto, palavra, imprensa, direito de petição; direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal; proibição da escravatura; igualdade perante a lei; direito de voto às mulheres.

### **3.1.4 Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 1789, tinha uma visão universal dos direitos do homem, o que serviu de mola propulsora para o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10.12.1948, em sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris. No plano internacional, dava-se início ao processo de generalização da tutela internacional de direitos humanos. Contém trinta artigos, que reconhecem os direitos e garantias individuais fundamentais do homem, já com uma



conotação mais moderna, tais como: igualdade, dignidade, não discriminação, direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à nacionalidade, como também os direitos sociais, dentre os quais destacamos alguns mais importantes.

Artigo XXV: 1. “Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle;

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI: 1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais;

2. A instrução elementar é obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; O acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos;

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXIX: 1. Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

Releva notar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não possui valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas uma simples declaração, como indica o seu nome. O seu valor é meramente moral. Ela indica apenas as diretrizes a serem seguidas neste assunto pelos Estados. 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 apresenta força de lei.<sup>9</sup> Entretanto, para assegurar os meios necessários à fruição desses direitos,

---

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 143.

a fim que não permanecessem apenas no formalismo mentiroso da afirmação de igualdade de direitos, firmaram-se vários Pactos e Convenções Internacionais, sob patrocínio da ONU, visando a assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem.

### **3.1.5 A Carta das Nações Unidas**

Observa Fábio Konder Comparato que “a Guerra Mundial de 1939 a 1945 costuma ser apresentada como a consequencia da falta de solução, na conferencia internacional de Versalhes, das questões suscitadas pela Primeira Guerra Mundial e portanto, de certa forma, como a retomada das hostilidades interrompidas em 1918.” Mas destaca que o conflito bélico deflagrado em 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista diferiu profundamente da guerra de 1914 a 1918, tanto pelo maior número de países envolvidos e a duração mais prolongada do conflito – seis anos, a partir das primeiras declarações oficiais de guerra, quanto pela descomunal cifra das vítimas, pois “calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, a maior parte dela civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase-totalidade, eram militares.”<sup>10</sup>

E assim, criada após a Segunda Guerra Mundial,

---

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, V edição, ed. Saraiva, 2007, pág. 213.

em 1945, simbolizando a vitória dos aliados, a Carta das Nações Unidas instituiu uma nova ordem institucional, um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações voltadas para a manutenção da paz e segurança internacional, bem como para a proteção internacional dos direitos humanos. O Brasil aprovou a Carta através do Decreto-lei nº 7.935, de 4 de setembro de 1945, ratificando-a em 21 de setembro. Muito embora afirme o texto da Carta que os direitos humanos foram concebidos como sendo, unicamente, as liberdades individuais, mas um dos propósitos da ONU é o de “promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário, e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião.”

Para consecução dos seus objetivos, as Nações Unidas organizou-se em diversos órgãos, dentre os quais se destaca a Assembléia Geral que, em 20.12.1993, criou o posto de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com a missão de “promover o respeito universal de todos os direitos humanos, traduzindo em atos concretos a vontade e a determinação da comunidade internacional, tal como ela se exprime por intermédio da ONU”. Igualmente o Conselho de Segurança, com a principal responsabilidade na manutenção da paz e segurança internacional, cuja atribuição primordial é a de formular “os planos a serem submetidos aos membros das Nações

Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos”. Tem-se a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judicial das Nações Unidas de competência contenciosa e consultiva. Destacase, ainda o Conselho Econômico e Social a quem incumbiu-se a criação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1946, e perdurou por mais de cinquenta anos de trabalho, quando foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, em 03 de abril de 2006.

## **3.2 Convenções e Pactos**

### **3.2.1. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**

Na afirmativa de Flávia Piovesan, “o instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José de Costa Rica”.<sup>11</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada em 22.11.1969, está consubstanciada em 82 artigos, dentre os quais destacamos os relativos à proteção da criança nascida fora ou dentro do casamento. Isto porque, naquela época, o filho nascido de relação extra conjugal era considerado um bastardo, portanto não tinha direitos.

---

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 235.

Art. 17. Proteção da família. § 1º A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. § 5º A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Art. 19: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

Na verdade este é o documento que melhor concretiza os direitos humanos, ampliando os já reconhecidos, pois pretendeu conferir-lhes eficácia e obrigatoriedade pelas partes contratantes. O Brasil aderiu à Convenção em 25.09.1992, com o Decreto de Promulgação nº 678, de 06.11.1992.

### **3.2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966, entrou em vigor em 23.03.1976, após haver a Tcheco-Eslováquia (35º Estado) depositado seu instrumento de ratificação.

Mas o Brasil somente em 1991-1992 aderiu a esses instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. O Brasil ratificou o tratado, promulgado pelo

Decreto nº 592, de 06.12.1992, após aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991. Este tratado é composto de 53 artigos, dentre os quais se destaca o artigo que assegura medidas de proteção à criança.

Art. 24: 1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado; 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome; 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

As Constituições brasileiras sempre trouxeram insertos em seus textos uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Não vamos tecer a respeito dos direitos enunciados em cada uma dessas constituições.

#### **4. Processo de internacionalização dos direitos humanos**

Afirma Flávia Piovesan que “o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de

internacionalização dos direitos humanos.”<sup>12</sup> Com efeito, ao lado da Convenção da Liga das Nações (1920), que tinha a finalidade de promover a paz e segurança internacional, e do Direito Humanitário, cujo objetivo era o de proteger direitos fundamentais em situações de conflitos armados, a Organização Internacional do Trabalho, surgida após a Primeira Guerra Mundial, também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos, com a finalidade de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. Entretanto, a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos somente surgiu em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, como repúdio internacional às atrocidades e crueldades cometidas na Era Hitler. Muito bem observou Flávia Piovesan: “Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de onze milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana.”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 111.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 8.



Nesse contexto, o processo de internacionalização dos direitos humanos, que pressupõe a delimitação da soberania estatal, passa a ser uma legítima preocupação internacional em busca da reconstrução de um novo paradigma com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948. A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção.

Destaca-se, dentre outros, no plano internacional de proteção aos direitos humanos: a ratificação do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, mediante declaração facultativa efetuada em 17 de junho de 2002; a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; a assinatura do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 13 de outubro de 2003; a ratificação de dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de janeiro de 2004.

## **5. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos**

Depois do regime militar ditatorial (1964 a 1985)

iniciou-se o processo de transição democrática no Brasil que culminou com a promulgação de um novo texto constitucional, institucionalizando um regime político democrático no país, introduzindo avanços na sistemática das garantias e direitos fundamentais. E assim, a Constituição Brasileira, promulgada em 05.10.1988, abre seu longo texto composto de 246 artigos, inicialmente, trazendo em preliminar os Princípios Fundamentais, no título I, e logo introduz o título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, neles incluindo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, Direitos da Nacionalidade, Direitos Políticos e os Partidos Políticos.

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:”

Este dispositivo é uma base concreta dos direitos humanos, que se desmembra em inúmeros incisos, dando continuidade aos artigos seguintes.

Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

### Constituição.

Art.7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Inciso XXX- Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz. (Proteção ao trabalho do menor também previsto na CLT, art. 402 e segs.)

No melhor magistério de José Afonso da Silva “é a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”<sup>14</sup> Sem dúvida, a Constituição Brasileira de 1988 é o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil, que tem por objetivo, dentre outros, assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social, inclusive

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed. 1990, p. 80.

elevando os direitos fundamentais à cláusula pétrea, e tendo como um dos princípios de regência do Estado nas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos. Na melhor visão de Flávia Piovesan: “Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global.”<sup>15</sup>

Cumprе anotar que os direitos humanos protegidos pela Constituição Federal de 1988 não são somente aqueles previstos em seu texto, mas também aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. O que se observa é que com esta inovação, a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário e confere-lhes a natureza de norma constitucional. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentando o parágrafo terceiro no artigo 5º, ressaltou que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

---

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 41.

equivalentes às emendas à Constituição.

Quanto à questão da federalização das violações dos direitos humanos, inovada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, cumpre registrar que a responsabilidade é da União que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional, quando a atuação do Estado se mostra falha ou omissa na tarefa de garantir os direitos humanos.

## **6. Considerações Finais**

De acordo com o que foi explanado no presente artigo, não obstante a modéstia do trabalho, vimos que os passos dados foram relutantes, pode até se dizer tímidos demais, para a democratização e internacionalização dos direitos humanos, não de uma minoria, mais de um todo, porque o todo é que compõe o universo. A democracia brasileira tem avançado em muitos aspectos, não resta dúvida, mas percebe-se ainda que os flagelos do subdesenvolvimento das classes menos favoráveis e a atuação dos Estados, por seus representantes, que lideram com pouco interesse a causa do ser humano ainda são obstáculos a serem vencidos no caminho trilhado pela internacionalização dos direitos humanos. Exemplo disso é a falta de recursos financeiros para as escolas e hospitais e, em outros casos, a desídia do Poder Público que sempre afetam os menos favorecidos e acabam por banalizar os consagrados direitos humanos à saúde e à educação. Entretanto, a apreciação aprofundada dessa questão é

tarefa que demandaria uma exaustiva análise que ultrapassaria os objetivos deste trabalho. De qualquer modo, viabilizada pela disseminação do controle da constitucionalidade, a atuação do Poder Judiciário é efetiva como garantidor dos direitos fundamentais, no caso de omissão do Poder Público.

Embora os fatos marcantes na história tenham servido, tanto em nosso país como em outros, de mola propulsora para o reconhecimento dos direitos fundamentais, o que se conclui é que o Estado não pode atuar de forma imune aos direitos fundamentais. Pressupõe-se que o Estado tem o dever não apenas de abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos. E aí consiste a teoria dos deveres de proteção do Estado. Os direitos fundamentais foram concebidos e afirmados para tutelar a dignidade e a autonomia humana em suas diversas dimensões, tal como previstos na Constituição Brasileira de 1988, cuja progressão se adapta ao constitucionalismo democrático.

Releva sublinhar que nesse arcabouço jurídico temos a consagração da democratização e internacionalização dos direitos humanos também assegurados à criança, o futuro deste jovem país. Como não podia deixar de ser, arrimado na Constituição Brasileira de 1988, cuidou o Estatuto da Criança e do Adolescente assegurar à criança e ao adolescente iguais direitos e outros

inerentes à sua idade, como também medidas de proteção que visam a efetivar tais direitos na proporção em que estes forem violados. É certo que não basta apenas assegurar direitos e mais direitos. Há que se concretizar, efetivamente, tais direitos em prol da família, do idoso, da criança, do adolescente, enfim, da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, V edição, ed. Saraiva, 2007.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, p. 48, *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MELO, Celso Antônio de *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.





## **A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA AUTONOMIA PRIVADA**

***Carla Albuquerque Marques***

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará*

*Bacharel em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará*

*Advogada, e Especialista em Direito Público*

*pela Universidade Vale do Acaraú – UVA.*

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objeto abordar diversos aspectos que cercam os direitos fundamentais, partindo de sua conceituação e de sua sistematização de acordo com suas gerações ou dimensões. Posteriormente, apresentaremos a teoria dos quatro *status* ou relações que o Estado desenvolve com os particulares, de acordo com o entendimento de Jellinek, apontando ainda sua classificação desses direitos relacionada com as funções que exercem em um Estado de direito. Trataremos também da eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*), bem como de sua aplicabilidade, pois, na medida em que ainda não se construiu um grau de consenso, as dúvidas levam a enfraquecer a incidência dos valores que deles irradiam. Será também analisado se é cabível sua aplicabilidade nas relações jurídicas no âmbito da autonomia privada, bem como o grau de sua intensidade. Por último,

focalizaremos o tratamento que os Tribunais de nosso País vêm atualmente adotando acerca deles, levando em consideração as características específicas de nossa sociedade.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Eficácia. Aplicabilidade. Efetividade. Direito de defesa. Direitos de prestação. Cláusula de abertura. Eficácia vertical e horizontal.

## INTRODUÇÃO

Desde a Antigüidade, os pensadores buscavam identificar dentre os valores existentes na sociedade aqueles que seriam de grande magnitude por serem inerentes à natureza humana e, em razão desta magnitude, esse valores eram considerados eternos e imutáveis e, portanto, incidiriam sobre qualquer sociedade. Tais valores tratavam da afirmação da dignidade da pessoa humana, da asserção da participação do indivíduo na vida comunitária e do princípio da legitimidade.

Com a evolução das formas de organização da sociedade e da conscientização do homem como indivíduo, surgiu a consagração dos chamados direitos humanos. Estes resultaram do reconhecimento e da positivação de direitos relacionados aos valores: liberdade, igualdade e fraternidade, direcionados à busca da dignidade do homem e da boa manutenção da sociedade.

Quando tais direitos foram consagrados e positivados na Constituição foram alçados à categoria de direitos fundamentais. Seguindo o entendimento majoritário <sup>2</sup> podemos afirmar que os direitos humanos seriam, então, aqueles direitos reconhecidos na esfera internacional, enquanto os direitos fundamentais seriam direitos internos humanos reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os valores e fatores sociais e políticos de cada Estado, estando, pois, sujeitos à mutabilidade com as transformações sociais que advêm com o decorrer do tempo. São, portanto, chamados de fundamentais os direitos que, segundo José Afonso da Silva (2005, p. 178), “tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, ou seja, são direitos reconhecidos pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao homem.

Com o seu surgimento, muitas dúvidas foram suscitadas acerca inclusive sobre quais direitos se enquadrariam nesta categoria, bem como sobre a abrangência de sua aplicabilidade imediata, sua efetividade e sua eficácia, de modo que sua previsão nas Constituições, embora tenha representado um avanço, não se mostrou suficiente para realizar sua concretização, a ponto de tornar-se necessária a previsão de garantias para que estes direitos pudessem ser efetivados.

---

<sup>2</sup> Não há consenso quanto há distinção entre direito humanos e direitos fundamentais.

O Estado de Direito consolida-se como um governo de leis. E por ser um governo de leis, a justa aplicação das leis torna-se essencial para conferir legitimidade a este tipo de Estado. E mais, deve-se levar em consideração que os direitos fundamentais devem irradiar seus valores em todas as esferas do Poder Público. Mas, com tantas dúvidas que pairam em torno destes direitos e por sua relevância, o estado de incerteza a cerca dos mesmos é, pois, extramente indesejável e prejudicial a um Estado Democrático de Direito.

Portanto, configura-se de grande importância a análise desta categoria de direitos com o intuito de cooperar com a superação acerca das dúvidas acima mencionadas e, deste modo, contribuir para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como os indivíduos, possam abrandar esse estado de incerteza presente em nosso Estado Pátrio, e, assim, respeitá-los, participando de modo mais efetivo em sua concretização, tornando a sociedade mais justa e consciente de seus direitos, deveres e limitações, cada um exercendo seu papel social na medida do que lhe é devido.

## **1 AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como bem nos lembra Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p.281), a partir da Revolução de 1789, as declarações de direitos tornaram-se mecanismos de luta contra a

opressão advinda do Poder Absoluto do Estado e, como consequência desta luta, o constitucionalismo foi sendo consagrado, modificando a concepção de Estado e reflexamente a relação deste com os seus indivíduos. Surgiram, então, novos desafios que a sociedade deveria enfrentar. Com os novos desafios, surgiram também manifestações sociais. A declaração de direitos do Estado da Virgínia, em 1776, foi a primeira, sendo seguida por outras, dentre elas a declaração dos “Direitos do Homem e do Cidadão” apresentada em 1789 pela Revolução Francesa.

As declarações de direito tinham por intuito fazer com que o Estado reconhecesse e positivasse os direitos inerentes ao homem. Mas, de acordo com o ilustre jurista Paulo Bonavides (2002, p.517), a sistematização e classificação dos direitos fundamentais somente foram apresentadas pela primeira vez pelo jurista francês Karal Vasak em 1979, que, partindo dos valores defendidos pela Revolução de 1789, estruturou o sistema dos direitos fundamentais relacionando-os diretamente à tríade de valores: liberdade, igualdade e fraternidade (PIOVESAN, 1988, p. 28).

Como resultado das revoluções sociais que se opuseram às opressões e injustiças do Poder Absoluto, surgiu um novo conceito de Estado: o Estado de Direito que se sustentaria a partir de um governo de leis em busca de uma sociedade digna e justa. Com seu advento, o discurso

acerca de valores deixa de abranger apenas o direito natural e passa a adquirir um discurso mais científico e sistematizado do Direito, contribuindo para que este se tornasse apto a se sustentar e se efetivar, promovendo, desta feita, a segurança das relações jurídicas estabelecidas na sociedade. Está, pois, o conceito de Estado de Direito diretamente relacionado à ideia de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais atualmente reconhecidos não foram frutos de uma atuação temporal única, isolada, mas sim o resultado de um processo de consolidação de acordo com as necessidades de cada época, o que levou os doutrinadores a apontar suas diversas gerações de acordo com seu sucessivo surgimento histórico.<sup>3</sup>

Necessário se faz apontar uma observação quanto à terminologia 'geração': indica-se como mais adequado o termo dimensão ao invés de geração, visto que este imprime a ideia de superação de uma nova geração em relação a anterior, o que na prática não ocorre, pois todas as gerações coexistem e se completam em um sistema jurídico uno e indispensável para realização de direito mais justo nas sociedades em geral. Porém, por uma questão de abordagem histórica do tema, utilizaremos o termo geração

---

<sup>3</sup> Há doutrinadores, a exemplo de Paulo Bonavides, que defendem a existência de direitos fundamentais de 4ª geração, direitos estes que foram decorrência da globalização política na esfera da normatividade. São direitos à democracia, à informação, e ao pluralismo (que não serão objetos deste estudo).

ao longo deste trabalho.

## **1.1 Direitos fundamentais de primeira geração**

Os direitos de primeira geração se consolidaram durante o século XIX, como resultado das transformações sociais ocorridas à época, em especial com o acontecimento das revoluções liberais francesas e norte-americanas, que representaram a luta da classe social burguesa em busca do reconhecimento de liberdades individuais, e da conseqüente limitação do Poder Absoluto do Estado, uma vez que este representava uma barreira aos interesses dos burgueses que lutavam para mitigar seu poder e sua atuação e assim alcançar um espaço mais abrangente na determinação da sociedade vigente. Como resultado desta luta, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, que são direitos relacionados ao valor liberdade.

A titularidade desses direitos pertence ao indivíduo, pois tais direitos impõem ao Estado o dever de respeito à esfera de direitos que compõem e garantem as liberdades individuais através da uma atuação negativa, ou seja, os Poderes Públicos passam a abster-se de agir para deste modo garantir a não violação de direitos. Logo, os direitos de primeira geração acabaram por constituírem-se como direitos individuais. O indivíduo, portanto, é colocado em uma posição onde seus direitos estariam protegidos na medida em que se exige do Estado de modo precípua uma

abstenção, revelando seu caráter de *status negativus*, evidenciando a separação entre sociedade e Estado, indicando a atividade negativa (BONAVIDES, 2002, p. 517–518) do poder estatal ao não agredir a esfera individual. Estes direitos são também conhecidos como direitos civis e políticos que segundo Paulo Bonavides (2002, p. 517):

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Em virtude de sua importância e identidade histórica e ideológica com o constitucionalismo, os direitos de primeira geração foram difundidos e estão atualmente presentes nas Constituições das sociedades civis democráticas.

## **1.2 Direitos fundamentais de segunda geração**

Ao final do século XIX e com o advento do século XX, período este caracterizado por grandes acontecimentos sociais como a Revolução Industrial e as revoluções do proletariado, a ordem social vigente sofreu grandes transformações que acarretaram o surgimento de novos desafios, donde emergiu uma nova vertente de direitos



fundamentais. Mas estes novos direitos não foram mais constituídos a partir do paradigma do individualismo presente no modelo que o precedeu, mas sim considerando novos fatores e valores extraídos especialmente da luta do proletariado em busca por direitos sociais, econômicos e culturais com o intuito de atenuar as desigualdades sociais, sendo deste feita tais direitos relacionados ao valor igualdade.

Por objetivarem abrandar as desigualdades sociais, os direitos fundamentais de segunda geração inovaram ao exigirem por parte do Poder Público prestações positivas materiais e jurídicas, ou seja, demandavam a ação do Estado (e não mais sua abstenção) visando à concretização do chamado bem-estar social. Logo, a coletividade pode ser apontada como titular destes direitos, que serão efetivados através da positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, dos direitos da própria coletividade (BONAVIDES 2002, p. 518), bem como através de atuações estatais propriamente ditas.

Tais direitos, segundo entendimento de Sarlet (2003, p.53) adquirem uma dimensão positiva na medida em que se preocupam em “propiciar um direito do bem-estar social”. Nesta perspectiva, relacionam-se a direitos prestacionais do Estado perante os indivíduos, como, por exemplo, proporcionar saúde, educação e cultura, entre outros, observando-se aí sua inovação (SARLET, 2003, p. 52):

A nota distintiva destes direitos é sua

dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’.<sup>4</sup>

### **1.3. Direitos fundamentais de terceira geração**

Com as inovações tecnológicas conjuntamente com o aumento do fluxo de informações, tornou-se evidente a percepção de que o mundo era organizado por nações desenvolvidas e subdesenvolvidas (NOVELINO, 2007, p.156), e que tais diferenças deveriam ser amenizadas. Assim, surgiu a terceira geração de direitos fundamentais, agora se conectando ao valor fraternidade ou solidariedade, visando à proteção do direito ao desenvolvimento à paz, ao patrimônio comum da humanidade e ao meio-ambiente equilibrado e sadio.

Estes direitos destinam-se à proteção de direitos difusos, ou seja, não mais se preocupam com a proteção do indivíduo ou de determinados grupos isolados, mas sim do próprio gênero humano em si mesmo (NOVELINO, 2007, p.157), sendo, pois, de grande amplitude.

---

<sup>4</sup> Neste contexto evidenciou-se a insuficiência da proteção do indivíduo compreendido isoladamente, constatando-se, pois, a necessidade de ampliar o amparo estatal a determinadas instituições. Surgiu, então, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais inerentes às instituições de direito público e que compõem suas formas e organização.

Ora, os direitos humanos de terceira geração por se relacionarem diretamente com interesses da categoria gênero humano, ao qual evidentemente não se restringe aos limites das nações constituídas, dependem para sua efetivação da eficaz colaboração entre estas, assumindo a cooperação, desta feita, papel de pressuposto necessário para sua concretização. Evidencia-se, portanto, a grande dificuldade em lidar com tais direitos na medida em que as nações normalmente tendem a possuir valores e interesses diversos e, por vezes, antagônicos. Tornam-se, pois, direitos de difícil efetivação “em face de sua aplicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET 2003, P. 54).

Como meio de superar as diferenças entre as nações, a concretização de tais direitos deve ser construída a partir de uma atuação cooperativa recíproca, do diálogo e da troca de informações, tendo sempre como escopo a conscientização da necessidade da efetivação desses direitos para salvaguardar valores essenciais ao gênero humano.

## **2 A TEORIA DOS QUATRO *STATUS* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DOS ENSINAMENTOS DE JELLINEK**

O Estado não se constitui sozinho, isoladamente, sendo este formado por seus membros. Nesta perspectiva, o

indivíduo, além de ser um ser em si mesmo, se constitui como membro integrante do Estado e, como tal, estabelece com este diversas relações que são essenciais à sua própria manutenção. A partir desta percepção, Giorgio Jellinek, no final do século passado, desenvolveu a teoria dos quatro *status*. De acordo com essa teoria, cada *status* corresponderia a cada uma das facetas das relações jurídicas estabelecidas entre indivíduo e o Estado e suas conseqüentes funções, relações estas que, por sua importância à manutenção do Estado Democrático de Direito, necessitariam de uma proteção especial, constituindo-se, pois em direitos fundamentais. A partir de então, percebeu-se que os direitos fundamentais teriam como escopo cumprir diferentes e importantes funções no ordenamento jurídico (JELLINEK *apud* MENDES, 2002, p. 2).<sup>5</sup>

Ora, num Estado Democrático de Direito, em virtude do pacto político-jurídico que foi estabelecido, é comum o particular se encontrar em posição de subordinação perante os Poderes Públicos que tem competência para lhe impor deveres através de mandamentos ou de proibições. Nestas situações, cabe ao particular apenas respeitar as determinações estatais, desde que não haja abuso por parte do Estado, e no caso de violação pelo indivíduo, tem o Estado recursos para fazer com que suas justas

---

<sup>5</sup> Estas funções estão umbilicalmente ligadas às relações jurídicas estabelecidas entre particular e Estado.

determinações sejam observadas. Ressalta-se nesta relação de subordinação, o primeiro *status*, que é por isso denominado de *status* passivo de acordo com tal doutrina.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o indivíduo em determinadas situações se encontra em posição de subordinação frente ao Estado, este, por sua posição privilegiada, não pode agir de forma arbitrária. Reservou-se, então, um campo de espaço de livre atuação ao indivíduo, de modo que o mesmo não sofra ingerências dos Poderes Públicos. O Estado não pode invadir tal esfera do particular, devendo observar os limites quanto à sua autodeterminação reconhecida pelo ordenamento jurídico, restando-lhe apenas não interferir. Trata-se, pois do *status* negativo, ou *negativus*<sup>6</sup>. No caso de haver violação, o indivíduo tem direito a invocar a proteção do Estado, mais precisamente do Judiciário, como meio de retornar ao seu *status quo* anterior. Esse direito é por isso denominado como direito de defesa, uma vez que objetiva a proteção de direitos subjetivos de indivíduos perante o Poder Público.

Porém, na medida em que num Estado Democrático de Direito o povo, que é o titular do poder, delega este poder para seus representantes para que possam propiciar uma sociedade organizada e justa, tem o Poder Público o dever de contraprestação perante os indivíduos, dever este que se materializa através da oferta de bens e serviços que

---

<sup>6</sup> Também referido como *status libertatis*, quando observado sob a ótica o indivíduo.

possibilitem as condições essenciais à sobrevivência e a uma razoável qualidade de vida na sociedade, ressaltando a necessidade de alcançar a dignidade do homem. Este dever de contraprestação do Estado coloca o indivíduo em posição de exigir uma conduta positiva que lhe tem como destinatário, agindo concretamente o Estado com o intuito de satisfação dos interesses dos cidadãos, constituindo, assim, o terceiro *status positivus*, a saber, o positivo, também conhecido como *status civitatis*.

Como quarto e último *status* temos o ativo ou *status activae civitatis*, que é também uma decorrência do Estado Democrático de Direito, que se concretiza não somente ao permitir, mas também ao incentivar que o indivíduo participe na formação da vontade estatal, exercendo assim seus direitos políticos.

Ao analisar os diversos *status* ou esferas de relações jurídicas estabelecidas entre particular e Estado, percebeu-se que estas relações, por sua relevância, mereceram uma proteção especial. A proteção foi concretizada para as normas cujos valores por elas irradiados interferiram na sociedade e nos indivíduos que a integra, sendo, pois, tais relações compreendidas no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, percebeu-se que os direitos fundamentais podem assumir diferentes funções na medida em que são diversas as relações existentes entre o particular e o Estado, sendo tais relações imprescindíveis para a sua manutenção.

Para tratar desta problemática, Giorgio Jellinek apresentou uma classificação dos direitos fundamentais a partir das funções que os mesmos exercem dentro do ordenamento jurídico.

### **3 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE JELLINEK**

#### **3.1 Direito de defesa**

Conforme vimos anteriormente, os direitos fundamentais de primeira geração funcionam como mecanismos de proteção opostos contra o Estado para assegurar a liberdade de o indivíduo autodeterminar-se dentro da esfera de direitos e valores que nosso ordenamento jurídico lhe coloca à disposição. Ao Estado exige-se apenas abstenção, reconhecendo como seu limite de atuação a esfera de direitos pertencentes aos indivíduos (direitos subjetivos) que por ele não deve ser atingido. Nesta relação de abstenção do Poder Público evidencia-se a presença do *status libertatis* ou *status negativus*.

Porém, se o Poder Público agir, o fizer de forma arbitrária, atingindo e violando a esfera de autodeterminação do particular, este pode recorrer ao judiciário para que o Estado obedeça os seus limites de atuação. Logo, os direitos fundamentais funcionam também como mecanismos de defesa, conforme nos apresenta Alexy (*apud* MENDES, 2002, p.2):

[...] são direitos de defesa (*Abwerrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento de prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Porém, não é só o Estado o único destinatário desses direitos. Devem-lhe também respeito os demais particulares frente ao indivíduo detentor do direito negativo, esperando-se, desta feita uma abstenção de conduta, como assim bem assevera Dirley da Cunha Júnior (2006, p.259):

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras posições subjetivas que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes estatais e particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa)

Integram especialmente esta categoria de direitos fundamentais os individuais relativos aos direitos de



igualdade, de liberdade, à vida e o direito à propriedade (direitos que segundo Jellinek são os de primeira geração), dentre outros. O respeito e consequente defesa a estes direitos se dão seja por via preventiva de proteção, seja por via de eliminação da violação após atuação estatal, evitando-se assim o abuso de poder conforme apresenta Canotilho (*apud* SARLET, 2001, p.14):

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos.

Como conseqüência das importantes funções exercidas em torno de tais direitos constrói-se uma espécie de blindagem de proteção do núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado, blindagem esta que acaba por representar uma limitação efetiva ao poder do Estado.

Em virtude da própria natureza desses direitos, a concretização da limitação exterioriza-se através da abstenção do Estado, ou seja, revela-se em caráter negativo

de direito, o de não fazer. Uma vez que sua proteção se materializa, via de regra, através da abstenção por parte dos Poderes Públicos, torna-se de fácil compreensão por que os direitos fundamentais de defesa são direitos que tem sua efetividade concretizada com certa facilidade.

### 3.2 Direito a prestações

Os direitos fundamentais de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos de coletividade), são direitos que impõem ao Estado o dever de agir, exigindo realização de condutas ativas ou prestações, de natureza material (saúde, *v.g.*), ou de natureza jurídica (regulamentação das relações de trabalho, etc.), com o escopo de proteger bens jurídicos contra interferência de terceiros, bem como de promover ou garantir a fruição destes bens (NOVELINO, 2007. P.153), evidenciando seu caráter de *status positivus ou status civitatis*.

Funcionando tais direitos como direitos a prestações, caracterizam-se em sua exteriorização de modo diametralmente oposto aos direitos de defesa, uma vez que estes exigem do Estado apenas uma abstenção, impedindo sua ingerência na autonomia dos indivíduos. Neste sentido Sarlet (2001, p.15) nos lembra que:

[...] enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos,

os direitos a prestações, que de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam a postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Entendimento também explicitado por Alexy (*apud* MENDES, 2002, p.2) que, ao fazer a contraposição entre direito de defesa e direito à prestação, afirma que: “outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*)”.

Os direitos a prestações materiais são conhecidos como direitos à prestação em sentido estrito, uma vez que resultam diretamente da concepção social do Estado, ou seja, são direitos coletivos que ingressam no ordenamento jurídico com o fim precípua de atenuar desigualdades sociais no âmbito das condições materiais indispensáveis, beneficiando desta feita à coletividade como um todo, efetivando deste modo o bem estar social. São, assim, reconhecidos como os direitos sociais por excelência.

No âmbito da realidade fática, como a atuação do poder público consiste numa prestação positiva, ou seja, de agir diretamente com a prestação de bens ou de serviços, é

inevitável reconhecermos que a sua eficácia, se comparada aos direitos de defesa, é mitigada, em especial nos casos em que deve ser observado o princípio da reserva do possível.

### **3.3 Direito de participação**

Os direitos fundamentais como direitos de participação relacionam-se com os direitos de terceira geração, que são direitos que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado. Realçam, pois, o caráter de *status activae civitatis* da relação entre o Estado e os particulares.

Tais direitos se concretizam através da observância de direitos com caráter positivo e negativo, de prestação e de abstenção, compondo-se de direitos de defesa e direitos à prestação, sempre com o intuito de viabilizar a participação do indivíduo na formação da vontade estatal, da vontade política da comunidade da qual é membro. A Constituição Federal de 1988 traz expressamente o rol de direitos políticos e de direitos de nacionalidade como meio de efetivar os direitos de participação.<sup>7</sup>

## **4 A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

<sup>7</sup> Incluem-se aí os direitos de nacionalidade já que para exercer os direitos políticos têm que ser nacional de acordo com nossa Carta Magna.

#### **4.1 A cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal**

Conforme a dicção do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nosso ordenamento jurídico pátrio adotou, assim, um sistema constitucional aberto a fundamentalidade material ou, como denominaria Jorge Miranda (*apud* Cristiano Amorim, 2006, p.1), a cláusula de abertura ou de não-tipicidade, segundo a qual se torna possível a ampliação do catálogo de direitos fundamentais materiais, mesmo não se localizando no Título II da Constituição ou estando até mesmo fora desta como, por exemplo, através da inclusão por meio de tratados internacionais.

Assim, introduz esta norma a ideia de que a caracterização de um direito fundamental como tal não está na sua disposição topográfica e sim quanto ao seu conteúdo, quanto à sua materialidade, privilegiando a perspectiva material em detrimento da formal. Desta feita, não há qualquer impedimento que outros direitos previstos na Carta Magna sejam reconhecidos como fundamentais mesmo não estando localizados no título II da Constituição Federal como, por exemplo, o direito fundamental ao meio-ambiente<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Este posicionamento, no entanto, não reflete um consenso, mas podemos afirmar que no Brasil é a posição doutrinária majoritária e já esta sendo utilizada e reconhecida em decisões nos nossos tribunais.

Diante do exposto, podemos concluir que numa interpretação sistemática da Constituição podemos apontar duas categorias de direitos fundamentais, a saber: os direitos formal e materialmente constitucionais, e os direitos materialmente constitucionais<sup>9</sup>.

Assim, quando se pretende que uma norma que não possua o respaldo formal seja alçada à categoria de direito fundamental, torna-se de suma importância analisar o conteúdo desta, condicionando o seu enquadramento a esta categoria em função da matéria em si contida, ou seja, se os valores por ela irradiados interferem na estrutura do Estado e da sociedade e na posição ocupada pelo indivíduo dentro desta comunidade, ou até mesmo dentre comunidades distintas.

## **4.2 A abrangência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais**

Partindo-se do pressuposto da supremacia da Constituição em nosso ordenamento jurídico, toda norma constitucional é provida de eficácia jurídica, ou seja, possui potencialmente capacidade para produzir seus efeitos

---

<sup>9</sup> Canotilho defende uma terceira categoria de direitos fundamentais: os meramente formais, uma vez que embora topograficamente localizados corretamente, estes sofreriam de uma carência de conteúdo, de modo que se enquadrariam na categoria dos direitos fundamentais apenas por sua posição topográfica na Constituição (1993, p.539).

jurídicos. Porém, nem todas têm o mesmo grau de eficácia, dependendo este grau de acordo com o que lhe foi outorgado pela própria Constituição. Logo, algumas normas previstas na Constituição possuem a aplicabilidade direta e imediata, enquanto outras não.

De acordo com o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de direitos bem como as de garantias têm sua aplicação imediata, ou seja, tem eficácia plena, não dependendo de qualquer atuação do legislativo para alcançarem sua efetividade. No entanto, convêm ressaltar que as normas definidoras de direitos fundamentais, como bem nos lembra Dirley da Cunha (2006, p.248), estão longe de se identificarem funcional e normativamente, o que acaba por dificultar o tratamento uniforme desta matéria.

Há, porém, uma questão prévia que precisa ser analisada: a abrangência material da aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Perquire-se se sua aplicação deve restringir-se apenas aos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, ou seja, aos direitos materialmente e formalmente fundamentais<sup>10</sup>, ou se sua aplicação se estende a todos os direitos reconhecidamente fundamentais, abrangendo também aqueles não previstos no Título II ou até mesmo os reconhecidos fora da Constituição Federal em decorrência dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário,

---

<sup>10</sup> Observar nota de rodapé nº 5.

ou seja, os direitos materialmente fundamentais.

Da análise da posição topográfica exposta na Constituição, como a previsão da aplicabilidade imediata situada no §1º do art. 5º, poderia se extrair o entendimento de que sua aplicação seria restrita aos direitos fundamentais previstos no mesmo artigo. No que pese esta análise, devemos observar que o §1º utiliza-se de uma categoria genérica ao trazer expresso “direitos e garantias fundamentais”, sem fazer qualquer distinção ou discriminação, o que nos leva a crer que a abrangência material da norma atinge a todos os direitos materialmente fundamentais e não apenas os também formalmente fundamentais, não se sustentando a ideia de que há uma restrição quanto à aplicação da norma a quaisquer categorias específicas de direitos fundamentais.

Ao sugerir um exame contextual e finalístico da Constituição, afirma Dirley da Cunha (2006, p. 249) : “sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, **em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza**”. Tal conclusão origina-se no fato de que a nossa Constituição, a despeito de ter sofrido grande influência da Constituição Portuguesa de 1976, seguiu caminho diverso desta ao optar por não traçar distinção expressa entre os direitos de liberdade e garantia presentes em seu Título II e os direitos sociais de cunho prestacional (direitos sociais, econômicos e culturais) presentes no Título III.



Diante do exposto, podemos concluir pela aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais, ou seja, de acordo com o enfoque material, abrangendo desde aquelas constantes no Art. 5º da CF, bem como as previstas fora deste artigo, ainda que consagradas em tratados internacionais.<sup>11</sup>

A efetividade ou eficácia social, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito e representa, no universo dos fatos, a materialização dos preceitos legais e simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1996, p. 82), que quanto aos direitos fundamentais, pela que já foi anteriormente apresentado, também não alcançou um desempenho desejável, justificando assim, a atualidade do tema que tão veementemente vem sendo estudado como meio de aproximar o dever-ser do ser, da realidade social.

### **4.3 A perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais**

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sempre foi admitida, representando a possibilidade do titular de um direito fundamental - o particular - recorrer ao judiciário em busca da defesa judicial de seus direitos, exigindo a contraprestação ao destinatário da norma.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, Flávia Piovesan (1995, p.90)

Porém, modernamente, alguns doutrinadores, no âmbito da dogmática constitucional, passaram a defender que os direitos fundamentais são, na verdade, dotados de uma dupla dimensionalidade ou duplo caráter (*Doppelcharakter*), ou seja, possuem uma bipolaridade: subjetiva e objetiva. Decorre este entendimento do fato de que, conforme a lição de Andrade de Vieira (1998, p. 144):

[...] os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

A norma jurídica que contém um direito fundamental estabelece um valor que irá interferir na sociedade como um todo, incidindo sobre as relações constituídas entre o Estado e os indivíduos, mas também alcançará as relações jurídicas que os particulares estabelecem entre si. Assim, de acordo com este entendimento, os direitos fundamentais são compreendidos tanto como direitos subjetivos individuais ao mesmo tempo em que são enquadrados como elementos objetivos fundamentais que interferem diretamente na esfera de uma sociedade. É, pois, com o reconhecimento destas duas esferas de incidência de valor presente em uma norma de direito fundamental que se pode compreender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ora, as normas que consagram os direitos fundamentais sempre contêm uma valoração. Os valores delas decorrentes se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico de modo que acabam orientando as diversas tarefas exercidas pelos órgãos legislativos, executivos e judiciários. Estes valores de natureza jurídico-objetiva servem, pois, como diretrizes e paradigmas para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. É o que a doutrina germânica chama de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*). É por isso que Konrad Hesse ao tratar do tema denominou esses valores de natureza objetiva que irradiam dos direitos fundamentais, valores esses essenciais em uma comunidade política, de “as bases da ordem jurídica da coletividade” (1998, p. 239).

No entanto, o reconhecimento desta dupla dimensão não implica que o direito subjetivo decorre do direito objetivo, mas sim o que se pretende ressaltar é que a norma ao estabelecer um direito fundamental, se subjetivada, não incide apenas sobre os indivíduos, mas também sobre a comunidade como um todo, corporificando valores ou fins que dela irradiam.

E mais, um mesmo direito fundamental pode assumir as perspectivas objetiva e subjetiva, não acarretando a manifestação de uma dessas dimensões em uma exclusão automática da outra. Pode, portanto, um mesmo direito fundamental ser observado sob as duas perspectivas concomitantemente, coexistindo simultaneamente, sem que

com isto haja a ausência ou até o mesmo qualquer enfraquecimento de uma de suas esferas de abrangência.

#### **4.4 As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais**

Quando começaram a qualificar alguns direitos como fundamentais, estes direitos eram oponíveis apenas contra o Estado com o intuito de proteger o particular. Esta proteção era o resultado da evidente presença do binômio poder-sujeição que existe nesta relação, ou seja, é reconhecida como desigual a relação jurídica estabelecida entre eles, sendo por isso chamada sua eficácia de vertical.

A relação de desigualdade compreende-se como um pressuposto do Estado Democrático de Direito na medida em que há a presunção lógica de subordinação do particular perante o Poder Público, pela preponderância do interesse público frente ao interesse particular. No entanto, a atuação do poder público não pode ultrapassar os limites reconhecidos pelo ordenamento jurídico, cuja violação representaria arbitrariedade ou abuso de poder pelo Estado, residindo aí os limites de sua atuação: o Estado pode o que a lei permite.

Com o decorrer do tempo, passou-se a ter consciência de que as violações a direitos fundamentais também poderiam decorrer da atuação de outros particulares, ou seja, de particular contra particular em suas relações jurídicas. Este

entendimento relaciona-se diretamente ao reconhecimento da possibilidade de que um mesmo direito fundamental pode assumir as perspectivas objetiva e subjetiva concomitantemente, coexistindo simultânea e pacificamente.

Ao perceberem que as violações a direitos fundamentais também poderiam decorrer da atuação de outros particulares, doutrinadores passaram então a pensar a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, sendo que tal aplicação seria denominada de horizontal, uma vez que teoricamente os indivíduos se encontram em um mesmo nível, não havendo que se falar em subordinação<sup>12</sup>. Nesse sentido Konrad Hesse (*apud* PEREIRA, 2006, p. 138) afirma que: “a liberdade humana pode resultar menoscabada ou ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas”.

No entanto, vale ressaltar que, quanto à aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não há um consenso doutrinário. Ao contrário, diversas correntes foram desenvolvidas no intuito de defender posições acerca da existência ou não de sua aplicação.

## **5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS**

---

<sup>12</sup> É possível identificar no âmbito das relações privadas a presença do binômio poder-sujeição que exterioriza a desigualdade entre as partes, como, por exemplo, nas relações trabalhistas.

## 5.1 Ineficácia dos direitos fundamentais de acordo com a doutrina do *State Action*

Nos EUA, desenvolveu-se a doutrina do *State Action*, que defende a inexistência da eficácia horizontal, ou seja, os direitos fundamentais previstos na Constituição não se aplicam aos particulares, vinculando somente os Poderes Públicos.

Respalda-se essa doutrina no fato de que a Constituição norte-americana de 1787 faz referência expressa somente aos Poderes Públicos como destinatários dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Considerando o individualismo latente que permeia de modo significativo a cultura geral do Estado norte-americano, outro argumento foi apontado: a crença de que se admitida a eficácia horizontal, a autonomia privada desapareceria, seria deixada de lado.

Todavia, como meio de atenuar alguns dos aspectos mais radicais da *state action doctrine*, ou seja, a não aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, alguns doutrinadores norte-americanos conjuntamente com jurisprudência americana, em especial a da *Supreme Court* (Suprema Corte Americana), desenvolveram a *Public Function Theory* (teoria da função pública) ou da *public function doctrine* (doutrina da função pública). Segundo esta,

---

<sup>13</sup> Como exceção há 13ª emenda que acabou com a escravidão (*Civil Right Act* de 1875).

embora os direitos fundamentais só possam ser violados por meio de uma ação estatal, certos atos privados seriam equiparados a ações estatais e em virtude desta equiparação, o óbice quanto à aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares restaria eliminado, mas somente para estes casos.

Críticas pertinentes são elaboradas acerca dessa doutrina, pois reconhecem que, embora atenuada pela *Public Function Theory*, a *state action doctrine* ainda demonstra-se incapaz de concretizar os valores que irradiam dos direitos fundamentais, valores estes que buscam propiciar uma maior dignidade ao homem, reservando a esfera da autonomia privada uma exarcebada proteção.

## **5.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais**

Para a maioria os doutrinadores alemães, os direitos fundamentais não poderiam ser compreendidos como direitos subjetivos dos particulares em suas relações jurídicas privadas, pois se assim fosse possível, acabaria por suprimir a autonomia da vontade, desfigurando a autonomia do Direito Privado (MENDES, 2004, p. 123), argumento este semelhante ao apresentado pelos defensores da doutrina do *state action*. Logo, de acordo com esta teoria, é negada a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2006, p. 210).

Mas, ao mesmo tempo em que negam a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera do indivíduo, tais doutrinadores não deixam de reconhecer que os valores que irradiam desta categoria de direitos atingem o ordenamento jurídico como um todo. Logo, não seria possível excluir o Direito Privado do alcance desta irradiação. Deste modo, os direitos fundamentais exerceriam o papel de paradigma ou de princípios de interpretação tanto das cláusulas gerais, bem como dos conceitos indeterminados do direito privado. Nesta perspectiva, a incidência dos direitos fundamentais sobre a esfera do indivíduo ocorreria por via indireta, cabendo ao legislador ordinário proteger tais direitos nas relações entre indivíduos, sem deixar de tutelar a autonomia privada.

Logo, os direitos fundamentais poderiam ser aplicados às relações entre particulares, mas sua aplicação dependeria da existência de uma lei de direito privado que intermediasse sua aplicação, não sendo possível, desta feita, sua aplicação direta. E, no caso de lacuna do ordenamento jurídico privado, bem como da ausência de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados que poderiam ser interpretados de acordo com os valores que irradiam destes direitos, excepcionalmente poderia o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, sem a mediação do legislador ordinário, mas ressalte-se que excepcionalmente.

Críticas surgiram quanto a esta doutrina, em especial



a de que a aplicação efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas dependeria da vontade do legislador ordinário, além do fato de que como os direitos fundamentais funcionariam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado, essa imprecisão valorativa poderia acarretar em insegurança na aplicação das normas de direito privado.

### **5.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais**

Por último, temos a teoria da eficácia horizontal direta, segundo a qual a aplicação dos direitos fundamentais não necessita de intermediação de lei para que os direitos fundamentais se apliquem às relações entre particulares, sendo sua aplicação direta. Predomina esta doutrina em Portugal, na Espanha e na Itália, países que exercem grande influência no Brasil, onde também há defensores de sua aplicação, bem como já há jurisprudência nacional neste sentido.<sup>14</sup>

Embora seja possível a aplicação direta entre particulares, é necessário ressaltar que esta aplicação não possui a mesma intensidade da aplicação ao Estado, pois leva em consideração a autonomia privada uma vez que esta permeia as relações entre os particulares, sob pena de

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, RE 161243/DF e RE 158215/RS.

anulá-la se desconsiderada. Logo, demonstra-se a necessidade de realização de um juízo de ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada, possibilitando, inclusive, quando for o caso, a limitação da autonomia privada em prol da proteção a um direito fundamental justificável.

Além da demonstração da necessidade de realização do juízo de ponderação em virtude do reconhecimento do valor autonomia privada, tem-se um pressuposto que deve ser observado para que caiba a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares: deve-se sempre analisar se no caso concreto há de fato uma desigualdade entre as partes. Se afirmativo, só então estaria justificada a sua aplicação na medida em que se reconheceria que a presunção de igualdade entre as partes não é absoluta, ou seja, por vezes há entre os particulares uma relação de desigualdade. E é justamente por haver tal disparidade de posições numa determinada relação jurídica que o nosso ordenamento poderia aplicar diretamente os direitos fundamentais na esfera privada frente ao caso concreto.

É também na análise do caso concreto que se observa o grau de proteção ao direito fundamental na relação privada: quanto maior for a desigualdade entre as partes, maior deverá ser a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Consequentemente, se a desigualdade entre as partes for mínima, constituindo-se uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia

receberá maior proteção, restringindo-se a proteção ao direito fundamental em conflito.

Outro fator que também deve ser considerado na análise do caso concreto é a identificação da magnitude do bem envolvido na controvérsia. Assim, quanto maior for a magnitude do bem, assim considerado quando essencial à vida humana, o direito fundamental merecerá uma maior proteção frente à tutela da autonomia privada. Caso contrário, ou seja, se o bem for de menor magnitude, a autonomia privada prevalecerá.

Assim, embora os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas, porque independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso para verificar se está justificada a sua aplicação, ou seja, identificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal.

#### **5.4 O entendimento predominante no Brasil quanto à eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada**

Realizando-se uma análise sistemática da Constituição Federal de 1988, podemos observar logo de início em seu art. 3º, inciso I, que a determinação de um de seus objetivos fundamentais é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aliada a este objetivo, ao trazer expresso um extenso catálogo de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), revelou a Carta Magna sua característica intervencionista

e social.

Outro importante aspecto a ser apontado é que, diversamente do que ocorre na Constituição norte-americana, não há nenhuma indicação no decorrer do texto constitucional de que os direitos fundamentais vinculem diretamente o Estado com exclusividade. Isto posto, compreende-se por que o entendimento predominante do Brasil é pela aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada dos indivíduos.<sup>15</sup>

A ideia de horizontalidade apregoada nessa esfera de aplicação dos direitos constitui-se no reconhecimento de que em determinadas situações há entre os particulares uma relação de desigualdade, o que nos remeteria à conclusão de que a presunção de igualdade entre as partes não é absoluta. Porém, somente quando esta igualdade se mostra relevante e o bem em conflito for uma magnitude significativa, é que se justifica na esfera privada a proteção aos direitos fundamentais ao caso concreto.

Partindo, pois, da necessidade da ponderação de valores entre os direitos, a ser realizada no caso concreto pelo Judiciário, percebe-se que tal ponderação, por variar caso a caso. Mas para evitar que a realização do juízo de ponderação não crie uma situação de insegurança jurídica quanto à esfera de autonomia do indivíduo, torna-se essencial

---

<sup>15</sup> Convém lembrar a necessidade da ponderação feita no caso concreto entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, na medida em que esta também merece respeito e não pode ser descaracterizada.

a identificação de parâmetros que orientem a aplicação do direito fundamental na esfera da relação privada, para deste modo se estabelecer quais direitos e valores devem prevalecer no exercício da ponderação ao caso concreto.<sup>16</sup>

O poder judiciário brasileiro, através de seus tribunais, vem em seus julgados adotando de modo discreto, porém, crescente a aplicação imediata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, servindo de marco para o reconhecimento desta teoria o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ no ano de 2005, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, decisão em que o Supremo Tribunal Federal abordou o assunto de modo direto.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Daniel Sarmiento defende que um destes parâmetros é a existência e o grau de desigualdade fática existente entre os titulares da relação privada: quanto maior for a desigualdade, maior será a proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já diante de uma situação mais igualitária entre as partes, a autonomia vai receber uma proteção maior, ficando o direito fundamental que com ela entra em conflito mais suscetível a restrições. Outro critério apresentado seria quanto à relevância do bem envolvido: se o bem for essencial à vida humana, receberá maior proteção ao direito fundamental e menor a tutela da autonomia privada. Já se o bem for de pequena magnitude, a autonomia privada será um peso maior. (2006, p. 272/279)

<sup>17</sup> Informativo nº. 405 do STF em outubro de 2005: Exclusão de associado do quadro da Sociedade Civil (União Brasileira de Compositores), sem a oportunidade do contraditório e amplo defesa. O STF decidiu pela necessidade de observância à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, em virtude de seu conteúdo e de suas diversas funções, necessitam submeter-se a um trabalho de esclarecimento e conscientização social, de modo que sejam superadas, mesmo que parcialmente, suas dúvidas primárias, a saber: quanto a sua eficácia e aplicabilidade, bem como a sua qualificação e enquadramento no ordenamento jurídico pátrio. Superadas as divergências iniciais, seria possível uma melhor compreensão quanto a sua real dimensão sobre as relações jurídicas estabelecidas dentro de um Estado de Direito.

Ora, se não alcançarmos um entendimento majoritário e se este entendimento não for aplicado em nossos tribunais, os direitos fundamentais teriam sua aplicabilidade e eficácia praticamente anuladas, na medida em que sua indeterminação resultaria, na prática, na inviabilidade de sua aplicação.

Assim, concluímos que em virtude dos valores protegidos pelos direitos fundamentais, estes devem ter reconhecidas as eficácias vertical e horizontal, ou seja, sua aplicação imediata, tanto no que tange ao Estado, quanto às relações de direito em que estão presentes a autonomia privada e neste caso, não há porque concluir pela sua descaracterização, na medida em que ao colidirem os direitos, sempre haverá um juízo de ponderação dos valores, não sendo a autonomia privada completamente descartada

ou esquecida, mas no máximo, mitigada.

Esta conclusão é ainda mais significativa se a direcionarmos a países onde existem altos graus de desigualdade social, como ocorre no Brasil. Como sabemos, o Estado brasileiro se apresenta faticamente como um Estado injusto e assimétrico se levarmos em consideração os países de primeiro mundo cuja desigualdade social não é tão latente. Dentro de nossa realidade, os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição são vistos e tratados como uma mera utopia.

Nos estados que se apresentam internamente em situação de grande desigualdade social, ou seja, onde tanto a sua estrutura social, política e econômica bem como a sua estrutura estatal institucional estão imbuídas em valores distorcidos, cuja realidade afasta o ser do dever-ser, é inegável a relevante contribuição que resulta de um trabalho de conscientização da necessidade de reforço da tutela dos direitos fundamentais, em especial no campo privado, onde reside a maior opressão do mais forte ao mais fraco.

Diante do exposto, torna-se inegável a necessidade de reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, para que se construa uma sociedade mais justa, digna e igualitária, sob pena de vivermos num Estado onde a arbitrariedade e o abuso de poder por parte dos mais beneficiados se sobreponha ao princípio da dignidade da pessoa humana e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CANITILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 3<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos sociais fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: Direitos fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados da ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Nº 10, janeiro de 2002. Disponível em: < [www. Direito Público.com.br](http://www.DireitoPublico.com.br) >. Acessado em: 22.06.2008.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, Jane dos Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações entre particulares. In: Luís Roberto Barroso (Org.). **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4<sup>a</sup> ed. Ver., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, vol. I, Nº 1, abril de 2001. Disponível em: < [www. Direito Público.com.br](http://www.DireitoPublico.com.br) >. Acessado em: 25.06.2008.



\_\_\_\_\_ ; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n° 24, julho de 2008. Disponível em: < [www.revistadoutrina.trf4.gov.br](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br) >. Acessado em 22.06.2008.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: Luís Roberto Barroso (Org.). **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.



## A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

**Cynthia Nóbrega Pereira**

*Juiza Substituta da Comarca de Santana do Acaraú-CE*

*Aluna do II Curso de Formação Inicial de Juizes Substitutos da ESMEC*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Situação histórica: A evolução do Estado Liberal para o Estado Social. 3. Relações de poder e a forma como os direitos e garantias se posicionam. 4. Dimensões subjetivas e objetivas. 5. Eficácia Horizontal. Vinculação Direta e Indireta. 6. Garantias Fundamentais. Distinção. Aplicabilidade da Eficácia Horizontal às Garantias. 7. Conclusões. 8. Referências.

**RESUMO:** Tendo em vista as inúmeras questões que surgem a respeito de até que ponto a Constituição pode normatizar as relações particulares, sobrepondo-se aos Códigos e Leis específicas, buscaremos traçar parâmetros afinados com a mais recente doutrina e jurisprudência a respeito do tema, orientando o aplicador do direito a como se posicionar diante da divergência de opiniões, já que existem correntes que reconhecem a supremacia constitucional em todos os ramos de direito, quer seja público, quer seja privado; ao passo que outros propugnam pela não ingerência constitucional na esfera privada.

Partindo da dupla dimensão dos direitos e garantias individuais (dimensão subjetiva, que faz com que estes possuam características de resguardo de posições jurídicas individuais; e a dimensão objetiva que confere a estes a

característica de princípios básicos de toda ordem constitucional, tendo por escopo definir os valores de toda a sociedade, expandindo-se por todo o direito positivo), poderemos focar uma ótica para estes direitos e garantias, fazendo como que eles não sejam considerados exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas também e, sobretudo, que sejam vistos como um valor em si, tornando-os diretrizes na aplicação e interpretação das normas dos demais ramos do direito. Hoje, não faz mais sentido considerar que apenas no embate do público com o privado existe verticalidade de forças, pois nas relações de trabalho, nas de consumo e em grande parte das relações jurídicas entre particulares estabelecem-se situações de privilégios, podendo estas serem qualificadas como desiguais, verticais e de sujeição de uma parte a outra. Onde houver tal característica cabe ao Poder Público agir para procurar nivelar as partes, cabe a aplicação constitucional para buscar otimizar a aplicação do direito, cabe ao direito privado se pautar pelas regras norteadoras de dignidade humana e, portanto, curvar-se diante dos preceitos constitucionais.

## **1. Introdução**

O estudo da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais nada mais é do que o modo como a nossa doutrina prevê a aplicação destes direitos e garantias nas relações entre particulares. Até que ponto a Constituição e seus preceitos, seus valores e seus diretivos, podem se imiscuir nas relações privadas onde predomina a autonomia de vontade e a liberdade contratual.

O presente trabalho busca demonstrar que a nossa Constituição é um ordenamento vinculado a valores, os quais reconhecem a proteção da liberdade e da dignidade humana como a máxima finalidade de todos os direitos, seja o direito constitucional, seja o civil, o empresarial, o do consumidor, ou o comercial. E, portanto, onde houver lesão a estes valores-princípios, o Estado, a Administração Pública, os legisladores, o Judiciário, enfim, todos os poderes legitimamente reconhecidos devem intervir para que esta dignidade e liberdade sejam preservadas. O objetivo maior deste estudo é reforçar a idéia de que a igualdade material deve sempre ser buscada nas relações jurídicas.

E por fim, consignar que o estabelecimento de uma dimensão objetiva dos direitos e garantias fundamentais tem relevante repercussão no papel criador, aplicador e interpretador do Poder Judiciário. Este estudo encontra sua principal justificativa na nova hermenêutica constitucional que busca conferir unidade à Constituição através de uma interpretação que realize os fins previstos no seu próprio texto, cabendo ao Poder Judiciário implementar os mandados de otimização contidos na nossa lei fundamental.

## **2. Situação Histórica: Do Estado Liberal ao Estado Social.**

Antes de adentrarmos a discussão do tema propriamente dito, se faz necessário um breve passeio pelo contingente histórico em que se desenvolveram os direitos e garantias fundamentais, para que possamos compreender o crescimento da importância atribuída a estes direitos e garantias.

Nem sempre a Constituição teve o valor da atualidade, teve sua força normativa projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico. Podemos afirmar que esta é uma característica do constitucionalismo contemporâneo.

No século XIX, era o Código Civil, em caráter exclusivo, que desempenhava a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos, sendo o Estado a fonte suprema do poder e do direito positivo. Como exemplo maior, temos o Código Napoleônico, de 1804, com seu caráter auto-suficiente e sistemático, o Código expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. O código regulava de forma precisa todas as relações individuais podendo ser aplicado pelos juízes da época com elevado grau de certeza, enquanto a Constituição era abstrata e permeável às opções políticas. Não se buscava uma efetiva intervenção do Estado nas situações jurídicas, mas ao contrário disto, um espaço de autonomia e liberdade quase que absoluto para os particulares. A ordem social e jurídica da burguesia liberal se caracterizava pelo primado do privado em relação ao público. Neste contexto, os direitos fundamentais,

na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger os indivíduos da ingerência por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações

entre o Estado e os indivíduos.<sup>1</sup>

A negação da autoridade constitucional se dá em virtude dos ideários liberais da época, do Estado Liberal e sua doutrina fundada em três dogmas indiscutíveis: a generalidade da lei; a igualdade de todos perante esta lei; e a consagração da autonomia da vontade privada. Era a lei, nomeadamente a lei compendiada e sistematizada nos códigos, que expressava a manifestação do direito. A isso, chamamos de legalismo ou positivismo legal.

A noção dos direitos harmonizava-se perfeitamente com a concepção liberal de estrita separação entre o direito público e o direito privado, que por sua vez, operava em total coerência com o modelo que prestigiava a lei em detrimento da constituição, que era mera diretriz.<sup>2</sup>

Tal concepção jurídica trazia em seu bojo a idéia de que o Estado devia regular as relações sociais de forma puramente procedimental, sem impor as pessoas valores de ordem substantiva. Ocorre que, era falsa a premissa de que as relações privadas estabeleciam-se entre os indivíduos iguais, livres e autônomos. À noção formal de igualdade correspondia uma noção igualmente formal de liberdade. O liberalismo, assim, tornou-se causa daquilo que, ao menos no discurso visava a combater: as diversas formas de

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; 2008.

<sup>2</sup> PEREIRA, Jane reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

servidão.<sup>3</sup>

A maneira como as constituições eram percebidas pela sociedade, (leia-se o seu desprestígio e a negação do seu caráter normativo) veio a mudar com o surgimento do Estado Social e sua filosofia protecionista e intervencionista. O Estado passou a ocupar uma parcela maior de controle nas relações jurídicas, buscando igualar materialmente os pólos das relações e preservar a dignidade de todo o grupo, e não somente dos detentores dos fatores reais de poder, como sabiamente os classificou Fernando Lassale, em sua “A essência da Constituição”.

Ao Estado foi então atribuída a tarefa de realizar a justiça social, exercendo atividades político-administrativas nas esferas sociais e econômicas, prestando serviços, produzindo bens, regulando o mercado.

“Trata-se do Estado-Providência, cujas políticas atuam no sentido de assegurar as prestações positivas necessárias ao bem estar geral, conferindo materialidade e concreção aos direitos cujo reconhecimento limitava-se a um plano genérico, abstrato e formal, e acrescentando ao catálogo inicial de direitos fundamentais, a positivação de novos direitos, de novas dimensões, desta feita, de conteúdo social e coletivo.”<sup>4</sup>

Tal evolução dogmática está atrelada no plano ideológico, à superação do individualismo e à ascensão do Estado Social, refletindo o entendimento de que os direitos

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1995.



fundamentais são os pressupostos para uma vida humana livre e digna, e revigorando a supremacia da Constituição e sua força normativa, pois somente através de uma constituição, do seu arcabouço principiológico, dos seus valores, é que se pode alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

A retomada da cultura dos direitos humanos ocorrida no pós-guerra, como reação aos traumas do holocausto, a busca por uma humanização do Direito, fez com que se avaliassem os direitos humanos por uma visão global. Buscando-se uma reconstrução mais solidária dos países em ruínas, os direitos fundamentais voltaram a ostentar o prestígio que desde as revoluções liberais não lhes era conferido. Ocorreu então, um processo de generalização da tutela internacional dos direitos fundamentais. A constituição fortificou-se.

### **3. Relações de poder e a forma com que os direitos e garantias se posicionam.**

A ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil. Como afirma Konrad Hesse:

a Constituição não é mais apenas uma ordem jurídico fundamental do Estado, tendo se tornado a ordem jurídica fundamental da comunidade, pois suas normas abarcam também – de forma especialmente clara, garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação, ou a liberdade da arte e da ciência, - as bases da

organização da vida não estatal.<sup>5</sup>

Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional de direito privado, não sendo possível concebê-los como compartimentos separados, mundos diversos, governados por lógicas diferentes. A dicotomia entre ambos resta superada, e surge o entendimento de que estes ramos do direito (PÚBLICO E PRIVADO) devem seguir lado a lado, numa relação de complementaridade. As leis e Códigos devem seguir os valores preconizados na Constituição, devem estar em sintonia com esta, que é em último plano “o principal instrumento de construção e manutenção de uma sociedade.”.

Superada a idéia de que direito constitucional e direito privado tinham campos de incidência diversos, surge o problema de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Que os direitos e garantias fundamentais aplicam-se amplamente nas relações jurídicas entre os particulares e o Estado não inspira a menor dúvida, pois nestes tipos de relação onde existe uma verticalização do poder, uma diferenciação das forças de poder em questão, faz-se mister que a sociedade seja protegida, que os valores e princípios constituintes desta formação social sejam protegidos pelo Poder Público, e, sobretudo sejam respeitados, para que a dignidade das pessoas não reste maculada. Segundo

---

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1991.

Michael Foulcaut: “o poder jurídico do Estado é exercido como coerção”, e, portanto resta comprometida a esfera de autonomia dos indivíduos, que se encontram em condição de sujeição, e tem seu poder de auto determinação aniquilado, não havendo como se cogitar de aplicação do princípio de liberdade. É intuitivo então, que quando se vislumbra os direitos e garantias fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos – a aplicação destes nas relações com o poder público é de vital importância para um nivelamento destas relações.

Os direitos e garantias, junto com os valores e princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e tem como objetivo último, ajudar a que todas as pessoas possam alcançar níveis de humanização máximos possíveis, em cada momento histórico. São meios para que a organização social e política permitam o desenvolvimento máximo das dimensões que configuram nossa dignidade, quer dizer, para que possamos eleger livremente, para que possamos construir conceitos gerais e raciocinar, para que possamos nos comunicar, transmitir a semente da cultura como obra do homem na história, e para que possamos decidir livremente nossa moralidade privada, nossa idéia do bem, da virtude, da

felicidade ou da salvação, segundo seja o ponto de vista em que nos situemos.<sup>6</sup>

Como exposto acima, as doutrinas nacionais e estrangeiras são uníssonas em reconhecer a aplicação destes direitos e garantias nas relações sociais com o poder público. São então nas relações privadas, relações entre particulares que surgem as divergências. Que nestas relações existe desigualdade de força não há dúvidas, pois estas não se estabelecem entre indivíduos iguais, livres e autônomos como lecionavam os liberais do século XIX. Como consequência das condições criadas pelo Estado Liberal – multiplicam-se as formas de organização privada, que assumem papéis importantes em todos os setores da sociedade, ficando cada vez mais evidente que a autoridade e poder não são atributos exclusivos do Estado, mas se manifestam também nas relações entre particulares. O fenômeno do poder desenvolve-se também – até de forma mais relevante - fora do Estado, no âmbito da sociedade. Como exemplo, temos o poder disciplinar, que é exercido horizontalmente pelos próprios sujeitos nas instituições disciplinares: a família, a fábrica, o hospital, a prisão, a escola... De fato, a complexidade da sociedade contemporânea compreende, de forma notória, relações jurídicas entre particulares que podem ser qualificadas como verticais, desiguais ou de sujeição, nas quais se identifica a

---

<sup>6</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Derechos sociales y positivismo jurídico. Madrid: Dykinson, 1999.

proeminência de uma das partes sobre a outra.<sup>7</sup>

Nas relações de consumo, nas relações trabalhistas, de assistência à saúde, nas instituições de ensino, nas organizações religiosas, ou seja, em inúmeros segmentos privados da sociedade civil encontramos situações de subordinação, e em tais, os direitos e garantias devem nortear estas relações.

Sem fugir do assunto, temos que deixar claro que existem direitos e garantias fundamentais que só se aplicam ao Estado e outros existem que só se aplicam aos particulares. Como exemplo de direitos que têm como destinatário único e exclusivo os órgãos estatais poderíamos citar os direitos políticos, os direitos a indenização nas ações de desapropriação, e algumas garantias fundamentais na esfera processual, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Como exemplo de direitos que têm como destinatário diretamente o particular temos o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso de manifestação do direito de pensamento, e sobretudo os direitos sociais do Art. 7º CF (XVII – férias remuneradas; XXX – proibição de diferenças salariais por motivo de cor, sexo...) todos estes tendo eficácia direta contra os empregadores privados. Em ambos os casos, não há como incluir tais direitos e garantias no âmbito desta nossa discussão, seja porque no primeiro caso, resta incontroverso a eficácia vertical destes, seja porque no segundo caso, embora o nosso Constituinte não tenha previsto

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, é a própria Constituição, que em virtude de sua formulação, deixa transparecer que tais direitos se dirigem diretamente aos particulares.

Delimitado o âmbito dos direitos pertinentes a nossa discussão, devemos partir para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos e garantias fundamentais na esfera das relações privadas, partindo da constatação de que: “ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger os indivíduos das ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram parcialmente ameaçadas.”

#### **4. Dimensão Objetiva. Dimensão Subjetiva.**

Partindo da doutrina alemã, podemos dizer que estamos diante da **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, da chamada ***drittwirkung***, ou eficácia

privada dos direitos. Esta eficácia horizontal é extraída da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, devedor de uma proteção global destes direitos. Pela ótica objetiva os direitos fundamentais são vistos não como pertencentes apenas ao indivíduo, mas a toda sociedade, já que cuida de valores e fins que toda a comunidade deve respeitar. Na perspectiva objetiva os direitos individuais devem ser reconhecidos por toda comunidade na qual se encontram inseridos, abandonando-se assim a ótica individualista, existente na dimensão subjetiva destes. Na lição de Jane Reis Gonçalves:

A dimensão objetiva traduz a função legitimadora dos direitos fundamentais, que corporificam a base axiológica do Estado Democrático de Direito. De outro lado, a dimensão objetiva constitui um reforço de proteção dos direitos fundamentais, desencadeando uma série de efeitos jurídicos autônomos.<sup>8</sup>

O reconhecimento de uma dimensão objetiva não importou em afastamento da prevalência da dimensão subjetiva, o que houve foi o reforço à idéia da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, uma autêntica mutação da função dos direitos fundamentais, que

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

passou a se apresentar, após a transição do modelo do liberal para o social, com uma duplicidade de funções, a objetiva e a até então conhecida função subjetiva. Nesse sentido, José Carlos Vieira Andrade<sup>9</sup>, em sua tese de Doutorado, fala no “direito subjetivo como dimensão principal” e na “dimensão objetiva como mais-valia jurídica”, relativa a efeitos outros que não a geração de posições jurídicas subjetivas. Como averba Konrad Hesse:

o essencial desta concepção ampla dos direitos fundamentais foi o rechaço à sua interpretação formal dominante até então, e o movimento rumo à noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva a eles inerente e os concebe como princípios supremos, ao abrigo de qualquer relativização.<sup>10</sup>

## **5. Eficácia Horizontal. Vinculação Direta e Indireta.**

Desta dimensão objetiva deduziu-se um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo, esse efeito implica num controle que o direito constitucional deve exercer sobre todos os ramos do direito (incluindo-se aqui o direito civil e comercial – direitos

---

<sup>9</sup> ANDRADE, Carlos Vieira Andrade. Os direitos Fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad, A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.



nitidamente privados), bem como a vinculação das três funções do Estado (judiciária, administrativa e executiva) ao direito constitucional. Ocorrendo uma necessidade de conformação e adaptação do direito ordinário com os comandos constitucionais. A esta chamamos de eficácia irradiante, como nos lecionou o mestre Ingo Sarlet. De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser entendida como a consequência mais importante do reconhecimento de sua dimensão objetiva. Segundo Böckenforde a *drittwirkung* “é a filha legítima do efeito da irradiação, que no fundo nada mais é que uma tentativa de elaborá-la”.

Reconhecida, pois, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, resta saber em que condições e em que intensidade se dá esta vinculação aos direitos. No que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações manifestamente desiguais, que se estabelecem entre os indivíduos e os detentores do poder social, bem como as relações entre os particulares em geral caracterizadas por virtual igualdade, situam-se duas maneiras distintas de abordar o tema de acordo com as relações de poder envolvidas. A primeira transporta diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais (inclusive com mesma intensidade da que se verifica nos órgãos estatais) para a esfera privada, já que se cuidam indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares àquelas que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos. A esta chamamos de teoria da eficácia direta ou imediata.

Estabelecendo, portanto, que onde o direito fundamental se fizesse necessário, deveria ter pronta incidência, independentemente de ter sido mediado por normas ou conceito de direito privado. A segunda, quando se trata de relações igualitárias de poder, defende uma vinculação secundária dos demais particulares, consistente num dever geral de respeito, evitando-se assim uma ordem jurídica totalitária, que não deixa espaço para a autonomia privada e a liberdade individual. Chamamos esta, de teoria da eficácia indireta ou mediata. “No âmbito das relações entre particulares que se achem em relativa igualdade de condições, haverá de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto (concordância prática). Há de se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental nem o cerne da autonomia de vontade.”<sup>11</sup>

Nesta teoria atenua-se a intensidade da aplicação dos direitos fundamentais, reconhece-se que o Estado está obrigado a protegê-los, mas que esta proteção se dará de maneira mediata, através das cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa fé) ou pela interpretação das demais regras do direito privado.

## **6. Garantias Fundamentais. Distinção. Aplicabilidade da Eficácia Horizontal às Garantias.**

Vista e discutida a vinculação dos particulares em suas relações privadas com os direitos fundamentais, resta-

---

<sup>11</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

nos abordar de forma mais direta se esta vinculação diz respeito aos direitos fundamentais apenas, ou se estão aqui incluídas também as garantias fundamentais. Que existem muitas diferenças entre eles não resta dúvida, pois a própria Constituição tratou de fazer a separação ao se referir em seu Título II, aos direitos e garantias fundamentais. Mas embora tenha aberto o Título II com tal rubrica, não cuidou o constituinte originário de explicitar regras que separem as duas categorias, ficando a cargo da doutrina pesquisar e distinguir onde estão os direitos e onde estão as garantias. Valendo-se das lições de Rui Barbosa tem-se que os direitos são as disposições declaratórias que exprimem a existência legal deles mesmos e as garantias disposições assecuratórias, que partindo em defesa destes direitos, limitam o poder. Soma-se ainda, a opinião de Jorge Miranda para quem os direitos representam por si mesmos certos bens, ao passo que as garantias se destinam a assegurar a fruição destes bens, sendo, portanto, de natureza acessória. Valendo-se ainda das lições dos dois mestres, verificamos que as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais. Embora a doutrina constitucional brasileira em sua grande maioria concorde com a distinção entre direitos e garantias, deve-se deixar consignado o entendimento de Gilmar Mendes<sup>12</sup> assegura que “nem sempre a fronteira entre

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outros, Curso de Direito Constitucional, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

uma e outra categoria se mostra límpida – o que na realidade, não apresenta nenhuma importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.” Concluindo, que ambas as categorias, possuem a mesma dignidade jurídico-constitucional.

Ainda segundo Rui Barbosa, “as garantias podem ser consideradas como as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos de poder.” Portanto, onde for praticado o abuso, seja na esfera pública, seja na esfera privada, o lesionado poderá se valer das garantias tanto quanto dos direitos. “As garantias constitucionais tem por fito instrumentalizar direitos referentes à dignidade do ser humano. O maior destinatário de tais cláusulas é, pois, o cidadão. Elas pertencem a este e integram seu patrimônio jurídico fundamental. Acompanham-no aonde quer que vá e perante quem se poste...”, assim nos ensina o professor Gerson Marques<sup>13</sup>. Cabendo aqui a pequena ressalva aos destinatários das cláusulas, os quais o prof. Íngo Sarlet chama de titulares, por entender serem eles sujeitos ativos da relação jurídico-subjetiva, ao passo que os destinatários seriam as pessoas físicas ou jurídicas em face das quais os titulares podem exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.

Ainda seguindo as lições de Gérson Marques:

No campo privado é função do Estado

---

<sup>13</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos Constitucionais do Processo - sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

equilibrar as relações entre as partes, assegurando garantias mínimas aos que se encontre em estado de sujeição ou de hipossuficiência perante outrem [...] E é sob dita ótica que existem as normas sobre as relações de consumo (protegendo o consumidor), relações de trabalho (protegendo o obreiro), relações civis e comerciais (protegendo o devedor), etc.<sup>14</sup>

Saindo da doutrina e adentrando na seara jurisprudencial verificamos a tendência dos nossos Tribunais Superiores e do Supremo em proclamar a vinculação das relações jurídicas privadas às garantias constitucionais. O acórdão do STF que mais profundamente abordou o tema conclui que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia da ampla defesa, podem ter incidência direta sobre as relações entre particulares, em se tratando de punição de integrantes de entidade privada.<sup>15</sup> Em outro acórdão o STF não aceitou que a invocação do princípio da autonomia legitimasse discriminação, por conta da nacionalidade do trabalhador, no tocante à distribuição de benefícios no estatuto de pessoal de certa empresa. Considerando salvaguardados o direito à igualdade (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza) e a garantia a ele correspondente (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> RE 201.819, julgado em 11-10-2005, Rel. para acórdão de Gilmar Mendes (Dj de 27-10-2006).

fundamentais).<sup>16</sup> Nesse contexto seria possível cogitar uma série de situações envolvendo potenciais lesões a garantias fundamentais na esfera privada, - como exemplos: limitação por contrato, com o acordo e consentimento do titular, da liberdade de associação, ferindo a garantia de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou manter-se associado (art. 5º, XX); sanção a condômino sem que lhe seja dada oportunidade de defender-se, ferindo a garantia de ampla defesa; recusa de escolas de receber determinadas categorias de pessoa baseadas em deficiências mentais ferindo a garantia contra qualquer discriminação atentatória do direito de igualdade – onde o titular da garantia poderá socorrer-se diretamente do Judiciário que está obrigado por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.

## 7. Conclusões

A concepção de que os direitos e garantias fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição. Isso não significa dizer que os direitos fundamentais devem incidir de forma absoluta nas relações entre particulares. O problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações inter privados há de ser resolvido mediante um processo de ponderação, que deverá

---

<sup>16</sup> RE 161.243 (Dj de 19-12-1997, Rel. Carlos Veloso).

considerar os diversos direitos envolvidos. A ponderação nestes casos deve ser orientada por alguns critérios específicos: (a) se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados; (b) se as pessoas privadas encontrarem-se em posição de supremacia com relação à outra parte, devem ter suas ações limitadas pelos direitos e garantias fundamentais; (c) e ainda, a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, devendo-se considerar as consequências concretas que a incidência destes poderá acarretar para a preservação da autonomia privada e da segurança jurídica.

Ao término deste estudo, concluo não ser possível em tão breves linhas, esgotar toda a problemática doutrinária que gira em torno do tema. Impossível copilar as diversas posições jurídicas e suas nuances. Busquei simplesmente organizar as principais soluções condizentes com o meu pensamento, dentro das infinitas possibilidades. Pois se trata de aplicação caso a caso, analisando situações concretas.

Os parâmetros traçados nos parágrafos anteriores servem apenas de norte, para que tentemos efetivamente fazer a nossa Constituição acontecer, estabelecendo um lastro que seja considerado como o mínimo de dignidade da pessoa humana e que este mínimo seja preservado em quaisquer situações onde se estabeleçam relações de poder.

Pontuei algumas das leituras constitucionais mais afinadas com o entendimento moderno de constitucionalismo dirigente, buscando com isso, tornar nossa Carta magna mais condizente com a realidade material, para que nossos aplicadores e intérpretes dêem sentido às suas diretrizes, fazendo da justiça uma justiça social.

## 8. Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº. 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ 19-12-1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ 27-10-2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Hábeas Corpus nº. 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ 12.02.2001.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: ed. Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: ed. Libe Júris, 1988.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais, trunfos contra a maioria. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



## O INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS*

**Fernando Antônio de Oliveira Costa**

Diretor de Secretaria da 12ª Vara Criminal da

Comarca de Fortaleza-CE

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – Unifor

E-mail: advfernandocosta@yahoo.com.br

### Resumo

Discorre sobre o instituto do *habeas corpus*, remédio jurídico previsto na nossa Constituição Federal. Trata do instituto realizando uma análise desde seu surgimento até o presente momento, dando maior ênfase à sua atuação no atual ordenamento jurídico brasileiro.

### Palavras-chave

*Habeas Corpus*. Constituição Federal. Análise do instituto. Atual ordenamento jurídico brasileiro.

### Sumário

1 Introdução 2 Conceito e finalidade 3 Evolução histórica 4 Evolução do “HC” no Brasil 5 Natureza jurídica do *habeas corpus* 6 Espécies 7 Condições da ação de *habeas corpus* 8 Competência para julgamento 9 Hipóteses de cabimento do *habeas corpus* no CPP 10 Procedimento 11 Considerações conclusivas

### 1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo a realização de

um estudo acerca do instituto do *habeas corpus*, buscando sua origem, seu conceito, sua introdução na legislação brasileira, sua evolução, sua natureza jurídica e, finalmente, seu atual momento no ordenamento jurídico pátrio.

É de grande importância o estudo do remédio constitucional do *habeas corpus*, tendo em vista que o mesmo protege o direito do indivíduo à liberdade, contra a prepotência estatal, ou de seus representantes, e até mesmo contra atos praticados por particulares.

Ressalte-se que este trabalho se volta, principalmente, para os aspectos práticos relativos ao assunto, a fim de auxiliar profissionais e estudiosos da área jurídica a utilizar no cotidiano o citado remédio constitucional.

## **2 Conceito e finalidade**

O *habeas corpus*, importante remédio jurídico constitucional, é um instituto que visa corrigir situações nas quais pessoas estão sofrendo, ou sendo ameaçadas de sofrer, constrangimento ou coação ilegal. Muito bem conceitua Alexandre de Moraes:

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito de o indivíduo de ir, vir e ficar.

É, como se pode observar, destinado a tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo, protegendo o direito de ir, vir, ficar ou voltar, não amparando outros direitos líquidos e certos que não se refiram à locomoção.

### 3 Evolução histórica

No Direito Romano se origina remotamente o intituito do *habeas corpus*, pois naqueles tempos todos os cidadãos podiam reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada chamada de *interdictum de libero homine exhibendo*.

Na verdade, consoante a maior e melhor doutrina, o instituto surgiu no direito inglês, sendo originário da *Magna Charta libertatum*, de 1215, a qual foi imposta pelos barões ao monarca João Sem-Terra, sendo por este outorgada.

Foram reconhecidas pelo referido rei inglês algumas garantias fundamentais, entre elas a impossibilidade de um indivíduo ser preso senão após um julgamento.

Ocorre que, pela falta de garantias sérias, permitiu-se que a Magna Carta inglesa fosse, aos poucos, sendo desrespeitada e, diante de tal situação, o povo da Inglaterra clamou por efetivas garantias pessoais.

Surgiu, então, o *Habeas Corpus Act*, que foi editado em 1679, estabelecendo o regramento procedimental do remédio jurídico, tendo sido de enorme importância para a consagração da liberdade pessoal. É válido salientar que, posteriormente, mais precisamente em 1816, veio outro *Habeas Corpus Act*, que corrigiu falhas do anterior, passando

agora a tratar também dos casos de pessoas presas ou detidas por motivos diversos de acusação criminal, o que não existia na norma de 1679.

Os colonos dos Estados Unidos da América, inconformados com as opressões exercidas pelo reino, lutaram em busca da proteção de suas liberdades, invocando para tanto as leis inglesas. Antes mesmo da sua independência dos norte-americanos, o *habeas corpus* era prática comum nas cortes dos Estados Unidos.

A grande contribuição dos americanos na evolução do instituto aqui estudado foi a sua constitucionalização, tendo em vista que o remédio foi inserido na Constituição dos Estados Unidos, de 1787.

#### **4 Evolução do “HC” no Brasil**

Antes da Constituição Brasileira de 1824, momento em que estávamos ainda no Brasil-Império, surgiu o primeiro grande marco histórico das liberdades em terras tupiniquins, o Decreto nº 114, de 23.05.1821, que fixava providências para a garantia da liberdade individual, proibindo prisões arbitrárias. Dizia o referido Decreto:

1º. Que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal de território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer o povo deve prender o delinqüente.

Com a Constituição Imperial de 1824, muito embora não houvesse previsão expressa da garantia do *habeas corpus*, foi tutelada a liberdade de locomoção, sendo, inclusive, vedada qualquer hipótese de prisão arbitrária. Ficou estabelecido na recém mencionada Constituição que “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, (...), o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as” (art. 179, VII).

Posteriormente, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio tivemos a previsão expressa da terminologia *habeas corpus*, no Código Criminal, de 16.12.1830, mais precisamente nos arts. 183 e 184.

Com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei nº 127, de 29.11.1832) adveio o reconhecimento legal e a disciplina procedimental do instituto do *habeas corpus*. Previa a lei:

Art. 340. Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor.

É interessante mencionar a Lei nº 2.033, de 20.09.1871, pois esta assegurou a impetração do remédio heróico também para beneficiar estrangeiros que se encontravam em território nacional.

A primeira vez em que tivemos a constitucionalização do *habeas corpus* no Brasil foi na Constituição Republicana de 1891, que trazia no texto do parágrafo 22 do seu art. 72: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Ressalte-se que com a reforma constitucional de 1926, através da EC nº 1, de 03.09.1926, foi dada nova redação ao art. 72, § 22, restringindo o remédio heróico à liberdade de locomoção.

Com o surgimento da norma constitucional acima citada, passou-se a construir a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. Observam Gamil Föppel e Rafael Santana:

A amplitude do dispositivo deu azo à construção de doutrina, da qual Rui Barbosa foi o principal expoente, que conferia ao *writ* um espectro de abrangência que ultrapassava a tutela da liberdade de locomoção. Conquanto não se desconhecesse que o uso do *habeas corpus*, historicamente, sempre se destinara à salvaguarda da liberdade de ir, ficar e vir, a inexistência de remédio célere e eficiente apto a precatar outros direitos (como os políticos, de expressão, de reunião, já consagrados constitucionalmente) impulsionou o manejo do *habeas corpus* em defesa destes.

A doutrina brasileira do *habeas corpus*, surgida a partir da primeira Carta Republicana Brasileira, propunha a extensão da aplicação do remédio constitucional, conseguindo sair vencedora com a tese de que o instituto se prestava à tutela de direitos para cujo exercício fosse a liberdade física condição indispensável.

Em 1934, surge outra Constituição, em que o remédio ficou também restrito à liberdade de locomoção (art. 113, XXIII). Ressalte-se que esta Carta Magna instituiu o mandado de segurança (art. 113, XXXIII), que era destinado exclusivamente para a proteção de direitos líquidos e certos não amparados pelo *habeas corpus*.

As Constituições Federais de 1937 (art. 122, XVI), de 1946 (art. 122, § 23), 1967 (art. 150, § 20) e a EC nº 1, de 1969 (art. 153, §20), também trouxeram em seus textos a previsão do “HC”, ressaltando que as três últimas traziam redações exatamente iguais, qual seja:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*.

É válido informar que o AI-5, de 13.12.1968, em seu art. 10, suspendeu a garantia de *habeas corpus* “nos crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

Finalmente, chegamos a nossa vigente Constituição Federal, de 1988, na qual o remédio heróico encontra-se estabelecido no art. 5º, LXVIII, devendo ser concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A vedação prevista em Cartas anteriores, para qualquer transgressão disciplinar, foi limitada, na nossa atual Constituição, às punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

## **5 Natureza jurídica do *habeas corpus***

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência pátrias possuem uma posição tranquila em afirmar que o *habeas corpus* não tem natureza jurídica de um recurso, mesmo estando inserido no Código de Processo Penal brasileiro em título referente a recursos.

O recurso pressupõe a pendência de processo e de uma decisão judicial a ser novamente apreciada e o *habeas corpus* pode ser impetrado mesmo que não deflagrado qualquer processo. Saliente-se ainda que o recurso é interposto em relação a decisões não definitivas, já o remédio heróico pode ser impetrado em face de decisões definitivas, com trânsito em julgado.

A definição da natureza jurídica do “HC” encontra-se muito bem exposta por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

A natureza jurídica do *habeas corpus* é de ação popular autônoma, de caráter



constitucional. Autônoma porque inaugura uma nova relação processual; popular porque qualquer do povo pode impetrá-la e, constitucional, porque prevista na lei maior.

## 6 Espécies

De acordo com o próprio texto constitucional, podemos perceber a existência de duas espécies de *habeas corpus*, quais sejam, o liberatório e o preventivo.

No momento em que já encontra-se consumado o ato constrictivo da liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, o remédio a ser utilizado é o *habeas corpus* liberatório. Este remédio é destinado a corrigir uma situação de violência ou coação que já está concretizada. Nestes casos, os pedidos são pela concessão de ordem liberatória, que se materializa no alvará de soltura.

Quanto existe apenas ameaça de violência ou coação ilegal ao direito de ir e vir, deverá ser preventivo o *habeas corpus*. Explicam Gamil Föppel e Rafael Santana:

Devemos salientar, de plano, que a ameaça de violência ou coação ilegal deve ser séria e efetiva, é dizer, deve o receio do paciente de sofrer um mal injusto ser decorrente de fundadas razões, lastreadas de algum ato concreto. Consoante Demercian e Maluly, “o mero temor ou suspeita vaga não

autorizam a concessão do ‘salvo conduto’ (direito de se locomover sem constrangimento). Deve existir, para a concessão da ordem, o mínimo de viabilidade fática”.

A materialização do “HC” preventivo é a expedição do salvo-conduto, conforme determina a nossa lei processual penal com o disposto no art. 660, § 4º, do Código de Processo Penal.

Existe ainda a figura da concessão de medida liminar em *habeas corpus*, para poder se evitar um possível constrangimento à liberdade de locomoção irreparável.

Mesmo sendo desconhecida na legislação referente ao remédio constitucional, a figura da liminar foi introduzida pela jurisprudência. Ressalte-se que a liminar em *habeas corpus* deve preencher certos requisitos, haja vista tratar-se de medida excepcional, quais sejam, o *periculum in mora* (a possibilidade do dano irreparável) e o *fumus boni iuris* (elementos que indiquem a ocorrência de ilegalidade na coação).

## **7 Condições da ação de *habeas corpus***

Da mesma forma que todas as ações, o conhecimento do *habeas corpus* exige a presença de três condições de admissibilidade, quais sejam, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pleito.

Deve, portanto, o julgador verificar as referidas

condições antes de proceder ao julgamento do mérito do remédio heróico.

É válido observar a identificação das partes na ação de *habeas corpus*: o impetrante, que é quem ingressa com a ação; o impetrado, que é a parte coatora, ou seja, quem pratica a coação ou a sua ameaça; e o paciente, que é a aquela pessoa que sofre ou encontra-se ameaçado de sofrer a coação ilegal.

Com relação à possibilidade jurídica do pedido, não será admissível a ação em hipóteses de exclusão apriorística do pedido pelo ordenamento jurídico. Somente em uma situação é incabível o remédio heróico aqui estudado: no caso de punições disciplinares militares (art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988).

É importante o julgador observar que a possibilidade jurídica do pedido reside nas hipóteses previstas no art. 648 do Código de Processo Penal, onde estão definidos quais atos se enquadram na definição de coação ilegal, mas deve-se entender que não podemos nos prender somente à legislação ordinária, haja vista a amplitude da norma estabelecida pelo legislador constitucional. Mais uma vez citando Föppel e Santana:

Embora seja certo que as hipóteses de impetração previstas no CPP, como veremos mais adiante, compreendem as mais diversas situações de ilegal constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção, não nos parece legítimo o

atrelamento da admissibilidade do *writ* a norma infraconstitucional. O texto magno, ao estabelecer que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, por sua amplitude, não admite amesquinamento pelo legislador ordinário. Nesta ordem de idéias, os casos legalmente estabelecidos para a impetração do *writ* (art. 648, CPP) devem ser tidos como detalhamentos das possíveis manifestações do abuso de poder ou ilegalidade contra o direito de ir, ficar e vir. Essa tarefa de particularização das formas de coação ilegal, abstratamente prevista no texto constitucional, é que confere utilidade ao citado dispositivo legal.

Passaremos então ao interesse de agir. Deve ser o “HC” impetrado somente nos casos em que o pleito jurisdicional propicie ao interessado um resultado prático, ou seja, o direito à liberdade física do mesmo. Apenas em casos em que ocorre ato contra a liberdade de ir e vir, ou sua mera ameaça, é necessária a proteção pelo remédio constitucional do *habeas corpus*.

Caso já tenha cessado a violência ou coação ilegal, deverá o juiz julgar prejudicado o pedido (art. 659 do CPP).

Ressalte-se ainda que deve também ocorrer a

adequação do pedido, ou seja, deve existir relação entre a situação de ilegalidade que se quer encerrar e a medida judicial a ser utilizada. No caso da ação de *habeas corpus*, a pretensão é cessar a coação ilegal, ou a sua ameaça à liberdade física.

Finalmente, passaremos a tratar sobre a legitimidade *ad causam*. Conforme o art. 654 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa poderá impetrar *habeas corpus*, seja em seu favor ou de outrem, inclusive pelo Ministério Público. O direito protegido pelo remédio heróico é de tal grandeza que a lei confere legitimação universal para a propositura da ação.

Observe-se que é dispensável a intervenção de advogado para que seja impetrado o “HC”, podendo inclusive pleitear a ordem o analfabeto, o absolutamente incapaz, o estrangeiro e a pessoa jurídica.

O paciente, que ao lado do impetrante possui legitimidade ativa, é a pessoa que sofre, ou está ameaçado de sofrer a coação ilegal no seu direito de se locomover. Note-se que impetrante e paciente podem ser a mesma pessoa. O que se deve salientar é que o paciente deve ser pessoa física, pois a pessoa jurídica, mesmo possuindo legitimidade para impetrar o *mandamus* em favor de pessoa natural, não pode figurar como paciente nas ações de “HC”, haja vista não poder estar sujeita a constrangimento na liberdade de locomoção.

Como já foi dito acima, o Ministério Público pode impetrar o remédio heróico, atuando com a sua função constitucional de fiscal da lei, devendo, portanto, zelar pelo

direito à liberdade. Entretanto, não é o Ministério Público parte legítima se a impetração objetiva for favorável à acusação.

Devem ainda os juízes e tribunais, consoante determinado no art. 654, § 2<sup>a</sup>, do Código de Processo Penal, nos processos de sua competência, expedir *ex officio* ordem de *habeas corpus*, quando conseguirem verificar que uma pessoa sofre, ou está na iminência de sofrer, coação ilegal.

Quem possui a legitimidade passiva nas ações de *habeas corpus* é a parte coatora, que é a pessoa que pratica o ato ilegal contra a liberdade de locomoção do paciente.

A parte coatora pode ser uma autoridade (agentes públicos como juízes, tribunais, delegados de polícia etc.) ou um particular. O nosso Código de Processo Penal utiliza a expressão “autoridade coatora” (art. 649), mas na doutrina e jurisprudência brasileiras a posição da maioria esmagadora é que podem também os particulares praticar atos constritivos do direito de liberdade. Afirmam Cunha e Pinto:

Impetrado, segundo entendimento tranqüilo da doutrina, embora em situações raras, poder ser um particular. Assim, o *habeas corpus* pode se voltar contra ato de particular, como, *e.g.*, a ordem ajuizada contra o médico que ilegalmente promove a retenção de paciente o hospital ou contra fazendeiro que não libera o colono da fazenda.

## 8 Competência para julgamento

Para que se possa verificar a quem compete conhecer e julgar a ação de *habeas corpus*, é necessário, basicamente, identificar a condição do impetrado ou, algumas vezes, a do paciente.

Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar *habeas corpus* quando o paciente for uma das pessoas elencadas no art. 102, I, d, da Constituição Federal, como o Presidente da República, seu vice, membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado etc.

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) compete conhecer do *writ* quando a parte coatora ou o paciente for uma das pessoas elencadas no art. 105, I, a, da Constituição Federal, como por exemplo governadores, desembargadores etc.

Os Tribunais de Justiça dos Estados do Brasil têm a competência para decidir sobre o remédio constitucional quando impetrado contra ato de um juiz de direito estadual. Caso a ilegalidade seja praticada por juiz federal, o julgamento compete ao Tribunal Regional Federal (TRF).

Compete à justiça de 1ª grau, ou seja, ao juiz de direito, julgar os *habeas corpus* impetrados contra ilegalidade cometida na comarca do Juízo. Assim sendo, na ocorrência de um ato construtivo de liberdade praticado por um delegado de polícia civil ou por um particular, como um médico, deve o remédio ser impetrado perante o magistrado local.

## 9 Hipóteses de cabimento do *habeas corpus* no CPP

Conforme foi dito anteriormente, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 648, traz algumas situações que configuram a coação ilegal do direito de liberdade de ir e vir.

Caberá a impetração da ação de *habeas corpus* “quando não houver justa causa” (art. 648, I, do CPP), ou seja, quando a coação não tiver uma base legal, faltar-lhe-á justa causa. Ensinam Cunha e Pinto:

A prisão só é admitida quando se tratar de flagrante ou decorrente de ordem judicial (salvo nas hipóteses de crime militar próprio). Em qualquer outra hipótese, a prisão é ilegal, faltando justa causa. O inquérito, como regra, quando instaurado, não enseja *habeas corpus*. É que, para sua instauração, bastam indícios, constituindo-se em uma investigação sumária, que não causa privação de locomoção do indiciado. Todavia, se a ilegalidade é evidente, por exemplo, o fato é obviamente atípico ou foi ele instaurado sem requerimento ou representação da vítima, nas hipóteses em que a lei exige tais condições, ele pode ser trancado por meio do *writ*. Ou, ainda, quando não concluído no prazo de 10 dias, estando preso o indiciado. O trancamento



da ação penal por meio do *habeas corpus* é também possível, lembrando-se o exemplo do processo em curso no qual foram produzidas provas ilícitas ou daquele que tem por objeto um fato atípico.

“Quando alguém estiver preso por mais tempo que determina a lei” (art. 648, II, do CPP) poderá ser impetrado o remédio heróico. Deve ser o processo concluído em um prazo razoável, quando se tratar de acusado preso, pois, no caso de uma demora excessiva na conclusão do processo, deverá ser solto o réu. É importante ressaltar que, se a demora na conclusão do feito não puder ser atribuída ao juiz, não estará configurado o constrangimento ilegal.

Pode ser corrigida a ilegalidade pelo *writ* “quando quem ordenar a ação não tiver competência para fazê-lo” (art. 648, III, do CPP). Não pode, portanto, um juiz incompetente ordenar uma prisão.

Também caberá *habeas corpus* “quando houver cessado o motivo que autorizou a coação” (art. 648, IV, do CPP), como, por exemplo, nos casos em que o acusado foi absolvido ou quando vencido o prazo de uma prisão temporária.

“Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza” (art. 648, V, do CPP), o remédio heróico deve ser impetrado, pois a concessão de fiança não é uma faculdade que se confere ao juiz ou à autoridade policial, mas sim uma obrigação.

Nos casos em que o processo for “manifestamente

nulo” (art. 648, VI, do CPP), estando ele em andamento ou já tendo terminado, é cabível o *habeas corpus* para que se reconheça a nulidade.

Por fim, caberá *habeas corpus* “quando extinta a punibilidade” (art. 648, VII, do CPP), ou seja, quando ocorrerem as causas de extinção de punibilidade, relacionadas com o art. 107 do Código Penal Brasileiro, lembrando, porém, que se trata de rol meramente exemplificativo, que admite, portanto, a ampliação para outras hipóteses não previstas no referido dispositivo legal.

A título de informação, nos casos de punições disciplinares militares, conforme determina expressamente o art. 142, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, não caberá *habeas corpus*. É, portanto, impossível se analisar o mérito das referidas punições, conforme vedação constitucional.

## 10 Procedimento

O procedimento nas ações de *habeas corpus*, tendo em vista o bem que o remédio constitucional se destina a proteger, dever ter grande celeridade.

Para o processamento do *writ*, o Código de Processo Penal pátrio estatuiu, tendo em vista a exigência de celeridade da tutela da liberdade física ilegalmente coarctada ou ameaçada, um processamento simplificado, se compararmos às demais ações previstas no nosso ordenamento processual penal.

Deve o remédio heróico ser impetrado através de pedido por escrito na língua portuguesa. Conforme art. 654

do CPP, a petição deve trazer o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, que é o paciente, e o nome de quem está exercendo a violência ou coação, que é a parte coatora. Deve ainda trazer a declaração da espécie de constrangimento ou, no caso de ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor. Também deve vir assinada pelo impetrante, ou por alguém a seu rogo, quando não souber ou puder escrever, e os locais das respectivas residências. Acerca do procedimento do “HC” explicam Föppel e Santana:

Malgrado não faça a lei referência expressa, a sumariedade do rito do *habeas corpus*, avesso à dilação probatória, impõe que a petição inicial seja instruída com documentos capazes de demonstrar a ilegalidade do constrangimento ou ameaça. É o que se chama de prova pré-constituída. Assim, se o ato acoimado de ilegal é o decreto de prisão preventiva, fundamental é a juntada de cópia do mesmo aos autos do *habeas corpus*, para a necessária para a apreciação em cotejo com as alegações do impetrante. Pensamos, todavia, que em casos de dificuldade ou impossibilidade de acesso a tal documento pelo impetrante (situação muito comum quando este é o próprio paciente encarcerado), deve o tribunal requisitar ao juízo *a quo* o envio de

cópia da decisão combatida. Configura denegação de jurisdição o indeferimento de ordem de *habeas corpus* sob o único argumento de que o impetrante não apresentou prova da ilegalidade da coação ou ameaça, quando tal prova consiste em documento em poder da autoridade impetrada, que pode remetê-lo facilmente ao tribunal.

Pode o juiz, se achar necessário, ouvir o paciente, determinando sua apresentação, no caso de réu preso (art. 656 do CPP), o que atualmente encontra-se em desuso.

O julgador, seja ele um juiz ou um tribunal, requisita informações à parte coatora, a qual deve manifestar-se sobre a arguição de ilegalidade da coação ou ameaça que se lhe imputa, podendo confirmar ou discordar do impetrante. É importante que o impetrado envie ao julgador documentos que comprovem o que está alegando.

Depois de prestadas as informações, deve o Ministério Público ser ouvido, o qual tem o prazo de dois dias para manifestar-se. Ressalte-se que tal medida só é prevista para o julgamento do *habeas corpus* nos tribunais. Saliente-se ainda que, em nenhuma hipótese, pode o assistente de acusação intervir em processo do *writ*.

No juízo de 1º grau, cabe ao juiz, no prazo de 24 horas, após o recebimento das informações do impetrado, julgar a ação de *habeas corpus* (art. 660, caput, do CPP). Já quando impetrado perante o tribunal, o *writ* deve ser incluído na

primeira sessão imediata, independentemente até de prévia publicação na pauta ou intimação do impetrante (Súmula 431 do STF).

Da decisão que concede *habeas corpus* no 1º grau, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, X, do CPP) e recurso de ofício (art. 574, I, do CPP). No mesmo grau de jurisdição, da decisão que nega o pedido é cabível recurso em sentido estrito.

Em 2º grau, da decisão que denega o *habeas corpus*, é cabível o recurso ordinário ao STF ou para o STJ. Estando preenchidos os requisitos legais, existe a possibilidade da interposição de recurso especial ou recurso extraordinário.

## 11 Considerações conclusivas

Pode se concluir que o instituto do *habeas corpus* é o mecanismo mais importante de segurança da garantia constitucional da liberdade de locomoção, sendo indispensável à perfeita realização de um Estado Democrático de Direito.

A força do *habeas corpus* é enorme, especialmente por tal instituto encontrar-se inserido em nossa Lei Maior, e quanto mais for ele devidamente utilizado para defender o que considero o maior bem do ser humano, a liberdade, melhor se tornará a nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. Habeas Corpus, in. **Ações Constitucionais**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

## **A IGUALDADE ENTRE AS FILIAÇÕES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA<sup>1</sup>**

***Anna Lúcia Wanderley Pontes***

*Aluna da Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) – turma IV*

*Analista Judiciária de Entrância Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 – A Evolução da família e da filiação socioafetiva. 2.1 – O Afeto como valor jurídico. 2.2 – Verdade biológica: verdade real de filiação. 3 – Espécies de filiação socioafetiva. 3.1 – Filiação afetiva na adoção. 3.2 – Filiação sociológica do filho de criação. 3.3 – Filiação eudemonista. 3.4 – Filiação socioafetiva na adoção à brasileira. 3.5 – Filiação derivada de inseminação artificial heteróloga. 4 – Conceito de estado de filho afetivo. 4.1 – Elementos que caracterizam o estado de filho afetivo. 4.2 – O Direito do filho afetivo de investigar a maternidade e a paternidade biológica. 5 – Conclusão. 6 – Referências bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Este artigo científico, elaborado em janeiro de 2009, sob a orientação da Professora Roberta Lia Sampaio de Araújo, Especialista em Direito Público (UFC), Mestre em Direito Constitucional (UFC), Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Professora da Escola Superior da Magistratura de Estado do Ceará – ESMEC e Coordenadora da OSCIP D3 – Direito, Democracia e Desenvolvimento, será apresentado como requisito para a obtenção do grau de especialista, na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

**RESUMO:** A relevância da pesquisa sobre o tema “Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva” é expressa pela densidade da inovação constitucional que foi a abolição de qualquer forma de discriminação entre as filiações, subtraindo qualquer valoração atribuível ao fator sanguíneo e dando um tratamento análogo a todas as filiações, independentemente da origem. Faz-se necessário frisar ainda os laços afetivos havidos entre pessoas em que não existe o vínculo biológico de parentesco, mas que a parentalidade é presente e realçada diariamente pelo amor, dedicação e respeito mútuo havido entre pais e filhos não biológicos, aclarando que hoje já não se pode identificar um filho apenas pelo fator “sangue”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Afetividade. Dignidade da Pessoa Humana. Melhor Interesse da Criança.

## **1. Introdução**

A Constituição de 1988 reconheceu a igualdade da filiação quando não fez nenhuma discriminação entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, da união estável ou da comunidade formada por pai e/ou mãe e o filho. Assim sendo, os filhos têm direito constitucional à maternidade ou paternidade biológica e/ou socioafetiva, sendo vedada qualquer discriminação entre eles quanto a direitos e qualificações.

A evolução social foi seguida pela notória evolução



científica que em matéria de pesquisa genética da paternidade ou maternidade possibilita a quase certeza da sua identificação.

A redefinição dos valores sociais, principalmente as transformações pelas quais passou a família, consolidou efetivamente os laços de afetividade e companheirismo, valorando-se fundamentalmente o respeito à identidade pessoal e à individualidade, firmando-se menor relevância à maternidade ou paternidade biológica.

A problematização do tema reside no fato de que embora o exame genético (DNA) seja usado para a constatação da paternidade, deve-se considerar que acima deste reconhecimento está o vínculo afetivo que caracteriza a natureza da paternidade social (como se definirá), igualando-a à biológica. Considera também nesse contexto, se o critério biológico poderá ser superado por outro que confira maior legitimidade à paternidade socioafetiva, bem como a que princípios se filiam as decisões judiciais que prestigiam a paternidade socioafetiva.

Este trabalho busca exame da doutrina e da jurisprudência na investigação de elementos da discussão se a filiação socioafetiva deve ser relevada nas situações em que se tem no outro polo uma prova inequívoca a tentar desconstituí-la, no caso, o DNA.

Constitui objetivo geral deste trabalho analisar a relativização do critério de natureza biológica em contraponto ao da filiação socioafetiva no que tange à determinação da paternidade, enfocando a inserção da importância que se tem dado ao princípio da dignidade da pessoa humana na

busca da decisão justa, da consideração do real valor jurídico do afeto, pois há inúmeras jurisprudências que reconhecem o afeto como elemento relevante na relações familiares de qualquer natureza.

O artigo pesquisa o quanto também é “verdade real” o fenômeno da filiação afetiva conquanto a evidência genética não menos o seja, deve-se, contudo, despir-se de (pre)conceitos históricos para um bom caminhar na questão.

## **2. A evolução da família e da filiação socioafetiva**

Não obstante o processo evolutivo pelo qual passou a família ao longo dos tempos, nossas leis insistiam em caracterizar a família de duas formas: a legítima e a ilegítima, sendo que “legítima” era aquela consubstanciada no casamento, sendo o mais considerado como família ilegítima.

Desse modo, os filhos oriundos de uma família estabelecida sob o véu do matrimônio eram ditos legítimos e a eles a lei era irretorquível. Já os filhos advindos de uniões estáveis ou mesmo de relacionamentos extramatrimoniais eram vistos com olhos de preconceito, uma vez que a sociedade não aceitava este tipo de comportamento e tais filhos eram tidos como ilegítimos, pesando sobre eles o manto do abandono legal. Aliás, o próprio sistema jurídico validava a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, elevando sobremaneira os primeiros porque, para a lei, a família era um grupo baseado em laços sanguíneos estabelecidos por meio do matrimônio.

A consagração do princípio da igualdade de filiação,

estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988, foi um marco na evolução da nossa legislação, que há muito deveria ter acompanhado o progresso por que passou a sociedade. Assim, o referido princípio da igualdade em muito contribuiu para o rompimento do caráter patriarcal exaltado pelo homem no exercício do papel de chefe da família conjugal. Dessa maneira, a fisionomia da família mudou, vez que hoje desempenha como papel principal o de fornecer suporte emocional ao indivíduo, intensificando-se os laços afetivos.

Ademais, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o homem deixou de ser o provedor financeiro da família, havendo necessidade da cooperação do mesmo em outras atividades domésticas que antes eram “obrigação da mulher”. Consoante ensinamento de Maria Berenice Dias, “a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da sociedade patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”<sup>2</sup>.

Portanto, identifica-se a família sem necessariamente ter-se presente o vínculo do casamento. Desta forma, as pessoas já não necessitam ficar em relacionamentos de fachada ou mesmo desenvolvendo outros relacionamentos de modo simultâneo, em face da remodelação por que sofreu a família.

A Constituição de 1988 deu nova vestimenta às famílias quando consagrou em seu art. 226 que a família,

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

base da sociedade, tem especial proteção do Estado. E mais, ao elastecer o conceito de família, ressaltou o vínculo familiar entre um dos genitores e os filhos, quando enuncia no art. 226, § 4º que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A Carta Constitucional de 1988 legitimou a evolução familiar que há muito já se vivenciava, assim é que o núcleo familiar passou a ser constituído tanto pelo casamento, como pela união estável (art. 226, § 3º) e também pela comunidade formada por quaisquer dos pais e descendentes (art. 226, § 4º), passando a ser um grupo fundado na proteção, constituindo-se um verdadeiro lar no qual se destaca a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, enfim, onde o vínculo que os liga é embasado no afeto e no amor.

A evolução estrutural da família, em oposição ao modelo tradicional, posicionou-a um passo à frente, estimulada por fatores sociais que rompeu com o modelo “perfeitinho”, já que não mais se podia negar a existência da coabitação fora do casamento, das relações extramatrimoniais, assim como das famílias sem filhos, descortinando-se a realidade e abrindo espaço para realidades, como uniões homoafetivas, existência das famílias monoparentais etc.

Portanto, não é demais lembrar que o conceito de família precisou ser reinventado e a Constituição Federal de 1988 foi um marco no sentido de quebrar paradigmas, romper barreiras e isto se diz em virtude da proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação,

que agora já passa a ser entendida não somente no plano biológico, ganhando corpo no que se refere à filiação socioafetiva, esta constituída na ideologia do afeto, do carinho, da convivência, independentemente da origem da filiação.

Rompeu-se então com a supremacia da filiação biológica, dando-se um caráter mais social à filiação e, dessa forma, a filiação, que antes tinha sua importância ligada ao matrimônio, aos filhos havidos do casamento, passou a despir-se do véu da hipocrisia, cedendo espaço a uma verdade que não se pode olvidar; os filhos sempre serão filhos, independentemente de terem sido gerados de uniões não fundadas no matrimônio, da adoção, da inseminação artificial, enfim, desapareceu a importância da origem dos filhos, fixando-se a atenção para outros aspectos relevantes, fundados na afetividade.

O papel da origem biológica relativizou-se com o advento da Constituição de 1988, e não era para menos pois, em virtude das profundas transformações por que passou o direito de família, enfatizaram-se os direitos atinentes à personalidade.

A Carta Magna não fez qualquer discriminação atinente à filiação, assim, não se pode albergar a corrente biologistica que incide pelos tribunais brasileiros, desta feita, por que não se pode confundir estado de filiação com origem biológica. Na verdade, com o avanço científico, surgiu um fascínio muito grande em face do exame de DNA, como se um mero resultado hematológico pudesse desconstituir uma verdade socioafetiva construída ao longo dos tempos.

Desse modo, é que se pode dizer que o liame decorrente da filiação não é somente o biológico, mas o socioafetivo, o qual vem atender sobremaneira ao princípio do melhor interesse da criança, enunciado na Declaração dos Direitos da Criança, e de princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, presentes também na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição de 1988.

Nessa ótica é que a igualdade jurídica atribuída a todas as espécies de filiação trouxe um tratamento uniforme da família, rompendo-se com o modelo patriarcal ou hierarquizado, chamando à realidade a efetiva relação paterno-filial, no sentido que ela não se basta na verdade genética, mas a transcende, no momento em que se valoriza a paternidade construída e não somente aquela paternidade em que o modelo de pai é apenas daquele que emprestou material genético para geração de uma criança, sendo-lhe atribuída a paternidade.

Há no novo plano jurídico uma vontade de redimensionar a paternidade, como afirma Luiz Edson Fachin, “[...] muito antes de ser reconhecida a paternidade genética, vai esboçar-se a paternidade psicológica”. Assim é que os papéis na família moderna são a cada dia modificados, verificando-se que “a divisão dos papéis na família e mesmo o princípio da autoridade são afetados pela progressiva eliminação da hierarquia e pela liberdade de escolha”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 24.

No Brasil há dois “divisores de águas” na solução de eventuais conflitos havidos entre a filiação biológica e a não biológica; “a Constituição de 1988 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 20.11.1989, e com força de lei no Brasil”<sup>4</sup>.

Dessa forma, a Constituição realça a igualdade entre as filiações, repelindo qualquer discriminação, quando diz que “todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem” (art. 227, § 6º C.F.) e mais; “o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente” (art. 227, caput, C.F.).

No mesmo raciocínio emerge o direito à personalidade e à origem genética.

Sobressai-se da Convenção dos Direitos da Criança o dever da observação ao princípio do melhor interesse do filho.

Consoante Belmiro Pedro Welter, a Carta Constitucional de 1988 sublevou o direito de família, procedendo-se “a uma verdadeira desbiologização da paternidade, pois se equipararam os filhos de sangue aos filhos adotivos, vedando-se qualquer discriminação entre eles quanto a direitos e qualificações”<sup>5</sup>.

Já o artigo 1596 do Código Civil prevê a filiação não biológica, advinda da adoção regular ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente filho.

Também o artigo 1597, “V”, do Código Civil prevê a

---

<sup>4</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>5</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 69.

filiação não biológica, advinda do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga, que consiste em uma técnica de reprodução humana onde os espermatozóides ou óvulos, utilizados na fecundação, provém de um doador estranho ao casal.

Nos dois exemplos acima citados, os estados de filiação são irreversíveis, ou seja, não podem ser contraditados através de ação negatória de paternidade ou maternidade, porém o filho poderá investigar a paternidade ou maternidade para fins de ver garantido seus direitos de personalidade, de pesquisar sua origem.

Destarte, é que a família moderna edificou-se em local propício à comunhão do afeto e realização da dignidade da pessoa humana, funcionando como campo de atuação de princípios constitucionais, como da liberdade, igualdade, solidariedade, integridade física e psíquica e direito à personalidade.

Diante dessa nova realidade é que se consubstancia o raciocínio de que o afeto é o alicerce da relação familiar e que a lei não deve “fechar os olhos” ante a evolução natural por que passam as estruturas familiares. É necessário, sim, o reconhecimento de outras uniões, assim como aconteceu com a união estável, que também seja reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo, pois estas muitas vezes se encravam em relacionamentos duradouros, edificados sob o manto do respeito mútuo, produzindo patrimônio por esforço comum e laços que não podem nem devem ser ignorados pelo nosso direito.

Desse modo, os filhos oriundos de uma família



estabelecida sob o véu do matrimônio eram ditos legítimos e a eles a lei era irretorquível. Já os filhos advindos de uniões estáveis ou mesmo de relacionamentos extramatrimoniais eram vistos com olhos de preconceito. Aliás, o próprio sistema jurídico validava a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, elevando sobremaneira os primeiros porque, para a lei, a família era um grupo baseado em laços sangüíneos estabelecidos por meio do matrimônio.

## 2.1 O Afeto como valor jurídico

O afeto é uma manifestação de carinho ou cuidado que se tem por alguém que se ama. No âmbito da psicologia, o afeto toma forma de apego, caracterizando-se pelo vínculo desenvolvido pelo indivíduo em relação a outro, tornando-os próximos. A afetividade é algo inerente ao ser humano, tornando-o capaz de exteriorizar suas emoções vividas em sociedade.

Já é possível identificar o afeto como princípio. Maria Berenice Dias enuncia que “o Estado impõe-se de direitos e obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir dignidade a todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto”<sup>6</sup>.

A filiação social, muitas vezes vencida pela filiação biológica, passa a ter reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência, as quais já não balizam o exame de

---

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 59.

pareamento genético como única forma de se identificar a filiação, cedendo espaço para a valorização dos laços de afeto construídos. Nessa linha de raciocínio analisa Rodrigo da Cunha Pereira: “a idéia não é excluir o laço biológico, mas incluir a paternidade socioafetiva”<sup>7</sup>, pois a filiação socioafetiva é fruto de uma relação de afeto construída diariamente.

O que identifica uma família é o afeto. Não qualquer afeto, mas aquele que se presencia nos lares, fruto do convívio diário entre duas ou mais pessoas ligadas pela procedência comum, como diz Sérgio Resende de Barros: “é o afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas”<sup>8</sup>.

Destarte, para a existência de uma família não é necessário que haja marido e mulher, pai e mãe, uma vez que há famílias constituídas somente de homens, somente de mulheres, de irmãos, enfim, há uma entidade familiar quando presente a qualidade que lhe é inerente e que une seus entes independentemente de sexo, mas por uma condição *sine qua non* para sua existência: a presença do afeto que estreita os laços e os faz fortes.

Nos últimos anos houve uma modificação significativa na família, que antes era acentuadamente patriarcal e

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 350.

<sup>8</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul/set., 2002, p. 08.

estruturada em torno do patrimônio familiar. O homem era o chefe da família, pesando sobre ele várias responsabilidades e poderes, como a administração dos bens do casal, a fixação do domicílio e a manutenção da família.

A mulher, por outro lado, era dita “do lar”, vivia para os filhos e para cuidar da casa, ficando adstrita aos afazeres domésticos. Ocorre que, com a evolução da sociedade e dos costumes, paulatinamente a mulher foi introduzida no mercado de trabalho e a família sofreu modificações em sua estrutura pois, com a saída da mulher para o mercado de trabalho, as tarefas domésticas precisaram ser divididas com o homem, refletindo também em mudanças no exercício da paternidade.

Com efeito, a mulher deixou de se vincular ao marido por questões econômicas, passando as relações homem-mulher a se constituírem por elos de afeto, carinho e solidariedade mútua.

Assim sendo, quando a Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, a família ganhou destaque no aspecto afetividade, desta feita porque não mais era construída sob bases econômicas, mas sedimentada em laços afetivos, como destaca Paulo Luiz Netto Lobo (apud PEREIRA):

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a

secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua<sup>9</sup>.

Com o desenvolvimento da estrutura familiar nos moldes hoje apresentados, já se pode afirmar com convicção, consoante ensinamento de Rodrigo Pereira da Cunha, que “o afeto é um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a qualquer relacionamento conjugal ou parental”<sup>10</sup>, posto que deve ser sempre relevado quando a controvérsia se refere às relações familiares.

A sociedade vem-se renovando diariamente e com isso restauram-se os valores. Desse modo, já é possível, atualmente, observar o afeto como valor jurídico, uma vez que muitos tribunais brasileiros, seguindo o pensamento doutrinário e acompanhando a evolução natural da sociedade, procuram aproximar as decisões que internalizam tal princípio.

Consoante recente julgado do magistrado Mário Romano Maggioni, de Capão Canoa, Rio Grande do Sul,

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8069/1990). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>10</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 180

<sup>11</sup> Trecho da Sentença do Processo nº .1.030.012.032-0, Revista Consultor Jurídico

Verifica-se que o “endeusamento” da perícia médica já se encontra em fase de superação, uma vez que a jurisprudência contemporânea de alguns tribunais já tem se firmado no sentido de relevar a paternidade socioafetiva em prejuízo da paternidade biológica, como pode ser percebido do seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de PATERNIDADE no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.02.060668-4/001 – Publicação 05/07/2007 - COMARCA DE GOVERNADOR VALADARES - APELANTE(S): O.B.C. - APELADO(A)(S): C.S.C. REPRESENTADO(A)(S) P/ MÃE M.D.S.P.O.C.S.P. - RELATORA: EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. DES<sup>a</sup>. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.<sup>12</sup>

Tem-se, portanto, que se a paternidade biológica demonstra-se insatisfatória na determinação da filiação, a paternidade socioafetiva nasce umbilicalmente ligada à imagem atual de família, ou seja, de família socioafetiva, integrada pelo amor, respeito mútuo, convivência, não podendo os julgadores desconhecer tais aspectos no momento da prolação da decisão. Desta forma é que se

---

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <<https://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2009.

implementará a verdadeira proteção conferida à família e prevista pela Constituição Federal.

Decisões proferidas por tribunais da região Sul e Sudeste do Brasil já proclamam a importância do afeto em decisões que interfiram ou mesmo decidam vidas de crianças e adolescentes, como é o caso de ações de guarda, tutela, negatória de paternidade ou maternidade, bem como ações de reparação de dano moral em face do abandono afetivo do pai, como se exemplifica:

**EMENTA:** NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO AFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Existência de vínculo afetivo entre as partes. Contexto dos autos demonstra a existência de relação parental, e análise das demais provas é desfavorável à tese do demandante. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70021847603, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007).

13

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. ANULAÇÃO DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. 1- Nas ações de investigação de paternidade, o critério sócio-afetivo deve se sobrepor ao biológico, pois há outros valores a serem preservados, tais como o bem estar emocional da criança.

---

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 22 jan. 2009.

2- A teor do art. 1.604 do Código Civil, há que se apurar a existência, ou não, de vício de consentimento no ato de perfilhação que se pretende desconstituir.

3 - A irrevogabilidade surge em virtude de se tratar de direito indisponível, desrespeitado este direito também restarão violados, *in thesi*, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, pois os pais, biológicos ou assumidos como tal, não podem dispor ao seu bel prazer do nome e da dignidade da criança.

4 - No que se refere à preservação dos interesses do menor, a declaração da inexistência de paternidade não terá o condão de prejudicá-los, pois poderá buscar a verdade real em ação investigatória de paternidade.

5 - Recurso provido. (20060510093889APC, Relator MARIO-ZAM BELMIRO, 3ª Turma Cível, julgado em 13/02/2008, DJ 08/04/2008 p. 79).<sup>14</sup>

Já não se pode ignorar que o afeto é um elemento essencial nas relações que envolvem a família e de importância em particular para a pessoa envolvida, deixando de fazer parte somente da vida pessoal dos envolvidos e passando a ingressar no mundo jurídico como atesta Maria Berenice Dias (2006, p.61): “[...] amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em <<https://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em 13 jan. 2009.

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 61.

Ademais, é uma tendência atual a consideração do afeto como valor jurídico pois sua presença é substancial para que o operador do direito possa decidir uma causa de forma mais equânime, haja vista as mudanças experimentadas pela entidade familiar, atentando para que os costumes inerentes a ela também se modificaram, permitindo-se uma aproximação maior dos relacionamentos com a redução significativa do número de filhos, admitindo-se uma maior amplitude do afeto, estreitando-se as relações familiares e rompendo com a família tradicional, baseada na autoridade paterna.

Acrescente-se a isto as transformações ocorridas na própria família, que antes era essencialmente patriarcal e agora recepciona outras formas, como a constituída pela união estável, concubinato, monoparentais, refletindo-se a importância igualitária de cada indivíduo como membro da família, valorizando-se assim cada integrante com seus interesses e anseios.

A compreensão do afeto como valor jurídico pode ser motivada também em virtude da Constituição Federal ter elegido valores sociais importantes como princípios fundamentais, daí figurando a dignidade da pessoa humana como consequência de toda decisão advinda do Judiciário, que deve viabilizar o alcance desse princípio como forma de proferir decisões mais justas e não meramente formais, positivistas.

Finalmente, não é que o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência imponham o amor, mas já se pautam no sentido de apreciá-lo como valor nas decisões



que envolvam “família”, uma vez que a entidade familiar moderna perdeu características antigas que somente valorizavam o homem.

Na nova versão familiar, que tem como sustentáculo o amor, enquanto amor tiver naquela família, só se admitem como justificção da mesma sentimentos como o afeto, respeito, paz e liberdade do indivíduo na busca da felicidade plena, como muito bem se manifestou Luiz Edson Fachin no conto intitulado “A Filha das Estrelas em busca do artigo perdido”: “[...] não pode mais caber o esquecimento do afeto no ‘leasing’ da ‘coisificação’ e da indiferença; não pode ter mais lugar o ‘upgrade’ plutocrático dos bens e coisas, e sim, deve haver a minimalização do patrimônio e maximização da afetividade”<sup>16</sup>.

## **2.2 Verdade biológica: verdade real de filiação?**

Não há como negar a importância do exame de DNA para assegurar com quase 100% (cem por cento) de certeza a imputação ou não de uma paternidade ou maternidade a alguém. Não se pode negar que em virtude da nova feição da família brasileira, com a liberalidade dos relacionamentos, a liberdade de escolha, enfim, com a democratização da família, as mudanças foram inevitáveis, porém, uma situação permanece inalterada; o direito da pessoa de conhecer seu verdadeiro pai, traduzindo-se na realização de um direito fundamental que é o da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 372

Ocorre que, como em todo processo inovador, o exame de DNA surgiu como referencial único em apontar o verdadeiro pai ou mãe biológicos, afinal, a possibilidade de erro era minúscula e ainda podia ser refeito, com o objetivo de se constituir ou desconstituir maternidade ou paternidade.

A Justiça passou a determinar suas sentenças e seus acórdãos com base no referido exame, em face da relevância da prova.

Contudo, muitos estudiosos do Direito, diante das demandas que lhes eram apresentadas, insurgiam-se contra essa “biologização” da Justiça. Era necessário um estudo mais aprofundado, sendo imperativo escrever e debater as idéias, surgindo daí a ideologia do afeto como valor de peso numa decisão, sejam monocráticas ou advindas dos tribunais.

O exame de DNA constitui importante instrumento em se estabelecer a paternidade/maternidade biológicos, porém, não se pode negar a existência da filiação socioafetiva, aquela edificada no dia a dia, em momentos singulares para a vida dos “filhos do amor”. Faz-se imperioso que aqueles que operam com o Direito caminhem mais além na busca da identificação do verdadeiro pai, pois, muitas vezes, o pai biológico não alimenta nenhum vínculo socioafetivo com o filho, foi apenas um procriador que cedeu material genético, às vezes em uma só relação sexual.

No mesmo sentido, não há como negar que a verdade biológica nem sempre corresponde à verdade real da filiação. Assim, é que se faz necessário traçar uma dimensão maior na busca da verdadeira filiação, numa proporção que

alcance aspectos sociais, culturais e afetivos oriundos da filiação efetivamente construída, independentemente dos laços sanguíneos, como bem ressaltou Gerard Cornu (apud, Netto Lôbo):

A verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para ele, confundir verdade real da filiação como verdade biológica, é um entendimento ‘reducionista, cego, demagógico e decepcionante’, engendrando ‘um direito biológico, totalitário, além de um pseudo-direito subjetivo ilusório e nefasto’.<sup>17</sup>

Não obstante a contribuição da ciência na identificação quase absoluta do pai ou mãe biológicos, atestado através do exame de pareamento genético, a ciência jurídica não pode quedar-se à análise puramente biológica. É necessária a análise do papel social do pai e mãe, verificando aspectos relevantes como a convivência familiar e a afetividade, construídas em razão do convívio, pois afinal, “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar”<sup>18</sup>.

Dessa forma, cabe aos operadores do direito repensar o verdadeiro significado da paternidade, observando que nem toda paternidade socioafetiva é resultado da consagüinidade e, assim sendo, aplicar-se-á o direito de forma mais justa, atendendo sobremaneira ao

---

<sup>17</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 1149

<sup>18</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 141

princípio da dignidade da pessoa humana, que no dizer de Ana Carolina Brochado Teixeira “se constitui no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais, significa que o ser humano é um valor em si mesmo, e não o meio para alcançar outros fins”<sup>19</sup>.

### **3. Espécies de filiação socioafetiva**

A filiação socioafetiva é aquela que tem como estrutura basilar o afeto, o carinho, independentemente da origem do filho.

Segundo a doutrina pode ser decorrente da adoção judicial e da filiação eudemonista (reconhecimento voluntário ou judicial da maternidade ou paternidade) e ainda da adoção à brasileira.

#### **3.1 Filiação afetiva na adoção**

Consoante dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer pessoa com plena capacidade, independentemente do seu estado civil, pode adotar. Desse modo, na visão de Maria Berenice Dias, “pode adotar aquele que tem condições de oferecer sustento, educação e afeto a uma criança. O seu bem-estar e o seu interesse significam os elos fundamentais da filiação adotiva”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61.

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 185..

A adoção é um evento jurídico e depende de um ato de vontade dos interessados em promovê-la. Destarte, a adoção é judicial, onde um órgão eleito pela Lei apreciará os elementos trazidos aos autos culminando com a adoção ou não daquele a que se pretende. Este tipo de filiação remonta aos tempos antigos, a respeito disso ponderou Eduardo de Oliveira Leite (apud WELTER):

Este instituto não foi criado recentemente, constando do art. 185 do Código de Hamurabi (1728-1686 a.C), pois a verdade sócio afetiva ‘é tão real como o que une o pai ao seu filho de sangue, e os efeitos que do primeiro emergem são tão reais como os que decorrem do segundo’<sup>21</sup>.

### **3.2 Filiação sociológica do filho de criação**

Verifica-se também a filiação afetiva nos casos em que uma família cria uma criança ou adolescente sem nenhum vínculo biológico, sem registro no cartório, mas o faz por mera liberalidade ou por circunstâncias de necessidades.

Muito comum era este tipo de filiação nas cidades do interior, onde muitas vezes a criança tinha os adultos que o criavam como “pais de criação”, em razão do vínculo afetivo constituídos entre os mesmos. Não obstante à existência de afetividade, de carinho e da relação patrimonial que se estabelecia entre a criança e/ou adolescente e a família que

---

<sup>21</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 148.

geralmente o criava como “filho”, uma vez que este vivia sob as expensas daquela, mesmo assim, este tipo de filiação não é reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico e não gera efeitos jurídicos (parentesco) e patrimoniais (sucessão). Nesse sentido manifesta-se Belmiro Pedro Welter, citando dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

a) No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos fins biológicos para fins legais, tais como o direito à herança (TJRS –AC 96038091 – 8ª C.Cív – Rel. Sérgio Gischkow Pereira – J. 25.04.1996). b) A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina integral de proteção, consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, relevada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação (TJRS –AC 599296654 – 7ª C.Cív – Rel. Luiz Felipe Brasil Santos – DOJ 1.716, em 18.08.1999)<sup>22</sup>.

Dessa forma, é que se constata a existência da filiação afetiva quando alguém, por opção própria, educa uma criança, acolhendo-a no seu lar, sendo a relação havida entre eles consolidada na afetividade e no amor.

---

<sup>22</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 149.

### 3.3 Filiação Eudemonista

Trata-se dos casos em que pessoas comparecem perante um Cartório de Registro Civil e de forma espontânea solicitam registro de uma pessoa como seu filho ou filha, não necessitando de constatação genética, estabelecendo-se aí o estado de filho afetivo, sendo irrelevante se o filho é ou não biológico, instituindo-se a partir do registro direitos atinentes à filiação, como o direito ao nome, à personalidade, ao parentesco, bem como direitos patrimoniais.

A filiação eudemonista perfilha-se nas relações afetivas, identificadas no amor, na solidariedade, na igualdade, na responsabilidade mútua, perdendo espaço de hierarquia e ganhando contornos de democratização. Seguindo esta linha de raciocínio, Maria Berenice Dias afirma:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional e a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.<sup>23</sup>

Assim sendo, é que constatamos a existência da filiação afetiva quando alguém, por opção própria, educa

---

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 45.

uma criança, acolhendo-a no seu lar, sendo a relação havida entre eles consolidada na afetividade e no amor.

### **3.4 Filiação socioafetiva na adoção à brasileira**

Questão sensível esta que alude à “adoção à brasileira”, pois nela se verifica que uma pessoa conscientemente faz falsa declaração de maternidade e paternidade de criança concebida de outra mulher, sem observar as regras legais para adoção. Como lembra Rolf Madaleno:

É a posse do estado de filho, exteriorizada pela livre e desejada assunção do papel parental, em uma adoção nascida dos fatos e que se convencionou chamar de ‘verdade sociológica ou de adoção à brasileira’ quando há o prévio registro de filho de outrem por quem não é o seu descendente biológico.<sup>24</sup>

Na verdade, os declarantes são motivados por sentimentos nobres, com a intenção de fazer com que aquela criança comece a fazer parte daquela família. Embora tal conduta não seja adequada, sendo contrária à legislação, por não atender as condições nela especificadas, a sociedade não rechaça tal conduta, mas a abraça, como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo:

Nessas hipóteses, ainda que de forma ilegal, atende-se ao mandamento contido no art. 227 da constituição, de

---

<sup>24</sup> MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 37, ago./set., 2006, p. 142



ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito 'à convivência familiar', com 'absoluta prioridade', devendo tal circunstância ser levada em conta pelo aplicador, ante o conflito entre valores normativos (de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para que tal se dê, que não foram atendidos).<sup>25</sup>

Assim sendo, é que, na adoção à brasileira, os parâmetros de aferição da “verdade” devem se despir dos olhos biológicos, do caráter eminentemente genético e lançar olhos de afetividade e de laços familiares na observação daquele ato registral falso, como acentua João Baptista Villela (apud, NETTO LÔBO): “a verdade e falsidade no registro civil e na biologia têm parâmetros diferentes”<sup>26</sup>, argumentando que um registro será sempre verdadeiro quando estiver imbricalmente ligado a um fato jurídico que lhe deu origem e será falso quando não houver esse elo” e complementa: “um cidadão que comparece espontaneamente a um cartório e registra, como seu filho, uma vida nova que veio ao mundo, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida.” Ressalte-se que em certos casos de adoção à brasileira há a presunção da existência de atitudes eivadas de vícios que e a torna, do ponto de vista jurídico, inapropriada, é o caso, por exemplo, quando a obtenção de uma criança se dá por

---

<sup>25</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e Direito à origem genética. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago./set., 2003, p. 140

<sup>26</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 140.

meio fraudulento, sem o conhecimento dos pais biológicos, dando a esse tipo de adoção um caráter de ilegalidade, mesmo que haja afetividade familiar.

Ademais, quando se estabelece o estado de filho afetivo, passa-se a exteriorizar uma condição de filho, como explicita Orlando Gomes (apud, WELTER ): “ostentar um estado de filho é ‘ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho’.”<sup>27</sup>

Por fim, não obstante a ausência de regulamentação clara em nosso ordenamento, em relação à filiação sociológica, é possível alcançá-la alicerçando-se em princípios constitucionais como o da proteção à criança (art. 227, CF) e na doutrina da integral proteção à criança, consubstanciada em especial nos arts. 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conduzindo à relevância da paternidade socioafetiva, revelada pela posse do estado de filho, como se extrai do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul :

**APELAÇÃO-ADOÇÃO** – Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de 9 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la daqueles que reconhece como pais, mormente quando os pais biológicos demonstraram por ela total desinteresse. Evidenciado que o vínculo afetivo da criança, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar a paternidade socioafetiva

---

<sup>27</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 151.

sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. (TJRS –AC 70003110574 – 7ª C.Cív – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – J. 14.11.2001).<sup>28</sup>

### **3.5 Filiação derivada de inseminação artificial heteróloga**

O planejamento familiar é livre, inclusive confirmado por ditame constitucional. Acontece que muitas vezes a natureza retira da pessoa a prerrogativa de ter filhos, podendo neste caso optar-se pela adoção ou pela inseminação artificial heteróloga.

Por esta técnica, utiliza-se material genético de outro homem, no caso sêmen, em regra doado por pessoa anônima, com a finalidade de fecundação do óvulo da mulher, verificando-se a inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1597, “V” do Código Civil que diz: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Nesse contexto surgiram os “bancos de sêmen” com o objetivo de conservação no tempo do material genético masculino.

---

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 12 jan. 2009.

## **4. Conceito de estado de filho afetivo**

Exibir um estado de filho é ter de fato o título, é desfrutar da exteriorização da condição de filho, é, invertidamente falando, quando uma pessoa assume o papel de filho perante outros que assumem o papel de pais, independentemente do liame biológico.

### **4.1 Elementos que caracterizam o estado de filho afetivo (posse de estado de filho)**

O estado de filho é um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar para alguém sua condição de filho legítimo de uma pessoa ou de um casal que o cria e o educa. Carvalho Santos (apud BOSCARO,) diz que "é um conjunto de fatos que estabelecem por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer"<sup>29</sup>. Incorre no mesmo pensamento Orlando Gomes, quando afirma que ostentar um estado de filho é "ter de fato o título correspondente, desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho"<sup>30</sup>.

Trata-se na verdade da exteriorização do estado de filho, o qual, na contramão do afeto, tem-se o pai ou os pais. O reconhecimento do estado de filho é de vital importância para o estabelecimento da paternidade, como muito bem

---

<sup>29</sup> BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação..* São Paulo: RT, 2002, p. 141.

<sup>30</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família.* Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 220-221.

se manifesta Luiz Edson Fachin, “apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade”<sup>31</sup>

Seguindo o mesmo raciocínio afirma Belmiro Pedro Welter que “no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou da maternidade é estabelecido o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), não importando se biológico ou não”. Deste modo, a noção da posse de estado de filho é aquilatada quando se busca uma vinculação entre a verdade biológica e a socioafetiva, pois, “em matéria de filiação, a decisão judicial deve estar mais próxima da verdade biológica ou sociológica, afastando-se, em decorrência, cada vez mais da verdade meramente formal, ficção jurídica”.<sup>32</sup>

Desse modo, é somente com a exaltação legislativa da noção de posse de estado de filho que iremos alcançar a plenitude da igualdade entre as diversas espécies de filiação. Com o objetivo de aclarar os vínculos socioafetivos perante a sociedade, porque o estado de filho é irrenunciável e imprescritível, estabeleceram-se elementos identificadores, tais como o nome, o tratamento e a fama. Assim sendo, apesar do Código Civil Brasileiro silenciar sobre as hipóteses em que se verifica o estado de filho, a doutrina colacionou elementos de salutar importância para identificação dos mesmos. Na mesma direção, posiciona-se Paulo Luiz Netto Lôbo:

---

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 157

<sup>32</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 153-155.

As presunções ‘veementes’ são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato. O Código brasileiro não indica, sequer exemplificadamente, as espécies de presunção, ou a duração, o que nos parece a orientação melhor. Por seu turno, o Código Civil francês, art.311-2, na atual redação, apresenta as seguintes espécies não taxativas de presunção de estado de filiação, não sendo necessária a reunião delas:

- a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais;
- b) quando os pais o tratam como seu filho, e este, àqueles como seus pais;
- c) quando os pais provêm sua educação e seu sustento;
- d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
- e) quando a autoridade pública o considere como tal”.<sup>33</sup>

Destarte, cabe salientar a importância atribuída a cada elemento, por exemplo: a) o nome, que se dá quando o indivíduo leva o nome daqueles a quem considera seus genitores; b) o tratamento, que equivale ao receber de forma continuada o tratamento de filho, tratando também a estes como pais; c) a fama, é ser reconhecido pelos pais e pela sociedade como filho, é a notoriedade da relação paterno-filial.

Frise-se que o estado de filho afetivo é uma agregação de valor, no caso, o valor afetivo, tão característico e corriqueiro às relações de filiação consubstanciadas no

---

<sup>33</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Op. cit.*, p. 138-139.

amor. Assim, é que nestas relações a fundamentação maior é a construção de laços emocionais, edificados no crescimento social e cultural do indivíduo, como sustenta Belmiro Pedro Welter:

É por isso que se deve ter muito cuidado ao falar em Direito de Família, especialmente quanto à filiação, porque ‘atinge a pessoa nas fímbrias do seu coração e mexe com o que ela tem de mais íntimo e mais precioso em sua vida. É um terreno que devemos sempre percorrer com extraordinário cuidado, como quem estivesse mexendo em cristais, para não criar fraturas’.<sup>34</sup>

Finalmente pode-se dizer que a posse de estado de filho é uma maneira pela qual se pretendeu abrigar a importância da verdade socioafetiva da filiação, transcendendo os limites ditados pela engenharia genética.

Afigura-se, assim, a possibilidade de o julgador, diante de um caso concreto, compreender a complexidade e ramificações da filiação socioafetiva estabelecida, possibilitando uma decisão judicial que declare a verdadeira filiação socioafetiva, desvinculada de aparências, ficções e presunções, acolhendo verdades além da autoria genética da descendência, pois “pai também é aquele que se revela no cotidiano, de forma sólida e duradoura”<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 168.

## **4.2 O direito do filho afetivo em investigar a maternidade e/ou paternidade biológica**

Embora a Constituição Federal tenha assegurado a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, quando enuncia no § 6º do artigo 227 que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, vê-se que não se conseguiu transpor a conflituosa busca da verdadeira paternidade.

Enquanto algumas ciências procuram esclarecer a importância da paternidade através dos liames socioemocionais construídos na busca de apontar a filiação apresentada, as ciências jurídicas ainda perfilham seus caminhos na procura do parentesco, em exames de pareamento genético, olvidando os prejuízos que uma decisão mal interpretada pode acarretar na preservação dos vínculos da filiação.

Muitos de nossos tribunais, quando chamados a decidir sobre a determinação da paternidade, ainda acolhem o critério biológico como determinante para incluir ou excluir uma paternidade, argumentando que deve ser estabelecida a realidade biológica em face do exame de DNA.

Consoante Leila Maria Torraca de Brito aqueles que compartilham essa visão consideram possível a desconstituição do vínculo parental em virtude de o pai registral ter feito falsa declaração, ocorrendo erro evidenciado de forma indubidosa através do exame de DNA.



Há grande controvérsia nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Destarte, em ações que versam sobre a desconstituição da paternidade há os que são favoráveis de forma indubiosa ao exame, como Leila Maria Torraca de Brito:

**AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – RETIFICAÇÃO.**

Ação negativa de paternidade. Prova irrefutável da veracidade da negativa de paternidade. Cancelamento de registro de nascimento. O sistema de registro público adotado no Brasil é regido pelo princípio da veracidade, pelo que todos os assentos efetivados nos cartórios do registro civil das pessoas naturais devem ser fiéis à realidade fática. No caso dos registros de nascimento, os assentos devem retratar a realidade biológica. Prova inquestionável da falsidade do registro de nascimento da menor. Solução jurídica sustentada por diversos precedentes desta Corte de Justiça. Improvimento do recurso. (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.17670, 17ª C.Cív., Des. Edson Vasconcelos, J. 08.09.2005)

**AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE FILHO – EXAME DE DNA NEGATIVO – INSCRIÇÃO NO REGISTRO CIVIL – IRRELEVÂNCIA**

Ação negativa de paternidade. Exclusão da paternidade. Exame de DNA. Irrelevância do reconhecimento da paternidade. Excluída a paternidade, por via do exame de DNA, não tem qualquer relevo o fato de ter

o suposto pai registrado como seu filho o autor. Impõe-se a concessão da gratuidade de justiça ao réu, em face da afirmação de pobreza feita nos autos. Decisão parcialmente reformada. (TJRJ, apelação Cível nº 2003.001.33357, 4ª C.Cív., Des. Jair Pontes de Almeida, J. 24.08.2004).<sup>36</sup>

E há os que se manifestam contrário ao exame de DNA, relevando outros fatores consubstanciados no convívio social, no estabelecimento da filiação socioafetiva, como elenca Leila Maria Torraca:

#### APELAÇÃO CÍVEL – FAMÍLIA – NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Em que pese o exame pericial (DNA) seja conclusivo quanto à exclusão da paternidade, mister ressaltar que os vínculos parentais se definem muito mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Para alcançar o pleito anulatório, imperioso a demonstração de vício de consentimento, o que não se verifica na hipótese. Preliminares rejeitadas. Apelação provida em parte. (TJRS, Apelação cível nº 70012438511, Des. Walda Maria Melo Pierrô, J. 15.12.2005)

#### APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Ainda que o exame de DNA aponte pela exclusão da paternidade do pai registral, fato de resto, confirmado pelo próprio réu/filho, mantêm-se a improcedência da ação negatória de paternidade, se configurada nos autos a

---

<sup>36</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. *Op. cit.*, p. 11

adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva. Precedentes. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação cível nº 70014089635, rel José ataíde siqueira Trindade, J. 16.03.2006).<sup>37</sup>

Tema de tantas polêmicas em que as verdades se alicerçam, devem-se estabelecer critérios de aproximação dos vínculos da parentalidade. Cabe ao aplicador do direito o sopesamento dos fatos que lhe são levados, decidindo sempre em favor do melhor interesse da criança. Assim, é que se deve analisar se houve a consolidação dos elos de estado de filho afetivo, pois esse não pode ser destruído ou fraturado diante de uma prova genética, devendo a decisão observar os laços afetivos construídos, na busca de uma decisão justa.

Quando ausente a filiação afetiva, no dizer de Maria Berenice Dias “torna-se imperioso prestigiar a verdade biológica”<sup>38</sup>.

Consoante dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição”. Assim é, que cabe a análise atenta desse direito de investigar sua origem biológica, considerando as consequências advindas deste ato.

Não obstante uma pessoa ter pai e mãe registral, tomando conhecimento de que eles não são seus pais

---

<sup>37</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. *Op. cit.*, p. 13-14

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 320

biológicos, pode, a qualquer tempo, ingressar com ação de paternidade contra seus supostos pais biológicos no intuito de descobrir suas origens.

Saliente-se que o direito do filho ao reconhecimento de quem são seus pais biológicos não implica na preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, mormente porque o direito de investigar a origem genética não implica na desconstituição da paternidade dos pais constantes no registro de nascimento, os socioafetivos.

Ademais, o reconhecimento da origem genética pode também auxiliar casos somente elucidados através da compatibilidade sangüínea, como ocorre com a leucemia e transplante de órgãos.

Ressalte-se que a referida demanda versa sobre o estado da pessoa, que emana do direito à personalidade, não podendo o julgador arvorar-se em desconstituir a paternidade socioafetiva construída entre a pessoa e a família registral, tomando por base apenas o exame de DNA.

É necessário aprofundar mais a questão, devendo prevalecer a decisão que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, pois o histórico de vida e condição social da pessoa que foi registrada de forma irregular (adoção à brasileira), não pode ser “apagado”, cedendo diante da prova de pareamento genético. Se dessa maneira agir o aplicador do direito, sob nenhuma forma estará realizando a justiça, pois, quando se analisam casos através de critérios meramente formais, deixa-se de relevar aspectos importantes, como a história de vida pautada por laços de

afetividade, carinho, desvelo e educação.

Ademais, em relação à adoção à brasileira, já toma corpo em nossos tribunais a ideia de que ela é irrevogável, pois não seria concebível que uma criança ou adolescente, que não participou em nenhum momento do ato praticado pelos pais, que de livre e espontânea vontade a registraram como filho(a), venha a ser prejudicada social e emocionalmente, geralmente por fatores de cunho patrimonial.

Cabe ao operador do direito não se deixar manipular por pretensões descabidas que lhe são apresentadas. Cito o caso de pai que registra como seu o filho de sua companheira. Durante a união estabelecida entre o casal, a criança desenvolve-se e tem aquele homem como seu pai, sendo todos conhecedores de tal fato, verificando-se entre os mesmos relação de afeto, carinho e atenção. Com o passar dos anos, a união do casal se desfaz e o companheiro, com o intuito de não pagar pensão alimentícia ao filho, ingressa com ação negatória de paternidade, cumulada com anulação de registro.

Ocorre que, muitas vezes, a própria mãe, consciente de que o filho registrado pelo companheiro não é filho biológico do mesmo, concorda com o pedido de exclusão do autor da paternidade que lhe é atribuída, acatando o magistrado muitas vezes o “acordo” celebrado.

E como fica a criança ou adolescente no meio disso tudo? A criança não solicitou que lhe registrassem como filho, mas teve durante muito tempo uma pessoa a que chamava de “pai”, que lhe desvelava amor, carinho e participava de

momentos importantes da sua vida. De repente, por uma decisão judicial, acorda e vê que não é mais filho do fulano, constando na sua certidão de nascimento as estrelinhas, citadas no conto de Luiz Edson Fachin, em “A filha das estrelas em busca do artigo perdido”.<sup>39</sup>

No mesmo sentido, excluem-se os nomes dos avós paternos, o parentesco com a família paterna, enfim, a maior prejudicada é a criança.

Deste modo, se foi o próprio pai registral que compareceu ao cartório e procedeu ao registro do filho, não pode anulá-lo com o objetivo de beneficiar-se em detrimento daquele que não participou do ato, sendo agora ameaçado de perder sua identidade, sua família, seu sobrenome, sua parentalidade, além de todo prejuízo moral e psicológico.

Ora, não pode a Justiça albergar esse tipo de conduta, porque o reconhecimento espontâneo da paternidade (adoção simulada ou à brasileira), uma vez aperfeiçoado, torna-se irretroatável, podendo a invalidação se dar em virtude apenas de dolo, erro, coação, simulação ou fraude. Torna-se imprescindível a análise de direitos essenciais como o da dignidade da pessoa humana, direito ao nome, a uma família, considerando-se sempre o melhor interesse da criança.

Alguns tribunais têm-se manifestado no sentido de ser irretroatável o reconhecimento espontâneo da paternidade, como cita Rolf Madaleno:

I – Paternidade. 1. Reconhecimento. Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra, como seu, filho de

---

<sup>39</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 369-373

companheira durante a vigência de união estável, estabelece uma filiação socioafetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável. Ação negatória de paternidade e ação anulatória do registro do nascimento. O pai registral não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição. Embargos rejeitados, por maioria.

Ação de anulação de reconhecimento de filho extramatrimonial. Prevalência da paternidade socioafetiva. Não ofende a verdade o registro de nascimento que espelha a paternidade socioafetiva, mesmo que não corresponda a paternidade biológica. Acolheram os embargos.

Negatória de paternidade. Exclusão da paternidade. Exame de DNA. Irrelevância do reconhecimento da paternidade. Excluída a paternidade, por via do exame de DNA, não tem qualquer relevo o fato de ter o suposto pai registrado como seu filho o autor. Impõe-se a concessão da gratuidade de justiça ao réu, em face da afirmação de pobreza feita nos autos. Decisão parcialmente reformada. (TJRJ, apelação Cível nº 2003.001.33357, 4ª C.Cív., Des. Jair Pontes de Almeida, J. 24.08.2004).<sup>40</sup>

Diante do exposto, verifica-se imperioso que o direito brasileiro acolha o princípio do atendimento do melhor interesse da criança, uma vez que na Carta Magna inexistente qualquer dispositivo que enalteça a filiação de origem genética em prejuízo da filiação socioafetiva.

---

<sup>40</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 369-373

## 5. Conclusão

Durante muito tempo a família manteve-se através dos laços do patriarcalismo e do patrimonialismo, considerada a família tradicional, na qual as uniões nem sempre se constituíam pelo amor e pelo afeto, mas por conveniência, por motivos patrimoniais ou políticos e institucionalizados sob o manto do casamento. Neste contexto, a família era constituída de pai, mãe e filhos, sob a chefia do pai. A entidade familiar assim concebida asfixiava a ideologia do afeto que, mergulhada no caráter patrimonial, mascarava suas dores e quedava-se inerte em aceitar as transformações já vistas àquela época, como os filhos “ilegítimos”, as “amantes” e as “concubinas” que faziam parte de muitas realidades, embora de forma hipócrita e à margem da sociedade patriarcal que desejava manter seus interesses, sufocando, fraturando e até substituindo as ligações de afeto.

Com a evolução social, foi preciso descortinar o manto da hipocrisia que encobria a família, superando o patriarcalismo com a aceitação de que para haver família não é necessário ter pai, mãe e filhos, afinal existem famílias formadas somente por um pai ou mãe e filhos (monoparental), havendo também aquelas formadas somente por irmãos (anaparental), mas conjugando afeto, amor e solidariedade na convivência e sobrevivência diárias.

O advento de novas relações familiares, baseadas simplesmente no afeto entre seus entes, não levando em consideração o elo biológico, fez surgir reflexões quanto ao



modelo tradicional da família natural. Desta forma, a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico ao igualar os filhos havidos ou não do casamento, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Destarte, muita controvérsia existiu e continua existindo quando se trata de sopesar as duas filiações, a uma, porque o exame de DNA atesta de forma quase que absoluta a inclusão ou exclusão de pessoa como pai ou mãe biológicos; a duas, porque se existe a filiação socioafetiva, em que sua essência é constituída na afetividade, na convivência diária e nos laços de amor, por que considerar somente o aspecto genético na solução de uma demanda?

A doutrina e a jurisprudência muito avançaram no sentido de demonstrar que a Carta Magna já continha em sua essência diretrizes para a valorização de tão importante elo que vinculava as famílias, no caso, o afeto. Assim, a CF de 1988 pontificou como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, a qual reflete valores como o direito ao nome, à personalidade, à família, não sendo mais possível que a Justiça permanecesse com o pensamento de que nada era mais substancial, mais verdadeiro que um exame de DNA. A evolução social está mostrando o contrário, pois nada é mais verdadeiro que relações nascidas, vivenciadas e legitimadas no amor, no afeto, no respeito mútuo e na solidariedade, pois seus laços são bem mais fortes e profundos que uma prova genética.

Portanto, não se quer de maneira alguma desmerecer a importância do exame de pareamento genético na busca de identificar o pai ou mãe biológicos, mas há que se

acautelar nas situações em que a essa consagüinidade materna ou paterna não se correlaciona com a função primordial do verdadeiro pai, o pai do amor.

Diante disso, se é verdade que o avanço científico tornou seguro, prático e convincente a determinação paternal também o é que as relações sociais, simultaneamente, desenvolveram-se para demandar uma lógica mais cuidadosa para a solução dos conflitos de gênese parental.

Disso resulta a relativização da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, na busca incessante de valores alçados na dignidade da pessoa humana, que é forma suprema de valorização do indivíduo, pois enquanto houver dignidade, haverá chance de redimensionamento da pessoa humana.

Por fim o desenvolvimento da pesquisa permitiu concluir que a evolução das formas de família e de filiação, a partir das quais se evidencia mais destacadamente o caráter de identidade socioafetiva, alterou a consideração do critério biológico como único, até então reinante na definição da paternidade e maternidade.

## 6. Referências

**Afeto, ética, família e o Novo Código Civil** : Belo Horizonte: DelRey, 2004

BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 4, n. 14, jul/set., 2002.

BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique. **Família e**

**Jurisdição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação.** São Paulo: RT, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 36, jun./jul., 2006.

CAHALI, Yussef Said (Org). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. **Código Civil – Código de Processo Civil - Constituição Federal.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

CHAVES, Adalgiza Wiedemann. Parentalidade. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 7, n. 31, ago./set., 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 26 set. 1996. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, Rolf. Paternidade Alimentar. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 8, n. 37, ago./set., 2006.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da Paternidade Socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v. 5, n. 19, ago./set., 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**: Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Disponível em <<https://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em 02 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <<https://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2008.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em <<https://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: RT, 2003.

## **O SISTEMA REPRESENTATIVO E O CONFLITO EXISTENCIAL COM O REGIME DEMOCRÁTICO**

***Caio Lima Barroso***

Bacharel em Direito (UFC)

Analista Judiciário Adjunto (TJ-Ce)

Especializando em Direito Constitucional (ESMEC)

**SUMÁRIO:** 1. Teoria da duplicidade como base política do liberalismo; 2. Teoria da identidade e soberania popular; 2.1. Sufrágio Universal; 2.2. Surgimento dos institutos da democracia semidireta; 3. Dos grupos de pressão à tecnocracia atual; 4. Referências.

### **1. Teoria da duplicidade como base política do liberalismo**

A representação advém da necessidade de delegar poderes àqueles mais aptos a desempenhá-lo, cuja confiança lhes é depositada pelo mandatário para agir em seu nome e defender seus interesses.

Nesse sentido, a Revolução Francesa foi responsável pela modificação do que, até então, se entendia como representação. A representação que se sustentava através de dogmas religiosos e se legitimada pela vontade divina, passou a ter outros horizontes com o surgimento do poder soberano desvinculado da doutrina teológica. Através dos representantes iriam se externar os reflexos do poder absoluto, soberano e não mais divino. Tal soberania era

exercida, neste primeiro momento, em nome da nação e o representante eleito agiria em nome de todo o reino e não do Cantão ou cidadão que o elegera.

Tal inovação ficou assentada na Constituição Francesa de 1791, art. 2º do preâmbulo, que prescrevia:

“A nação de onde exclusivamente emanam todos os poderes não pode exercê-los senão por delegação. A constituição francesa é representativa: os representantes são o corpo legislativo e o rei”

Em um primeiro momento, a figura do rei foi conservada, até que movido por revolucionários extremistas, Luís XVI foi rebaixado à mera condição de cidadão e posteriormente, em 1793, foi levado à guilhotina. O que demonstrou não somente a quebra com a monarquia, mas principalmente a superação do temor ao divino.

Tal doutrina foi encampada pela casta burguesa, cansada de financiar os desmandos da nobreza e do clero, utilizando-se da alegativa de interesse nacional soberano para galgar o poder. Defendiam os pensadores da época que os representantes, embora eleitos, não tinham obrigação de manter vínculo entre suas atuações como parlamentares e os interesses dos eleitores, aí está o cerne da teoria da duplicidade na representação.

Chegou a afirmar Montesquieu<sup>1</sup>, paladino da

---

<sup>1</sup> Espírito das Leis

representatividade, que o povo não tinha capacidade de participar da vida política, devendo tão somente eleger os representantes. Desta feita, defendiam a atuação dos eleitores como mero instrumento de designação de uma elite capaz de decidir isoladamente o futuro da nação, representando um duro golpe contra o povo, que mais uma vez se viu excluído do processo decisório

Tendo em vista os interesses da classe burguesa, tal sistema representativo se coaduna com a manutenção no poder de uma pequena classe privilegiada, ao mesmo tempo que afasta o povo da participação política em nome de pessoas “melhores preparadas” para gerir os destinos da nação.

Foi neste propício ambiente que mais proliferou a ideologia do Estado Liberal, através do monopólio do capital, e a conseqüente manipulação sobre a economia, o que possibilitou a dominação política do estado, através da administração pública, fazendo com que toda a engrenagem funcionasse de acordo com seus interesses.

Em outras palavras, o estado se tornou um facilitador dos anseios burgueses, vez que buscavam resguardar os interesses da soberania nacional externados pela classe política eleita, comprometida com a burguesia, e desvinculada dos interesses populares, pois, como já dito, ao povo não cabia decidir os futuros da nação.

Conforme afirmara o eminente jurista Paulo Bonavides<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. 3 p.

para ilustrar a total desvinculação do ente estatal e a vontade popular, “[...] o estado é monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que na imagem bíblica se volta contra o criador.”

A representação política, desde sua gênese, desempenha o papel somente legitimador do poder político não tendo sido eficaz na defesa dos interesses dos representados, verdadeiros detentores do poder soberano estatal, neste sentido conclui Roberto Amaral<sup>3</sup> com seus vastos anos de experiência política:

“A democracia representativa não é uma forma de governo popular, mas tão somente um conjunto de procedimentos de controle sobre o governo, ou de mera legitimação do poder, mediante o processo eleitoral, mediatizado pelo poder econômico, pelo (abuso) do poder político e pela manipulação da vontade eleitoral pelos meios de comunicação, questões insolúveis na sociedade de massa.”

Neste horizonte nebuloso de perspectivas, insurge uma série de fatores que viriam a modificar o sistema representativo até então conhecido e adotado. Fatores como

---

<sup>3</sup> AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, nº 151, jul./set. 2001, 30p.



o desgaste político da aristocracia burguesa, conscientização política da classe obreira e dos profissionais liberais e a crise existencial do próprio regime representativo, que de fato somente representava uma minoria abastada em detrimento dos interesses populares.

Diante da pressão existente e da impossibilidade de manutenção desse sistema de governo isolacionista, buscou-se adequar os anseios sociais a nova ordem representativa, sem, no entanto, ocasionar graves rupturas no sistema político. Através desses novos paradigmas, buscou se implantar um sistema em que a atuação dos governantes resguardasse uma identidade, harmonia, com os interesses dos governados. Surgiu o conceito de soberania popular, juntamente com os institutos da democracia semidireta, externando as fragilidades da teoria da duplicidade e do mandado representativo.

## **2. Teoria da identidade e soberania popular**

Adotada a teoria da duplicidade passou-se a divagar acerca da soberania popular como norte para o novo sistema representativo que se iniciara. A titularidade de todo o poder estatal passou a ser atribuída ao povo e não mais aos interesses abstratos do ente estatal. A representação, que antes se reduzira a simples indicação dos representantes, passou a ter uma feição mais direta, democrática, participativa, através da legitimação popular na determinação, exigibilidade e fiscalização dos atos dos eleitos.

Como precursor desta nova corrente, destaca-se com magnitude a contribuição de Rousseu, o defensor das massas, precursor da soberania popular, tendo como ápice de seu pensamento *O Contrato Social*, onde expõe sua aversão à vontade do representante, porque nela estava implícita a alienação da vontade soberana do homem livre, apregoando o povo ícone, compreendendo a democracia como o regime que possibilita a participação dos governados na formação da vontade governativa. Assenta Paulo Bonavides<sup>4</sup> a grandeza de tal obra:

“O Contrato social é a um tempo ponto de chegada e ponto de partida.

Ponto de chegada do lento evoluer doutrinário do contratualismo e ponto de partida para os movimentos revolucionários que trazem na crista da comoção social o novo poder político.”

Fundada na *la volonté générale*, onde o próprio Rousseau define: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos ainda cada membro como parte indivisível do todo”.<sup>5</sup> Passando-se da submissão ao despotismo da nobreza, ao absolutismo da vontade direta do povo.

---

<sup>4</sup> Reflexões políticas e direito pg. 164

<sup>5</sup> J.J. Rousseau, “Du Contrat Social”, Classiques Garnier, 1954, p.243.

Desta forma, busca Rousseau criar a máxima de sua doutrina onde a soberania popular é indelegável e indivisível, ferindo de morte a representação política, pilar da democracia vigente. Defendendo que a vontade geral há de ser necessariamente aquela advinda do próprio povo, sem representantes, pois somente aquele detém o poder de criar leis e tomar decisões que possam limitar a vontade individual, fazendo desta forma prevalecer a liberdade do cidadão, pois não ficaria a mercê do representante da vez. Assim expondo, nos dizeres de Bonavides<sup>6</sup>:

“Se nos entregamos a este ou àquele governante, a este ou àquele grupo, fenece nossa liberdade. Se nos entregamos, porém a todos, não nos entregamos a ninguém. Logo, a vontade geral é a vontade libertadora de todo ser humano”

Porém, esta nova teoria, brilhantemente defendida por Rousseau, não foi suficiente para solucionar os problemas do mandado representativo, e nem era este o interesse das elites. O que se buscava era somente uma forma de justificação da aristocracia dominante para acalmar os sentimentos de reforma em ebulição.

Neste diapasão, afirmara ainda Paulo Bonavides<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Reflexões: Política e Direito. Pg. 177

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. 6-7 p.

“Começa daí a obra de dinamização da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das idéias pede um novo leito. Da liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal.

Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático.

Do governo de uma classe ao governo de todas as classes.

E essa idéia se agita sobretudo com invencível ímpeto rumo ao sufrágio universal”.

Usava a burguesia a bandeira da liberdade para manter o domínio do poder político, não obstante a grande maioria fosse excluída da participação política e não gozava de uma vida digna, condição *sine qua non* para usufruir da liberdade apregoada.

No entanto, surgiram além do mandato imperativo como forma de representação outros institutos da democracia cujo advento modificou o conceito de representatividade, são eles: o sufrágio universal e instrumentos de participação direta.

## 2.1 Sufrágio Universal

Antes de adentrarmos na natureza universal do sufrágio é necessário tecer algumas considerações acerca de sua definição. Trata-se o sufrágio do exercício do poder político pelos cidadãos através da soberania popular, a fim de participar da vida pública.

Pode-se manifestar através da votação, nos institutos da democracia semidireta, semelhante às “polis gregas”, onde o cidadão apto a participar da vida pública interfere diretamente nas decisões políticas da nação. Ou externa-se por meio da eleição, delegando o seu poder soberano ao representante eleito, via pela qual a democracia se assentou, sendo muitas vezes, confundido com o próprio fim do regime democrático, quando em verdade trata-se apenas de uma feição, e talvez a menos autêntica.

Com a teoria da identidade, passou-se a considerar o sufrágio como um direito inalienável, decorrente da própria soberania popular, cujo exercício era atribuído a todos de forma igualitária, sem restrições quanto aos mais aptos para o seu exercício. Daí ser o sufrágio universal e o mandato imperativo frutos da soberania popular, cuja existência remete a da própria democracia.

Urge salientar que mesmo sendo universal, o sufrágio apresenta algumas restrições, e é recomendável que assim seja, pois tal poder conota a expressão maior da cidadania e configura-se em ato de extrema responsabilidade. O que caracteriza a universalidade do sufrágio é sua amplitude de alcance, e as restrições existentes não devem ter caráter

discriminatório, segregante.

No Brasil, o voto foi exercido antes mesmo da própria independência, quando o povo votava para escolher os vereadores, juizes, oficiais das câmaras, escrivães, dentre outros; porém não podia ser votado, pois à época o voto era um direito estendido a todos, mas ser votado era um privilégio de poucos. Assim o foi até a independência, quando o voto popular foi tolhido<sup>8</sup>:

“Até 1822, o povo votava em massa, sem limitações, sem restrições. Ao ganhar o Brasil sua independência política, o povo perdeu o direito que teve, durante três séculos de votar, pois o voto tornou-se também um privilégio. O Brasil ganhou sua independência política, e, ao mesmo tempo, o povo perdeu os seus direitos políticos. Curioso paradoxo esse.”

Nossa primeira Carta Política, de 1824, estatuiu eleições indiretas e censitárias, ocasião em que os eleitores de base elegiam os eleitores de província e estes, por sua vez, elegiam os deputados, senadores e membros dos conselhos de província. Somente com advento da república em 1889 e com a ulterior Constituição de 1891, foi reconhecido o voto universal, porém mitigado, pois a mulher

---

<sup>8</sup> FERREIRA Manoel Rodrigues. A evolução do sistema eleitoral brasileiro, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, Brasília, Senado Federal, 2001, p.95

ainda era excluída da participação política, o que perdurou até 1934, com a primeira era Vargas.

Assim o voto universal é condição *sine qua non* para o exercício pleno da soberania popular, vez que se ao povo não é dado, na democracia moderna, a possibilidade de participação das decisões políticas, pelo menos a escolha dos mandatários deve ser afeita à ampla participação, sob pena de macular a própria legitimidade fundamentadora do sistema político.

## **2.2 Surgimento dos institutos da democracia semidireta**

A primeira constituição que erigiu em seus termos os trôpegos passos para a consolidação do mandato imperativo foi a de Weimar em 1919. Trouxe ao lume instrumentos plebiscitários, onde o eleitor participava diretamente da vida política, mitigando o pleno poder dos eleitos, até então absolutos.

Além disso, fora instituídos instrumentos de fiscalização da atuação dos eleitos, vinculando-os aos seus eleitores. Porém, tal papel não fora acessível aos eleitores de forma geral, ficando restrito a grupos políticos organizados, conforme se verá mais adiante.

Não obstante as imperfeições constatadas, houve um grande passo para a internacionalização da democracia, esta não só em seu caráter representativo, mas participativo.

Criou bases para a efetiva participação popular em uma sociedade de massas, na qual as decisões políticas não caberiam somente aos eleitos ou aos grupos de

pressão, acentuando-se a participação direta do cidadão na vida política, coerente aos ensinamentos de Rousseau<sup>9</sup> :

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada ela; consiste ela essencialmente numa vontade geral e a vontade não se representa: ou é ela mesma ou é algo diferente; não há meio termo. Os deputados do povo não são nem podem ser seus representantes, eles não são senão comissários; nada podem concluir em definitivo. Toda lei que o povo não haja pessoalmente ratificado é nula não é lei.

Hodiernamente, nossa legislação consagra alguns instrumentos de participação direta do eleitor como o plebiscito, referendo e iniciativa popular; erigidos em nossa Carta Magna art. 14, incisos I, II e III respectivamente; e regulamentados na lei 9.709/98. Embora, reconhecidamente importante, suas aplicações tornam-se deveras complicadas. Quanto aos instrumentos de consulta popular, em face de vivermos em uma sociedade populosa, onde qualquer escrutínio envolve milhões de eleitores, torna-se necessário mobilizar um grande aparato estatal e milhares de colaboradores para viabilizar a consulta popular.

---

<sup>9</sup> ROUSSEAU, J. J. apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992. 250 p.



Somente para ilustrar, destaque-se que foi realizado em 23 de outubro de 2005 o primeiro referendo de nossa história – o do desarmamento – para tanto, o governo Federal despendeu algo em torno de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais)<sup>10</sup>, ao revés durante todo o ano 2005 fora gasto em segurança pública pelo governo Federal cerca de R\$ 475.000.000,00 (quatrocentos e setenta e cinco milhões de reais)<sup>11</sup>, o que para um país subdesenvolvido como o nosso torna inviável a realização de consultas com maior frequência. Quanto à iniciativa popular, as barreiras são de ordem intelectual, pois a grande maioria da população desconhece a própria existência deste instituto, quem dirá a forma de exercê-lo.

Conforme já dito, em um primeiro momento não se vislumbra a viabilidade de participação direta do povo, como era exercida na democracia de Atenas, muito bem manifestada por Djalma Pinto<sup>12</sup>:

“Todos os homens cidadãos atenienses, ricos ou pobres, participavam diretamente da Assembléia do Povo, podendo cada um apresentar propostas e votar, em igualdade de condições, em todas as deliberações.

---

<sup>10</sup> [www.sspj.go.gov.br/ag\\_noticias/con\\_noticia.php?col=2&pub=4631](http://www.sspj.go.gov.br/ag_noticias/con_noticia.php?col=2&pub=4631)

<sup>11</sup> [www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121497.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121497.shtml)

<sup>12</sup> PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. 89 p.

Não havia representação, o poder era exercido pessoalmente por cada cidadão ateniense integrante da Assembléia.”

Porém, assim como a população cresceu meteoricamente desde o séc.VII a.C, o desenvolvimento tecnológico atual, nos permite alcançar instrumentos que viabilizem a participação direta sem ônus demasiado ao Estado, nem ao cidadão. Os meios de comunicação em massa, notadamente a internet, associado a instrumentos que dinamizem o exercício do voto direto, como a urna eletrônica, podem viabilizar o exercício da democracia direta, situação até há pouco inimaginável em uma sociedade de bilhões de pessoas.

### **3 Dos grupos de pressão à tecnocracia atual.**

A aproximação das decisões políticas aos interesses sociais fez da teoria da identidade uma forma de legitimação para a participação popular na vida política. Tal inserção propiciou que as pessoas se organizassem a fim de pleitear de forma mais objetiva, concentrada, seus interesses. Muito embora tal organização, a primeira vista, seja positiva para os fins a que se busca, causou na verdade a diáspora da vontade una e soberana do povo. As pessoas passaram a se unir em grupos cuja ideologia apresentava-se similar, a fim de canalizar suas lutas para pressionar o estado.

Tais organizações de mobilização tomaram a feição de partidos políticos e dos grupos de pressão, distanciando-se novamente da democracia defendida por Rousseau, onde

a soberania não poderia ser representada e somente se externava através da vontade geral manifestada pelo próprio cidadão. Tal vontade soberana se decompôs em torno dos grupos de pressão e partidos políticos, os quais passaram a interferir nas decisões do governo, neste momento estaria o povo alienando o seu quinhão da soberania, não mais aos representantes, mas sim aos grupos organizados.

Bem retrata e define a atuação dos grupos de pressão o mestre Paulo Bonavides<sup>13</sup> :

Alteraram-se assim as bases dos sistema representativo tradicional. Da representação do povo abstrato e simbólico passou-se à representação concreta de coletividades parciais, representação profissional ou classista, que o sopro ideológico institucionalizou nos *soviets* russos, nos *fascios* itálicos, nas corporações ibéricas. Não podendo retrair-se à ação dessas categorias, nem ignorá-las, a democracia entrou a conhecê-las, em toda a sua desnudez, sem nenhum véu ideológico, com a fereza que elas apresentam de mera soma ou massa de interesse, tendo por nome político já vulgarizado a expressão corrente: grupos de pressão.

---

<sup>13</sup> Reflexões Políticas. pg. 23

Tais grupos embora legitimem sua atuação na defesa do bem comum, na prática distanciam-se muito de sê-lo. Partindo da premissa que todo poder é oligárquico, os grupos de pressão passaram a defender interesses particulares, privilegiadores de determinadas castas, longe de representarem o interesse popular soberano. Desta forma, mais uma vez as classes dominantes usurparam do povo o direito de participar da vida política, passando a ilusória implantação do mandato imperativo, quando na verdade o que se vinculava à atuação do eleito eram as determinações da cúpula privilegiada dos grupos de pressão.

Formou-se com o surgimento destes grupos uma espécie de “atravessador” da vontade popular, uma relação tridimensional onde estes grupos orbitam entre a vontade soberana do povo e a atuação dos governantes. A relação entre os cidadãos e estes grupos muito se assemelha à representação livre, defendida pela teoria da duplicidade onde os grupos lutam por diversos interesses, muitas vezes contrários ao da maioria interna, em nome de seus pares. Por outro lado, a relação entre os grupos de pressão e os governantes tem natureza vinculativa quanto às determinações daqueles, que muito se aproxima da teoria da identidade. Quando o político eleito não atende aos interesses do representante dos grupos, na verdade está divergindo não só com uma pessoa determinada, mas com milhares. Daí a vinculação dos anseios dos grupos à atuação dos governantes.

Não se pode, porém privar a sociedade da organização de indivíduos em grupos, pois conforme Aristóteles - o Homem é um animal político e nasceu fadado a viver em grupos, em sociedade. Ademais, em uma sociedade democrática e pluralista como a nossa, qualquer privação a manifestações pacíficas de grupos de pressão configura grave ofensa à liberdade de opinião e ao pluralismo político.

Medidas necessárias para atenuar os problemas advindos dos grupos de pressão seria sua institucionalização, reconhecimento pelo estado da importância e influência na política, semelhante com o que ocorreu com os partidos políticos e como ocorre com os grupos de pressão nos EUA, onde a profissão de “lobista” é reconhecida e regulamentada. Tais mudanças possibilitariam uma maior fiscalização e atenuariam a ocorrência de corrupção em seu seio.

Diante destes novos parâmetros de representação surge atualmente uma outra forma de influência no processo decisório, trata-se da tecnocracia. Essa modalidade de influência decisória, sem dúvida, é a que mais afasta o cidadão da participação estatal, pois relega a democracia a mero formalismo, uma ilusão, pois embora os votos do povo elejam os representantes, nem estes muito menos aqueles governam.

Características marcantes da tecnocracia é sua influência determinante nos atos de governo. Escondidos e de difícil determinação de seus agentes, longe da opinião pública que carece de meios para criticá-los, pois também

são subservientes a eles, permanecendo intocáveis. Proferindo ameaças de toda ordem, defendem a implantação de suas determinações em nome da estabilidade econômica, valorização da moeda, risco país, imagem internacional, possíveis represálias a serem adotadas, enfim o governo se vê a mercê destes mercenários. Tais políticos tecnocratas não só maculam a democracia, mas também o próprio estado social, vez que as decisões por eles impostas têm total desprezo pelo ser humano e pelas questões sociais, privilegiando a seara econômica em detrimento do povo que fica relegado ao segundo plano.

Em verdade, a tecnocracia se originou do desdobramento dos grupos de pressão, onde um grupo vitorioso (em nosso caso o econômico) exerce hegemonia na determinação do futuro da nação.

Somente para ilustrar, pode-se destacar como exemplo claro da presença dos tecnocratas no poder o governo Lula. Tal governo, dito dos trabalhadores, elegeu-se com bases populares, porém antes mesmo de assumir o poder traiu o seu passado aliando-se aos tecnocratas, através da assinatura da Cartilha de intenções, onde o governo Lula se comprometeu a atender às determinações deste grupo em nome da dita “estabilidade”. E como medida concreta no exercício da subserviência o governo aprovou a Emenda Constitucional número 40, de 29 de maio de 2003, que dentre outras determinações estabelecia a cobrança máxima de juros reais em 12% ao ano, aplicados ao Sistema Financeiro Nacional. Embora em torno do já revogado

art.192, §3º versasse uma celeuma acerca de sua auto-aplicabilidade, era instrumento de fundamentação para a revisão de muitos contratos, principalmente por juízes singulares. Vitória da tecnocracia em prejuízos do povo e da justiça social que perderam mais uma batalha contra o capital especulativo.

Por fim, sintetiza com brilho peculiar o professor Paulo Bonavides<sup>14</sup>, nosso cânone maior da ciência política, os sucessivos estágios da participação popular na tomada de decisões dos governos, em face destes organismos que figuram como intervenientes da vontade popular junto à cúpula de comando:

Em todo o século XX a evolução do poder não tem sido outra senão esta: o estreitamento gradual das possibilidades de participação efetiva do povo no processo decisório. Nunca se invocou tanto quanto agora o nome do povo para estear as instituições políticas e emprestar-lhes legitimidade. E contudo nunca se fez tanto por tolher essa participação efetiva quanto nos dias de hoje. Proclama-se o fim das instituições liberais. Todavia, a queda dos sistemas individuais, que o liberalismo amparara, não deve servir de pretexto ao

---

<sup>14</sup> Reflexões: Política e Direito. pg. 25/26

sacrifício da liberdade nem à postergação dos direitos do homem.

O sufrágio universal dera ao povo a alentadora ilusão de governo. Com essa forma de sufrágio, vieram, porém os partidos políticos e arrebataram ao cidadão uma parte considerável daquela soberania eleitoral de que ele concretamente se fizera titular.

A segunda crise principiou com o advento dos grupos de pressão, cuja estréia fez mais apertado o gargalo político da presença popular, debilitando os partidos ou alienando-os em grau bastante alto. De modo que, em algumas formas políticas, onde os grupos desenfreadamente militam, a realidade partidária, do ponto de vista da eficácia, pouco representa ou nada significa.

E, finalmente, a distância do cidadão ao Estado se alargou de maneira estonteante com a formação da minoria tecnocrática, que fecha cada vez mais o círculo já estreito da intervenção democrática e levanta questões de aguda atualidade relativas a sobrevivência da democracia. O povo se sente então frustrado e ausente do processo decisório, feito em seu nome, mas sem sua real participação.



#### 4. Referências

AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, nº 151, jul./set. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. **Reflexões políticas e direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978

\_\_\_\_\_. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. A evolução do sistema eleitoral brasileiro, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, Brasília, Senado Federal, 2001

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Rousseau, J.J “ Du Contrat Social”, Classiques Garnier, 1954.

#### Notas:

1 [http://www.sspj.go.gov.br/ag\\_noticias/con\\_noticia.php?col=2&pub=4631](http://www.sspj.go.gov.br/ag_noticias/con_noticia.php?col=2&pub=4631), consultado em 09.05.2009 às 15:00

2 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121497.shtml> consultado em 09.05.2009 às 15:30



## **VIDA PREGRESSA E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE**

***Aline Gouveia de Andrade***

*Servidora Pública Federal*

*Aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da  
Escola Superior de Magistratura do Ceará – ESMEC*

### **SUMÁRIO**

1. Considerações iniciais; 2. Disciplina constitucional e legal da matéria; 3. Fundamento hermenêutico do Direito: Constituição; 4. Proibição administrativa, moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa do candidato – contornos constitucionais; 5. Posicionamento jurisprudencial; 6. Conclusão; 7. Referências.

### **RESUMO**

O presente artigo busca perspectivar acerca da possibilidade de se admitir, como verdadeira condição de elegibilidade, a comprovação de vida pregressa hígida daqueles que almejam ocupar cargos de representação político-eletiva, reservados aos Membros dos Poderes Legislativo e Executivo, em que pese o posicionamento, em sentido contrário, perfilhado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em meados de 2008, e o entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal em recentes julgados.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 10 de junho do ano de dois mil e oito, o Tribunal Superior Eleitoral, instado a se manifestar em razão de questionamento formulado pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba<sup>1</sup>, decidiu, por quatro votos a três, pela possibilidade de candidatura daqueles que são réus em processos criminais, ações de improbidade administrativa ou ação civil pública, desde que, contra eles não haja condenação definitiva.

Sustentando que a Lei de Inelegibilidades – Lei Complementar nº 64/90 – já delimita os critérios para o deferimento dos pedidos de registros de candidaturas, não podendo, por conseguinte, o Poder Judiciário estabelecer outros nela não previstos, sedimentou o Tribunal Superior Eleitoral o entendimento já consubstanciado na Súmula 13 desta Corte, *verbis*:

**TSE Súmula nº 13 - DJ 28, 29 e 30/10/96.  
Casos de Inelegibilidade e Prazos de  
Cessaçã**

Não é auto-aplicável o § 9º, Art. 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4-94.

---

<sup>1</sup> Entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 10 de junho de 2008, nos autos do Processo administrativo, PA 19919. TSE. Decisão nº 22842, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 04.07.2008. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm). Acesso em: 01 de out. de 2008.

Não obstante as razões sustentadas no *decisum* proferido pela Corte Máxima em matéria eleitoral no país – TSE –, e, considerando-se que mais um ano eleitoral se avizinha, ousa-se reascender, no presente trabalho, o debate envolvendo a temática da vida pregressa honrada, hígida, como condição de elegibilidade.

## **2. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL DA MATÉRIA**

A Carta Magna de 1988 reserva dois Capítulos específicos para tratar da matéria eleitoral.

No Capítulo IV, aborda a disciplina pertinente aos “Direitos Políticos” e, no Capítulo seguinte, em apenas um artigo, dispõe sobre os “Partidos Políticos”.

Ao cuidar dos Direitos Políticos, estabelece, portanto, a nossa Constituição, no seu artigo 14, § 3º, as condições de elegibilidade, remetendo ao legislador infraconstitucional, mediante a edição de Lei Complementar, a disciplina de outras hipóteses, com o fito de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se, para tanto, a vida pregressa do candidato, consoante se extrai da leitura do § 9º do citado art. 14. Eis o teor dos dispositivos mencionados:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

(...)

§ 9º **Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifos inovados)

Em atendimento à diretriz constitucional consignada no § 9º, foi publicada a Lei Complementar nº 64, de 18.05.1990, a qual, de fato, não previu, dentre as condições de elegibilidade, a comprovação de uma vida pregressa proba daquele que pretende candidatar-se a um cargo de representação popular.

Observe-se, todavia, que, posteriormente à edição da LC nº 64/90, o dispositivo constitucional, no qual este diploma encontra seu fundamento de validade, sofreu modificações através da promulgação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 07 de junho de 1994.

Desse modo, exercendo o comando inserto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Poder Constituinte Derivado Revisor<sup>2</sup>, acrescentou à

---

<sup>2</sup> Registre-se, que a expressão “Poder Constituinte Derivado Revisor” não é uníssona na doutrina pátria. Segundo posicionamento perfilhado por Pedro Lenza, não se trata, em verdade, de um ‘Poder Constituinte Derivado Revisor’, mas de uma Competência de Revisão, exercida após decorridos cinco anos da promulgação da Carta de 1988, com o objetivo de atualizar o novo texto constitucional segundo os anseios sociais perceptíveis durante esse período pré-fixado de vigência da novel ordem constitucional. Assim, segundo o autor, “melhor seria a utilização da nomenclatura competência de revisão, na medida em que não se trata, necessariamente de um “poder” (...). O que se percebeu foi o estabelecimento de uma competência de revisão para “atualizar” e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias.” LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.120.

normatividade constante do § 9º do art. 14 da CF/88, a necessidade de se observar, para fins de exercício do mandato eletivo, determinadas condições que garantam a proteção à probidade administrativa e à moralidade, levando-se em consideração, para tanto, a vida pregressa do candidato.

Note-se, que tão logo decorrido o quinquênio exigido pelo art. 3º do ADCT, o constituinte derivado houve por bem em ratificar, por meio das alterações perpetradas naquele § 9º, os já existentes anseios da sociedade brasileira de verem respeitadas a probidade administrativa e a moralidade, esta última, aliás, erigida à categoria de princípio constitucional, consoante preceitua o *caput* do art. 37 da Magna Carta:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

### **3. FUNDAMENTO HERMENÊUTICO DO DIREITO: CONSTITUIÇÃO**

A acepção moderna que se tem de Constituição é fruto de um longo repensar histórico acerca do verdadeiro papel que este instrumento desempenha na sociedade.

Deixando-se de lado a visão extremamente positivista de outrora, os princípios constitucionais galgaram um papel fundamental no processo interpretativo do Direito, perdendo



o caráter de normas eminentemente programáticas, adquirindo, por conseguinte, força normativa.

Com a consagração do princípio da supremacia constitucional, a Constituição foi posta no ápice do Ordenamento Jurídico, tendo os mecanismos de controle de constitucionalidade sido criados de modo a garantir-lhe preponderância sobre as demais normas, possibilitando, assim, a retomada da compreensão do Direito sob um aspecto de unicidade.

Consoante acentua Rodolfo Viana Pereira<sup>3</sup>:

(...) A Constituição é o *locus* hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente em função da afirmação do *constitucionalismo moderno* como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da *supremacia constitucional*.

Na mesma linha, leciona o professor Glauco Barreira Magalhães<sup>4</sup>:

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>4</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 3ª edição, p.207.

A Constituição é a norma básica do ordenamento jurídico, aquela que lhe confere unidade e coerência, sendo todas as demais normas do sistema por ela validadas.

Assim, partindo-se da premissa de que a Constituição Federal do Brasil é um todo harmônico, regido por princípios e regras que lhe dão unidade e coerência, faz-se mister que o estudo de suas normas dê-se de forma sistêmica, de maneira que o Ordenamento Jurídico com ela guarde consonância, em obediência precípua à ideologia que lhe serve de fundamento de validade.

#### **4. PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO, VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO – CONTORNOS CONSTITUCIONAIS**

O tema das elegibilidades insere-se, como visto, no rol dos Direitos Políticos, o qual, por sua vez, está inserto no Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Tanto os Direitos Políticos quanto os Individuais e Coletivos integram aquele. A nota distintiva reside, todavia, precipuamente, no objeto do direito. Enquanto para os Direitos Individuais, tem-se, como foco de incidência, o indivíduo, donde exsurge a máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>5</sup>, nos Direitos Políticos, a questão

---

<sup>5</sup> CF/88, art. 5º, LVII.

perpassa a esfera do indivíduo, alcançando toda a coletividade, o povo, verdadeiros detentores da soberania popular.

Essa diferença de abordagem explica-se pela relação umbilical que os Direitos Políticos guardam com as diretrizes emanadas dos princípios da soberania popular e da democracia representativa, princípios estes, ressalte-se, de caráter eminentemente transindividuais.

Por bastante elucidativos, transcreve-se excertos do posicionamento perfilhado pelo eminente Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Ayres Britto, no qual, delineando os contornos normativos em que insertos os Direitos Políticos, esclarece, com bastante propriedade, a 'lógica interpretativa' a que estão submetidos<sup>6</sup>:

6. Está-se a lidar com direitos e garantias fundamentais, **porém – ressalve-se – gozando de perfil normativo próprio.** (...) O que já antecipa que o particularizado regime jurídico de cada bloco menor ou subconjunto de direitos e garantias fundamentais obedece a uma lógica diferenciada. Tem a sua peculiarizada ontologia e razão de ser.

---

<sup>6</sup> BRITO, Carlos Ayres. Voto. TSE. Decisão nº 22842, Rel. Ari Pargendler, DJ de 04.07.2008. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm). Acesso em: 01 de out. de 2008.

(...)

8. Nessa vertente de idéias, veja-se que o bloco dos direitos e garantias individuais e coletivos (capítulo I do título II da Constituição Federal) está centralmente direcionado para a concretização do princípio fundamental da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º). A reverenciar por modo exponencial, então, o indivíduo e seus particularizados grupamentos. Por isso que protege mais enfaticamente os bens de ‘personalidade individual’ e os de ‘personalidade corporativa’, em tradicional oponibilidade à pessoa jurídica do Estado (...)

(...)

10. E o subsistema dos direitos políticos? Bem, esse é o que se define por um vínculo funcional mais próximo de outros dois geminados proto-princípios constitucionais: **o princípio da soberania popular e o princípio da democracia representativa ou indireta** (...). Dois geminados princípios que também *deitam suas raízes* no Estado Liberal, é certo, porém com esta marcante diferença: **não são os indivíduos que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa, mas esses dois princípios da soberania popular e da**

**democracia representativa é que são imediatamente servidos pelos indivíduos.** Quero dizer: os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, como sucede, agora sim, com os titulares dos direitos e garantias individuais e coletivos e os titulares dos direitos sociais (...). **Aqui, o exercício do direito não é para servir imediatamente a seus titulares, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva:** os valores que se consubstanciam, justamente, nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa (também chamada democracia indireta). (Grifos inovados)

Exercer o direito de representação popular significa, pois, estar à frente da máquina estatal gerindo os interesses de toda uma coletividade. Trata-se, em verdade, de um múnus público que não deve, tampouco pode, ser confiado a qualquer pessoa que pretenda exercê-lo.

Vale dizer, não se deve perquirir se é factível ao indivíduo, que almeja alçar a um cargo de representação político-eletiva, sofrer ou não uma limitação em seu direito de ser candidato ao se negar o seu pedido de candidatura, mediante a constatação de que ele se encontra na condição de réu em processos criminais, ações de improbidade

administrativa ou ações civis públicas, nas quais ainda não houve o trânsito em julgado.

Em verdade, o objeto de análise, consoante já sobejamente repisado, deve ser outro. Explica-se.

Ao se negar a candidatura de alguém que se encontra na condição de réu nas hipóteses explicitadas, não se lhe está afastando, *ipso facto*, o direito à presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Carta de 1988. Ao contrário, está-se resguardando o direito público subjetivo de todos os indivíduos que compõem uma dada coletividade – *in casu*, os verdadeiros sujeitos de direito –, de terem como seu representante, alguém que não disponha de uma idoneidade moral mínima, necessária ao exercício da atividade a que se propõe.

Dada a pertinência, traz-se novamente à colação excertos do entendimento esposado pelo Ministro Carlos Ayres Britto<sup>7</sup>:

15. (...) os direitos políticos de eleger e ser eleito se caracterizam por um desaguadouro pessoal ou coletivo. **Estão umbilicalmente vinculados a valores, e não a pessoas, sob a benfazeja imediatidade do seu exercício.** A exigir o reconhecimento de uma ontologia e operacionalidade próprias,

---

<sup>7</sup> Op. Cit.

bem distanciadas daquelas que timbram os outros dois paradigmáticos modelos de direitos e garantias fundamentais (os direitos sociais e garantias individuais e coletivos)

Note-se que, se para exercer funções das mais simples às mais complexas do aparato administrativo Estatal, exige-se que o candidato, além de ter sido anteriormente aprovado nos exames objetivos, subjetivos e, muitas vezes, ainda físicos, tenha conduta íntegra, proba, jamais tendo cometido atos desabonadores na sua vida pregressa, não se pode admitir como razoável deixar-se de exigir o mesmo daquele que almeja alçar à posição de representante da coletividade, na qualidade de membro dos Poderes Legislativo e Executivo, que, no exercício de suas funções precípuas têm ampla ingerência sobre a coisa pública.

Ademais, há que se considerar, ainda, o *status* constitucional que o Poder Constituinte Originário deu ao princípio da moralidade, ao inseri-lo, como diretriz a ser seguida pelo administrador público, no *caput* do art. 37 da Carta de 1988.

A respeito, observa Djalma Pinto<sup>8</sup>:

### **A exigência de vida pregressa compatível com a magnitude da**

---

<sup>8</sup> PINTO, Djalma. **Elegibilidade no direito brasileiro**. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p. 87-88.

**representação popular**, contida no art. 14, § 9º, da Constituição, **é uma proposição com força normativa que vincula o aplicador do direito, independentemente da criação ou não de nova lei complementar para dizer em quais casos a conduta de alguém deve provocar restrição para o acesso ao poder político.** Resume-se, no referido princípio, a positivação de um valor cuja materialização é ansiosamente almejada pela sociedade. A necessidade de concretização da grande aspiração social, de ser o poder político exercido por pessoas idôneas, levou à sua inclusão no próprio texto constitucional. Ainda que uma lei complementar afirmasse que está autorizado a ser registrado como candidato o cidadão indiciado pela morte de até 12 pessoas, ou que seja condenado, apenas em primeira instância, por desvio de verba da saúde, essa norma se mostraria incompatível com a Constituição que consagra a supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode, assim, prestigiar o direito individual de um delinqüente, em detrimento do interesse coletivo, literalmente ameaçado pela simples participação de criminosos no processo eleitoral.



(...)

**A forma enfática como a Constituição determina a análise da vida pregressa não deixa dúvida sobre haver erigido nessa exigência um princípio de grande relevância. Ocorreu, sim, a constitucionalização de um valor (a boa reputação), tido como imprescindível para a investidura na representação popular. É oportuno reiterar que, ao recomendar a criação de outras hipóteses de inelegibilidade, o Texto constitucional, no citado § 9º do art. 14, especificou seu objetivo: proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato. Para tanto, teve como imprescindível a avaliação da vida pregressa do candidato.**

(Grifos inovados)

Pelo exposto, observa-se que, levando-se em conta o princípio da supremacia da constituição, não há como se desprezar a aferição da 'moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato'<sup>9</sup>, sob pena de se entrar em choque com as diretrizes emanadas dos princípios da moralidade<sup>10</sup>, da soberania popular e da

---

<sup>9</sup> Art. 14, § 9º, da CF/88.

<sup>10</sup> Art. 37, *caput*, da CF/88.

democracia representativa<sup>11</sup>, de forma a macular a unidade e coerência do texto constitucional.

## 5. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Em que pesem os argumentos aqui delineados, o entendimento que vem sendo adotado pelas Cortes Superiores do país percorre caminhos completamente opostos.

Partindo-se de uma interpretação literal das normas aplicáveis à matéria, em especial a Constituição, a Corte máxima em matéria eleitoral – TSE – firmou, em 10 de junho de 2008<sup>12</sup>, entendimento no sentido de não ser factível ao Poder Judiciário a inadmissão, sob o argumento da necessidade de comprovação de uma vida pregressa hígida, do registro da candidatura daqueles que se encontrem na condição de réu em processos criminais, ações de improbidade administrativa ou ações civis públicas, pendentes de trânsito em julgado.

Entendeu aquele Tribunal que, admitir-se a comprovação de uma vida pregressa hígida como condição de elegibilidade, implicaria numa flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência e da repartição dos

---

<sup>11</sup> Art. 1º, I c/c com parágrafo único, e Art. 14, *caput*, da CF/88.

<sup>12</sup> Entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 10 de junho de 2008, nos autos do Processo administrativo, PA 19919. TSE. Decisão nº 22842, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 04.07.2008. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm). Acesso em: 01 de out. de 2008.

Poderes, na medida em que se estaria, respectivamente, ferindo direito individual do candidato (de ser considerado presumidamente inocente), bem como adentrando nas atribuições de um outro Poder, já que a Constituição Federal de 1988 conferiu à Lei Complementar a disciplina da matéria.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144<sup>13</sup>, houve por bem em adotar semelhante entendimento, sepultando de vez a discussão, haja vista os efeitos *erga omnes* e vinculantes<sup>14</sup> inerentes a essa decisão. Dada a relevância, transcreve-se o *decisum* em comento:

---

<sup>13</sup>ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-08, Informativo 514. STF. **Constituição e o Supremo**, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em 10 de set. 2009.

<sup>14</sup> A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está disciplinada na Lei nº 9.882/99, a qual prevê, no art. 1º, o seu objeto, e, no art. 10, § 3º, seus efeitos, *verbis*:

“Art. 1º. A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

(...)

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em que questionava a validade constitucional das interpretações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – TSE em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos, bem como sustentava, por incompatibilidade com o § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94 (...), a não-recepção de certos textos normativos inscritos na Lei Complementar n. 64/90, nos pontos em que exige o trânsito em julgado para efeito de reconhecimento de inelegibilidade e em que acolhe ressalva descaracterizadora de hipótese de inelegibilidade (...). No mérito, entendeu-se que a pretensão deduzida pela AMB não poderia ser acolhida, haja vista que desautorizada (...) pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (...). Afastou-se, também, a alegação de que a ressalva contida na alínea g do aludido inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 estaria em confronto com o que disposto na ECR n. 4/94 porque descaracterizaria a hipótese de inelegibilidade referida no preceito legal em questão. (...). Além disso, reputou-se

insustentável a suposta transgressão a preceitos fundamentais pelo fato de determinada regra legal ressalvar, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, o acesso ao Poder Judiciário, em ordem a neutralizar eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador. Asseverou-se que estaria correto o entendimento do TSE no sentido de que a norma contida no § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94, não é auto-aplicável (Enunciado 13 da Súmula do TSE), e que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência da lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade. Concluiu-se, em suma, que o STF e os órgãos integrantes da justiça eleitoral não podem agir abusivamente, nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na CF, e que, em consequência dessas limitações, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para aferir com a inelegibilidade quem inelegível não é. Reconheceu-se que, no Estado

Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida pregressa dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes

estatais. Aduziu-se que a defesa desses valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo consubstancia medida da mais elevada importância e significação para a vida política do país, e que o respeito a tais valores, cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC n. 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte.

Observe-se, que tanto o Tribunal Superior Eleitoral, quanto o Supremo Tribunal Federal consideraram, como ponto-chave para análise da questão posta, o indivíduo, e, em decorrência, os direitos que lhe são inerentes, maximizando-os em contraposição aos princípios da soberania popular e da democracia representativa, que têm como titular primeiro a coletividade.

## 6. CONCLUSÃO

Ser operador do direito consiste em tarefa das mais árduas, demandando bastante esforço e dedicação.

Para preservar a unidade e a coerência do texto constitucional, durante o exercício do processo interpretativo das normas, mister se faz que os princípios que lhe servem de fundamento de validade sejam observados e respeitados.

É nesse contexto que a presente exposição buscou defender a tese de que a exigência de idoneidade moral, daquele que almeja ocupar cargos de representação político-eletiva, consiste em uma decorrência lógica da aplicação de princípios constitucionalmente consagrados, tais como a moralidade, a soberania popular e a democracia representativa.

Buscou-se, portanto, defender a ausência de quaisquer violações a direitos subjetivos do indivíduo que tem seu pedido de registro de candidatura indeferido em face da existência, contra ele, de demandas judiciais imputando-lhe, por exemplo, a prática de atos de improbidade administrativa ou mesmo o cometimento de infrações de natureza criminal.

É que, em se tratando de Direitos Políticos, o objeto do direito deixa a esfera particularizada do indivíduo para, ampliando seu campo de incidência, projetar-se na coletividade.

No exemplo posto, a análise da questão deve cingir-se à seguinte indagação: o indeferimento da candidatura do aspirante a candidato representa mácula aos seus direitos individuais, ou, ao revés, resguarda os interesses



dos verdadeiros titulares do direito em questão, qual seja a coletividade?

Sem dúvida, ficamos com a segunda opção.

O posicionamento aqui defendido representa, portanto, apenas um esboço do anseio que temos de ver a Constituição Federal interpretada de maneira legítima, conferindo aos seus princípios e regras a força normativa que, de fato, é-lhes inerente, sem que isso implique em qualquer violação da competência atribuída a outro Poder.

## 7. REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINTO, Djalma. **Elegibilidade no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. STF. **Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 10 de set. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990. **Manual de Legislação Eleitoral e Partidária: Atualizado e Anotado/Tribunal Regional do Ceará**. 7ª ed. Fortaleza: TRE-CE, 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm). Acesso em: 10 de set. de 2009.

\_\_\_\_\_. Lei 4737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral. **Manual de Legislação Eleitoral e Partidária: Atualizado e Anotado/Tribunal Regional do Ceará**. 7ª ed. Fortaleza: TER-CE, 2008.

\_\_\_\_\_. TSE. Decisão nº 22842, Rel. Ari Pargendler., DJ de 04.07.2008. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm). Acesso em: 01 de out. de 2008.

\_\_\_\_\_. BRITTO, Carlos Ayres. Voto. TSE. Decisão nº 22842, Rel. Ari Pargendler, DJ de 04.07.2008. Disponível em: [http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm). Acesso em: 01 de out. de 2008.

## **FIDELIDADE PARTIDÁRIA**

**DISCIPLINA: Direito Constitucional Eleitoral**

**PROFESSOR ORIENTADOR: Djalma Pinto**

**ALUNA: Flávia Maria Aires Freire Allemão**

### **SUMÁRIO**

#### **INTRODUÇÃO**

1. ORIGEM DO DEBATE
2. DECISÕES DO TSE EM RESPOSTA À CTA nº 1398 (RES. Nº 22.526/07) E À CTA nº 1407 (RES. Nº 22.600/07)
3. DECISÕES DO STF ACERCA DO TEMA
4. PROCESSO DE PERDA DE CARGO ELETIVO E DE JUSTIFICAÇÃO DE DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA - RESOLUÇÃO Nº 22.610/07 DO TSE
5. CONSTITUIÇÕES ANTERIORES
6. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL
7. REFORMA POLÍTICA – PEC 23
8. A REALIDADE INSTITUCIONAL PARTIDÁRIA

#### **INTRODUÇÃO**

Cuida o presente trabalho das discussões travadas acerca da fidelidade partidária, tema bastante debatido na mídia ultimamente, relativamente aos políticos que, após eleitos, deixam suas legendas, seja para ficarem sem partido, seja para se transferirem a outro partido, com suas respectivas consequências, ou seja, com ou sem a perda do mandato, seja relativo a eleições proporcionais ou

majoritárias.

Serão abordadas as decisões do TSE e STF, bem como será feito um estudo das Constituições passadas e da PEC 23 do Senado, finalizando com uma análise crítica do problema, na qual serão tratadas as correntes contra e a favor da perda de mandato para os eleitos que trocaram de partido.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **1. ORIGEM DO DEBATE**

As discussões acerca do tema se intensificaram quando o DEM, na época ainda PFL, protocolou uma consulta no TSE (**CTA 1398**) questionando se, no caso das eleições proporcionais, os partidos poderiam ficar com os mandatos no caso do eleito deixar a legenda e se transferir para outro partido, a qual foi respondida, em 27.3.07, afirmativamente.

Após a resposta do TSE o PPS, PSDB e DEM fizeram requerimento ao presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia, para que declarasse vagas 23 cadeiras dos deputados que saíram dos respectivos partidos após as eleições de 2006 até maio de 2007, com a respectiva posse dos suplentes, o qual foi negado pelo mesmo, ensejando tais partidos a ingressarem com Mandados de Segurança perante o STF.

O STF, por sua vez, ao julgar tais *writs*, seguiu o posicionamento do TSE, definindo, contudo, que a fidelidade partidária só deveria ser aplicada após 27 de março, data em que o TSE respondera à consulta sobre o assunto.

## 2. DECISÕES DO TSE EM RESPOSTA À CTA nº 1398 (RES. Nº 22.526/07) E À CTA nº 1407 (RES. Nº 22.600/07)

Inicialmente, o TSE, foi consultado - **CTA Nº 1398** - pelo partido DEM, então PFL, acerca do **sistema proporcional**, o qual indagou se “*os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral PROPORCIONAL, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda*”, tendo respondido afirmativamente em **27.3.07**, decisão esta que foi publicada em 8.5.07.

Tal Consulta, teve como relator o **Ministro Cesar Asfor Rocha**, que em seu voto ressaltou que o mandato pertence ao partido e não ao candidato e que tal interpretação se faz em atenção a princípios constitucionais, dentre eles o da moralidade administrativa, embasando-se nos **arts. 14, § 3º, V, 17, III, 37, 175, § 4º e 176, da CF/88**, e nos **arts. 87 e 108 do Código Eleitoral**, ressaltando, todavia, os casos de alteração do ideário partidário ou se a mudança for fruto de uma perseguição odiosa, e, por fim, destacou o grande número de parlamentares que não permaneceram nos partidos nos quais foram eleitos e que poucos foram os deputados federais que conseguiram eleger-se, em 2006, com seus próprios votos, mais precisamente cerca de 6,04 % do total. Vejamos:

Segue abaixo transcrição do voto do relator:

**“O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator):**

Senhor Presidente, consulta o Partido da Frente Liberal (PFL), por meio do seu ilustre Presidente Nacional, se os *partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.*

Refere o Partido consulente que a candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária, conforme exigência constitucional e também do vigente Código Eleitoral (**Lei nº 4.737/65**).

Não é nova essa questão de se saber se o mandato eletivo é de ser tido como pertencente ao indivíduo eleito, à feição de um direito subjetivo, ou se pertencente ao grêmio político partidário sob o qual obteve a eleição, não importando, nesse caso, se o êxito eleitoral dependeu, ou não, dos votos destinados unicamente à legenda ou do aproveitamento de votos das chamadas *sobras partidárias*.

É da maior relevância assinalar que os Partidos Políticos têm no Brasil, *status* de entidade constitucional (**art. 17 da CF**), de

forma que se pode falar, rememorando a lição de **Maurice Duverger** (As Modernas Tecnodemocracias, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos Partidos Políticos, a participação popular direta; na verdade, ainda segundo esse autor, os Partidos Políticos adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político.

A Carta Magna Brasileira estabelece, como condição<sup>o</sup>le' elegibilidade do cidadão, dentre outras, a filiação partidária (**art. 14, § 3º**, enquanto o **art. 17, § 1º**, assegura aos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade e disciplina, o que serve de indicativos suficientes para evidenciar que a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava o referido doutrinador francês Maurice Duverger (op.cit.).

Dado o quadro jurídico constitucional

positivo, a saber, o que confere ao Partido Político a exponencial qualificação constitucional, ladeada pela sua essencialidade ao funcionamento da democracia representativa, torna-se imperativo assegurar que a interpretação jurídica de qualquer questão pertinente aos Partidos Políticos, com destaque para essa questão da fidelidade dos eleitos sob a sua legenda, há de ter a indispensável correlação da própria hermenêutica constitucional, com a utilização prestimosa dos princípios que a Carta Magna alberga.

Essa visão da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à solução de controvérsias concretas, no mundo processual, representa a superação do que o Professor **Paulo Bonavides** chama de velha hermenêutica (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2000), para aludir à forma interpretativa da Constituição que deixava à margem de invocação imediata a força normativa dos princípios; tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos, posição que parece ter tido o abono do notável jurista italiano



Em Flio Betti (*Apud Bonavides, op. cit.*), bem como a formulação de que os princípios eram normas abertas (preconizada por **Karl Larenz**, Metodologia da Ciência do Direito) ou meramente informativas, não portando densidade suficiente para resolução de conflitos objetivos.

Adotada a posição do Professor Paulo Bonavides, segundo a qual os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios, pode-se (e deve-se) dizer e proclamar que, na solução desta Consulta, é mister recorrer-se aos princípios constitucionais normativos, vendo-se a Constituição, nas palavras do Professor **Norberto Bobbio**, como termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico, eis que sem ele, as normas constituiriam um amontoado e não um ordenamento (Teoria do Ordenamento Jurídico, tradução de Maria Celeste dos Santos, Brasília, UnB, 1997). Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não

existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tomado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si - e exercer como coisa sua - um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado.

O princípio da moralidade, inserido solermente no **art. 37 da Carta Magna**, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

É que o raciocínio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido, somente tem incidência no domínio do Direito Privado, onde as relações são regidas pela denominada licitude implícita, o contrário ocorrendo no domínio do Direito Público, como bem demonstrou o eminente Professor **Geraldo Ataliba** (Comentários ao CTN, Rio de Janeiro, Forense, 1982), assinalando que, nesse campo, o que não é previsto é proibido.

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a coritrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa de servir, ao invés da de servir-se.

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos

Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram-se para as hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidas no último prélio eleitoral.

Apenas para registro, observe-se que dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral.

Não tenho dificuldade em perceber **que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação**, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.

Penso, ademais, ser relevante frisar que a permanência da vaga eletiva proporcional na titularidade do Partido Político, sob cujo pálio o candidato migrante para outro grêmio se elegeu, não é de ser confundida com qualquer espécie de sanção a este,

pois a mudança de partido não é ato ilícito, podendo o cidadão filiar-se e desfiliar-se à sua vontade, mas que isso possa representar subtração à bancada parlamentar do Partido Político que o abrigou na disputa eleitoral.

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (**art. 17, III, da CF**).

Por outro lado, as disponibilidades financeiras dos Partidos Políticos e o controle do acesso ao rádio e à TV não estão ao alcance privado dos interessados, pois são geridos em razão de superiores interesses públicos, implementados diretamente pelos Partidos Políticos e coligações partidárias.

Registro que tenho conhecimento — e por elas nutro respeito — de **respeitáveis**

**posições jurisprudenciais e doutrinárias afirmativas de que o candidato eleito conserva o mandato eletivo, quando se desfilia do grêmio pelo qual se elegeu.**

Contudo, essa orientação pretonana se plasmou **antes** do generalizado acatamento que hoje se dá à **força normativa dos princípios constitucionais**. Aquela orientação, portanto, não está afinada com o espírito do nosso tempo, rigorosamente intolerante com tudo o que represente infração à probidade e à moralidade administrativas e públicas.

Creio que o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos, pois sem isto se instala, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza e dúvida, semeando alterações) ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares, com grave dano à estabilidade dessas mesmas relações, abrindo-se ensejos a movimentações que mais servem para desabonar do que para engrandecer a vida pública.

Não se trata, como poderia

apressadamente parecer, que a afirmação de pertencer o mandato eletivo proporcional ao Partido Político seja uma criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo: na verdade, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, veja-se que o **art. 108 do Código Eleitoral** evidencia a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido Político, permitindo mesmo afirmar, sem margem de erro, que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político.

Este dispositivo já bastaria para tornar invidiosa a assertiva de que os votos são efetivamente dados ao Partido Político; por outro lado essa conclusão vem reforçada no **art. 175, § 4º, do Código Eleitoral**, ao dizer que serão contados para o Partido Político os votos conferidos a candidato, que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado; o **art. 176 do mesmo Código** também manda contar para o Partido Político os votos proporcionais, nas hipóteses ali

indicadas. Tudo isso mostra que os votos pertencem ao Partido Político, pois do contrário não teria explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral; se os sufrágios pertencem ao Partido Político, curial e inevitável dizer que o mandato eletivo proporcional, por igual, pertence ao grêmio partidário, como consequência da primeira afirmação.

Penso que o julgamento desta Consulta traz à tona a sempre necessária revisão da chamada teoria estruturalista do Direito, que tendeu a explicar o fenômeno jurídico somente na sua dimensão forl positiva, como se os valores pudessem ser descartados ou ignorados, como se a norma encerrasse em si mesma um objetivo pronto, completo e acabado.

Com efeito, as exigências da teoria jurídica contemporânea buscam compreender o ordenamento juspositivo na sua feição funcionalista, como recomenda o Professor Norberto Bobbio (*Da Estrutura à Função*, tradução de Daniela Beccacia Versiani, São Paulo, Editora Manole, 2007), no esforço de compreender, sobretudo, as finalidades (teleologias) das normas e do próprio ordenamento.



Ouso afirmar que a teoria funcionalista do Direito evita que o intérprete caia na tentação de conhecer o sistema jurídico apenas pelas suas normas, excluindo-se dele a sua função, empobrecendo-o quase até à miséria; recuso, portanto, a postura simplificadora do Direito e penso que a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico.

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

Volto, ainda esta vez, à companhia do Professor Paulo Bonavides, para, com ele, afirmar que as normas compreendem as regras e os princípios e, portanto, estes são

também imediatamente fornecedores de soluções às controvérsias jurídicas.

Observo, como destacado pelo eminente **Ministro Cezar Peluso**, haver hipóteses em que a mudança partidária, pelo candidato cargo proporcional eleito, não importa na perda de seu mandato, como, por exemplo, quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa.

Com esta fundamentação respondo afirmativamente à consulta do PFL, concluindo que os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Antes de dar por concluído este voto, quero registrar que mandei fazer um levantamento de todos os deputados eleitos nas eleições de 2006 e pude verificar que, dos quinhentos e treze deputados federais eleitos, somente trinta e um (cerca de 6,04%) obtiveram votos próprios para atingir o quociente eleitoral, sem que houvesse necessidade de receber votos conferidos à sua legenda atribuídos a outros candidatos do seu próprio partido ou de sua

própria coligação.

**É o VOTO**” (grifos não originais).

O **Ministro Marco Aurélio**, por sua vez, o qual presidiu a esta Consulta, além de confirmar a fundamentação exposta pelo relator acima, ressaltou o teor do **art. 26 da Lei do Partidos Políticos (Lei nº 9.096/59)**, no sentido de que a mesma é clara ao dizer que: *“perde automaticamente a função ou cargo que exerça na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”*.

Posteriormente, o **TSE** mais uma vez foi questionado acerca do tema, através do deputado Nilson Mourão (PT-AC), sendo que desta vez relativamente ao **SISTEMA MAJORITÁRIO**, o qual protocolou a **CTA 1407** indagando se: *“Os partidos e coligações tem o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”*, tendo respondido afirmativamente em **16.10.07**, decisão esta que foi publicada em **28.12.07**.

Nesta decisão, que teve como **relator o Ministro Ayres de Brito**, o mesmo embasou-se na necessidade de filiação para se candidatar imposta pela constituição em seu **art. 14, § 3º, V**, e que o partido funciona como intermediário entre o candidato e os eleitores. Vejamos alguns trechos de seu voto:

“(…)

14. Dou seqüência ao raciocínio para aditar que, a essa função de sujeito processual ativo que é ínsita aos partidos políticos, a Constituição ajuntou a de intermediário entre o corpo de eleitores de uma dada circunscrição e todo e qualquer candidato a cargo de representação popular. O partido enquanto necessária ponte. Elo imprescindível na corrente que vai do eleitor ao eleito. É como está no **inciso V do § 3º do art. 14**, que torna ‘a filiação partidária’ uma das explícitas ‘condições de elegibilidade’, na forma da lei”.

15. Ora bem, a essa obrigatoriedade de filiação partidária só pode corresponder à proibição de candidatura avulsa. *Candidatura zumbi* ou exclusivamente pessoal, pois a intercalação partidária se faz em caráter absoluto ou sem a menor exceção. O que revela a inserção dos partidos políticos na compostura e no funcionamento do sistema representativo, na medida em que somente eles é que podem selecionar e emprestar suas legendas para todo e qualquer candidato a posto políticoeletivo. Candidatos deles, partidos (devido a que ninguém em particular é candidato de si mesmo), para o que a Constituição lhes concede o direito

subjetivo de “autonomia para definir sua estrutura imemr nição e funcionarnetoe para adotar-os critérios de escolha-e-o-regime de suas coligações sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito naonal, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecerem normas de disciplina e fidelidade partidária” ( **§ 1º do art 17**). Autonomia que é reforçada com a regra impeditiva da edição de — medidas provisórias sobre partidos políticos (**alínea a do inciso 1 do § 1º do art. 62**) e com o desfrute do direito subjetivo “a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” ( 2º). Tendo por contrapartida o dever de “prestação de contas à Justiça Eleitoral” e a “proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes” (aqui, **inciso II do art. 17**, e, ali, **inciso III** desse mesmo artigo). 16. Dizendo as coisas por modo reverso, ninguém chega ao poder estatal de caráter eletivo-popular sem a formal participação de uma dada agremiação política. O que traduz a formação de um vínculo necessário entre os partidos políticos e o nosso regime

representativo, a ponto de se poder afirmar que esse regime é antes de tudo partidário. Por isso que se fala, em todo o mundo ocidental civilizado, de *democracia partidária*, como ressaí dos escritos de **Norberto Bobbio** e **Maurice Duverger**. Este último, por sinal, apropriadamente lembrado no magistral voto que exarou o ministro **César Ásfor Rocha** nos autos da referida **consulta (a nº 1.398-DF)**. Voto assim parcialmente redigido: *“É da maior relevância assinalar que os Partidos Políticos têm no Brasil status de entidade constitucional (art. 17 da CF), de forma que se pode falar, rememorando a lição de Maurice Duverger (As Modernas Tecnodemocracias, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos Partidos Políticos, a participação popular direta; na verdade, ainda segundo esse autor, os Partidos Políticos adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura*

*individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político” (p:3)*

(...)

31. Foi precisamente no curso desse histórico julgamento plenário que perguntei e em sequência respondi — “(...) dentre esses direitos que o ex-filiado *já não leva pra casa*, já não carrega a tiracolo como se fosse a própria roupa do corpo ou uma bolsa de moedas, está o mandato parlamentar?

“Uma primeira resposta: se considerarmos que o mandato foi obtido em virtude de um obrigatório vínculo jurídico-partidário, a desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato. Perda, não como castigo ou sanção, visto que nenhum ato ilícito foi praticado. Porém como expressão de **renúncia tácita**. Um abrir mão da continuidade do exercício do mandato. Como sucederia com quem deixasse a condição de sócio de qualquer outra entidade da espécie associativa, ainda que estivesse a exercer cargo de direção. O apeiamento de ambas as condições seria automático”.

32. Na mesma oportunidade, ajuntei:

“Sucedede que essa voluntária desfiliação, quando inteiramente discricionária ou sem

nenhuma outra justificativa que não seja o - puro querer subjetivo do até então associado, é uma opção que tem suas **conseqüências**. As conseqüências lógicas da escusa de deveres e do exercício de direitos que tenham a sua única razão de ser na permanência mesma da filiação. Estou a dizer: a desfiliação é ato voluntário que, uma vez formalizado, aparta o desfiliação do grêmio a que pertencia. *Corta-lhe o cordão umbilical* partidário. Deixando ele, ex-associado, de cumprir os deveres e exercer os direitos que eram próprios da filiação. “Esse *bater em retirada*, emanação direta de uma constitucional autonomia de vontade, é direito potestativo que opera pelo automático desligamento partidário do parlamentar. O desligamento em si como o próprio objeto do direito subjetivo. Mas de sorte a reinvestir o partido, também por modo automático, na inteireza da sua composição numérico-parlamentar. Na integridade de sua bancada, tal como ressaída, com toda legitimidade, *da pia batismal* do voto popular. Recomposição que se dá pela convocação de quem já diplomado como primeiro suplente do partido ou coligação, conforme o caso. Pois somente assim é que se restaura a pureza



de uma relação de direito que tanto faz o candidato depender do partido, no período de registro eleitoral e votação popular, quanto o partido depender candidato já eleitor na subsequente fase de atuação parlamentar de um e de outro. Despontando claro-b- raciocínio de—que: progressivamente abandonado pelos seus eleitos, o partido se - expõe.e. aoris.c mortaldezejjiaús leiltiàs e alJa não tiicomo exeiar õseiEdireit subjtivo a umfuncionamento parlamentar. Nem perante ParlantTiesmo nem ite - PFEJudiciario parao manjdas. conhecidã ações decontrole 8 constitucionalidade (ADIN's, ADC's, ADPF's) 4. E se falo do parlamentar como representante do partido - e não somente do povo —, é porque a Magna Lei assim o diz, com todas as letras, nos **§ 2º e 3º do art. 55**, tanto quanto no **inciso VIII do art. 103**. “Acresce que o § 1º. do mesmo N da Lei Fundamental remete para os estatutos de cada grêmio político as ‘normas de disciplina e fidelidade partidária’”. Isto, naturalmente, em prol do partido e em desfavor do filiado. *Saltando aos olhos* que a infidelidade máxima é alguém abandonar o partido após a investidura no mandato

parlamentar. Daí a exegese da presunção de renúncia ao respectivo exercício, somente incabível se na própria Constituição Federal se preservasse, às expensas, a manutenção naquela investidura. Como fez — isto sim — com as hipóteses de que trata o **art. 56**, todas elas no pressuposto do não-cometimento de infração (sabido que as normas veiculadas pelos incisos de **1 a VI do art. 55** pressupõem ilicitude de conduta parlamentar, que não é o caso dos autos)”. 33. É neste fluxo de idéias que vocalizo uma **segunda síntese**: todas as três comentadas funções (a processual, a de intermediação e a parlamentar) confirmam o regime da mais entranhada inserção dos partidos políticos no espectro constitucional do sistema representativo brasileiro. Sistema, então, que adiciona um ingrediente partidário à soberania do voto popular e ao poder-dever da representação que assiste a todo e qualquer detentor de mandato eletivo. Repito: **sistema que adiciona um ingrediente partidário à soberania do voto popular e ao poder-dever da representação que assiste a todo e qualquer detentor de mandato eletivo.**

34. Tal ingrediente partidário não desconfirma que todo o poder emana do povo, que se faz representar por aqueles a quem elegeu. (parágrafo único do art. 1º da Constituição). Mas implica o reconhecimento de que a) soberania do voto popular e exercitada para sufragar candidatos partidários, e não candidatos vulsos, b) os candidatos partidários, eventualmente eleitos, se investem em cargos de representação binariamente popular e partidária mesma. Por conseguinte, o eleitor-soberano vota no candidato e no seu partido (isoladamente, ou em coligação, conforme repetidamente anotado), para instaurar uma futura relação de representação que permaneça tridimensional; quer dizer, o mandato que se ganhou por modo popular e partidário é de ser exercido como expressão de uma representatividade igualmente popular e partidária. Com o que se atende ao próprio conceito de soberania como o grau máximo do poder político (soberania vem de *super omnia*, a significar o que está acima de tudo e acima de todos).

(...)

40. É o mesmo princípio que timbra a eleição para o cargo de Presidente da República (§ 2º do art. 77

da Constituição), que também não foi topicamente referido como representante do povo. Nem do povo nem de nenhuma das pessoas políticas de natureza federada. Não se podendo, aqui, negar o óbvio: Nesse tipo de competição federal *homem-a-homem*, candidato *versus* candidato; o prestígio individual tende a suplantar o partidário. A luta que se trava envolve pessoas já mais avançadas em cronológica (mínimo de 35 anos) e, portanto, com maior possibilidade de afirmação profissional e ideológica. Pessoas de um mais disseminado conhecimento junto ao corpo de eleitores. Mas essa dependência eleitoral menor do partido não se confunde com independência. Não significa *desideologia* partidária ou coligacional. *Desrepresentação* em toda a linha, do povo ao partido. Liberdade para se metamorfosear em ave de arribação, pouco importando se faz inverno ou verão. Seria um salto interpretativo chapadarnente acrobático, entendo, sem nenhuma rede de proteção constitucional. Um atentado ao método ou processo de interpretação sistemática da Constituição, quando se sabe que toda interpretação jurídica, “ou é sistemática ou não é interpretação” (Juarez

Freitas, citado, ainda uma vez, pelo Ministro Cezar Peluso (p. 29).

( . . . )

43. Respondo, pois, afirmativamente à consulta que nos é dirigida, para assentar que uma arbitrária desfiliação partidária implica desqualificação para se permanecer à testa do cargo político-eletivo. Desqualificação que é determinante da vaga na respectiva cadeira, a ser, então, reivindicada pelo partido político abandonado. É a única resposta que me parece rimada com a Constituição, toante e consoantrmente, conforne procurei. demonstrar. Convicto de que é no devocional respeito ela, Constituição, que se propicia à sociedade o máximo de segurnça jurídica. Afinal, só a Constituição governa quem governa. Governa permanentemente quem governa temporariamente.

(...)” – grifos não originais.

O **Ministro Marco Aurélio**, que presidiu a seção, em seu voto, segue o relator e acrescenta:

“(...

É certo que se tem, nas eleições proporcionais, mais um argumento, que é

o da distribuição das cadeiras mediante os votos atribuídos à legenda. Mas isso não altera a percepção da Carta, o que se contém na Carta, como a revelar — o que foi muito bem salientado pelos colegas, principalmente pelo relator — um grande sistema a ser considerado, a partir até mesmo da condição de elegibilidade, que é a filiação partidária: a lei a requer com antecedência mínima de um ano. O estatuto do partido pode prever prazo maior.

Também o que se contém no **artigo 17, § 1º, da Constituição Federal**, sobre a previsão no estatuto de regras próprias à disciplina e à fidelidade partidária, não está jungido às eleições proporcionais. Não há a distinção no preceito. É abrangente, apanhando, portanto, as eleições majoritárias.

Tem-se a exigência de filiação; a escolha, como salientado pelo relator, do candidato em convenção do partido; o financiamento, em parte, da campanha eleitoral pelo partido, via fundo partidário; a questão alusiva ao horário da propaganda eleitoral gratuita, como ressaltado por Vossa Excelência, para que? Para que tantas exigência se, após a vinculação – candidato – partido – estabelecida a mais não poder

– ele candidato, logrando êxito, pode simplesmente virar as costas ao partido que lhe respaldou a caminhada?  
(...)” – grifos não originais.

### 3. DECISÕES DO STF ACERCA DO TEMA

Após o pronunciamento positivo do TSE à consulta supra, o PPS, PSDB e DEM fizeram requerimento ao presidente da Câmara dos Deputados - Arlindo Chinaglia - para que declarasse a vacância de 23 cadeiras dos deputados que saíram dos respectivos partidos após as eleições de 2006 até maio de 2007, bem como que fossem empossados os respectivos dos suplentes, o que foi negado, levando-os a impetrarem Mandados de Segurança perante o STF.

O Supremo, embora tenha indeferido o pedido de medida liminar nas ações: **MS 26.602 MC/DF**, **MS 26.603 MC/DF**, **MS 26.604 MC/DF** e **MS 26.890 MC/DF**, seguiu o posicionamento do TSE no sentido de que o mandado pertence ao partido, definindo, contudo, que a perda do mesmo para aqueles que tivessem trocado de legenda só deveria ser aplicada após 27 de março, data em que o TSE respondera à consulta sobre o assunto.

Vejamos uma decisão prolatada no **MS 26890 MC/DF** pelo **Ministro Celso de Mello**:

**“MS 26.890 MC / DF - DISTRITO  
FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NO  
MANDADO DE SEGURANÇA**

**Relator(a)**

**Min. CELSO DE MELLO**

**Partes**

IMPTE.(S): PARTIDO POPULAR  
SOCIALISTA - PPS

ADV.(A/S): ROBERTO JOÃO PEREIRA  
FREIRE

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA  
DOS DEPUTADOS

LIT. PAS.(A/S): PARTIDO DO MOVIMENTO  
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB

LIT. PAS.(A/S): GERALDO RESENDE  
PEREIRA

**Julgamento**

05/09/2007

**Publicação**

DJ 12/09/2007 PP-00033

**Despacho**

**DECISÃO:** Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra decisão emanada do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, que negou seguimento a requerimento formulado pelo PPS, no qual essa agremiação **partidária** postulava “a posse do deputado suplente do Partido Popular Socialista na vaga do deputado Geraldo Resende (PPS/MS), eleito pela legenda nas últimas eleições, conforme **decisão do Tribunal Superior Eleitoral, referente à Consulta nº 1.398**” (fls. 19). O



Senhor **Presidente da Câmara dos Deputados**, autoridade apontada como coatora, ao negar seguimento a esse pleito, advertiu “(...) que a Mesa não está autorizada a convocar um suplente para assumir o mandato ora exercido pelo Deputado GERALDO RESENDE, por não se verificar qualquer das hipóteses previstas, “*numerus clausus*”, no art. 56, § 1º, da CF, c.c. os arts. 238 e 239 do RICD, e art. 55 da CF” (fls. 23). A presente impetração é motivada por consulta, que, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), e dirigida ao E. Tribunal Superior Eleitoral, consubstanciou-se na seguinte indagação: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?” (grifei) O **E. Tribunal Superior Eleitoral**, ao “responder positivamente à consulta”, resolveu-a em pronunciamento assim ementado (**Consulta nº 1.398/DF, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA**): “CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO

DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA AFIRMATIVA.” (grifei) Presente esse contexto, passo a apreciar a postulação cautelar formulada pela agremiação **partidária** ora impetrante. Ao fazê-lo, e tendo em consideração as razões por mim expostas em anterior decisão proferida nos autos do **MS 26.603-MC/DF**, cabe-me assinalar que o exame da controvérsia jurídica delineada na presente causa põe em evidência, uma vez mais, discussão relevante sobre a titularidade do mandato eletivo, vale dizer, sobre a existência, ou não, quanto a ele, de um duplo vínculo (partidário e popular), bem assim sobre a possibilidade de se reconhecer a vacância do mandato parlamentar - por perda, por renúncia tácita ou, ainda, por efeito de sanção estatutária de caráter expulsório (CF, art. 17, § 1º) - na hipótese de o candidato eleito por um determinado partido político vir a transferir-se para outra legenda. Vê-se, pois, tal como se registrou no mencionado **MS 26.603-MC/DF**, que a pretensão ora deduzida nesta sede mandamental tem por suporte o reconhecimento de que a transferência do candidato eleito por um partido para outra

legenda configuraria - segundo sustenta o PPS - transgressão, por infidelidade, aos vínculos que se estabelecem, de um lado, entre o candidato eleito e o partido político sob cuja legenda se elegeu e, de outro, entre o candidato eleito e o cidadão que o escolheu. Ao analisar o pleito cautelar formulado nos autos do **MS 26.603/DF**, destaquei, então, o inquestionável relevo jurídico-constitucional de que se reveste a questão suscitada pelos Partidos Políticos em torno do instituto da **fidelidade partidária**, notadamente se se considerarem os votos proferidos na resolução, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da já mencionada Consulta nº 1.398/DF. Reafirmo, neste ponto, anterior observação minha no sentido de que a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder (**RTJ 158/441-442, Rel. Min. CELSO DE MELLO**) não nos permite desconhecer o alto significado que assume, na prática da representação política, o instituto da **fidelidade partidária**, enquanto valor constitucional impregnado de múltiplas conseqüências, valendo referir, a esse propósito, dentre outros autores (AUGUSTO ARAS, "**Fidelidade Partidária**" - A Perda do Mandato Parlamentar", p. 337/

354, 2006, Lumen Juris), o magistério de VÂNIA SICILIANO AIETA (“Reforma Política”, tomo V/67-147, 2006, Lumen Juris), que identifica, no ato de infidelidade **partidária**, causa geradora da perda do mandato: “O abandono da legenda pelo representante infiel tem desfalcado, sem restituição, a representação parlamentar dos partidos, fraudando a vontade do eleitorado e lesando o modelo de democracia representativa dos povos mais esclarecidos. A concretização e a aplicação do “princípio constitucional da **fidelidade partidária**” formulam-se como uma necessidade absolutamente indispensável da ordem do dia, porque o sentido da distribuição da eleição proporcional é exatamente o de conferir o mandato ao partido político e não ao candidato.” (grifei) Não obstante todas essas razões que venho de expor - e embora atribuindo especial relevo à resolução, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, da Consulta nº 1.398/DF, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA -, não posso, contudo, na linha da decisão por mim proferida no **MS 26.603-MC/DF**, deixar de considerar, ao menos neste juízo de sumária cognição e em obséquio ao postulado da colegialidade, as decisões emanadas do

Plenário do Supremo Tribunal Federal (**MS 20.916/DF, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE**) no sentido da “**inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados (...)**” (RTJ 153/808-809, Rel. Min. MOREIRA ALVES). Vale registrar, por oportuno, que igual entendimento foi adotado pelo eminente **Ministro EROS GRAU, Relator do MS 26.602/DF**, quando da análise de postulação cautelar idêntica à ora formulada pela agremiação **partidária** impetrante. Sendo assim, em face das razões expostas, e sem prejuízo de reexame mais aprofundado da controvérsia em questão, **indefiro, ao menos nesta fase inicial, o pedido de medida cautelar formulado pelo PPS.** 2. Solicitem-se informações ao eminente Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade ora apontada como coatora, encaminhando-se-lhe cópia da presente decisão. 3. Citem-se, na condição de litisconsortes passivos necessários, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB e o Senhor Deputado Federal Geraldo Resende Pereira, tal como requerido, pelo próprio impetrante, a fls. 15. A efetivação dos atos citatórios em

referência constitui providência essencial ao regular prosseguimento da presente impetração, pois a eventual concessão do mandado de segurança terá o condão de afetar a situação jurídica tanto do mencionado parlamentar, que se transferiu para agremiação **partidária** diversa daquela sob cuja legenda foi eleito, quanto do partido político (PMDB), que se beneficiou, diretamente, no caso, do ato de alegada infidelidade **partidária**. É tão importante (e inafastável) a efetivação desses atos citatórios, com o conseqüente ingresso formal desses litisconsortes passivos necessários na presente causa mandamental - o que viabilizará, por imperativo constitucional, a instauração do contraditório -, que a ausência de referida medida, não obstante o rito especial peculiar ao mandado de segurança, poderá importar em nulidade processual, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais em geral, inclusive a desta Corte (RTJ 57/278 - RTJ 59/596 - RTJ 64/777 - RT 391/192, v.g.): “No caso de litisconsórcio necessário, torna-se imprescindível a citação do litisconsorte, sob pena de nulidade do processo.” (Revista dos Tribunais, vol. 477/220 - grifei) Determino,

pelas razões expostas, sejam citados, na condição de litisconsortes passivos necessários, tanto o Senhor Deputado Federal Geraldo Resende Pereira quanto o Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB (fls. 15). Para tanto, a agremiação **partidária** ora impetrante deverá adotar, junto à Secretaria deste Tribunal, as providências necessárias à efetivação dos referidos atos citatórios. Publique-se. **Brasília, 05 de setembro de 2007.** Ministro CELSO DE MELLO Relator” – (grifos não originais).

Dentre os deputados e vereadores relacionados nos mandados de segurança como “infiéis” supra, apenas a deputada Jurismari de Oliveira (BA) corre o risco de perder o mandato, pois foi a única que trocara de partido após 27 de março de 2007.

#### **4. PROCESSO DE PERDA DE CARGO ELETIVO E DE JUSTIFICAÇÃO DE DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA - RESOLUÇÃO Nº 22.610/07 DO TSE**

Após as decisões monocráticas proferidas nos mandados de segurança supracitados, o TSE disciplinou o *processo de perda do cargo eletivo*, bem como de *justificação de desfiliação partidária* através da **Resolução nº 22.610 de 25.10.07**, publicada no D.O.U. em 30.10.07.

Segundo esta Resolução, o **partido político interessado pode pedir**, no prazo de 30 (trinta) dias, perante

a Justiça Eleitoral – TSE ou TRE, conforme o mandato seja ou não federal, respectivamente, - a **decretação da perda de cargo eletivo** em decorrência de desfiliação partidária **sem justa causa (arts. 1º e 2º)**.

Considera-se **justa causa (§1º)**:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

Caso o partido político não faça tal requerimento, poderá fazê-lo, dentro de 30 (trinta) dias subseqüentes, o **interessado jurídico ou o Ministério Público Eleitoral**.

Haverá o contraditório no processo, sendo citados para responder, no prazo de 5 (cinco) dias contados do ato da citação, o mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito e, **no caso do mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se ter pedido a declaração de justa causa**, será também citado o partido no qual era inscrito (**arts. 4º e 1º, § 3º**), bem como haverá a participação do Ministério Público como *custos legis*, quando este não atue como autor da ação.

A Resolução em tela **aplica-se** apenas às desfiliações consumadas **após 27.3.07**, quanto aos mandatários eleitos pelo sistema proporcional, data em que o TSE respondeu a **CTA 1398**, e, **após 16.10.07**, quanto aos eleitos pelo sistema majoritário, data da resposta à **CTA 1407 (art. 13)**.

Assim, nos casos de saída do candidato do partido no qual foi eleito, após o dia 27.3.07, se o mesmo integrar o



sistema proporcional, ou após o dia 16.10.07, quanto aos eleitos pelo sistema majoritário, em não tendo sido justificada a desfiliação partidária, através do processo ora tratado, poderá incorrer em perda de mandato eletivo, caso a representação contra eles impetrada venha a ser julgada procedente.

**O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará** começou a julgar tais processos na sessão do dia 30 de janeiro de 2008, sendo que em novembro de 2007 já havia recebido 14 processos, envolvendo 27 parlamentares, dos quais 26 eram vereadores e um deputado estadual, tendo como autores o PP, PAN, PMDB, PPS, PSDB e PTC e como acionados parlamentares dos municípios de Brejo Santo, Campos Sales, Fortaleza, Farias Brito, Itatira, Maracanaú, Mombaça, Monsenhor Tabosa, Pacatuba, Pedra Branca, Santa Quitéria, Ubajara, Uruburetama e Salitre.

O vereador de Itaitinga, José Nelson de Lima Santos, acionado pelo Partido da República – PR em razão do mesmo ter deixado a legenda para se filiar ao PRB no dia 2.10.07, teve o seu mandato assegurado por unanimidade de votos, sendo o fundamento do julgamento o fato do mandatário ter sido eleito pelo PL, e não pelo PR, que resultara da fusão do PL com o Prona, o que configuraria uma das exceções estabelecidas pelo TSE, tendo o relator do processo, o juiz federal Danilo Fontenele Sampaio Cunha, ressaltado que a fusão partidária indica mudança de filosofia e, como a resolução do TSE Nº 22.610/07 não estabelece prazo para a desfiliação, teria não havido infidelidade partidária.

## 5. CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

A **Constituição de 1967**, em seu **artigo 149**, fixou apenas que os Partidos seriam regidos por *lei* que observaria o princípio da *disciplina partidária*, não discorrendo, portanto, acerca do instituto da fidelidade partidária em seu texto.

Tal só ocorreu com a **EC n. 1/69**, a qual dera *status* constitucional ao instituto da fidelidade partidária, ao dispor no **parágrafo único do artigo 152** que: “*Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito*”. Estabelecendo, ainda que: a “*perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa*”.

Por sua vez, a **EC n. 11/78** acresceu ressalva à perda de mandato (que beneficiaria futuramente ao Senador Tancredo Neves), no sentido de que: se o “*deixar o Partido fosse motivado para “participar, como fundador, da constituição de novo partido*”.

Já a **EC n. 25/85** desconstitucionalizou o tema, excluindo, simplesmente o texto antes em vigor.

A **Constituição de 1988** voltou a falar da fidelidade, mas, como a Constituição de 1967, não chegou tecer maiores comentários acerca da mesma, dispondo, apenas, em **art. 17, §1º**, que os Partidos Políticos *devem* estabelecer em seus estatutos “*normas de disciplina e fidelidade*”

*partidária*”.

Alguns alegam, mesmo tendo por base uma interpretação sistemática, que a infidelidade não pode redundar na perda do mandato, pelo fato do **art. 55**, que regula os casos de perda de mandato, não elencar tal hipótese.

## 6. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O **art. 18** da **Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95)**, seguindo o **art. 14, § 3º, V, da CF/88**, que exige a filiação como condição de elegibilidade, dispõe como prazo mínimo de filiação um ano antes da data fixadas para as eleições, sejam elas majoritárias ou proporcionais, possibilitando que os partidos políticos, através de seus estatutos, fixem prazos maiores para a filiação, trazendo apenas a ressalva de que os mesmos não poderão ser alterados no ano da eleição (**art. 20, caput, e seu parágrafo único**).

O estatuto do partido deve conter, por sua vez, entre outras, conforme previsto no **art. 15** da lei em tela, normas sobre:

II - filiação e desligamento de seus membros;

(...)

V - fidelidade e disciplina partidárias, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa;

(...)

Esta mesma lei estabeleceu, ainda, que “filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político” (**art. 23, §1º**), assegurando-lhe o amplo direito constitucional à defesa (**art. 23, §2º**).

E, especificamente acerca da **perda** do cargo ou função que o parlamentar exerça na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, prevê, nos **arts. 25 e 26**, que *o partido poderá estabelecer norma prevendo tal penalidade ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários, bem como que tal perda se dará automaticamente no caso do parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito*. Vejamos:

**Art. 25.** O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

**Art. 26.** Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

Os que são contrários à perda do mandato em razão da desfiliação partidária pregam que tal artigo se refere apenas a funções/cargos partidários, e não ao mandato, mas esta não foi a interpretação dada pelo **Ministro Marco Aurélio**, acima transcrita, quando da resposta à **CTA nº 1398**, o qual, ressaltando o teor do referido **art. 26**, afirma que a norma é clara no sentido de que há perda do mandato.

## **7. REFORMA POLÍTICA – PEC 23**

Foi apresentada pelo Senador Marco Maciel, em fevereiro de 2007, proposta de Emenda Constitucional de nº 23 alterando os **arts. 17, 46 e 55 da CF/88**, na qual prevê a perda de mandato do candidato que se desfiliar do partido no qual se elegeu, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão do partido.

Tal proposta já passou pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, faltando, ainda, aprovação na Câmara dos Deputados, estando com a seguinte redação final:

“Altera os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfilarem dos partidos pelos quais foram

eleitos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

”Art. 17.

.....

.....  
V - titularidade dos mandatos parlamentares.

.....

§ 5º **Perderá automaticamente o mandato** o membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que se desfiliar do partido pelo qual tenha sido eleito, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão do partido político.

§ 6º A perda do mandato de ocupante de cargo eletivo do Poder Executivo será declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de Presidente ou Vice-Presidente da República; pelo Tribunal Regional Eleitoral, quando se tratar de Governador ou Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal; e pelo Juiz Eleitoral, quando se tratar de Prefeito ou Vice-

Prefeito, mediante comunicação do órgão de direção partidária do respectivo nível.

§ 7º A comunicação prevista no § 6º será acompanhada de documento comprobatório da desfiliação, observado o disposto nos arts. 79, 80 e 81, desta Constituição, para os casos de Presidente ou Vice-Presidente da República, e, para os demais casos, também o disposto na respectiva Constituição estadual ou Lei Orgânica municipal.” (NR)

”Art. 46.

.....

.....

§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes do mesmo partido.” (NR)

”Art. 55.

.....

.....

VII - que se desfiliar do partido político pelo qual tenha sido eleito, salvo no caso de extinção, incorporação ou fusão.

.....

§ 5º No caso previsto no inciso VII, a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, no prazo máximo de três sessões ordinárias ou extraordinárias, mediante comunicação do órgão de direção nacional do partido político, acompanhada

de documento comprobatório da desfiliação.” (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se a partir da primeira eleição subsequente”.

Cumprе ressaltar que este **não** é o primeiro projeto de emenda a ser apresentado sobre fidelidade partidária, já tendo outros sido propostos anteriormente, pois há muito se discute no Congresso Nacional o retorno das regras de fidelidade partidária abolidas em 1985, totalizando mais de 15 propostas, com diferenças importantes, dentre as quais podemos citar: para a **PEC 41/96** e para a **PEC 166/95** a perda de mandato implicaria na inelegibilidade por dois anos; para a **PEC 283/95** a perda ocorreria para quem mudasse de Partido antes de cumprir 2/3 do mandato; para a **PEC 51/5**, antes da metade do mandato; e para a **PEC 90/95**, a consequência da infidelidade atingiria também ao chefe do executivo.

De todos os projetos engavetados, talvez o mais discutido tenha sido a **PEC 44/98**, apresentada pela Comissão Especial da Reforma Político-Partidária que sugeria: **(I)** a perda automática do mandato, decidida pela Executiva Nacional do Partido, na hipótese de desfiliação partidária dos ocupantes de mandato legislativo, salvo no caso de fusão ou incorporação ou para participar, como fundador, da constituição de novo Partido Político; **(II)** e a possibilidade de perda (pois seria decidida pela Justiça



Eleitoral) de mandato no Legislativo ou no Executivo, na hipótese de violação grave da disciplina partidária, caracterizada pela desobediência às decisões aprovadas em convenção. Em qualquer hipótese, recebida a comunicação da Executiva Nacional do Partido ou transitado em julgado a decisão judicial, a perda seria declarada pela Mesa da Casa respectiva.

## **8. A REALIDADE INSTITUCIONAL PARTIDÁRIA**

A realidade brasileira é a de que não existe ideário partidário, isto porque, em regra, o povo vota nos candidatos e não nos partidos, tendo por base apenas as características pessoais dos primeiros e abstraindo-se os segundos, os quais acabam servido, apenas, como se fossem meras agremiações necessárias para eleger seus filiados, o que não condiz com os preceitos constitucionais, dentre os quais o da filiação partidária, da moralidade e ética administrativas, da representatividade e da democracia.

Isto se demonstra pelo número exorbitante de partidos políticos hoje existentes, mais precisamente 30 (trinta), tornando-se difícil até mesmo citá-los, quanto mais saber quais as suas ideologias e programas.

Também enorme é a troca de partidos pelos eleitos, tendo a mudança de legenda, em 2002, atingido mais de 40%, inclusive com parlamentar que mudou oito vezes de partido e, nas eleições de 2006, ao menos 36 deputados trocaram de legenda, tendo o Partido da República, por exemplo, recebido 15 novos filiados eleitos por outras agremiações e, por outro lado, dos 513 deputados eleitos, apenas 31 conseguiram se eleger com seus próprios votos,

sendo que os outros foram puxados para o Congresso pelos votos da legenda.

Isto se dá, na maioria dos casos, tendo em vista fins particulares dos candidatos, seja mudando, logo após a eleição, para o partido da situação, onde conseguirão maiores recursos controlados pelo governo para cumprir com suas promessas de candidatura junto aos seus eleitores, além de outros favores e cargos, seja transferindo-se, ao final da legislatura, para um da oposição, com maior potencial de elegibilidade, visando maiores chances para a próxima candidatura.

Tal prática fere o princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Carta Magna, que proíbe o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado.

Daí a razão da infidelidade partidária, então reinante, e porque se faz necessário e imperioso que se imponha como fidelidade partidária, que a saída do mandatário do partido só se dê nos casos permitidos por nossa legislação, no caso a Res. n° 22.610/07 do TSE e, caso venha a ser aprovada, a PEC 23, posto que somente assim o sistema político e partidário nacional amadurecerá.

**Marcelo Lamy** (*in* Reflexões sobre a Fidelidade Partidária), em sua defesa contraria a perda do mandato pelo candidato, disserta acerca do tema que:

“No Brasil, a institucionalização partidária é muito débil, é fraca a vinculação ideológica ou programática entre os eleitores e os Partidos, bem como entre os candidatos e os Partidos.

A institucionalização partidária se verificaria

se houvesse uma efetiva expectativa dos eleitores de que no futuro (após as eleições) o comportamento parlamentar seguiria as diretrizes partidárias. Em verdade parece-nos que esta expectativa se dá apenas para com as promessas dos líderes partidários, não para com os programas dos Partidos.

Há um frágil enraizamento partidário em nossa sociedade. O vínculo entre os eleitores e os candidatos é mais personalista do que partidário. Muitos eleitores escolhem os candidatos baseados em suas características pessoais (simpatia pelos traços da personalidade), sem levar em conta o Partido a que pertencem, as questões programáticas, a ideologia.

Os Partidos, neste sistema fluído, são atores importantes, mas não possuem efeito estruturador, este efeito é medianamente atingido apenas pelos líderes da legenda. A competição partidária, em nosso sistema desestruturado, não é ideológica. A cena política é dominada mais por personalidades do que por Partidos (e o sistema de listas abertas incentiva fortemente o individualismo nas campanhas). Ademais, os Partidos são

programaticamente difusos, suas fronteiras atuais possuem muito pouco significado. Todos esses apontamentos são razões que explicam a afirmação de **Scott Mainwaring** e de **Mariano Torcal**: ‘partidos aparecem e desaparecem com frequência, onde a competição entre eles é ideológica e programaticamente difusa e onde as personalidades costumam ofuscar os partidos’ (Teoria e institucionalização dos sistemas partidários após a terceira onda de democratização’. *Opinião Pública*, Campinas, Vol. XI, n. 2, Outubro, 2005, p. 276). Acrescentaria, fundem-se, coligam-se não ideologicamente, mas em função dos interesses políticos momentâneos...

(...)

Por fim, questiono: se ninguém pode ser privado de seus direitos por motivo de convicção política (**art. 5º, VIII**), é possível privar aos parlamentares da possibilidade de mudarem de convicção política?

Seria utópico e maléfico ao sistema (que se converteria em meras lutas de classes) que o parlamentar eleito se comportasse da exata forma como os eleitores o fariam se estivessem no seu lugar (mandato imperativo), até mesmo por não se saber, com precisão, quem de fato votou nele.

Confia-se, apenas, que corresponderá às expectativas dos eleitores, que seguirá o programa genérico, as grandes linhas nele contidas.

Não é possível ao parlamentar reivindicar a propriedade do mandato, tampouco o pode fazer a legenda. O mandato é do povo e aos seus anseios deve estar atrelado”.

Quanto à arguição, pelo autor, do **art. 5º, VIII, da CF/88**, convém retrucar no sentido de que a perda do mandato para o mandatário infiel não caracteriza perda de direito por convicção política, isto porque o mandato não lhe pertence, não sendo, pois, um “direito” seu, na acepção particular do termo.

Também não procede o argumento, seguindo a tese supra da impossibilidade de mandato, que se baseia no **art. 5º, XX, da CF/88**, que dispõe acerca da possibilidade de se desassociar, haja vista que, realmente, tal direito é assegurado ao associado, o que não inclui o de permanecer com o mandato caso se configure infidelidade partidária.

## CONCLUSÃO

Vê-se, pois, que reina em nossa sistemática partidária uma total falta de ideologia, o que transforma os partidos políticos em meras associações para promover a candidatura de seus filiados, o que retira daqueles sua própria natureza política, desconfigurando-os, cujos fins deveriam ir muito além disso.

Daí porque ser fundamental a fidelidade partidária, com

a qual se pretende direcionar o sentido de um núcleo programático, ou melhor, fazer os políticos e partidos se voltarem para a sociedade e levá-los a uma crescente identificação com a respectiva corrente, fim este que, certamente, não será imediato, mas que irá, aos poucos, solidificando o sistema democrático-representativo brasileiro.

A Constituição Federal, ao estabelecer como condição de elegibilidade a filiação partidária, isto porque o sistema representativo se dá através dos partidos, pretende que os candidatos se vinculem a programas estabelecidos pelos respectivos partidos, a fim de que o eleitor possa se guiar na hora votar e, assim, esperar uma determinada conduta daquele em quem votou.

Com relação às eleições proporcionais para as Casas Legislativas, há mais um fundamento em prol da fidelidade partidária, posto que o candidato depende também dos votos dados ao partido, a não ser que atinja sozinho o quociente eleitoral, ao qual se chega somando-se todos os votos válidos (sem brancos ou nulos) referentes àquele cargo e dividindo-se o total pelo número de cadeiras em disputa.

Assim, não podemos deixar de elogiar a decisão do STF que, seguindo a resolução do TSE, pronunciou-se pela fidelidade partidária, o que nos leva continuar sonhando que ainda pode haver um ideal político a ser seguido, preservando-se a moralidade e ética na política, o fortalecimento dos partidos, o combate à corrupção e, por fim, o regime democrático.

## REFERÊNCIAS

- *Tire suas dúvidas sobre fidelidade partidária*. [www.g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL152508-5601,00;](http://www.g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL152508-5601,00;)
  
- *STF decide fidelidade partidária nesta semana; prazo para trocas vai até 6ª*. 30/09/2007 <[www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u332730.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u332730.shtml)>;
  
- *Senado corre e aprova fidelidade partidária*. 17 de outubro de 2007. [http://www.estadao.com.br/nacional/not\\_nac66485,0.htm](http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac66485,0.htm);
  
- Lopes, Roberta (*Repórter da Agência Brasil*). *Fidelidade partidária só será votada após outros temas da reforma política, diz Chinaglia*. 18 de Outubro de 2007. <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/10/18/materia.2007-10-18.5310455225/view>>;
  
- Lamy, Marcelo. *Reflexões sobre a Fidelidade Partidária*. <[www.esdc.com.br](http://www.esdc.com.br)>;
  
- Tácito, Thales. *Fidelidade Patidária e Perda do Mandato*. Wiki-Iuspédia. <[www.wiki-iuspedia.com.br/article.phpstory=20070430160011149](http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.phpstory=20070430160011149)>;
  
- Silva, Rodrigo Freire de Carvalho. *Fidelidade partidária: um imperativo para a consolidação da democracia brasileira*. <[www.espacoacademico.com.br/06363silva.htm.mht](http://www.espacoacademico.com.br/06363silva.htm.mht)>;
  
- Maciel, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *FIDELIDADE PARTIDÁRIA: um panorama institucional*. Consultoria Legislativa do Senado Federal.

<[www.senado.gov.br/conlegtextos\\_discussaotexto9%20-%20fidelidade%20partidaria](http://www.senado.gov.br/conlegtextos_discussaotexto9%20-%20fidelidade%20partidaria)>;

- Reiner, Lúcio. *FIDELIDADE PARTIDÁRIA*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. <

[www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottectema3pdf107706.pdf.doc](http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottectema3pdf107706.pdf.doc)>.



## **A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL É INCAPAZ DE TUTELAR O ABUSO DE PODER NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO**

***Liliane Cortez Horn***

Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará e Especializanda em Direito e Processo Eleitoral pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

### **RESUMO**

O presente estudo objetiva abordar a Investigação Judicial Eleitoral e sua efetividade, ou não, em tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro. O estudo consiste em uma revisão de literatura, baseada no tema Investigação Judicial Eleitoral e Abuso do Poder. Em resposta à questão apresentada na introdução deste estudo (a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é capaz de tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro?), concluiu-se que a configuração do ato abusivo nas eleições ainda carece de critérios objetivos, variando, assim, ao sabor das circunstâncias e de um saber jurídico-eleitoral que ainda precisa firmar conceitos e jurisprudência uniforme em relação ao tema.

Palavras-chave: Abuso de Poder; Eleições; Direito Eleitoral; Investigação Judicial Eleitoral.

## **ABSTRACT**

*This study aims to address the electoral legal research and its effectiveness or otherwise, protect the abuse of power in Brazilian electoral law. The study consists of a literature review, based on the research topic judicial election and abuse of power. In response to the question posed in the introduction to this study (action research judicial elections is able to protect the abuse of power in Brazilian electoral law?), concluded that the configuration of abusive act in elections still lacks objective criteria, thus varying to suit their circumstances and a legal knowledge-election that has yet to sign concepts and case law uniformly with respect to the subject.*

*Keywords: Abuse of Power, Elections, Electoral Law, Electoral Judicial Investigation.*

## **INTRODUÇÃO**

Em sociedades democráticas, as funções governamentais devem emanar da coletividade, devendo, por conseguinte, ser exercidas em seu nome e para seu proveito.

Portanto, o detentor do poder deve conduzir seus atos baseado na vontade do povo, agindo sempre em nome do bem da coletividade. As decisões do titular do poder político devem representar o anseio de toda a sociedade por ele representada.

Neste contexto, assumem grande importância as normas jurídicas de um Estado democrático, com o relevante papel de restringir o alcance do poder, evitando a ocorrência de qualquer forma de abuso.

O problema de pesquisa que orienta este estudo é o seguinte: a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é capaz de tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro?

Ao realizar a pesquisa sobre o assunto, a hipótese é de que a resposta à pergunta supra será negativa. Com efeito, o exercício do poder pressupõe amparo no direito positivo, constituindo-se em uma manifestação vinculada. O Abuso do Poder é, portanto, a utilização deste de maneira ilícita, mediante o desvio da verdadeira finalidade do ordenamento jurídico, fulminando a ordem constitucional.

O ato de votar caracteriza-se como o ápice do processo eleitoral, devendo, portanto, ocorrer com normalidade e seguir rigorosamente os princípios democráticos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Destarte, devem estar presentes todas as ferramentas necessárias à garantia do direito ao voto sem qualquer tipo de interferência que, de algum modo, possa embaraçar o exercício (dever/direito) ao voto ou influenciar na vontade do eleitor.

O tema ganha ênfase no presente estudo pelo fato de as eleições, nas sociedades ditas democráticas, serem o modo mais direto de se alcançar o poder, gerando cobiça nos postulantes aos cargos públicos, que, para alcançarem seus objetivos, são capazes de praticar todas as espécies

de abuso.

Objetiva-se abordar a Investigação Judicial Eleitoral e sua efetividade, ou não, em tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro, consistindo em uma revisão de legislação, doutrina e jurisprudência, baseada no tema Investigação Judicial Eleitoral e Abuso do Poder.

Pretende-se apresentar uma discussão sobre a incapacidade da Investigação Judicial Eleitoral para tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral pátrio, e, por conseguinte, sugerir mudanças, para que a finalidade de tal Ação seja efetivamente alcançada.

## **1. ABUSO DO PODER NAS ELEIÇÕES**

O uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, tem o condão de desfigurar a intenção popular, colocando em jogo a própria democracia.

Oliveira (2005, p. 21-25), afirma que:

Foi feliz o legislador constitucional originário de 1988, ao fixar diretriz expressa e contundente, no sentido de afastar do processo eleitoral as influências indevidas do poder econômico e do poder político, conforme se atesta no art. 14, § 9º, da CRFB.

(...)

Fávila Ribeiro adverte, com indiscutível propriedade, que a insidiosa ação corrosiva do poder econômico já tem início na própria obtenção, no seio do partido eleitoral, de admissão de candidatura pelo futuro candidato, não passando a convenção partidária de ritual de homologação, investida esta que produz total desvirtuação da luta eleitoral.

O notável mestre prossegue e demonstra a inafastável e invencível interpenetração entre as mais diversas espécies de abuso, tendo como ponto de partida o abuso do poder econômico. Consoante Fávila, 'a luta eleitoral fica totalmente desvirtuada, mantendo-se o objetivo da conquista política, formando-se um conglomerado ao mesmo tempo político, econômico, social e cultural, impregnando-se de tal ordem, ficando tão íntimas e penetrantes as suas interligações, sem isolar a ação econômica, não sendo possível distinguir o poder econômico dos demais. Mas é ele a argamassa que a todos congrega e impulsiona, estipendiando-os. E o poder social, caracterizado nas comunicações, pode já ser expressão de uma correlação antecedente, incorporando-se em um conglomerado para ações conjuntas,

formando uma estrutura de múltipla potencialidade' (RIBEIRO, 1999, p. 53)

Para a caracterização do abuso do poder nas eleições, a jurisprudência pátria exigia, até alguns anos atrás, a comprovação do denominado “nexo de causalidade” entre os atos praticados e o comprometimento da lisura e normalidade do pleito, o que tornava praticamente impossível a condenação, à míngua de critérios objetivos que conduzissem a uma convicção segura dos julgadores acerca do fato em exame.

Podemos citar como exemplo de tal entendimento (hodiernamente ultrapassado), o seguinte julgado da colenda Corte Superior Eleitoral:

Utilização indevida de veículos oficiais. Art. 22, XIV, da LC 64/1990. Comprometimento da liberdade de voto. Nexo de causalidade. A configuração do abuso do poder econômico ou político hábil a ensejar inelegibilidade prevista no artigo 22, XIV, da LC 64/1990 exige prova do nexo de causalidade entre os atos praticados e o comprometimento da lisura e normalidade do pleito. Recurso desprovido. Acórdão nº. 5 de 10.2.1998 – Recurso Ordinário nº.5. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Unanimidade.

Posteriormente, passou-se a entender como inexigível a demonstração da existência de relação de causa e efeito entre a prática tida como abusiva e o resultado das eleições, tornando-se necessária, no entanto, a presença da chamada “potencialidade lesiva”, a qual, por seu turno, se configura não mais como um juízo de certeza, mas de probabilidade, diante das circunstâncias fáticas norteadoras da questão a ser dirimida, como se infere da ementa a seguir transcrita:

(...) 3. Na investigação judicial, é fundamental se perquirir se o fato apurado tem a potencialidade para desequilibrar a disputa do pleito, requisito essencial para a configuração dos ilícitos a que se refere o art. 22 da Lei de Inelegibilidades. Recurso ordinário a que se nega provimento. T.S.E. – Recurso Ordinário nº. 725/GO – DJ 18/11/2005, p. 69.

Neste sentido, o escólio de Gomes (2008, p. 383):

Nessa perspectiva, ganha relevo a *relação de causalidade* entre o fato imputado e o desequilíbrio do pleito, impondo a presença de liame objetivo entre tais eventos. Todavia, não se faz necessário – até porque, na prática, isso não seria possível – provar que o abuso influenciou concretamente os eleitores, a ponto de levá-

los a votar efetivamente no candidato beneficiado. Basta que se demonstre a *provável influência* na consciência e vontade dos cidadãos. Note-se que, do ângulo lógico, a probabilidade oferta grau de certeza superior à mera possibilidade. O provável é verossímil, ostenta a aparência da verdade, embora com ela não se identifique plenamente.

E, como sustenta Garcia (2006, p. 20):

Para que seja identificada a potencialidade do ato, é despicienda a apresentação de cálculos aritméticos que venham a refletir uma diferença quantitativa de votos em favor de quem o praticou ou mesmo a demonstração de relação de causa e efeito entre o ato e o resultado do pleito. Pelo contrário, bastará que o ato, analisado em si e sob a ótica da conjuntura em que foi praticado, denote ser potencialmente daninho à legitimidade do pleito, sendo apto a comprometer a igualdade entre os candidatos e a influir sobre a vontade popular. O nexos de causalidade, consubstanciado na provável influência do ilícito no resultado eleitoral, é tão-somente indiciário, não conclusivo, prova, aliás, cuja



produção é de todo inviável.

É suficiente, assim, que os motivos convergentes à configuração do abuso de poder superem os divergentes, dando azo à probabilidade de que o ato tenha prejudicado a normalidade do pleito. Dessa forma, prebendas de nenhum ou de insignificante valor, inobstante ilícitas e imorais, não terão aptidão para deflagrar as medidas referidas. Esta interpretação afigura-se consentânea com o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição da República, sendo a que melhor se afeiçoa à sistemática legal.

Impende destacar que o presente trabalho enfoca, exclusivamente, a Investigação Judicial Eleitoral descrita no *caput* do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, eis que, no âmbito do Direito Eleitoral, existem outras ações que, conquanto comumente denominadas “Investigação Judicial Eleitoral” são, na verdade, Representações, às quais foi atribuído o procedimento das Investigações. Este é o caso da Representação por captação ou uso ilícito de recursos para fins eleitorais (prevista no art. 30-A da Lei Eleitoral), por captação ilícita de sufrágio (41-A) e por conduta vedada (arts. 73, 74, 75 e 77 do mesmo diploma legal).

É bem verdade que a Lei nº 9.504/97, ao introduzir a Representação por captação ou uso ilícito de recursos para fins eleitorais, a descreveu como Investigação Judicial.

Contudo, para evitar confusão lingüística na identificação das demandas, optou-se, neste trabalho, por denominar as demais ações que seguem o rito da Investigação Judicial Eleitoral como Representações, o que tecnicamente, consoante o entendimento aqui defendido, é o mais correto.

Voltando à questão do abuso de poder, segundo Garcia (2006, p. 17):

Na perene lição de Montesquieu, *temos, porém, a experiência eterna de que todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite*. Compreendido o alcance do abuso do poder, quer político, quer econômico, deve o ordenamento jurídico cercá-lo de mecanismos aptos a contê-lo, sempre buscando garantir a igualdade de todos e o efetivo exercício da cidadania, que ostenta as faces ativa e passiva, vale dizer, o direito de votar e de ser votado em igualdade de condições com os demais.

Consoante o mesmo autor, configuram condutas passíveis de ser configuradas como abuso do poder político: a violação ao princípio da impessoalidade dos atos da Administração Pública; a prática de atos que importem em improbidade administrativa; a contratação de eventos artísticos, pagos com recursos públicos, para a realização de inaugurações nos três meses que antecederem as

eleições; bem como a violação a qualquer dos dispositivos do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

No tocante ao mencionado art. 73 da Lei das Eleições, destaca-se o § 5º, o qual determina que, nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do *caput*, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta vedada e da aplicação de penalidade pecuniária, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma:

**Art. 73.** São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal,

estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

(...)

VI – nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou

municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

(...)

§ 5º. Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do *caput*, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.

Ou, como leciona Castro (2008, p. 353):

Quando o agente público descreve uma das condutas ali tipificadas [*no art. 73 da Lei Eleitoral*], acaba por abusar do exercício de suas funções, valendo-se da condição de agente da Administração para beneficiar candidatura própria ou de terceiro. Então, incorre na causa de inelegibilidade [se e quando a conduta assumir potencial lesivo à normalidade do pleito] fixada na Lei Complementar nº. 64/90, art. 1º, inciso I, d,

a ser reconhecida pela Justiça Eleitoral, em sede de Investigação Judicial Eleitoral, cuja sentença de procedência leva ao impedimento tanto para as eleições em que se verificar o abuso, quanto para aquelas que se realizarem nos 3 anos seguintes. (...) Pode-se dizer, como pá de cal, que a Lei Eleitoral apenas tipificou condutas caracterizadoras do abuso do poder político já previsto na Lei Complementar nº 64/90 como causa de inelegibilidade. Nunca é demais lembrar que a prática da conduta vedada só levará à inelegibilidade quando tiver o potencial de afetar a normalidade e legitimidade das eleições – abuso de poder qualificado. E que essa mesma conduta vedada, quando comportamento isolado, ou seja, sem aquele potencial lesivo, tipifica-se como infração administrativa eleitoral – abuso de poder simples – sancionada com multa e cassação do registro ou diploma.

*Data venia*, parece extremamente contraditório que um fato que configure comportamento isolado seja capaz de acarretar a cassação do registro ou do diploma, com efeitos imediatos, enquanto que a I.J.E., na prática, somente vai servir como prova pré-constituída a embasar o Recurso contra a Expedição de Diploma e/ou a Ação de Impugnação

de Mandato Eletivo. De fato, a Investigação raramente obtém o trânsito em julgado necessário à cassação do registro em tempo hábil, consistindo a outra penalidade (inelegibilidade a partir de três anos da ocorrência do fato abusivo), em mera ficção jurídica. Destarte, torna-se inviável a cassação do mandato no bojo da própria I.J.E., em razão da contradição entre o art. 15 e o art. 22, inciso XV, da Lei Complementar nº 64/90.

É de bom alvitre lembrar que o abuso de poder, em muitos casos, vem mesclado com atos de improbidade administrativa, a qual deve ser apurada no âmbito da Justiça Comum, através do procedimento disciplinado pela Lei nº 8.429/1992, o que pode acarretar a suspensão dos direitos políticos, a teor do que estabelece o artigo 15, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Em relação à legislação eleitoral, ainda é importante mencionar a Lei nº 6.091/1974, que disciplina o fornecimento gratuito de meios de transporte no dia de eleições, o que, por evidente, implica em considerações acerca do abuso de poder, tanto político como econômico.

Deste modo, para que se adquira uma maior efetividade, o abuso de poder eleitoral, seja político, seja econômico, deve ser tratado como ponto de partida para incidências normativas outras, que não estritamente as normas eleitorais, sejam tais incidências de direito penal, direito administrativo, de direito empresarial, direito econômico etc.

## **2. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL E A TUTELA DO ABUSO DE PODER NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO**

O Direito Eleitoral disponibiliza a Ação de Investigação Judicial Eleitoral para punir o abuso nas eleições, pelas diversas maneiras como este pode ser praticado, sendo o principal meio, por consequência, para se garantir a normalidade do processo eleitoral e a legitimidade do pleito, bens jurídicos tutelados como valores fundamentais à eficácia social do regime representativo.

O art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 descreveu o seu procedimento, competência, legitimidade ativa e passiva, prazos e consequências do seu julgamento.

No que se refere à natureza jurídica da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, considerando seus efeitos, registra-se ser uma ação cognitiva com carga decisória, de consistência desconstitutiva ou constitutiva negativa (no caso em que cassa o registro) e carga puramente declaratória, no caso em que declara a inelegibilidade por três anos. Com tal ação, busca-se a declaração judicial da ocorrência de abuso que afeta ou afetou a normalidade e a legitimidade da eleição e, conforme o momento em que venha a ocorrer, essa declaração judicial será acompanhada da constituição ou desconstituição de uma situação jurídica, ou seja, a cassação do registro de uma candidatura, e a inelegibilidade.

Interessante destacar que, antes da edição da LC nº 64/90, o artigo 237 do Código Eleitoral permitia que qualquer



eleitor pedisse a abertura de Investigação. Contudo, o artigo 22, *caput*, da mencionada Lei Complementar, determina que são partes legítimas para pedir a abertura de Investigação Judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, qualquer partido político, coligação, candidato ou o Ministério Público Eleitoral. Tal restrição à legitimidade do eleitor não prejudica o caráter democrático do instituto, haja vista que qualquer cidadão pode dirigir-se ao Ministério Público para relatar irregularidades, a fim de que seja intentada a ação respectiva.

Quanto à competência para processamento e julgamento, o mesmo dispositivo legal dispõe que a Ação de Investigação Judicial Eleitoral será apresentada diretamente ao Corregedor Geral em se tratando de eleições presidenciais e ao Corregedor Regional nas eleições gerais (governador, vice-governador, senador, deputado federal e deputado estadual/distrital). Em se tratando de eleições municipais, dispõe o artigo 24 da mencionada norma que a ação de Investigação Judicial Eleitoral deverá ser proposta perante o Juiz Eleitoral designado pelo Tribunal Regional Eleitoral correspondente.

A Investigação Judicial Eleitoral tem como objetivo demonstrar que determinado candidato, ou quaisquer pessoas em benefício de um candidato, afetaram a lisura do pleito, comprometendo a normalidade e a legitimidade da eleição ao fazerem uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou ainda, por

se valerem indevidamente de veículos ou meios de comunicação social.

Trata-se do primeiro instrumento, no processo eleitoral, disponibilizado para se buscar apurar e impedir abusos nas eleições. O rito processual previsto na legislação, artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990, busca proporcionar uma tramitação rápida da Investigação Judicial Eleitoral, com a finalidade de se obter um julgamento em tempo hábil, a impedir que o beneficiado pelos atos praticados em detrimento da normalidade e legitimidade da eleição exerça o mandato eletivo conquistado nestas condições.

A tarefa imposta ao legislador infraconstitucional pelo artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988, gerou a Lei Complementar nº 64/1990. O citado diploma legal, em seu artigo 1º, inciso I, alínea “d”, indica que se tornam inelegíveis os que tenham contra si representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso de poder econômico ou político.

A mencionada inelegibilidade incide para a eleição na qual o condenado concorreu, bem como para as que se realizem nos três anos seguintes. Além disso, essa condenação é extensível a todos que tenham contribuído para a prática do ato, pelo mesmo período de três anos, a teor do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/1990, bem como acarreta a negação ou cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pelo abuso, ou a declaração de nulidade do diploma, se já expedido (art. 15). Ressalva-se, mais uma vez, a incongruência entre o art. 15

e o art. 22, XV, da multicitada LC nº 64/90, razão pela qual os Juízes e Tribunais Eleitorais não cassam o diploma em sede de I.J.E.

Na verdade, o conceito de abuso de poder econômico transcende aos limites traçados pelas regras de financiamento estabelecidas pela Lei das Eleições (que, por sinal, não obstante ser lei ordinária, inobservado, portanto, o preceito de que as inelegibilidades devem ser reconhecidas no bojo de leis complementares, tem tido sua constitucionalidade reconhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral). O abuso pode se transfigurar nas mais diversas situações, por meio das mais variadas condutas, tanto comissivas como omissivas, que podem interessar a variados ramos do Direito.

Garcia (2006, p. 36) aponta as formas mais comuns de abuso de poder econômico:

- a) Utilização indevida de transporte nas eleições, com violação do que estabelece a Lei nº 6.091/1974.
- b) Recebimento e utilização de doações oriundas de entidades ou governos estrangeiros, órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, concessionárias ou permissionárias de serviço público, entidade de direito privado que receba como beneficiária contribuição compulsória em virtude de disposição legal e outras, elencadas no artigo 24 da Lei nº 9.504/97.

c) Realização de gastos eleitorais em montante superior ao declarado (conforme artigos 18 e 25 da Lei das Eleições).

d) Utilização de numerário e serviços (v.g.: serviço gráfico) do próprio candidato, sem incluí-los no montante dos gastos eleitorais.

Mas, com base no já exposto no presente trabalho, questiona-se: a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é capaz de tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro?

### **3. RAZÕES PELAS QUAIS A INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL, DA MANEIRA COMO ESTÁ POSITIVADA, MOSTRA-SE INCAPAZ DE TUTELAR O ABUSO DE PODER NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO**

Oliveira (2005, p. 52) discorre, com propriedade, acerca da inexistência de balizamento legal definido no tocante ao conceito de abuso de poder:

Não constituindo o abuso de poder conceito fechado, passível de objetiva verificação, mas conceito aberto e indeterminado, a atividade de controle demanda a aplicação de referenciais e padrões quase sempre extralegais para a constatação da licitude do uso do poder, e, por exclusão, para a aferição do abuso de poder.

Portanto, é fundamental que a legislação eleitoral estabeleça parâmetros mínimos e seguros que confirmem visibilidade aos abusos, impedindo que a sua caracterização fique ao sabor da flutuação do subjetivismo do aplicador da lei, ele também sujeito às influências de tal abuso e da conjuntura política local, o que, evidentemente, enfraquece a efetividade do controle dos abusos e abala o equilíbrio do sistema representativo.

Outra dificuldade enfrentada no que tange às Investigações Judiciais Eleitorais é que não há consenso acerca do prazo inicial para a sua propositura, à míngua de previsão legal:

Fichtner (1998, p. 150) sustenta que, mesmo antes da apresentação do registro do candidato, pode ser oferecida representação, inexistindo limitação temporal, ao passo que Joel J. Cândido (1998, p. 135) entende que a representação pode referir-se a fatos anteriores ao registro, mas só pode ser oferecida posteriormente a este.

Adriano Soares da Costa (2002, p. 523) afirma que o pedido de registro de candidato, mesmo pendente de recurso, é

o *dies a quo* para a propositura da ação de investigação judicial eleitoral, data em que se inicia a atividade administrativa da Justiça Eleitoral.

Em decisão afinada com o interesse do resguardo da lisura dos pleitos eleitorais e a efetividade do principal instrumento jurisdicional de combate ao abuso de poder nas eleições, o Tribunal Superior Eleitoral admitiu, em tese – uma vez que não reconhecida, no caso concreto, a prática de abuso -, o ajuizamento de investigação judicial eleitoral, com fundamento em violação ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal, para apuração de abuso de poder de autoridade relativo a fato ocorrido nos três meses anteriores à eleição, ampliando, por outro prisma, a natureza das matérias passíveis de controle através da investigação judicial, notável evolução jurisprudencial que se extrai dos seguintes trechos da ementa de recente decisão daquele egrégio Tribunal:

‘(...) IV – É admissível, ao menos em tese, que, em situações excepcionais, diante de eventual violação ao § 1º do art. 37 da Constituição, perpetrada em momento anterior aos três meses que antecedem as eleições, desde que direcionada a nelas

influir, com nítido propósito de beneficiar determinado candidato ou partido político, seja a apuração dos reflexos daquele ato no processo eleitoral, já em curso, promovida pela Justiça Eleitoral, mediante investigação eleitoral.

V – Inconveniência de se impor rigidez absoluta à delimitação da matéria a ser submetida, em sede de investigação judicial, ao exame da Justiça Eleitoral, ante a sofisticação com que, em matéria de eleições, se tem procurado contornar os limites da lei, cuja fragilidade é inegável, na tentativa de se auferir benefícios incompatíveis com a lisura e a legitimidade do pleito.' T.S.E./Representação nº 404/ DF, Ac. 404, j. 5.11.2002, DJ de 28.03.2003, rel. Min. Sálvio de Figueiredo. *Apud* OLIVEIRA, p. 59/60.

Com efeito, a posição aqui defendida é a de que não deve haver limitação temporal para a propositura da Investigação Judicial Eleitoral, a uma, porque determinadas pré-candidaturas tornam-se públicas bem antes do período de realização das convenções partidárias, e, por conseguinte, do pedido de registro de candidaturas; a duas, diante da possibilidade conferida pelo art. 22, inciso I, alínea *b*, da Lei das Inelegibilidades, de suspensão imediata do ato que deu motivo à Investigação; e, a três, porque a sanção

de inelegibilidade não alcança somente os candidatos, mas também outras pessoas que tenham contribuído para a prática de abuso de poder com finalidade eleitoral.

Quanto ao termo final para a propositura das ações em tela, o T.S.E. tem evoluído em sua jurisprudência, permitindo o ajuizamento das Investigações até a data da diplomação dos eleitos.

Contudo, tal evolução não contribui para os resultados pretendidos. Na prática, é altamente improvável a cassação do registro em sede de Investigação Judicial Eleitoral, com trânsito em julgado, antes da diplomação dos eleitos. Então, a ação que, em tese, deveria combater com eficácia o abuso de poder, em quaisquer de suas modalidades, vai servir apenas como prova pré-constituída para o ajuizamento do Recurso contra a Expedição de Diploma e da Ação de Impugnação de Mandato Eletivos (nos prazos de três e quinze dias após a diplomação, respectivamente).

É necessário e urgente que o Direito Processual Eleitoral brasileiro seja unificado, a fim de que adquira coerência e eficácia, cediço que há uma verdadeira miscelânea de ações judiciais, algumas tramitando concomitantemente e distribuídas a relatores distintos nos tribunais, tratando dos mesmos fatos, com as mesmas partes e, freqüentemente, buscando efeitos semelhantes.

Tal realidade contribui para assoberbar ainda mais o nosso sofrido Poder Judiciário, ao tempo em que se corre o risco da prolação de decisões contraditórias, eis que a Corte Superior Eleitoral tem afirmado, peremptória e continuamente, não haver conexão entre a Investigação



Judicial Eleitoral, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, o Recurso Contra a Expedição de Diploma e a Representação pelo art. 41-A da Lei das Eleições:

A representação prevista na Lei nº 9.504/97, a ação de investigação judicial eleitoral e a ação de impugnação de mandato eletivo são autônomas, possuem requisitos legais próprios e conseqüências distintas. O trânsito em julgado de uma não exclui, necessariamente, a outra (RESPE nº 21.380, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, j. 24/6/04).

Ao discorrer sobre os efeitos da sentença que reconhece o abuso, Oliveira (p. 65-66) sintetiza os diferentes entendimentos acerca do disposto nos incisos XIV e XV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90:

Adriano Soares da Costa (2002, p.169) sustenta que o inciso XV do art. 22 da Lei Complementar 64/90 é um atentado à democracia e à legalidade do processo eleitoral, a pretexto de sua cínica capa moralizadora, constituindo 'estelionato legislativo' e criando a certeza da impunidade aos maus políticos. A lei prescreve que se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, somente serão remetidas cópias

do processo ao Ministério Público, para o fim de ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo ou recurso contra a expedição de diploma, afastando a incidência do art. 15 do mesmo diploma legal, que prevê cancelamento do registro ou a nulidade do diploma quando transita em julgado a decisão que declara a inelegibilidade.

Emerson Garcia (2000, p. 163), entendendo ser incabível a anulação do diploma, em virtude de decisão proferida em investigação judicial eleitoral, após a diplomação, sustenta a inaplicabilidade da norma do art. 15 da LC 64/90.

José Antonio Fichtner (1998, p. 150) afirma que o art. 15 da LC 64/90 autoriza, pela via da investigação judicial eleitoral, a anulação do diploma expedido, sob o entendimento de que a aplicação da restrição de inelegibilidade, no sistema da investigação judicial eleitoral, não depende da desconstituição do registro.

Djalma Pinto (2000, p. 152) alega que a impossibilidade da cassação do mandato, na ação de investigação judicial, foi mais um óbice, erigido pelo próprio legislador, à efetiva moralização do processo eleitoral, aduzindo que se a investigação é um

autêntico processo de conhecimento que permite a cassação do registro, seria apta para a subtração do mandato, não se justificando que a ilicitude do abuso possa ter seus efeitos minorados porque apurado após a eleição. Prossegue o citado autor, sustentando a inconstitucionalidade das normas que permitem a permanência no exercício do mandato de quem o obteve mediante abuso do poder econômico ou de autoridade, constatado pela Justiça Eleitoral, pela total paralisação da eficácia do comando constitucional que reprime a obtenção do mandato através de abuso do poder. Eis a lição:

‘O preceito da Lei Complementar que enseja a permanência, no exercício do mandato, de quem o obteve mediante abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, constatado pela própria Justiça Eleitoral, é obviamente inconstitucional por subverter a própria finalidade precípua de sua elaboração. É fácil perceber isso. A Lei Complementar não teve a sua edição recomendada pela Constituição para tutelar mandato obtido mediante abuso do poder econômico ou do poder de autoridade. Sua atribuição é, justamente, contrária: erigir óbices para impedir o acesso ao mandato

de quem praticou atos repelidos pelo Constituinte.

Ao concorrer ela, justamente, para tornar factível aquilo que a Constituição reprime, torna-se, nesse ponto, irremediavelmente, inconstitucional' (PINTO, 2000, p. 155).

Não é demais ressaltar a incoerência entre os efeitos da Investigação Judicial Eleitoral e os da Representação por Captação Ilícita de Sufrágio (art. 41-A da Lei Eleitoral):

(...) a interpretação literal do inciso XV do art. 22 da Lei de Inelegibilidade, no sentido de que o julgamento da investigação judicial após as eleições não tem o condão de ensejar a cassação do registro, não resiste ao singelo confronto com o mais novo instrumento de coibição de abuso de poder nas eleições, previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 9.840/99. A recente jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral não vacila em reconhecer que um único fato isolado caracterizador da incidência da norma do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que pune a captação ilícita de sufrágio, pode acarretar a cassação do registro ou do diploma do candidato, com imediato cumprimento, mesmo se proferida após a diplomação do eleito, sob o fundamento de que a referida norma

protege a vontade do eleitoral, não gerando a inelegibilidade.

Ora, não é razoável que a aplicação do mecanismo do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, a fato isolado, sem potencialidade para influir no resultado da eleição em favor de seu praticante ou beneficiário, possa ser dotado de maior carga de eficácia que o previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, em hipótese na qual o resultado da disputa tenha sido efetivamente afetado pelo abuso, situação reconhecida por decisão transitada em julgado somente após a eleição, apenas porque não acarretaria a inelegibilidade do candidato (OLIVEIRA, p. 68/69).

Destarte, deduz-se que a criação do art. 41-A pela denominada Lei dos Bispos derivou do anseio e da indignação da sociedade brasileira diante de uma legislação eleitoral desprovida de eficácia, incapaz de afastar do poder quem dele abusou para atingir determinado cargo eletivo.

E mais: a Investigação Judicial Eleitoral, da maneira como está positivada, é o exemplo mais marcante da ineficácia do Sistema Eleitoral Brasileiro.

Outro tema farto de posições oscilantes, que comprova a incapacidade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral para tutelar o abuso de poder nas eleições, é a propaganda eleitoral.

De fato, o egrégio T.S.E. já entendeu que seria suficiente, para a configuração do abuso, a produção de cartazes de festas e convites de bailes onde conste o nome do candidato a apoiar a realização desses eventos, como no caso objeto do Acórdão 13.428, no Recurso Ordinário 9.354/RS.

Em outra oportunidade, porém, a mesma Corte entendeu que não configurariam abusos o fato de ser divulgada fotografia de festa de aniversário do candidato, bem como o fato de ter sido homenageado, durante partida de futebol, pelo time do qual é benemérito, por ocasião do seu aniversário, pois, à época desses fatos, o candidato já era Deputado Estadual, homem público e, portanto, sujeito a eventos e festividades dessa natureza, segundo o entendimento do Acórdão n.º 719/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/12/05.

No que tange aos fatos que configurem, em tese, abuso de poder e propaganda irregular, a posição da Corte Superior Eleitoral é a seguinte:

“(…) É cabível o desmembramento de representação por infrações cometidas em espaço de propaganda partidária, quando a conduta, a um só tempo, em tese, ensejar apreciação sob a ótica da investigação judicial e das representações relativas ao desvirtuamento da propaganda partidária e ao descumprimento da Lei Eleitoral, para que o processo e julgamento se dêem conforme a competência prevista em lei.

(...)” (Ac. no 639, de 15.6.2004, rel. Min. Peçanha Martins; no mesmo sentido os acórdãos nos 641, 642 e 643, de 15.6.2004, rel. Min. Peçanha Martins e 646, de 18.12.2003, rel. Min. Barros Monteiro.)

Em face de todo o estudo doutrinário realizado, bem como dos vários exemplos citados na jurisprudência pátria, pode-se afirmar que não existem critérios objetivos para a configuração de atos abusivos, variando os julgamentos ao ensejo das circunstâncias e de um saber jurídico-eleitoral que ainda carece firmar conceitos.

Além disso, urge que haja uma reforma no instituto da Investigação Judicial Eleitoral, com a declaração da inconstitucionalidade do inciso XV do art. 22 da Lei das Inelegibilidades, bem como alterações outras, a exemplo do prazo do ajuizamento da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e do Recurso Contra a Expedição de Diploma, quando fundamentados em I.J.E., conforme sugerido por Adriano Soares da Costa (2006, p. 605/607), para que tenham seu início com o trânsito em julgado da decisão proferida na Investigação, e não com a diplomação (*apud* Oliveira, p. 73).

O ideal, na verdade, é que sejam eliminadas as incongruências da Lei das Inelegibilidades, mormente no que concerne ao inciso XV de seu art. 22, possibilitando, destarte, a cassação do diploma no bojo da própria Ação de Investigação Judicial Eleitoral, independentemente do tempo de seu julgamento. Tal medida contribuiria sobremaneira

para tornar despiciendo o ajuizamento de outras ações eleitorais.

Outrossim, deve ser alterada a famigerada pena de inelegibilidade por três anos a partir da eleição em que foi praticado o ato abusivo, pois tal penalidade, como já dito, consiste em mera ficção jurídica, tipicamente elaborada por quem dela possa tirar proveito. Impende que a inelegibilidade seja decretada a partir do trânsito em julgado da decisão que a declarar, sob pena da continuidade da ineficácia do instituto e conseqüente perda de objeto de várias demandas eleitorais.

## **CONCLUSÃO**

Em resposta à questão apresentada na introdução deste estudo (a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é capaz de tutelar o Abuso do Poder no Direito Eleitoral Brasileiro?), concluiu-se que a configuração do ato abusivo nas eleições ainda carece de critérios objetivos, variando, assim, ao sabor das circunstâncias e de um saber jurídico-eleitoral que ainda precisa firmar conceitos e jurisprudência uniforme em relação ao tema.

Concluiu-se, principalmente, ser de extrema urgência uma reforma na Lei Complementar nº 64/90, para adequá-la aos valores inseridos no § 9º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

A doutrina pesquisada neste estudo sugere que um caminho, enquanto não se atinge uma legislação eleitoral dotada de funcionalidade, é o de tentar uniformizar os



entendimentos jurisprudenciais acerca do abuso de poder, seja econômico, político ou dos meios de comunicação social.

Neste cenário, é essencial que a influência do poder econômico, quando nociva, seja fiscalizada por meio de critérios qualitativamente objetivos, a preservar os princípios constitucionais, não simplesmente acomodando-os ao presente estado de coisas.

Em suma, entende-se que o abuso de poder nas eleições deve ser tratado como um ponto de partida para incidências normativas outras, que não estritamente as normas eleitorais (direito penal, direito administrativo, direito empresarial, direito comercial, direito econômico, entre outros). Mas, para tanto, é preciso que sejam estabelecidos critérios objetivos para que a jurisprudência seja uniformizada e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral passe a ser efetiva na tutela do Abuso de Poder nas eleições brasileiras.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Manual de Legislação Eleitoral e Partidária – Eleições Municipais 2008*. Fortaleza: Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, 2008.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. Atualizado de acordo com a Lei 11.300/2006 e com as resoluções do T.S.E. para as eleições de 2008. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6º edição.

Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DANTAS, S. de Araújo. *Direito Eleitoral: Teoria e Prática do procedimento das Eleições Brasileiras*. Curitiba: Juruá, 2004.

GARCIA, Emerson. *Abuso de Poder nas Eleições – Meios de Coibição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3º edição. Julho de 2008. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Pluralismo Político: Subsídios para Análise dos Sistemas Partidário e Eleitoral Brasileiros em face da Constituição Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. *Abuso de Poder nas Eleições: a Inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

## **A PRISÃO CIVIL NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

***Sávio Alexandre Caldas Bezerra***

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará  
Pós-graduando em Direito Constitucional pela ESMEC – Escola  
Superior da Magistratura do Estado do Ceará

### **RESUMO**

O presente artigo busca abordar o tema da prisão civil, analisando sua positivação nos tratados internacionais de direitos humanos, auferindo sua importância em relação ao direito internacional dos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo o seu disciplinamento no Brasil, e verificando a adequação da Constituição Federal e dos julgados pátrios com os tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direitos humanos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Prisão civil.

### **1 INTRODUÇÃO**

Modernamente, cada vez mais se percebe uma forte

influência do direito constitucional, de ordem pública, sobre o direito privatista ou privado, seja em virtude do surgimento e evidenciação de novos direitos, seja pelas transformações do Estado, que convergiu de uma posição autoritária e absolutista para o Estado liberal, e ainda depois, notadamente no século XX, para o Estado social (ou Estado pós-social de Direito, para alguns), momento em que assumiu uma participação mais ativa na sociedade.

No momento em que assume essa postura, o Estado se coloca na posição de devedor de prestações positivas da sociedade, como apregoa Robert Alexy:

*Para el problema de los derechos subjetivos a prestaciones tienen importancia, sobre todo, las decisiones en las que no solo se habla – como suele suceder – de obligaciones objetivas Del Estado, sino que, además, se analizan derechos subjetivos a acciones positivas.<sup>1</sup>*

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou força, assumindo em muitos países, inclusive no Brasil, nas palavras de Pedro Lenza, a condição de “*princípio matriz de todos os direitos fundamentais*”<sup>2</sup>. A

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p 422.

<sup>2</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007, p. 37.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, vai ainda mais longe, conferindo à dignidade da pessoa humana o *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, ainda estabelecendo a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a reger a República em suas relações internacionais (art. 4º, inciso II).

A dignidade da pessoa humana é conceituada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção. Na concepção de Kant, a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado como objeto.

Ingo Wolfgang Sarlet, tratando do tema, assevera que:

...em se elevando em conta que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for a própria existência humana. Aliás, apenas quando (e se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática ora versada... o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta

permanente da humanidade, do Estado e do Direito.<sup>3</sup>

Portanto, temos que a dignidade, uma vez encarada como pressuposto latente da essência do ser humano, está íntima e indissociavelmente vinculada aos direitos fundamentais do homem, que, por sua vez, quando aplicados a todos os indivíduos indistintamente, representam os direitos humanos no plano internacional.

Importante destacar a proximidade de conceitos entre direitos fundamentais e direitos humanos, mais uma vez nas palavras de Ingo Sarlet:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, ... independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional ... de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 27.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 35.

A indissociabilidade entre dignidade da pessoa humana e direitos humanos fundamentais encontra respaldo mesmo nos ordenamentos jurídicos onde a dignidade não possui referência expressa, pois é condição de valor que norteia toda a ordem jurídica, desde que se reconheçam e se assegurem direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Da mesma forma, a dignidade, por si só, se constitui em elemento pré-existente, anterior a qualquer especulação no campo do Direito.

A partir da perspectiva de que todo homem tem assegurados direitos e prerrogativas mínimas como forma de garantir a preservação de sua dignidade, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, responsável pela proteção da dignidade humana em todo o mundo, através da discussão sobre a amplitude do caráter “absoluto” de dignidade e em que situações o mesmo poderia ser contraposto. Tem ainda como um de seus fundamentos a relativização da soberania estatal em detrimento da aplicação dos direitos humanos, eis que não apenas os particulares, mas, sobretudo os Estados, têm o dever de promover e assegurar a aplicação desses direitos.

Faz-se necessário ressaltar que a noção de dignidade encontra abrigo, embora não de forma isolada, na liberdade individual, ou na “*capacidade para a liberdade*”, como definiu Ingo Wolfgang Sarlet<sup>5</sup>. Sem liberdade, continua o autor, “*não*

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 87.

*haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada”.*

Justamente no universo de inúmeros temas de acentuada relevância associados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a prisão civil tem se destacado, em virtude de sua extremada importância, pois ataca a liberdade de locomoção, princípio de importância ímpar, uma vez que a prisão se constitui em exceção nos ordenamentos jurídicos vigentes em muitos países, inclusive no brasileiro.

O cerne da questão reside no conflito entre as normas de direitos humanos provenientes de tratados assinados e recepcionados pelo Estado e as normas de Direito interno. Isto porque em muitos casos a norma de Direito interno tem prevalecido, contrariando a regra que chancela a primazia da norma de proteção dos direitos humanos contida em tratado internacional.

Aplicando a norma de Direito Internacional inscrita no tratado, o Estado signatário cumpre a obrigação assumida diante da comunidade internacional. Caso contrário, provoca grave ofensa à dignidade da pessoa humana, incidindo em violação da norma do tratado ou convenção, em ato que poderá ensejar sua responsabilidade no campo internacional.

No Brasil, a celeuma, que parecia se aproximar do fim com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual tratou de conferir aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos o caráter de emenda constitucional, depois de aprovados por quórum especial, ocasionou o surgimento de inúmeras teorias acerca do alcance das normas já recepcionadas pelo ordenamento



jurídico brasileiro e também daquelas que porventura venham a ser ratificadas pelo país.

O debate tem envolvido o campo doutrinário de forma intensa, além de promover discussões nos juízos singulares e nos tribunais do país, inclusive os superiores.

O tema, que parecia estar longe de se tornar pacífico, tomou uma tendência de definitividade no plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento de dois recursos extraordinários e um *habeas corpus*.

A seguir, trataremos de forma mais analítica alguns dos importantes aspectos relacionados à matéria.

## **2 PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA: CONCEITO, HIPÓTESES, ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

### **2.1 Conceito e hipóteses**

Diversas são as conceituações acerca da prisão civil. Dentre elas, destaca-se a do professor Álvaro Villaça Azevedo, ao aduzir que:

Prisão civil é a que se realiza no âmbito, estritamente, do Direito Privado, interessando-nos, ...essencialmente, a que se consuma em razão de dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil... Entendemos, desse modo, que a prisão civil é o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei,

mediante segregação celular, do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação.<sup>6</sup>

Portanto, a prisão civil caracteriza-se pela privação da liberdade de uma pessoa, para o fim de constrangê-la, forçá-la a adimplir uma obrigação de natureza civil, sem conotação de punição.

As duas hipóteses mais comuns de prisão civil por dívida, verificadas em alguns ordenamentos espalhados pelo mundo, inclusive no Brasil, dizem respeito ao devedor de prestação de caráter alimentar e ao depositário infiel. Contudo, alguns ordenamentos previam ou ainda prevêem a prisão por dívidas contra o erário ou em casos de fraude contra credores ou insolvência fraudulenta.

## **2.2 Origens e evolução histórica**

A prisão por dívida pode ser verificada nas mais longínquas eras da antiguidade.

O Código de Hamurabi, elaborado na época em que governou na Babilônia o rei de mesmo nome, no período compreendido entre 1728 e 1686 a.C, já previa a prisão por dívidas em alguns de seus artigos. Da mesma forma, relatos bíblicos apontam para o pagamento de dívidas com a

---

<sup>6</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil Por Dívida**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45.

escravidão de membros da família do devedor. No segundo livro dos Reis, em seu capítulo 4, versículo 1, observamos que “Certa mulher, das mulheres dos discípulos dos profetas, clamou a Eliseu, dizendo: meu marido, teu servo, morreu; e tu sabes que ele temia ao Senhor. É chegado o credor para levar os meus dois filhos para lhe serem escravos”<sup>7</sup>. Embora não se verificasse o encarceramento propriamente dito, o escravo sujeitava-se às ordens do seu senhor, o que caracterizava uma séria restrição na liberdade do indivíduo.

Ainda verifica-se a prisão por dívida no Código de Manu, de origem hindu (século XIII a.C.), e no antigo Egito. No Direito Romano, essa obrigação derivava do *nexum*, situação de inferioridade jurídica do plebeu em relação ao patrício, em que o plebeu, não conseguindo crédito, vinculava sua própria pessoa. Caso não efetuasse o pagamento do crédito liberado, poderia ser colocado em cárcere privado do credor.

A Lei das XII Tábuas também admitia a prisão por dívida e a execução pessoal do devedor. Somente a partir do advento da *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C., o inadimplemento do débito passou a ensejar não mais a execução pessoal do devedor, mas apenas do seu patrimônio.

Na Idade Média e na Idade Moderna a prisão do depositário infiel esteve presente nas legislações da Itália,

---

<sup>7</sup> **Bíblia de estudo de Genebra**, São Paulo: Cultura Cristã, 2000, p. 432.

França e Inglaterra.

No período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, chamado de “Século das Luzes”, o movimento iluminista contribuiu substancialmente para que se abolisse o uso da prisão civil como forma de coerção para o cumprimento de uma obrigação contratual em quase todos os países da Europa.

### **3 A PRISÃO CIVIL NO DIREITO COMPARADO**

#### **3.1 Itália**

A prisão civil por dívida no Direito Italiano resumia-se aos casos de condenações criminais *ex delicto*. Contudo, o Código Civil de 1942 tratou de abolir tal previsão.

No tocante aos débitos de natureza alimentar, não existe a possibilidade de prisão civil pelo seu inadimplemento. Todavia, a conduta é considerada crime de violação das obrigações de assistência familiar, punido com reclusão de até 01 (um) ano mais multa (art. 570 do Código Penal Italiano).

#### **3.2 França**

O Direito Francês sempre esteve dividido quanto à aplicação da prisão civil. Alguns governantes tentaram abolí-la, outros mantê-la.

Em 1274, época em que ainda vigia o feudalismo, a prisão por dívidas foi parcialmente abolida, aplicando-se

somente aos casos de débito com o Tesouro Público, mas em 1867, deixou de existir definitivamente.

Já os débitos de natureza alimentar têm previsão similar ao Direito Italiano, prevendo a impossibilidade de prisão civil, mas tipificando a conduta como crime de abandono de família, caracterizado a partir do não pagamento de dois meses de pensão alimentícia, prevendo pena de prisão de três meses a um ano ou pagamento de 300 (trezentos) a 6.000 (seis mil) francos, além da destituição dos direitos civis e do pátrio poder.

### **3.3 Inglaterra**

A prisão por dívidas na Inglaterra apresentava, em alguns casos, aspectos de extrema crueldade, como a mutilação do corpo daquele que não adimplia com a obrigação pactuada.

A revolta social contra esses procedimentos foi intensa e incisiva, levando a Rainha Vitória a abolir a prisão por dívidas em 1869, através do *Debtor's Act*, que excetuou apenas a hipótese de insolvência fraudulenta por período não superior a seis semanas.

### **3.4 Argentina**

Oriundas da legislação espanhola, as disposições legais argentinas permitiam a prisão civil por dívida. A lei nº 50, de 1863, cuidou de estabelecer a prisão por dívidas de cunho civil e comercial.

Contudo, a exemplo da legislação inglesa, a lei nº 514, de 1872, tratou de abolir a prisão civil, excetuando os casos de falência e insolvência civil decorrentes de dolo ou fraude por parte do devedor.

### **3.5 Estados Unidos**

Em virtude da adoção do chamado federalismo clássico nos Estados Unidos, onde cada um dos Estados federados elabora suas próprias leis, ainda encontramos a prisão por dívidas de cunho alimentar em alguns desses Estados, principalmente para os casos de filhos de pais separados que se encontram sob a guarda da mãe.

## **4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PRISÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

### **4.1 Origem e evolução**

O Brasil, em virtude do longo período de colonização, e mesmo após sua independência, adotou o Direito Português. Até a elaboração de legislação própria, as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos e Regulamentos Portugueses continuavam vigendo no País.

Naqueles dias, Portugal sofria influência do Cristianismo, em ascensão por toda a Europa, e adotava postura que atenuava a opção pela prisão, tornando sua incidência cada vez menos utilizada.

Esse critério foi adotado em toda a legislação brasileira

superveniente, que tratou de permitir a prisão civil apenas em hipóteses de relevante e extremada importância.

#### **4.1.1 A herança portuguesa**

A prisão civil está presente no ordenamento jurídico do Brasil desde o início da colonização, uma vez que já se encontrava amparada nas Ordenações Manuelinas, de 1521, nos mesmos termos do que fora antes instituído nas Ordenações Afonsinas, de 1446, conforme nos informa o professor Álvaro Villaça Azevedo:

A prisão civil por dívida existiu no primitivo Direito Português, herdada dos Romanos, após terem passado às fontes jurídicas visigóticas, aparecendo nos Foros de Castelo Bom, transcritos na obra de Gama Barros, bem como em legislação de meados do século XIII. Até o início do século XV já estava bem delineado no Direito Português o instituto da prisão civil por dívida, não podendo esta ser decretada sem que fossem, antes, executados os bens do devedor.

Mesmo que fosse insuficiente o patrimônio do devedor ao pagamento do seu débito, para evitar a prisão poderia ele oferecer ao credor todos os seus bens, a não ser que o débito fosse à Coroa. Em caso de atuação ilícita, mesmo tendo bens, o devedor deveria

ser preso e “pagar” na cadeia.

Destaque-se, nesse passo, que o Alvará de 11.01.1517 proibiu, de modo geral, que fosse decretada prisão civil por pequenas dívidas, relativas a alimentos, quando os alimentantes não tivessem condições de realizar o pagamento.<sup>8</sup>

Com a unificação ibérica em 1850, Portugal passou para o domínio espanhol, ocasião em que foi aclamado o Rei Felipe II, e editadas as Ordenações Filipinas, em 1603.

A prisão civil por dívida permaneceu com as mesmas características do código anterior, mas o devedor não seria preso antes da condenação judicial transitar em julgado, caso não tivesse agido de forma ilícita, a não ser que fosse considerado foragido.

Mesmo entrando em vigor o Código Criminal de 1830, a prisão do depositário foi mantida não só na ação civil prevista nas Ordenações Filipinas, mas também no processo criminal (arts. 258 e 265).

#### **4.1.2 A prisão civil no ordenamento infraconstitucional brasileiro**

A primeira legislação brasileira a tratar do tema da prisão civil foi o Código Civil de 1916, que previa a prisão para o depositário infiel em seu art. 1287, trazendo o seguinte

---

<sup>8</sup> Ob. citada, p. 50-51.



teor: “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que não o restituir quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos”.

O Código de Processo Civil de 1939 (art. 920) acrescentou a hipótese de prisão para os casos de devedor de pensão alimentícia, em que “o não cumprimento de pensão alimentícia será punido com prisão decretada pelo juízo cível.” O referido dispositivo foi mantido no Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, que fixou o período de três meses como prazo máximo para a duração da prisão (art. 733, § 1º).

Em 1969, o governo militar que se encontrava no poder instituiu o Decreto-Lei 911, que alterava o artigo 66 da Lei 4.728/65, transformando o devedor fiduciante em depositário do bem adquirido em alienação fiduciária, concedendo ao credor fiduciário a possibilidade de transformar a ação de busca e apreensão em ação de depósito, fazendo incidir a previsão legal de prisão civil destinada ao depositário que não devolve o bem ao final do contrato.

Concluído o processo de redemocratização do Brasil, com a passagem do poder político para a sociedade civil, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento pela aceitação do Decreto-Lei 911/69, admitindo a prisão do devedor fiduciário, enquanto o STJ adotou entendimento contrário, não admitindo a recepção da norma pelo novo regime constitucional, e excluindo a possibilidade de prisão do adquirente de bem em alienação fiduciária.

### **4.1.3 A prisão civil no ordenamento Constitucional brasileiro**

As Constituições de 1824 e 1891 foram silentes quanto à previsão de prisão civil. No âmbito do Direito Constitucional pátrio foi a Constituição de 1934 que, pioneiramente, impôs a vedação à prisão civil, sem ressalvas, em seu art. 113, nº 30: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”. Entretanto, esta regra foi revogada na constituição de 1937, para dar ensejo às hipóteses de prisão do devedor de prestação alimentícia e do depositário infiel.

Com a promulgação da Constituição de 1946, a proibição da prisão civil passou a ter novamente *status* constitucional, consagrada no art. 141, §32. No texto do mesmo parágrafo, efetuou-se a constitucionalização das normas ordinárias que previam a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel. Posteriormente, as Constituições de 1967 e 1988 caminharam no mesmo sentido, mantendo as mesmas ressalvas.

O artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, apresenta a seguinte redação: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

## **5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, Colômbia, em abril de 1948, com a participação do Brasil, já trazia em seu art. 25:

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. **Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.** Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade. (Grifos nossos).

Após a promulgação da atual Constituição, em 1988, o Brasil ratificou, em 1990, o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, que traz em seu art. 11 a proibição de prisão civil, sem ressalvas: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Após, em 1992, foi signatário (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992) de um tratado internacional firmado na Convenção Americana dos Direitos Humanos, ocorrida na

cidade de San Jose, Costa Rica. Neste pacto, conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica, ficou estabelecido, no art. 7º, item 7, que “Ninguém será detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentícia”.

Desta forma, com a adoção das disposições contidas no Pacto de San Jose, surgiu uma antinomia entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que prevê a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos, e o artigo 7º, item 7, do mencionado acordo internacional.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e responsável pelo controle constitucional, havia firmado entendimento de que não há prevalência de norma prevista em tratado internacional sobre disposição da Constituição Federal, decidindo que as regras contidas no Pacto de San Jose da Costa Rica, apesar de ratificadas pelo Brasil, devem ser interpretadas com as limitações previstas na Constituição.

Todavia, uma forte tendência internacional no sentido de extinguir totalmente a prisão civil começou a produzir mudanças no Pretório Excelso, evidenciada pelos movimentos de valorização dos direitos humanos contrários à limitação da liberdade por razões econômicas.

Em matéria publicada no *site* do STF, no dia 13 de março de 2008, constatou-se que o posicionamento anterior do órgão, que defendia a prisão civil do depositário infiel, estava com os dias contados:

## **Pedido de vista adia julgamento de processos que discutem prisão civil por dívida**

Um pedido de vista do ministro Carlos Alberto Menezes Direito adiou, ontem (12), o julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de três processos em que se discute a prisão civil por dívida. Os processos haviam sido levados de volta ao plenário pelo ministro Celso de Mello, que deles pedira vista em 2006 e 2007. **Em um dos processos, oito ministros já se declararam contra a prisão civil por dívida do depositário infiel.**

Trata-se dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343, além do Habeas Corpus (HC) 87585. Nos REs, em processos contra clientes, os bancos Itaú e Bradesco questionam decisões que entenderam que o contrato de alienação fiduciária em garantia é insuscetível de ser equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil.

...

**Em voto de quase duas horas que proferiu na sessão, o Ministro Celso de Mello mudou posição que defendia anteriormente sobre a questão,**

**posicionando-se contra a prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, como medida excepcional para o depositário infiel, ao lado da prisão por inadimplemento voluntário das obrigações referentes à pensão alimentícia.**

**Neste contexto, o ministro ressaltou votos que o Ministro Marco Aurélio vem proferindo há tempos contra a prisão do depositário infiel, qualificando-os como precursores de uma nova mentalidade que está surgindo no STF no julgamento de casos semelhantes.**

O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal (CF). Ele ponderou, no entanto, que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la.

A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo

5º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

**Cezar Pelluzo reiterou hoje sua posição sobre o tema. “O que se tem hoje como direito posto é a inadmissibilidade da prisão do depositário, qualquer que seja a qualidade desse depósito”, disse ele, que é relator de um dos processos em julgamento, o Recurso Extraordinário 466343. “Já não é possível conceber o corpo humano como passível de experimentos normativos no sentido de que se torne objeto de técnicas de coerção para cumprimento de obrigações estritamente de caráter patrimonial”, afirmou. A única ressalva feita por ele foi quanto ao inadimplente de pensão alimentar. (Grifos nossos).**

Como se percebe, a tendência do STF era ressaltar como única hipótese de prisão civil no Brasil a do devedor de pensão alimentícia, nos termos do Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, tendência confirmada no dia 03 de dezembro de 2008, quando o plenário do STF, por maioria, arquivou o Recurso

Extraordinário nº 349.703 e, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 466.343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos.

Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O Tribunal entendeu que a segunda parte do dispositivo constitucional que versa sobre o assunto é de aplicação facultativa quanto ao devedor, à exceção do inadimplente com alimentos, e, também, ainda carente de lei que defina rito processual e prazos.

Também na mesma oportunidade e por maioria, o Supremo decidiu no mesmo sentido um terceiro processo versando sobre o mesmo assunto, o *Habeas Corpus* nº 87.585. Para dar consequência a esta decisão, revogou a Súmula 619 do próprio STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

## **6 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E SUAS IMPLICAÇÕES NO TEMA**

Definir a hierarquia dos tratados de direitos humanos



é uma das questões mais controvertidas no Direito brasileiro. A alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 15 de dezembro de 2004, que inseriu o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal, materializou um retrocesso em relação às normas anteriormente previstas e ainda não revogadas, que conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, contidas no inciso II do art. 4º, e nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

A EC 45/2004 instituiu, para os tratados de direitos humanos, procedimento rigoroso e de difícil aprovação para que os mesmos possam ser alçados à categoria de normas constitucionais. Conforme prevê o dispositivo contido no § 3º do art. 5º, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o que significa dizer que os tratados de direitos humanos que não alcançarem o quorum necessário para sua aprovação ficarão submetidos à pecha de leis ordinárias, enquanto aqueles que lograrem o êxito da aprovação serão alçados à hierarquia de normas constitucionais.

Essa possibilidade de situar tratados e convenções sobre direitos humanos em diferentes categorias certamente acarreta a promoção de um tratamento desigual entre os cidadãos, pois alguns seriam beneficiados pela aplicação de um tratado de direitos humanos que fosse aprovado pelo número de votos previstos para as emendas constitucionais,

enquanto outros ficariam prejudicados pela inefetividade daqueles tratados de direitos humanos que não alcançassem *status* hierárquico de normas constitucionais.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, procurando analisar o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, proferiu voto<sup>9</sup> interessante, colocando tais normas em quatro categorias: natureza supraconstitucional, caráter constitucional, *status* de lei ordinária e caráter supralegal.

Defendeu o caráter supralegal das mesmas, afirmando que os tratados sobre direitos humanos são infraconstitucionais, mas diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outras palavras, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

Referindo-se ao debate sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, argumentou que diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional

---

<sup>9</sup> RE 466.343 STF.

que disciplina a matéria, incluídos o art. 1287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911/69.

Referida norma ainda provocou outras preocupações, no tocante à indefinição de como ficarão os tratados de direitos humanos ratificados antes da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, uma vez que o Brasil já assinou e ratificou a maioria dos tratados de proteção dos direitos humanos. A questão a ser solucionada reside em saber se tais tratados adquirirão automaticamente *status* de normas constitucionais ou se continuarão equiparados a leis ordinárias, ou, ainda, se também serão submetidos ao mesmo rito legislativo previsto pela Emenda Constitucional nº 45, com o objetivo de serem reconhecidos como normas constitucionais.

A tese do Ministro Gilmar Mendes é hoje majoritária no Plenário do STF, que atribuiu *status* supralegal (acima da legislação ordinária) a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Porém, essa corrente admite dar a eles *status* de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal.

Considerando que a prisão de um ser humano é medida extrema e de graves consequências tanto no plano físico como no plano emocional, a norma constitucional que instituiu a possibilidade da prisão civil por dívida, em pleno rol dos direitos e garantias fundamentais, além de

representar séria violação das regras emanadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em diversos instrumentos internacionais de proteção da dignidade humana, representa também uma violação das regras emanadas do próprio texto constitucional, definidas em seu art. 1º, onde declara que:

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 fundamento:

...

III - a dignidade da pessoa humana.

...

Vale ressaltar que a prisão traz consigo o risco de mal grave e perigo de lesão intensa, que pode revestir-se como de difícil reparação. Afinal, todo aquele que for submetido ao cárcere vai enfrentar, por todo o país, superlotação carcerária não somente em presídios, mas também em delegacias, além do convívio com detentos da esfera penal, muitas vezes perigosos.

Como se não bastasse, referido instituto também é frontalmente dissonante com o princípio da prevalência dos direitos humanos, diretriz orientadora das relações do Brasil no plano internacional, estabelecida no art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, que assim dispõe:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos

seguintes princípios:

...

II - prevalência dos direitos humanos.

Numa sociedade oprimida por profundas desigualdades sociais, em que grande parte da população vive em condições precárias, desprovidas do mínimo necessário para viver dignamente, a norma que prevê a possibilidade de prisão civil do inadimplente de pensão alimentícia e, sobretudo, do depositário infiel, revela-se excessivamente opressiva e configura uma tremenda injustiça, por utilizar como único parâmetro o não cumprimento de uma obrigação e como único princípio o da condição econômica da pessoa, rasgando-se as garantias constitucionais do processo.

A medida excepcional da prisão civil por dívida, a meu ver, deve limitar-se aos casos em que um valor superior ao próprio valor da liberdade está em perigo, ou seja, o direito à saúde e à vida, nos casos de obrigação alimentícia, e desde que comprovada a capacidade econômica do alimentante e sua recusa em prestar os alimentos.

Assim, a prisão, por suposta infidelidade do depositário, mostra-se fora de qualquer proporcionalidade ou razoabilidade, pois desponta como irrazoável tudo quanto não guarda bom arrimo de fato ou de direito, seja limitando ou suprimindo direito ou garantia individual.

Como bem frisou o Ministro César Peluso, “a Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais. O corpo humano, em qualquer hipótese de dívida é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece

são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o ‘corpus vilis’ (corpo vil), sujeito a qualquer coisa”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Parte do voto proferido no julgamento dos RE's nºs 349.703 e 466.343

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil Por Dívida**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo

Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STF – Sítio do Supremo Tribunal Federal



## COISA JULGADA: RAZÕES PARA NÃO RELATIVIZÁ-LA

***Herisberto e Silva Furtado Caldas***

Defensor Público Substituto, bacharel em Direito pela  
Faculdade de Direito da UNIVERSIDADE REGIONAL  
DO CARIRI-URCA.

Sumário: 1 - NOÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA COISA JULGADA. 1.1 - A Coisa Julgada em Roma (Teoria da Vontade do Estado). a) período primitivo; b) período formulário; c) Período da *cognitio extra ordinem*; 1.2 – A Coisa Julgada na Idade Média (Teoria da Presunção da Verdade); 1.3 – A Coisa Julgada no Direito Moderno (Teoria da Ficção da Verdade); 1.4 – Teoria de Carnelutti *versus* a Teoria de Liebman; 1.5. – A Coisa Julgada no Direito brasileiro; i) O Direito Imperial e a Coisa Julgada; ii) A República e a coisa julgada ; 2 – A COISA JULGADA E O DIREITO COMPARADO; 2.1 - A Coisa Julgada nos Estados Unidos da América; 2.2 – A Coisa Julgada em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha; 3 - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL (relativização da coisa julgada); 3.1– Argumentos Pró Relativização; a) Ausência de caráter constitucional à Coisa Julgada; b) Afronta

aos Princípios da Moralidade, Legalidade, razoabilidade e proporcionalidade; c) Impossibilidade Jurídica dos Efeitos Substanciais da Sentença; d) Pensamento do Juiz como homem comum; e) Sentenças Juridicamente Inexistentes; f) Sentenças Juridicamente Nulas (ação rescisória sem prazo); 3.2 – Argumentos Contrários à Relativização da Coisa Julgada; a) Garantia Constitucional da Coisa Julgada; b) A opção pela Segurança Jurídica (justiça viável); 4 – CONCLUSÃO.

## INTRODUÇÃO

Certo dia estudávamos para uma prova oral, quando nos deparamos com o tema da coisa julgada e os recentes pensamentos que a tentavam mitigá-la. O assunto nos instigou a escolhê-lo como motivo da presente obra.

Com o presente trabalho, buscamos defender a impossibilidade da relativização da coisa julgada, instituto que remonta ao direito romano, para tanto nos socorremos do Direito Constitucional, a fim de embasar esse posicionamento.

Após uma análise do instituto em Roma, momento em que lembramos das três fases do processo romano (período primitivo, período formulário e período da *cognitio extra ordinem*), passamos a observá-lo na idade média e idade moderna. Nesta última, procuramos expor o pensamento de Liebman, haja vista sua grande influência em nosso direito

processual civil.

Por outro lado, o direito pátrio não foi esquecido, seja em sua fase imperial, seja em sua fase republicana. Tampouco, esquecemos do Direito comparado, na medida em que tentamos trazer à obra o tratamento dado pela doutrina e legislação dos Estados Unidos da América, Espanha, Portugal, França, Itália e Alemanha à figura da coisa julgada, inclusive com o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Ao adentrarmos diretamente no tema da coisa julgada, expusemos as duas correntes acerca da possibilidade de sua flexibilização ou não. Conquanto não seja nova a discussão, como pensam alguns, sobre a possibilidade de mitigar a *res judicata*, uma vez que em 1906 Giuseppe Chiovenda já trazia à lume a questão de sua mitigação, foi recentemente que o tema voltou ao centro das atenções, haja vista a obra denominada “Coisa Julgada Inconstitucional”, cuja organização coube Carlos Valder do Nascimento, bem como pelo voto vencedor do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado no REsp. 240712.

Em síntese, podemos dizer que os partidários da teoria da coisa julgada inconstitucional partem da premissa de que a decisão judicial não pode se cristalizar no tempo quando *injusta* ou *inconstitucional*, mesmo quando escoado o prazo de dois anos da rescisória. Sustentando essa premissa, alegam eles, além de outros argumentos, que a coisa julgada não tem embasamento constitucional, mas caráter eminente processualista; que a coisa julgada não deve ser aceita quando viola os princípios constitucionais Moralidade,

Legalidade, razoabilidade e proporcionalidade; que a decisão não deve ser cumprida quando inexistente (ausência de uma das condições da ação), bem como quando a injustiça for visualizável pelo homem comum.

Do outro lado da moeda, estão os defensores da coisa julgada, utilizando em sua defesa, basicamente os argumentos de que a coisa julgada é garantia Constitucional da Coisa Julgada e que entre a injustiça e a segurança jurídica, nosso constituinte originário optou pela segunda.

Finalmente, concluímos nossa obra. Todavia, como um filme de suspense preferimos não contar o final, com o escopo de instigar o leitor a descobrir se há “artista” e se há vilões nessa história, e, em havendo, quem vence no final, aqueles que julgam necessário mitigar a coisa julgada ou aqueles que preferem mantê-la hígida.

Boas leituras.

## **1 - NOÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA COISA JULGADA.**

Antes de se adentrar diretamente no presente tema, necessário se faz uma breve digressão sobre as origens históricas da coisa julgada, pois o tempo é um fator essencial na compreensão de qualquer instituto de direito, não podendo, portanto, ser diferente na análise do assunto em questão.

Ademais, como assevera Celso Neves<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> NEVES, Celso. Coisa julgada civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 10.

“Estudar a coisa julgada é examinar sua história, fixar – através de dados que ela forneça – o seu conceito, distinguir, neste, o essencial do accidental, apontar os seus lindes, para definição do conteúdo que lhe é específico, preordenando, assim, os efeitos que lhe são próprios. A contraprova da exatidão com que se procede, essa só a vida poderá dar, quando não reaja à normalidade decorrente dos resultados a que se tenha chegado”.

Feitas estas considerações iniciais, passa-se à evolução histórica do instituto da coisa julgada.

### **1.1 - A Coisa Julgada em Roma (Teoria da Vontade do Estado).**

Conquanto alguns autores, como o uruguaio Eduardo Couture, defendam a tese de que o direito romano não conhecia a coisa julgada, é preferível pensar de forma diversa, já que é em Roma que deitam as raízes dos principais institutos do direito, para tanto, basta ler os seguintes trechos dos digestos (*digestas* ou *pandectas*) de Ulpiano e Modestino:

“*Res iudicata pro veritate accipitur* (Ulpiano: 1. 25, D., de statu hominum, 1, 5; e 207, D., de regulis iuris, 50, 17). A coisa julgada é tida por verdade.

*Res inter alios iudicata, aliis non obest*

(Modestino: 1. 10, D., de exceptionibus, 44, l). A coisa julgada entre uns não prejudica aos outros.

*Res iudicata dicitur quae finem controversiarum iudicis pronuntiatione accipit.* [Ulpiano, Digesta 42.1.1]. Considera-se coisa julgada aquela que chega ao fim das controvérsias pelo pronunciamento do juiz.

*Res iudicata pro veritate accipitur.* [Digesta 1.5.25; 50.17.207]. A coisa julgada é aceita como verdade”.

Na busca da pacificação social, encontrada através da segurança na disposição dos bens e certeza do termo final do processo, é que se encontra a explicação para que o Direito Romano dê grande ênfase ao estudo da coisa julgada.

Inicialmente, cabe lembrar que o Direito Processual romano passou por três fases, a saber:

a) período primitivo: É a fase mais antiga, iniciando-se, basicamente, com a fundação de Roma (753 a.C.) e perdurando até o ano 149 a.C. O direito nessa época baseava-se exclusivamente nas ações previstas e tipificadas na lei, nomeadamente, na Lei das XII Tábuas, *legis actiones*, razão pela qual também é conhecida como Processo das Ações das Leis.

O procedimento desenvolvia-se de forma oral, compreendendo duas etapas. Uma perante o magistrado, que é o órgão público (fase no Tribunal, *in iure*), que concedia

a ação da lei e fixava o objeto do litígio. Outra perante cidadãos, escolhidos como árbitros (juiz popular, fase *apud iudecem, in iudicio*), aos quais cabiam a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.

Muito embora o direito processual carregasse o caráter primitivo, já nessa época os romanos se preocupavam com a estabilização e pacificação dos litígios, pois não se admitia a repetição de determinada *legis actio* já proposta pelas mesmas partes, na medida em que fixaram a *litis contestatio* o momento processual de exaurimento do exercício de determinada “Ação da Lei”.

Destarte, o Estado, ao apreciar nova *legis actio*, repetitiva de uma anteriormente proposta e caracterizada pela *litis contestatio* (efeito consumptivo), poderia, através do magistrado, indeferi-la.

Essa proibição de se eternizar conflitos nada mais é do que a coisa julgada, todavia com algumas observações. São elas:

A primeira observação se liga ao momento de formação da coisa julgada, já que para os romanos a *res iudicata* não era representada pela sentença final do procedimento da *legis actio*, na medida em que as decisões não eram emanadas do Estado, muito embora no procedimento houvesse sua participação, mas sim de um particular (juiz popular), o qual apenas emitia sua opinião desprovida de motivação, comando e força mandamental. Portanto, para eles a coisa julgada é precedente à sentença final no processo das *legis contestatio*; a segunda

observação guarda relação com a participação do Estado na formação da coisa julgada. Para os romanos a *res iudicata* está intrinsecamente ligada à autoridade estatal, quer isso dizer que, em não havendo participação do Estado, não se poderia falar em coisa julgada; a terceira revela que a principal característica que se extrai do entendimento dos romanos acerca da coisa julgada, era a de que ela não cobria a verdade dos fatos, se limitando tão-somente a sacramentar a vontade do Estado (lei) e a impedir o ressurgimento do conflito.

Nesse sentido é o pensamento de José Ignácio de Botelho Mesquita,<sup>2</sup> que ao estudar Savigny, revela que:

“... no antigo Direito Romano, o objetivo de impedir a reprodução das ações era alcançado através da consumação decorrente da *litiscontestatio*, qualquer que fosse o conteúdo do julgamento que pusesse fim ao processo. Esta consumação verificar-se-ia algumas vezes *ipso jure*, mas, mais freqüentemente, por meio da *exceptio rei iudicatae*, caracterizando-se fundamentalmente – essa *exceptio* por: a) fundar-se na existência de um julgamento e não no seu conteúdo e b) ter um resultado puramente *negativo*, qual o de impedir uma nova ação e não o de estatuir sobre um direito”

---

<sup>2</sup> MESQUITA, José Inácio Botelho de. *Op. cit.*, p. 101.



b) período formulário: Nesta fase as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano por grandes territórios. Esta etapa é caracterizada pela presença de árbitros privados. Entretanto, a sentença era imposta pelo Estado às partes. O procedimento era ainda semelhante ao da fase anterior, com algumas modificações, quais sejam: havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório entre as partes, ou seja, o processo formulário ainda carregava o caráter privado da justiça, muito embora presente uma atuação parcial do Estado, visto que este deixa de ser mero fiscal do procedimento.

Da mesma forma que o período primitivo (*legis actiones*), o procedimento era dividido em duas fases, a saber:

i) Fase *in iure*: inicia-se a ação perante o Estado, representado na pessoa do magistrado, onde o demandante passaria a expor suas pretensões (*postulatio*). A recusa por parte do demandado acarreta a nomeação de um juiz popular e a redação da fórmula para a espécie (espécie de programa de averiguação dos fatos e de sua valorização), celebrando-se em seguida a *litis contestatio*;

ii) Fase *apud iudicem*: perante o juiz privado, ao qual, dentro dos limites preestabelecidos na fórmula, é outorgado poderes para condenar ou absolver o réu, mediante análise das provas apresentadas.

Aqui diferentemente do período primitivo, não se fala em mera opinião do juiz particular, uma vez que ele detém

poder de comando, outorgado previamente pelo Estado (pretor). Esse poder de comando, extraído da fórmula que delimita o objeto da controvérsia e os limites da coisa julgada, gera uma conseqüência de suma importância para a sentença, qual seja: a criação de uma nova obrigação entre os litigantes (*obligatio iudicati*).

Assim, persiste a idéia de se proibir a existência de duas ações sobre a mesma coisa (*bis de eadem re ne sit actio*), consistente tão-somente numa questão prática, isto é, a necessidade de se ter certeza e segurança no gozo dos bens da vida.

A fim de alcançar essa certeza, e, por conseguinte a segurança jurídica, procuravam os romanos dar grande ênfase a sentença, a qual era entendida como o ato estatal que sacramentava a vontade concreta da lei. Nesse sentido são as linhas de Chiovenda<sup>3</sup>:

“Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessária imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime*

---

<sup>3</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. Tradução de J. Guimaraes Menegale. São Paulo: Saraiva. p 447.

*si diversa pronunciarentur* (fr. 6, Dig. De except. Rei iud. 44,2). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas (n.º 32). Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminate na emanação de um ato de vontade (*a pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma”

Segundo Adailson Lima e Silva<sup>4</sup>:

“os romanos apenas tinham a coisa julgada como importante no que se refere à condenação ou absolvição nela inserida e não no poder de convencimento da decisão, esclarecendo ainda que para eles só existia coisa julgada material, qual seja aquela que reconhecia um bem da vida a um dos demandantes, excluindo ainda os fatos de seu domínio”

---

<sup>4</sup> LIMA E SILVA, Adailson. *A Coisa Julgada em Chiovenda*. In LEAL, Rosemiro Pereira (org). *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: 2007. Del Rey. p. 15.

E arremata o autor citando Chiovenda<sup>5</sup> :

“Eles viram a importância da coisa julgada no raciocínio do juiz, mas na condenação ou na absolvição, isto é, na expressão da vontade do direito no caso concreto. Por isso eles não falam de coisa julgada se não a respeito da sentença de mérito, a qual é aquela que reconhece um bem da vida a uma das partes”

c) Período da *cognitio extra ordinem*: Esta fase vigorou entre o ano 209 a.C. e o ano 568 de nossa era. Apresenta como características principais: a função jurisdicional pelo Estado, o desaparecimento dos árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, inclusive com admissão de recurso.

A mudança na titularidade da justiça, de privada para pública, conseqüentemente gera grandes efeitos na sentença. Se antes ela era vista apenas como uma opinião (período primitivo), depois como uma obrigação (período formular), agora ela encerra um comando soberano, imperativo e vinculante, já que proveniente do Estado.

A possibilidade de recursos, de igual modo, acarreta uma mudança quanto ao momento de formação da coisa julgada. Se antes a coisa julgada estava intimamente ligada à prolação da sentença, agora somente pode-se falar em

---

<sup>5</sup> LIMA E SILVA, Adailson. *Op cit.* p. 15

*res judicata* quando não mais for possível a interposição de recursos, desvinculando-a, pois, da decisão prolatada.

Assim, a coisa julgada passa a se identificar com os efeitos da sentença e não mais com a decisão propriamente dita. E quais seriam esses efeitos? A primeira consequência seria de ordem negativa, na medida em que impossibilitaria a instauração de um novo processo acerca do mesmo objeto, o qual, caso ocorresse seria atacável pela *exceptio rei iudicatae*. O segundo efeito, de caráter positivo, revela que a sentença somente opera seu comando entre as partes envolvidas, não prejudicando terceiros, em regra (*Res inter alios iudicata, aliis non obest* -Modestino: 1. 10, D., de exceptionibus, 44, I).

## **1.2 – A Coisa Julgada na Idade Média (Teoria da Presunção da Verdade).**

Seguindo a linha do tempo, em especial os séculos III e V d.C., onde se observa o início do enfraquecimento do Império Romano, decorrente, dentre outros fatores, das invasões bárbaras<sup>6</sup>. Vê-se que a visão de Estado, até então presente em Roma, passa, com o surgimento da sociedade feudal, por uma nova reformulação. Aqui surgem três novas classes sociais, a saber: os sacerdotes, os guerreiros e os

---

<sup>6</sup> Além das invasões bárbaras, o império romano começou a ruir graças a grande extensão de seu território e à evolução da nova ordem religiosa, no caso o cristianismo. A queda final se deu pela invasão de Roma por vândalos em 455 d.C. e pela abdicação ao trono pelo último imperador Romulus Augustulus em 476 d.C.

trabalhadores, estes últimos mantenedores das duas primeiras, conforme fica claro das seguintes palavras extraídas da obra a História da Riqueza do Homem, de autoria Leo Huberman<sup>7</sup> :

*“For the Knight and eke the clerk/Live by him who does the work (Pois o cavaleiro e também o padre/Vivem daquele que faz o trabalho)”*

Assim, o surgimento do sistema feudal, além do próprio enfraquecimento do Estado perante a ascensão dos senhores feudais, faz com que a lei seja relegada a segunda plano, o que vem a refletir, obrigatoriamente, na atenuação do que até então se conhecia como jurisdição, ou seja, no Poder atribuído ao Estado de dizer o direito.

É nessa época que a jurisdição passa a ter uma nova conotação. Se antes ela estava nas mãos do Estado, agora ela passa a ter um caráter eminentemente patrimonialista, na medida em que pode ser alienada e transmitida; se antes ela se destinava à aplicação da lei, agora ela se destina, através da análise das provas, a resolver as diferenças surgidas na opção de se viver em sociedade. Como consequência, a *res iudicata* passa a ser uma demonstração da lógica. Enfim, a coisa julgada não é mais uma verdade, mas sim uma presunção de verdade aplicada às decisões judiciais.

---

<sup>7</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem; tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara. 1986. p. 3.

Essa ideia - presunção de verdade da coisa julgada - foi o pensamento que iluminou a idade média, ou nos dizeres de Carlos Henrique de Moraes Bomfim Júnior:

“os juristas identificavam a autoridade da coisa julgada na presunção de verdade contida na sentença. Com efeito, para eles, a finalidade do processo era a busca da verdade; contudo, tinham ciência de que nem sempre a sentença reproduzia a verdade esperada. Porém, não seria por essa circunstância que a sentença – embora injusta, eis que em desacordo com a verdade real – deixaria de adquirir autoridade de coisa julgada. Assim, diante da impossibilidade de afirmar que a sentença sempre representava a verdade material, encontravam na ideia de presunção de verdade (*res iudicata pro veritate hebetur*) o fundamento jurídico para a autoridade de coisa julgada”.

Foi com esse pensamento que o Código Francês, já no século XIX, e os que sofreram sua influência, acabaram sendo formulados, conforme se extrai do pensamento de Carlos Henrique de Moraes Bomfim Júnior<sup>8</sup> :

---

<sup>8</sup> BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. A Coisa Julgada em Fazzalari. In LEAL, Rosemiro Pereira (org). *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: 2007. Del Rey. p. 251.

“Adotada a teoria de Pothier, para quem a sentença passada em julgado constitui presunção *juris et de jure* de verdade, no tocante aos fatos constantes da lide, deste passou para os tempos modernos, pela consagração que lhe deu o Código de Napoleão, daí estendendo-se para outros Códigos”.

### **1.3 – A Coisa Julgada no Direito Moderno (Teoria da Ficção da Verdade).**

A fim de resolver a questão atinente às sentenças injustas, resultantes de erros de fato ou de direito e tendo em conta o conflito entre a segurança jurídica e certeza, surge a teoria da ficção da verdade, elaborada pelo alemão **Friedrich Carl von Savigny**.

Em sua obra *Sistema Del Diritto Romano Attuale*, tida como marco divisor entre antiga e moderna doutrina acerca da coisa julgada, Savigny procura, com o escopo de repelir a possibilidade de existência eterna de conflitos idênticos entre as mesmas partes, estabelecer que a lide sempre deve receber uma solução única.

Para os adeptos desta teoria, a insegurança é mais maléfica à sociedade do que a incerteza, o que justifica a coisa julgada atribuir força legal a uma determinada situação que poderia ser justa ou injusta.

A propósito do assunto, transcreva-se a doutrina de Carlos Eduardo Araújo Carvalho<sup>9</sup>:

---

<sup>9</sup> BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Morias. *Op cit.* p.183.



“Savigny justificou o fato de também essas sentenças fazerem coisa julgada, baseando sua autoridade numa verdade artificial, ou em outras palavras, a autoridade da coisa julgada existente na sentença baseava-se na *ficção* de verdade que ela continha”.

Em idêntico sentido é o magistério de Carlos Henrique de Moraes Bomfim, Júnior:

“Atribui-se à sentença, uma verdade fictícia, para que esta venha a possuir a autoridade de coisa julgada e realizar, assim, o objetivo maior de assegurar a estabilidade das relações jurídicas. Essa é a formulação de Savigny, que se denominou como *ficção da verdade*, a qual protege a sentença que passou em julgado, partindo igualmente da consideração de que também as sentenças injustas sejam resultantes de erro de fato ou de direito, fazem coisa julgada”

#### **1.4 – Teoria de Carnelutti versus a Teoria de Liebman.**

É célebre a grande discordância existente entre Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman. O primeiro, contemporâneo e discípulo de Chiovenda, defendia a idéia de que a autoridade da coisa julgada está no fato de emanar do Estado.

Seu pensamento em muito se assemelhava aos termos da teoria da vontade do Estado, todavia diverge em dois

pontos, a saber:

a) Para teoria da vontade do Estado (Chiovenda), a sentença traduz a lei aplicável ao caso concreto, ou seja, na sentença se encontra a lei, conquanto de forma concreta. A lei, comando abstrato e de ordem geral, é substituída pela sentença por ocasião da prolação desta, momento em que há a especialização. Em outras palavras, pode-se dizer que há duas linhas paralelas, ambas autônomas, quais sejam: o comando da lei e o comando da sentença.

Carnelutti, conquanto seguidor de Chiovenda, entende que o comando da sentença **pressupõe** o comando existente na lei. Assim, não se deve falar em paralelismo de comandos, mas de complementariedade. Dessa forma, o comando suplementar existente entre a lei e a sentença, faz com que a coisa julgada tenha em seu interior a imperatividade, consequência da declaração de certeza, na medida em que promana do Juiz, e, conseqüentemente de um ato estatal.

Esse é o escório de Carlos Henrique de Moraes Bomfim Júnior<sup>10</sup>, de seguinte teor:

“A coisa julgada está na imperatividade da declaração de certeza, na imperatividade do comando”.

b) O segundo ponto de divergência entre a teoria da vontade do Estado e a teoria de Carnelutti se revela quanto ao momento da formação da coisa julgada. Enquanto

---

<sup>10</sup> BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. Op cit. p.260.

Chiovenda, assim como as demais teorias que buscam explicar a *res judicata*, defendem a tese de que a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, para Carnelutti ocorre justamente o inverso, ou seja, a coisa julgada formal implica na coisa julgada material.

Segundo o pensamento de Carnelutti somente haveria coisa julgada formal se antes houvesse uma sentença, produtora da imperatividade, que, por sua vez, constituiria a coisa julgada material, a qual restaria preclusa pelos recursos.

Pontes de Miranda comentando o pensamento de Carnelutti<sup>11</sup> assevera:

“quando Carnelutti falava de ‘duas fases’, certamente foi contraditório, pois a chamada imperatividade antes da imutabilidade mandaria que o juiz atendesse à força material da coisa julgada antes de transitar em julgado, formalmente, a sentença. O que a realidade nos mostra é que a coisa julgada material exige a formal, posto que haja coisa julgada formal de resoluções judiciais que não produzem coisa julgada material. O haver coisa julgada formal é elemento *necessário*, porém não *suficiente*. Quando se diz que o recurso não é suspensivo, não se precisa excluir a força

---

<sup>11</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 126.

ou o efeito material de coisa julgada pela razão muito simples de que talvez ainda não os haja. Porque essa força e esse efeito dependem ou podem depender de outro momento”

Esse era o entedimento de Carnelutti.

Enrico Tullio Liebman, por outro lado, ao escrever sua obra *Eficácia e Autoridade da Sentença* (*Efficacia e autorità della sentenza*), procura, ao apresentar o tema, deixar claro que esta não se confunde com os efeitos da sentença. Para o autor a coisa julgada seria uma qualidade que torna imutável o comando proveniente da sentença, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto aos seus efeitos. Em suas palavras:

“a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”<sup>12</sup>

No capítulo referente à coisa julgada e à variedade de conteúdo das sentenças e após discorrer sobre a coisa julgada e sua função declarativa, sobre os efeitos das

---

<sup>12</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*; tradução de Alfredo Buizaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 6.

sentenças, sobre a coisa julgada nas sentenças dispositivas, sobre o caráter jurisdicional das sentenças constitutivas e dispositivas, conclui o autor italiano que:

“Constitui erro de lógica definir a autoridade de coisa julgada como efeito da sentença e – consequência inevitável – identificá-la com a eficácia declaratória da própria sentença, contrapondo-a, portanto, aos seus outros possíveis efeitos (constitutivos e condenatórios)<sup>13</sup>”

Portanto, para Liebman a autoridade da coisa julgada não engloba apenas os elementos declaratórios da sentença, mas também os elementos constitutivos e condenatórios da sentença.

Em seu terceiro capítulo, denominado “A Autoridade da Coisa Julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos”, Liebman, após discorrer sobre as teorias processualista, materialista, normativa, bem como acerca da doutrina italiana, do pensamento de Ugo Rocco e Francesco Carnelutti, relata que a sentença e, por conseguinte, sua eficácia e seus efeitos, é um comando, não importando se tem a função de declarar, constituir ou modificar uma relação jurídica. Ela, portanto, assim como qualquer ato estatal, não necessita de outro ato complementar para gerar seus efeitos. Nestes termos<sup>14</sup>:

---

<sup>13</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>14</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, pp. 51-54.

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um *comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. Nem se quer com isso resolver aqui o problema geral da natureza volitiva ou intelectual da atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do *comando*. A sentença vale como *comando*, pelo mesmo sentido de que contém a formulação autoritativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do *comando* que nasce da sentença (...) Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercido pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o *comando* imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada (...) Nisso consiste, pois,

a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

### **1.5. – A Coisa Julgada no Direito brasileiro**

Pode-se, historicamente, dividir o estudo da coisa julgada em nosso ordenamento em dois momentos.

#### **i) O Direito Imperial e a Coisa Julgada.**

No período imperial, mas já sob o pálio da independência, as primeiras regras legislativas acerca da coisa julgada eram encontradas no Regulamento n. 737, de 1850, que tratou de normatizar o processo comercial, em especial nos arts. 74, §4º, 78, 79, 80, 92 e art. 185. Transcreve-se:

“Art. 74: Nas causas commerciaes só tem lugar as seguintes excepções:

(...) parágrafo 4º: de cousa julgada.”

“Art. 78: Da excepção se dará vista ao autor por cinco dias para impugnal-a, findos os

quaes o juiz rejeitará ou receberá.”

“Art 79: Sendo recebida será posta em prova com uma dilação de dez dias, depois da qual, conclusos os autos com as provas produzidas, e sem mais allegações, o Juiz julgará definitivamente.”

“Art. 80: Sendo rejeitada, se assignará novo termo ao réo para contestação.”

“Art. 92: As excepções de - litispendencia e coisa julgada - para procederem, carecem do requisito de identidade coisa, causa e pessoa.”

“Art. 185: São presumpções legaes absolutas os factos, ou actos que a Lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como - a coisa julgada.”

Posteriormente, o Decreto n. 763 de 1890 estabeleceu em seu art. 1º que as regras contidas no Regulamento n. 737 deveriam ser observadas no processo de causas cíveis em geral. Veja-se:

“Art. 1º: São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento



n.737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capítulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte”.

Ainda no Império, há também a Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, emitida pelo Poder Executivo, aprovando e tornando obrigatória a Consolidação das Leis do Processo Civil, de autoria do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas. Para ele, as sentenças transitadas em julgado são insuscetíveis de serem violadas, na medida em que dotadas de presunção absoluta de verdade.

Vê-se, portanto, que a produção legislativa referente à coisa julgada durante o império foi por demais insignificante, tanto em quantidade como acerca do próprio instituto, cabendo, pois, a doutrina discorrer sobre a definição, características e efeitos, como, por exemplo, a obra de José Antônio Pimenta Bueno, denominada “Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil”, que citado por Celso Neves,<sup>15</sup> procura definir a coisa julgada como sendo “a decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende do recurso de apelação”.

ii) A República e a coisa julgada.

Vários foram os diplomas legislativos que trataram da

---

<sup>15</sup> NEVES, Celso. Coisa julgada civil. *Op cit*, p. 221.

coisa julgada no período republicano. À guisa de informação, pode-se resumir cronologicamente:

- Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916): estabelecia em seu art. 3º que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A mencionada lei, especificamente no parágrafo terceiro, ainda conceituava coisa julgada como sendo a decisão judicial à qual já não caiba recurso.

- Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891, que em seu art. 34, inciso 23, atribuiu competência concorrente aos Estados para legislar sobre direito processual civil, a coisa julgada tomou contornos diferenciados pelos Estados que tentaram enfrentá-la. Alguns a consideraram como matéria de exceção ritual (Rio Grande do Sul, Bahia, Mato Grosso, São Paulo e Distrito Federal), outros como tema relacionado à contestação (Pernambuco, Santa Catarina, e Distrito Federal), o momento em que incide a autoridade da mesma (Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco), seu alcance subjetivo e objetivo (Pernambuco, Santa Catarina, Mato Grosso, São Paulo e Distrito Federal), a sentença passada em julgado como título (Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal), os requisitos da coisa julgada (Mato Grosso, São Paulo e Distrito Federal), a vedação de modificação da sentença nos próprios autos (Bahia, Pernambuco, Santa Catarina e Distrito Federal), a nulidade como óbice à coisa julgada (Bahia), a nulidade de sentença proferida contra coisa julgada (Pernambuco, Santa Catarina

e São Paulo), as decisões que não fazem coisa julgada (Pernambuco, Mato Grosso, São Paulo e Distrito Federal), ou ainda sua sede no dispositivo da sentença (Mato Grosso e Distrito Federal).

- A Constituição de 1934 volta a atribuir à União Federal a competência privativa para legislar sobre direito processual civil, razão pela qual, em 1939, foi editado o Decreto-Lei n. 1608, que institui o primeiro Código de Processo Civil, sendo que especificamente em relação à coisa julgada, há de se ressaltar quatro artigos, do referido diploma, são eles:

“Art. 182. (...) II - As exceções serão opostas nos três primeiros dias do prazo para a contestação, e serão processadas e julgadas: em autos apartados, sem suspensão da causa, as de litispendência e coisa julgada”

“Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.”

“Art. 288. Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.”

“Art. 289. Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – nos casos expressamente previstos;  
II – Quando o juiz tiver decidido, de acordo com equidade determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato.”

Vê-se, portanto, que o Código de Processo Civil de 1939: a) tratou a coisa julgada como exceção não suspensiva; b) deu-lhe força de lei a sentença, nos limites das questões decididas; c) atribuiu apenas à sentença a força de operar a coisa julgada; d) possibilitou a rediscussão das questões já decididas.

- Em 4 de setembro de 1942 é promulgado a Lei de Introdução do Código Civil, ainda em vigor em nosso ordenamento, que em seu art. 6º estabelece que a lei nova deve guardar respeito à coisa julgada (caso julgado), tida como a decisão judicial de que não caiba recurso (§3º).

- A Constituição de 1946 e a de 1967 voltam a dar caráter constitucional ao tema da coisa julgada, na medida em que, respectivamente, seus art. 141, §3º e 150, §3º, estabelecem, em idêntico texto, que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada.”

- Em 11 de janeiro de 1973, é publicado o Código de Processo Civil, ainda em vigor, que, de mudança em relação ao código de 1939, pode-se ressaltar o art. 467, que denomina a “coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em outras palavras, estabeleceu-se que a incidência da coisa julgada migrou

dos efeitos da sentença para a sentença propriamente dita.

- Finalmente, chega-se à Constituição Federal de 1988, que, nas mesmas linhas mestras das constituições de 1934, 1946 e 1967, estabelece em seu art. 5º, XXXVI, que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada.”

## **2 – A COISA JULGADA E O DIREITO COMPARADO.**

### **2.1 - A Coisa Julgada nos Estados Unidos da América.**

Partindo da premissa de que “*sometimes it’s more important the a judgment be stable than that it be correct*” (às vezes é mais importante um julgamento estável do que um julgamento correto) o direito norte americano, assim como os países da família romano-germânica, têm a mesma idéia quanto à função da coisa julgada, qual seja: a necessidade de não se eternizar os julgados.

Na busca da estabilidade das decisões os norte-americanos acabam por dar mais ênfase ao “*stare decisis*” do que propriamente a *res judicata*, todavia, sem abandoná-la, haja vista que o juiz deverá observar caso a caso a jurisprudência acerca do assunto ora lhe apresentado.

Segundo lição de Artur da Fonseca Alvim<sup>16</sup>:

“A idéia de coisa julgada pode ser desmembrada e suas espécies distintas: a *res juducata* e o *collateral estoppel*.”

---

<sup>16</sup> ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa Julgada nos Estados Unidos da América. Revista de Processo, São Paulo, ano 31. n. 132. fev. de 2006. pp. 75-81.

i) A primeira, *res judicata* também chamada pelos americanos de *claim preclusion*, se assemelha à nossa coisa julgada, na medida em que veda a rediscussão de causa anteriormente decidida, repetitiva do mesmo pedido (*claim*) e da mesma causa de pedir (*cause of action*).

A parte que vier a ser surpreendida com um novo processo, caso tenha sido vencida, deverá invocar o que eles chamam *demerged into the first*, ou seja, que o segundo julgamento se encontra dentro do primeiro; caso tenha sido a vencedora, alegará em sua defesa que a ação deve ser obstada (barrada), tendo em vista julgamento anterior, ou em seus dizeres, *barred by the first judgement*.

Para a devida aplicação da *res judicata* a parte deverá atender a determinados princípios, a saber:

a) deverá comprovar que os processos possuem o mesmo pedido e a mesma *cause of action*;

b) que a validade do julgamento anterior configure pressupostos para a coisa julgada;

c) que o exame de mérito, também se caracterize imprescindível para a *res judicata*.

Com relação à segunda característica, validade do julgamento, para que ela seja aceita, quando da análise da coisa julgada, necessário se faz que o primeiro processo tenha sido julgado na jurisdição correta. Já no que pertine ao exame do mérito, a parte deverá comprovar que o julgamento do processo primitivo atingiu o efetivo exame das questões propostas

Por fim, nesta parte, assevera Artur da Fonseca Alvin<sup>17</sup> :

---

<sup>17</sup> ALVIM, Artur da Fonseca. *Op cit*, p. 80.

“(...) a *res judicata* não assume a rigidez formalista característica dos países da família romano-germânica. Pelo contrário, se aceita, em alguns casos, até mesmo a relativização do instituto, na hipótese deste entrar em conflito com interesses sociais ou particulares considerados como de maior relevância”.

Todavia, Leonardo Greco<sup>18</sup> revela que:

“Nos Estados Unidos, a Corte Suprema, a partir do caso *Linkletter*, julgado em 1965 passou a modular [a] retroação, para não vulnerar situações definitivamente pacificadas por sentenças passadas em julgado”

ii) Com relação a segunda espécie de coisa julgada, denominada pelos americanos de “*collateral estoppel*” ou *issue preclusion*, adotam eles a tese de que o instituto da *res judicata* obsta a análise de questões e fatos (*issue*), não importando se o pedido, em si, restou discutido (*claim*), mas desde que tais questões ou fatos tenham servido de fundamento do processo anteriormente ajuizado.

---

<sup>18</sup> GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008, p. 258.

Para que a *collateral estoppel* seja aceita, três são os requisitos:

a) Identidade de questões de fato - a questão de fato enfrentada no primeiro processo deve ser efetivamente a mesma questão levantada no segundo;

b) Apreciação de forma completa das provas das questões de fato (*issues*) pelo julgador;

c) Caráter terminativo da decisão proferida no processo primitivo.

## **2.2 – A Coisa Julgada em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.**

Segundo dispõe o art. 282, 3 da Constituição da República Portuguesa<sup>19</sup>:

“Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for conteúdo menos favorável ao argüido”.

Em síntese, quer isso dizer que a própria constituição veda a reanálise do caso julgado.

A propósito do assunto, importante trazer a lume a lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>20</sup>, de seguinte teor:

---

<sup>19</sup> <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v.2: Processo de Conhecimento. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 671.



“(…) Na verdade o sistema da Constituição portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade assim declarar (...)”

A Constituição espanhola, seguindo as linhas de sua irmã ibérica, estabelece a proteção à coisa julgada, basicamente, em três dispositivos, ou como os espanhóis chamam, em *artículos*, sendo que em um deles há expressa vedação a rescisão da sentença transitada em julgada, a qual deve ser resolvida mediante, quanto presente erro judicial, indenização. *In verbis*<sup>21</sup> :

“Artículo 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.”

---

<sup>21</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

“Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en La ejecución de lo resuelto.”

“Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.”

A respeito do tema, importante o escorio de Paulo Roberto de Gouvêa Medina<sup>22</sup>, de seguinte teor:

“Esta dito, aí, com todas as letras que a declaração de inconstitucionalidade da norma legal, consoante o que decidir o Tribunal Constitucional, atingirá a norma em questão, mas a sentença ou as sentenças sobre as quais incidir a declaração *não perderão o valor da coisa julgada!* Para usar a linguagem da época, pode-se dizer que a Constituição Espanhola cuida de estabelecer uma blindagem da sentença

---

<sup>22</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa Julgada: garantia constitucional. Revista de Processo, São Paulo, ano 32. n. 146. abr. de 2007. pp. 30.

transita em julgado, em face de declaração de inconstitucionalidade supervenientes. Ou noutras palavras, a Lei Fundamental da Espanha tratou de prevenir-se, do modo mais explícito e incisivo, contra eventuais pretensões no sentido de questionar a subsistência da coisa julgada, ainda que tendo por base decisão do Tribunal Constitucional que co ela pudesse colidir”.

Leonardo Greco<sup>23</sup> ao comentar a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 27 da Lei n. 9868/99) faz uma breve correlação com o direito italiano. São essas suas observações:

“Na Itália, a jurisprudência ordinária, interpretando declarações de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, começou a impor limites à retroação que passaram a ser adotadas pela própria Corte Constitucional, preservando os efeitos das relações exauridas e as situações já atingidas pela prescrição.

Com relação à Alemanha, diz ainda o autor:

“Na Alemanha, preservam-se os efeitos das decisões judiciais anteriormente à

---

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo. Op cit. pp. 258-259.

declaração de inconstitucionalidade, salvo condenatórias criminais, e proíbe-se qualquer ação fundada em enriquecimento sem causa decorrente de situação gerada pela lei invalidade. Admite-se a frustração dos efeitos futuros das decisões judiciais pretéritas, mas a matéria é polêmica, justamente pelo conflito entre a justiça material e a segurança jurídica.”

Finalmente, a título meramente ilustrativo, junta-se informação prestada pelo citado autor<sup>24</sup>, acerca da posição da Corte Européia de Direitos Humanos, quanto à coisa julgada no âmbito do Direito Internacional Público:

“Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente da Corte Européia de Direitos Humanos, que reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10/6/96; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14/12/99; e *Antonetto v. Itália*, julgado em 20/7/2000”.

---

<sup>24</sup> GRECO, Leonardo. Op cit. p. 255.

### 3 - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL (RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA)

Feitas as considerações iniciais acerca da coisa julgada, em especial, sua parte histórica e como a mesma é vista em alguns ordenamentos estrangeiros, passa-se ao tema propriamente dito.

Surge nos últimos anos debate doutrinário acerca da possibilidade ou não de relativizar a coisa julgada material. O embate envolve doutrinadores de peso.

De um lado, pela relativização da coisa julgada, têm-se: Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Juliana Cordeiro, etc. Do outro, pela impossibilidade de se relativizar a coisa julgada, encontra-se José Carlos Barbosa Moreira, Gisele Góes, Nelson Nery Junior, Ovídio A. Baptista da Silva, Luiz Guilherme Marinoni, dentre outros.

Procurar-se-á no tópico seguinte, declinar as teses favoráveis e contrárias à possibilidade de flexibilização da coisa julgada.

#### 3.1 – Argumentos Pró Relativização.

Segundo o escólio do Professor Fredie Didier Jr<sup>25</sup>, a tese da relativização da coisa julgada tem como fundamento a impossibilidade de se admitir que uma decisão **injusta** ou **inconstitucional** se perpetue no tempo.

Para o citado autor<sup>26</sup> “o primeiro a suscitar a tese da

---

<sup>25</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, Cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Editora Podium, 2007, p. 504.

<sup>26</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op cit. p. 504.

relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ministro do Superior Tribunal de Justiça”.

É na obra “Coisa Julgada Inconstitucional”, cuja organização coube a Carlos Valder do Nascimento, que se encontram os argumentos para a relativização da coisa julgada, mesmo depois de transcorrido o prazo da ação rescisória, principalmente, quando presentes injustiças ou inconstitucionalidades, são eles:

a) Ausência de caráter constitucional à Coisa Julgada.

Partindo das premissas de que só a lei tutela a coisa julgada, independentemente de seu conteúdo, e de que a constituição somente a protegeria quando a *res judicata* estivesse em conformidade com a sua substância, afirmam os defensores da flexibilização da coisa julgada que ela é instituto jurídico de natureza eminentemente processual, não guardando raízes, pois, no direito constitucional. Nesse sentido é a lição de Celso Neves<sup>27</sup> :

“A coisa julgada é, pois, um fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita, portanto, no plano processual, sem elementos de natureza material na sua configuração, teologicamente destinada à eliminação da incerteza subjetiva que a pretensão resistida opera na relação jurídica sobre que versa o conflito de interesses. Como dado pré-processual de caráter subjetivo, essa incerteza não afeta a essência da relação jurídica, de caráter

---

<sup>27</sup> NEVES, Celso. Coisa julgada civil. *Op cit*, p. 10.

objetivo. A ela, simplesmente, se relaciona, porque nela está o objeto dos juízos das partes. Assim também a coisa julgada que apenas se relacionam à *res iudicium deducta* por constituir esta objeto do juízo estatal”.

Como então eles explicariam a regra contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que trata da coisa julgada?

A resposta é obtida no trabalho conjunto de Humberto Theodoro Júnior e de Juliana Cordeiro de Faria<sup>28</sup>, para os quais o citado dispositivo seria visto apenas em relação ao Poder Legislativo, não sendo extensivo, pois, ao Poder Judiciário, razão pela qual o juiz, ao se deparar com injustiças ou inconstitucionalidades patentes, poderia afastar a coisa julgada, na medida em que ela teria caráter apenas infraconstitucional. Nesse sentido, o ensinamento de Carlos Valder do Nascimento<sup>29</sup>:

“Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem sua inserção na Constituição da República, porque esta

---

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003. p. 70.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa Julgada Inconstitucional, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 3ª edição, pp. 10-12.

não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.”

Assim, entre a existência de um princípio constitucional e a garantia da coisa julgada, que, para os relativistas, teria índole infraconstitucional, não se poderia falar em conflitos de normas, mesmo quando presente uma sentença, que, baseada numa lei inconstitucional, houvesse transitado em julgado, na medida em que a importância de se conformar a sentença à Constituição seria superior à necessidade de se proteger a coisa julgada.

Nessa linha de raciocínio, transcreve-se a inteligência de André Luiz Santa Cruz Ramos<sup>30</sup>:

“Segundo alguns autores, a garantia da coisa julgada (ou princípio da intangibilidade da coisa julgada) possui índole infraconstitucional, e por isso não pode prevalecer quando em confronto com princípios emanados da Constituição Este é, por exemplo, o entendimento de

---

<sup>30</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Coisa Julgada Inconstitucional. Salvador: Editora Podium, 2007, pp. 128-129.



Humberto Theodoro Júnior, para quem a (...) coisa julgada (...) se submete ao princípio da constitucionalidade, que lhe é hierarquicamente superior. Desta inferioridade hierárquica, o autor conclui que a coisa julgada só será intangível quando estiver conforme a constituição”

b) Afronta aos princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo o Min. José Augusto Delgado, *in* Pontos Polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais<sup>31</sup>, a coisa julgada, sempre que ofender os princípios constitucionais da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, além de incompatível com a realidade dos fatos, deve ser revista.

Esse foi seu pensamento consubstanciado no Resp. n. 240712<sup>32</sup>, conforme se pode ver de seu voto vencedor:

---

<sup>31</sup> <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17110>

<sup>32</sup> Cândido Rangel Dinamarco esclarece que “A Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo por *desapropriação indireta* e, depois, feito acordo com os adversários para parcelamento do débito; pagas algumas parcelas, voltou a juízo com uma demanda que denominou *ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito*. Sua alegação era a de que houvera erro no julgamento da ação expropriatória, causado ou facilitado pela perícia, uma vez que a

“Ressalvo, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção ao direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via de tributos pagos, à máquina estatal (...). Essa minha manifestação, esclareço com ênfase, não representa qualquer juízo antecipado sobre o mérito da pretensão do Estado de São Paulo, conforme posto na Ação Declaratória. Ela sustenta, apenas, que, em face do confronto da documentação apresentada pelas partes, há uma plausibilidade jurídica a ser examinada com o máximo rigor, afastando quaisquer dúvidas a respeito do direito discutido. (...)

Proteger essa situação processual, com a suspensão do pagamento das parcelas assumidas pelo Estado de São Paulo, até decisão definitiva da querela, é missão que se impõe ao Poder Judiciário, em benefício dos princípios da segurança jurídica, da moralidade, da proteção das partes e da real missão da Justiça”

Na mesma linha de raciocínio acima exposto, é o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco<sup>33</sup>, para quem a coisa julgada somente deve prevalecer se compatível com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, bem como quando não causar lesão ao Estado, quando o pagamento de indenizações decorrentes de desapropriações for tida como justa, e, ainda, se não ocorrer violação aos direitos do homem, à cidadania

---

área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores. Apesar do trânsito em julgado e do acordo depois celebrado entre as partes, o Min. José Delgado votou no sentido de restabelecer, em sede de recurso especial, a tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal paulista, invocando a *authoritas rei judicatae*, viera a negar. A tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida” ([http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)).

<sup>33</sup> [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)

e à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O mencionado autor informa ainda que o Min. José Delgado<sup>34</sup> “em uma exposição feita na cidade mineira de Poços de Caldas, quando reafirmou que a autoridade da coisa julgada está sempre condicionada aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada ‘*não é o tipo de segurança posto na Constituição Federal*’.

Discorrendo didaticamente perante uma platéia composta na maioria por estudantes, o conferencista ilustrou seu pensamento com hipotéticos casos de sentenças impondo condenações ou deveres absurdos, como aquela que mandasse a mulher carregar o marido nas costas todos os dias, da casa ao trabalho; ou a que impusesse a alguém uma pena consistente em açoites por chicote em praça pública; ou a que, antes do advento das modernas técnicas biológicas (hla, dna), houvesse declarado uma paternidade irreal. ‘*Será que essa sentença, mesmo transitada em julgado, pode prevalecer?*’, indaga retoricamente, para depois responder apoiando-se em obra de Humberto Theodoro Júnior: ‘as sentenças abusivas não podem prevalecer a qualquer tempo e a qualquer modo, porque a *sentença abusiva não é sentença*’.”

Percebe-se, pois, algumas características dessa argumentação, a saber:

---

<sup>34</sup> [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)

I) abandono da ciência pura do direito, na medida em que a norma deve se compatibilizar com a realidade;

II) há de existir correlação entre sentença, legalidade e moralidade, na busca da descoberta do justo;

III) adoção, por parte do Poder Judiciário e de forma absoluta da supremacia do princípio da moralidade, sendo que sua eventual violação impossibilitaria a formação de direitos, uma vez que a coisa julgada deveria ter como tripé a verdade, a certeza e a justiça;

IV) a coisa julgada, conquanto fixasse a autoridade de lei entre as partes, não atingiria a verdade dos fatos, razão pela qual não persistiria quando presentes graves imoralidades;

V) caráter absoluto da legalidade, moralidade, justiça, porquanto representam valores de natureza constitucional, pilares do regime democrático, o que implica em dizer que há hierarquia frente a coisa julgada e a segurança jurídica, as quais não passam de garantias infraconstitucionais.

Nesse sentido são as linhas de André Luiz Santa Cruz Ramos<sup>35</sup>, que ao transcrever pensamento do Min. José Delgado, assevera:

“considera que não apenas a garantia da coisa julgada, mas também seu princípio informador, a segurança jurídica, são valores infraconstitucionais, oriundos de regramento processual. Argumenta que legalidade,

---

<sup>35</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Op cit.*, p. 128-129.

moralidade e justiça são valores absolutos, de natureza constitucional, que sustentam o regime democrático, e por isso estão acima da segurança jurídica”.

c) Impossibilidade Jurídica dos Efeitos Substanciais da Sentença.

Como terceiro argumento, procuram o relativistas pontuar casos que mereceriam tratamento especial com a finalidade de flexibilizar a coisa julgada, para tanto se socorrem da noção da coisa julgada como imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>36</sup> “incidindo a *auctoritas rei judicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material”.

Feita essa observação inicial, o advogado passa em seguida a discorrer sobre as sentenças terminativas, que para ele é o local que comumente ocorre a “impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença”. Transcreve-se<sup>37</sup>:

“É isso que se dá nas sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (ou seja, sem

---

<sup>36</sup> [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)

<sup>37</sup> [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)

pronunciar-se sobre a pretensão trazida pelo demandante), nada dispõem sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum - e tal é a razão por que, segundo entendimento comum e absolutamente pacífico, tais sentenças podem ficar cobertas da coisa julgada *formal*, mas da material, jamais”

Ato contínuo, tenta o autor estender a impossibilidade jurídica dos efeitos às sentenças de mérito, quando ditam preceitos juridicamente impossíveis, para tanto faz uso de alguns exemplos, são eles: sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro; sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua carne, em consequência de uma dívida não honrada; sentença que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual.

Vê-se, portanto, três características desse argumento. Uma premissa e duas consequências, respectivamente, são elas: a) ele parte do pressuposto de que a coisa julgada é qualidade dos efeitos da sentença e está vinculada à sua existência e substancialidade (premissa); b) a impossibilidade de formação da coisa julgada; c) a formação tão-somente de um ato jurídico, sem o condão de realizar seus efeitos.

d) Pensamento do Juiz como homem comum.

Segundo esse argumento, ao se deparar com um caso, em que qualquer pessoa do povo deixaria de cumprir a sentença transitada em julgado, porquanto absurda e agressiva à inteligência e aos sentimentos do homem comum, deverá o juiz relativizar a coisa julgada.

Ao relativizar a coisa julgada, deve o magistrado buscar os valores da sociedade, devendo, para tanto seguir determinados critérios, a saber: a) razoabilidade interpretativa; b) a consciência de que a ordem jurídica é composta de um equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos; c) que o exercício jurisdicional é passível de erros.

Mas o que seria homem comum ou homem da rua?

Cândido Rangel Dinamarco<sup>38</sup> conceitua homem comum como sendo “o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, segundo a imagem criada por Piero Calamandrei (*l'uomo della strada*)”.

e) Sentenças Juridicamente Inexistentes:

Sustentam os relativistas que determinadas sentenças não têm o condão de transitar em julgado, em especial, quando:

i) proferidas em processo em que as partes não preencheram as condições da ação;

A respeito do assunto, clara é a lição de Teresa Arruda

---

<sup>38</sup> [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)



Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina<sup>39</sup>, que, após discorrerem sobre vários casos em que a sentença juridicamente inexistente (ausência de pressuposto processual de existência), relata que:

“(...) considerando também como sendo juridicamente inexistentes às sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de ‘ações’, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício. Em outras palavras, para nós, se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente”.

E arrematam os autores<sup>40</sup>:

“Como em casos assim, inexistente AÇÃO, considera-se que o que se terá exercido terá sido, em verdade, o direito de petição”

ii) embasadas em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>39</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, Relativização da coisa julgada. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008. pp 398-399.

<sup>40</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op cit.*, p. 399.

Segundo ensinamentos dos autores acima nominados<sup>41</sup> “tendo sido atendido pedido formulado pela parte com base em lei inconstitucional, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei inexistente)’”.

E acrescenta<sup>42</sup> :

“Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo ‘nula’ ou ‘anulável’. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar *como se a lei nunca tivesse existido*. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só ‘aceita’ normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado a não ser *aparentemente*. Trata-

---

<sup>41</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, op cit. p. 388.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 389.

se de postura mais afeita ao direito público e que proporciona, em nosso sentir, a mais adequada compreensão do tema”

Finalmente, concluem<sup>43</sup>:

“A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente. É, pura e simplesmente, um *fato jurídico*, cujos efeitos, às vezes, devem ser conservados, em nome de outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27, da Lei 9868/99.”

f) Sentenças Juridicamente Nulas (ação rescisória sem prazo):

Semelhante à segunda hipótese descrita no enunciado anterior, partem os defensores da flexibilização da coisa julgada da premissa que a sentença transitada em julgado, embora embasada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não seria inexistente, mas nula. Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria<sup>44</sup> de seguinte teor:

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. Salvador: Juspodium, 2008, p. 195.

“A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a **nulidade**.”

A razão primordial para imputá-la de eivada de nulidade, reside no fato de a sentença ser proveniente de um processo que obedeceu aos seus trâmites legais, conquanto baseada em lei, posteriormente, declarada inconstitucional.

Diante da expressa existência da regra esculpida no art. 485, V, CPC, que trata da possibilidade de rescisória quando a sentença viola literal dispositivo de lei e da flagrante ausência de norma semelhante a ser aplicada no caso de lei declarada inconstitucional, leia-se, coisa julgada inconstitucional, procuram os doutrinadores adeptos da coisa julgada relativa aplicar a fungibilidade da primeira situação (art. 485, V, CPC) à segunda, com a seguinte observação: a ação rescisória contra a coisa julgada inconstitucional não se submete ao prazo decadencial de 2 (dois) anos.

A não observância do prazo de dois anos (art. 495, CPC), deve-se a impossibilidade de se equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade. Nesses dizeres, transcreve-se trecho de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria<sup>45</sup>:

---

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op cit. pp. 194-195.

“A admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional expressada nos julgados supra, porém, não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente com avilta o sistema de valores da Constituição (...) Há que serem extraídas todas as conseqüências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo. Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos(...)”

Expostas as razões pela flexibilidade da coisa julgada, passa-se aos argumentos contrários à sua relativização.

### **3.2 – Argumentos Contrários à Relativização da Coisa Julgada.**

a) Garantia Constitucional da Coisa Julgada:

Procurando rebater a tese levantada pelos que veem na coisa julgada um instituto de caráter infraconstitucional, surgem os defensores da *res judicata* a dizer que ela está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, está intrinsecamente relacionado com a idéia do Estado Democrático de Direito, que conforme art. 1º, da Constituição Federal de 1988 é fundamento da República brasileira. Nessa linha de orientação, manifesta-se André Luiz Santa Cruz Ramos<sup>46</sup> :

“Segundo os modernos constitucionalistas, o princípio da segurança jurídica é algo imanente à própria idéia de Estado Democrático de Direito. Este, segundo Canotilho, erige-se sobre dois pilares fundamentais, um dos quais é a estabilidade das decisões do poder público. Por conseguinte, a segurança jurídica, como princípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.

Em sentido semelhante são as linhas de Nelson Nery Júnior<sup>47</sup> :

---

<sup>46</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Coisa Julgada Inconstitucional. Op cit. pp. 45-46.

<sup>47</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado democrático de direito. Revista Forense. v.1. Rio de Janeiro, ano 100.vol. 375. set-out. de 2004. pp. 142.143.

“Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *Estado democrático de direito* ocorre por intermédio do instituto da coisa julgada. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do estado democrático de direito”

E acrescentam os defensores da doutrina em foco, ao dizer que negar constitucionalidade à coisa julgada é negar fundamento ao princípio fundamental do processo civil, o qual deve ser entendido como instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais.

Ressaltam, outrossim, que o Estado Democrático de Direito e a coisa julgada, esta última elemento de existência do primeiro, não de ser vistas como cláusulas pétreas, impossíveis de ser alteradas ou abolidas, sequer por emenda constitucional, conforme dispõe o art. 60, §4º, I e IV, CF/88, na medida em que são as bases de nossa república.

A propósito, transcreve-se pensamento de Gisele Santos Fernandes Goés<sup>48</sup> :

“(...) Só há devido processo legal, quando inteirado à coisa julgada, dentro do fenômeno da constitucionalidade

---

<sup>48</sup> GOÉS, Gisele Santos Fernandes. A “Relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008. p 165.

democrática. O devido processo constitucional necessita da coisa julgada, daí a razão de ser do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, quanto ao respeito à coisa julgada. (...) a dimensão do assunto da natureza da coisa julgada ganha proporção ainda maior, quando se observa que, na topografia do Texto Constitucional, esse instituto é um direito fundamental e, nesse rumo, é uma cláusula pétrea, de conformidade com o §4º do art. 60 da CF/88”.

Rosemiro Pereira Leal<sup>49</sup>, ao discorrer sobre a coisa julgada, lembra que tal instituto, com o advento da Constituição Federal de 1988, deixa de ser visto sob a ótica da legislação infraconstitucional e passa a ter contornos constitucionais:

“A coisa julgada, com a vigência da Constituição Brasileira de 1988, assumiu os contornos teóricos de instituto autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade (como quis Liebman e atualmente Dinamarco) de efeito da sentença de mérito com autoridade a

---

<sup>49</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização inconstitucional da coisa julgada. temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.



suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial (art. 301, VI, CPC) extintiva do procedimento instaurado. Daí, impõe-se a distinção entre a sentença transitada em julgado como ato jurisdicional afetado pela preclusão máxima e a coisa julgada, esta agora como garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimento meritis pelo atendimento fundamental do devido processo”.

Assevera o mestre mineiro<sup>50</sup>:

“a coisa julgada é direito-garantia constitucionalizado”

Portanto, conclui o autor<sup>51</sup>:

“o debate sobre a *res judicata* já não pode ser mais tratado em órbita exclusiva de Direito Processual sistemático, porque, a *coisa julgada*, como efeito ou qualidade das sentenças, não mais se define como instituto jurídico pelos estreitos *limites objetivos* procedimentais da ‘relação’ de direito material (...) ou pelos limites subjetivos do *universum jus* (universo jurídico) das partes do processo do

---

<sup>50</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op cit. p. 3

<sup>51</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op cit. p. 3

processo, mas ganha feições de direito-garantia, quando a *sentença*, de mérito ou não, gera efeitos ou qualidades que se autonomizam por norma constitucional, tal como assegurado nas constituições modernas.”

Por fim, sustentam a constitucionalidade da coisa julgada com base em sua topografia. Para isso, lembram que ela está colocada dentro do capítulo “dos direitos e garantias individuais e coletivos”, que, por sua vez, se encontra inserido no título referente aos “direitos e garantias fundamentais”. Isso gera uma consequência lógica, qual seja: a garantia tem como destinatários tanto as partes do processo, e os terceiros eventualmente sujeitos (garantia individual), como também visa tutelar a coletividade. Seguindo esse raciocínio, transcrevo observações de José Carlos Barbosa Moreira<sup>52</sup> :

“Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no capítulo I (*dos direitos e garantias individuais e coletivos*) do Título I (*Dos direito e garantias fundamentais*). Importa identificar os destinatários e o

---

<sup>52</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008. p.235.

objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, *fine*. Destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas *individual*, senão também *coletiva*. Protege-se igualmente a coletividade. Segundo já se registrou (...) esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (...) Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual”.

b) A opção pela Segurança Jurídica (justiça viável):

A questão encontra-se delimitada no campo da filosofia do direito, representada, especificamente entre a factividade (*faktizität*) e a validade (*geltung*), em outras palavras, no embate entre justiça e segurança.

Aqueles que defendem a intangibilidade da coisa julgada, sustentam que<sup>53</sup>:

“A posição que até hoje prevalece está ligada à idéia de que o Direito – e a norma

---

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material. Revista Jurídica. ano 52. n 317. mar. de 2004. p. 14.

do caso concreto produzida pelo Judiciário – é válido porque foi assim declarado pelo ‘soberano’, e não porque é justo”

Alegam ainda a falta de critérios objetivos para se definir quando uma decisão é injusta. Os próprios termos utilizados por aqueles que desejam flexibilizar a coisa julgada são tidos por juridicamente indeterminados, como, por exemplo: “grave injustiça”, “séria injustiça”, “sentença abusiva”. Como conseqüência, quem teria a competência para dizer, de forma definitiva, o significado de alguma dessas expressões.

Como terceira alegação, asseveram que a Justiça é impossível de ser alcançada em um segundo julgamento, a qual poderia ser contestado em um terceiro momento. Portanto, para eles não haveria fim à discussão se o caso foi ou não julgado de forma justa.

A propósito da tensão entre justiça e segurança jurídica, colaciona-se ensinamentos de Paulo Roberto de Gouveia Medina<sup>54</sup>:

“O problema da injustiça da decisão é, sem dúvida, em última análise, reflexo da falibilidade humana ou conseqüência da imperfeição do sistema judiciário. A paz social, entretanto, não se funda na desconfiança no elemento humano que a

---

<sup>54</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Op cit. p. 25.

constrói, mas na aspiração de cada um e de todos de viver numa sociedade que lhes assegure e faça valer os direitos reconhecidos pelo Poder competente. Isso exige, naturalmente, segurança e estabilidade nas relações jurídicas que o Estado tem o dever de tutelar. Eis aí a razão de ordem pública que justifica o respeito a coisa julgada”.

E acrescenta o autor<sup>55</sup>:

“Realmente, a justiça constitui acima de tudo, uma aspiração; é raro, por isso, que a parte vencida se conforme com a decisão contrária, ainda quando esgotados todos os recursos cabíveis (...) Nem se pode ignorar a possibilidade de que uma nova sentença, reapreciando a causa, venha a suscitar da parte contrária igual sentimento de injustiça.”

Lembram que o conceito de justiça muda conforme se altera o grupo social, ou seja, a justiça para o rico não é a mesma justiça do pobre. Em igual sentido, pode-se dizer com relação ao tempo, isto é, a opinião sobre a justiça não é a mesma depois de decorridos alguns anos, para tanto

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 25.

basta lembrar que até o século XIX era justo o senhor colocar no tronco seu escravo fujão. Em linhas parecidas é o verbo de Sérgio Nojiri<sup>56</sup> :

“Basta olharmos ao nosso redor para percebermos o alto grau de complexidade social que vivemos e percebemos que as opiniões a respeito do senso de justiça variam de grupos sociais para grupos sociais ou, em alguns casos, até mesmo de pessoa para pessoa. Não há uma uniformidade de pensamento a respeito de questões de justiça, de ética ou de moral”

Nelson Nery Júnior,<sup>57</sup> ao discorrer sobre a segurança jurídica, coisa julgada e justiça da sentença, revela que:

Consoante o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença *justa* é o ideal – *utópico* – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo

---

<sup>56</sup> NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. Revista de Processo. São Paulo, ano 30.n. 123. mai. de 2005. p. 137.

<sup>57</sup> NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado democrático de direito. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008. p. 297.

choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito a segurança jurídica pela observância da coisa julgada.

Em sentido assemelhado são as linhas de Gisele Santos Fernandes Góes<sup>58</sup> (...) que ao tratar do justo possível (utópico), segurança jurídica como padrão da coisa julgada, enquanto direito fundamental, esclarece:

“Entre o valor abstrato e o valor que se canaliza em princípios e regras, fica-se com o segundo e foi assim que agiu o legislador brasileiro. O justo utópico está solitário, o Brasil permaneceu com o justo viável, que se desdobra no Estado Democrático de Direito, via segurança jurídica atinente ao instituto da coisa julgada, com as suas regras esboçadas pelo sistema processual.”

---

<sup>58</sup> GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Op cit. p 167.

#### **4 – CONCLUSÃO.**

Sem maiores rodeios, filia-se este autor à corrente daqueles que não admitem a relativização da coisa julgada, exceto nos casos expressamente previstos em lei.

Inicialmente, há de se fazer algumas críticas acerca dos termos utilizados por aqueles que veem na injustiça e na inconstitucionalidade motivos para atacar a coisa julgada, para tanto, fazem uso da expressão “RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

Partem eles de um pressuposto incorreto, qual seja, que a coisa julgada tem caráter absoluto, na medida em que a palavra relativizar se contrapõe a algo absoluto.

Entretanto, sabe-se que nenhum direito e garantia constitucional é absoluto, sequer o bem mais precioso do ser humano, a vida, ostenta tamanha proteção, uma vez que, conforme art. 5º, XLVII, a, CF/88, pode ser ceifada em caso de guerra declarada, por exemplo. O mesmo se pode dizer em relação à *res judicata*, porquanto para ela existem os meios específicos de impugnação, no caso a ação rescisória (art. 485, CPC) e a ação revisional (art. 621 e ss., CPP).

Na realidade, a “relativização” da coisa julgada, como propõe os defensores de tal tese, configura verdadeira desconsideração do instituto, haja vista que a sentença jamais transitará em julgado, porquanto a qualquer momento é dado ao cidadão invocar que a mesma sofre da pecha da “grave injustiça”.

Essa desconsideração gera uma consequência, a saber: a desnecessidade do art. 485, CPC, já que a ação rescisória somente é admitida para atacar as sentenças de



mérito transitadas em julgado. Se elas nunca transitam, para que então a ação rescisória?

O mesmo se pode dizer em relação aos arts. 471 e 474, ambos do Código de Ritos, os quais impedem, respectivamente, a reapreciação da questões já decididas e a impossibilidade de deduzir, com a sentença de mérito, alegações e defesas não formuladas.

Ainda no campo da terminologia, mas agora com relação à expressão “coisa julgada inconstitucional”, observa-se uma contradição em seus próprios termos, pois se a coisa julgada tem índole constitucional e não apenas infraconstitucional, conforme se verá logo adiante, e, se a sentença transitada em julgado foi prolatada por alguém que retira sua competência e legitimidade da própria constituição, não se pode dizer que a coisa julgada seja inconstitucional.

Ademais, não se pode confundir a sentença em si com a coisa julgada, já que esta é um atributo (estabilidade) conferido àquela. Portanto, se há inconstitucionalidade, ela existe na sentença e não na *res judicata*.

Vencida a crítica inicial, pode-se dizer, outrossim, que a coisa julgada tem *status* constitucional e não meramente processual, como defendem os relativistas, para tanto basta lembrar que não se nega caráter constitucional, por exemplo, ao mandado de segurança, ao *habeas corpus*, ao *habeas data*, muito embora eles sejam tratados na carta política de forma *en passant*. Esses remédios constitucionais, é verdade, são tratados de forma mais esmiuçada nas leis que os regulam, mas nem por isso, nega-se o caráter constitucional dos mesmos, até porque seria inviável, tanto

em termos de estrutura, como em termos de compreensão, admitir que uma constituição saísse definindo e tratando de maneira detalhada de todos os institutos de nosso direito – já bastam os nossos 250 artigos, o ADCT, as 56 emendas à Constituição e as 6 emendas de revisão!

Ademais, o constituinte originário fez uma opção quando da promulgação da Carta Magna de 1988, ao prescrever em seu art. 1º que “A República Federativa do Brasil (...) constitui-se um Estado Democrático de Direito”. O Estado Democrático de Direito, por sua vez, somente é alcançado através da segurança jurídica, que encontra na coisa julgada um de seus pilares de sustentação.

Portanto, desconstituir a coisa julgada é, em última análise, agredir ao Estado Democrático de Direito, e por que não dizer à forma republicana.

Observe-se que não há incompatibilidade entre a segurança jurídica e a justiça, na medida em que a segunda perderia seu valor se os conflitos não fossem resolvidos definitivamente<sup>59</sup>. Isto não quer dizer que erros não aconteçam, mas para eles existem os recursos e as vias

---

<sup>59</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior, *in*, Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. Vol. 1, n 3, 2005, p. 271, esclarece que “A interconexão entre os direitos fundamentais e a justiça é bem apanhada por Teophilo Cavalcanti Filho quando coloca, em particular, a segurança como condição necessária para a justiça, ou seja, ‘a *idéia de justiça é essencial a de certeza e de segurança*’ ou ainda que ‘*sem ordem e segurança a justiça é inconcebível*’”.

impugnativas específicas (ação rescisória, por exemplo). Caso esses meios não sejam utilizados, não se pode querer eternizar a querela simplesmente porque o jurisdicionado acredita que a decisão proferida pelo Estado-Juiz não é justa, ou, como dizem os relativistas, eivada de grave injustiça.

Além disso, quem garante que a segunda decisão será “justa”.

E afinal o que é justiça?

Este autor, ao invés de responder, prefere usar as palavras de Kelsen<sup>60</sup>:

“Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Plantão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”

---

<sup>60</sup> KELSEN, Hans, O que é justiça? Tradução de Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 01.

Isso não quer dizer que o Estado não procure alcançar a justiça. Procura sim!. Todavia, o Estado, na busca da pacificação social, realizável através da coisa julgada, tem como finalidade encontrar o justo possível e não o justo utópico, porquanto, além de ser este último por demais abstrato, é impossível de ser atingido.

A propósito do assunto é interessante lembrar que Adolf Hitler, conforme informa Nelson Nery “assinou, em 15.7.1942, a Lei para Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão (art. 2º da *Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtsachen* [StAMG] – RGB1, p. 383). Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*Wieder aufnahme des Verfahrens*) para que isso fosse reconhecido.”

Ressalte-se que a Emenda Constitucional n. 45/2004 elevou à categoria de princípio constitucional a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88<sup>61</sup>). Quer isso

---

<sup>61</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 - art. 8º, item 1) já estabelecia a razoável duração do processo como meta a ser atingida: “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”

dizer que os conflitos sociais, consubstanciados nos processos, têm prazo para chegar a termo. Não se admite, pois, sua eternização. Nesse sentido, são as últimas reformas, tanto na seara do processo civil (Leis n. 11.232/2006, 11.417/2006, 11.672/08), quanto na seara do processo penal (Leis n.11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008).

Portanto, relativizar a *res judicata* é ir de encontro às últimas reformas e, conseqüentemente, abarrotar o já congestionado Poder Judiciário, na medida em que a paz social jamais seria alcançada e os processos poderiam ser revistos a qualquer momento.

Como decorrência lógica da violação ao princípio constitucional da razoável duração do processo, efetivada através da desconsideração da coisa julgada, existe ainda o problema do regresso ao infinito, uma vez que a teoria deixa ao subjetivismo os casos passíveis de serem levados a novo julgamento.

O caráter constitucional da coisa julgada, por sua vez, é de suma importância para lembrar que sua desconsideração causa uma grave conseqüência, a saber: violação ao art. 60, §4º, I e IV, da Constituição Federal de 1988.

Caso a coisa julgada deixe de existir em nosso ordenamento jurídico, estará se abolindo uma das garantias descritas no art. 5º, por conseguinte haverá patente violação do citado art. 60, §4º, IV, CF/88, que expressamente veda proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

O mesmo se pode dizer em relação à Federação, já

que esta, conforme estabelece o art. 1º, *caput*, CR/88, é a forma como a República brasileira se apresenta.

Assim, como dito acima, desconstituir a coisa julgada é violar o Estado Democrático de Direito, por conseguinte a forma republicana e a federação brasileira.

Destarte, este autor não vê plausibilidade na desconfiguração de um instituto de direito que já nos acompanha há mais de dois mil anos, conforme foi visto na parte histórica, em especial nos precedentes romanos, razão pela qual, finaliza-se esse trabalho com a seguinte frase de Sócrates<sup>62</sup>:

“Sócrates, na prisão, explicava com serenidade aos seus discípulos, num momento de eloqüência jamais igualado por qualquer jurista, que a suprema razão social impõe que nos verguemos à sentença, até ao sacrifício da vida, mesmo se ela for injusta. Passando ao estado de coisa julgada, a sentença destaca-se dos motivos que a ditaram, tal como a borboleta que sai do casulo. A partir de então, já não pode ser mais classificada como justa ou injusta, destina-se a constituir o único e imutável termo de comparação, ao qual os homens se devem reportar para saber qual era, em tal ou tal caso, a expressão oficial da justiça”

Enfim, entre a justiça utópica e a segurança, este autor escolhe a segunda, para tanto, basta lembrar do ditado popular: “águas passadas não movem moinhos”.

---

<sup>62</sup> NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. Revista de Processo. São Paulo, ano 30.n. 123. mai. de 2005. p. 141.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa Julgada nos Estados Unidos da América. Revista de Processo, São Paulo, ano 31. n. 132. fev. de 2006.

AMBROSIO NETO, Alfredo. Coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. Revista de Direito da ADVOCEF, v. 1, n. 4, Londrina, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2006.

BARBOSA E SILVA, Érica. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. Revista de Processo. Ano 32, n. 145, mar. 2007.

BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes. A Coisa Julgada em Fazzalari. In LEAL, Rosemiro Pereira (org). *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária*. vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, Cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Editora Podium, 2007.

\_\_\_\_\_, Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo de conhecimento. Salvador: Editora Podium, 2007.

DONIZETE, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. Revista dos Tribunais. Ano 93, vol. 828, out. 2004.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. A “Relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem; tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara. 1986.

KELSEN, Hans, O que é justiça? Tradução de Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização inconstitucional da coisa julgada. temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*; tradução de Alfredo Buizaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição



de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

LIMA E SILVA, Adailson. *A Coisa Julgada em Chiovenda*. In LEAL, Rosemiro Pereira (org). *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, v.2: Processo de Conhecimento*. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Revista Jurídica*. ano 52. n 317. mar. de 2004.

\_\_\_\_\_, *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa Julgada: garantia constitucional*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32. n. 146. abr. de 2007.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. V.2. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org).

Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa Julgada Inconstitucional, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 3ª edição.

NERY JUNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado democrático de direito. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

\_\_\_\_\_, Coisa julgada e o Estado democrático de direito. Revista Forense. v.1. Rio de Janeiro, ano 100.vol. 375. set-out. de 2004.

NEVES, Celso. Coisa julgada civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. Revista de Processo. São Paulo, ano 30.n. 123. mai. de 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Coisa Julgada Inconstitucional. Salvador: Editora Podium, 2007, pp. 128-129.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. Vol. 1, n 3, 2005.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Reforma de processo penal de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol.1. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org). Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003.

---

. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. Salvador: Juspodium, 2008. in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, Relativização da coisa julgada. In DIDIER, Fredie (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2008.

ZAVASKI, Teori Albino. Poder Constituinte derivado e respeito ao direito adquirido e à coisa julgada. Revista de Direito Renovar, v.1. set/dez 1995. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

**SITES CONSULTADOS:**

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17110>

[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/  
0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)

<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.presidencia.gov>



Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 - Água Fria - 60.811-670 - Fortaleza-Ceará  
Telefone (85) 3278.4013/3278.6242- e-mail: esmectj@gmail.com  
[www.tjce.jus.br/esmec](http://www.tjce.jus.br/esmec)

## INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS PARA O ENVIO E RECEBIMENTO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

Os originais dos artigos deverão ser enviados por meio de correio eletrônico para o e-mail [artigosthemis@gmail.com](mailto:artigosthemis@gmail.com). Cópia impressa do artigo, com as folhas rubricadas pelo autor e assinado ao final, deverá ser enviada aos cuidados da Secretaria Executiva da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), com endereço físico à Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 – Edson Queiroz, CEP 60811-670, Fortaleza-CE. Os artigos enviados deverão obedecer, obrigatoriamente, à seguinte **formatação textual**:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 30 (trinta) páginas;
- b) formato do papel deve ser A4, com a seguinte configuração das margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2 cm. Os parágrafos devem ser justificados, recuo da primeira linha em 2 cm da margem esquerda, espaçamento um e meio (1,5 linha) entre linhas, salvo nas notas de rodapé e nas citações, nas quais deve ser utilizado espaçamento simples;
- c) fonte Arial;
- d) tamanho 12, exceto nas citações longas (recuar 4

- cm, manter mesma fonte, reduzir para tamanho 10);
- e) parágrafos com entrelinha simples, sem espaçamento entre eles;
  - f) o artigo deverá conter os seguintes elementos pré-textuais: título e subtítulo (se houver), separados por dois pontos; sumário, com indicação dos itens e subitens em que se divide o trabalho; resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, de até 100 palavras.

Além disso, os **originais do artigo** deverão ser apresentados, obrigatoriamente, da seguinte forma:

- a) em 1 (uma) via, impressa em papel A4;
- b) com indicação do(s) autor(es) do trabalho e data de elaboração;
- c) com indicação da situação acadêmica, títulos e instituições nas quais a atividade principal do(s) autor(es) é exercida.

Os trabalhos que não obedecerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los para o próximo número, desde que efetuadas as modificações necessárias. O autor poderá consultar as normas técnicas da ABNT necessárias à elaboração de artigos, quais sejam, NBR 10520, NBR 6022, NBR 6023, NBR 6024, NBR 6027, NBR 6028 e suas posteriores atualizações, quando houver. Em caso de dúvida, é sempre possível manter contato com o organizador dos textos para publicação na revista, cujo endereço eletrônico encontra-se disponibilizado acima.

Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista Themis. O autor receberá gratuitamente três exemplares do número da Revista no qual conste artigo de sua autoria.

---

Este número da revista foi composto na fonte Arial, corpo 12.  
O miolo foi impresso em papel tipo AP 75 g/m<sup>2</sup> e  
a capa em cartão supremo 240 g/m<sup>2</sup>. Impresso no Parque Gráfico do  
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.  
Av. Ministro José Américo s/n - Cambéa - Fortaleza-CE.  
Fone/Fax: (85) 3216.2634