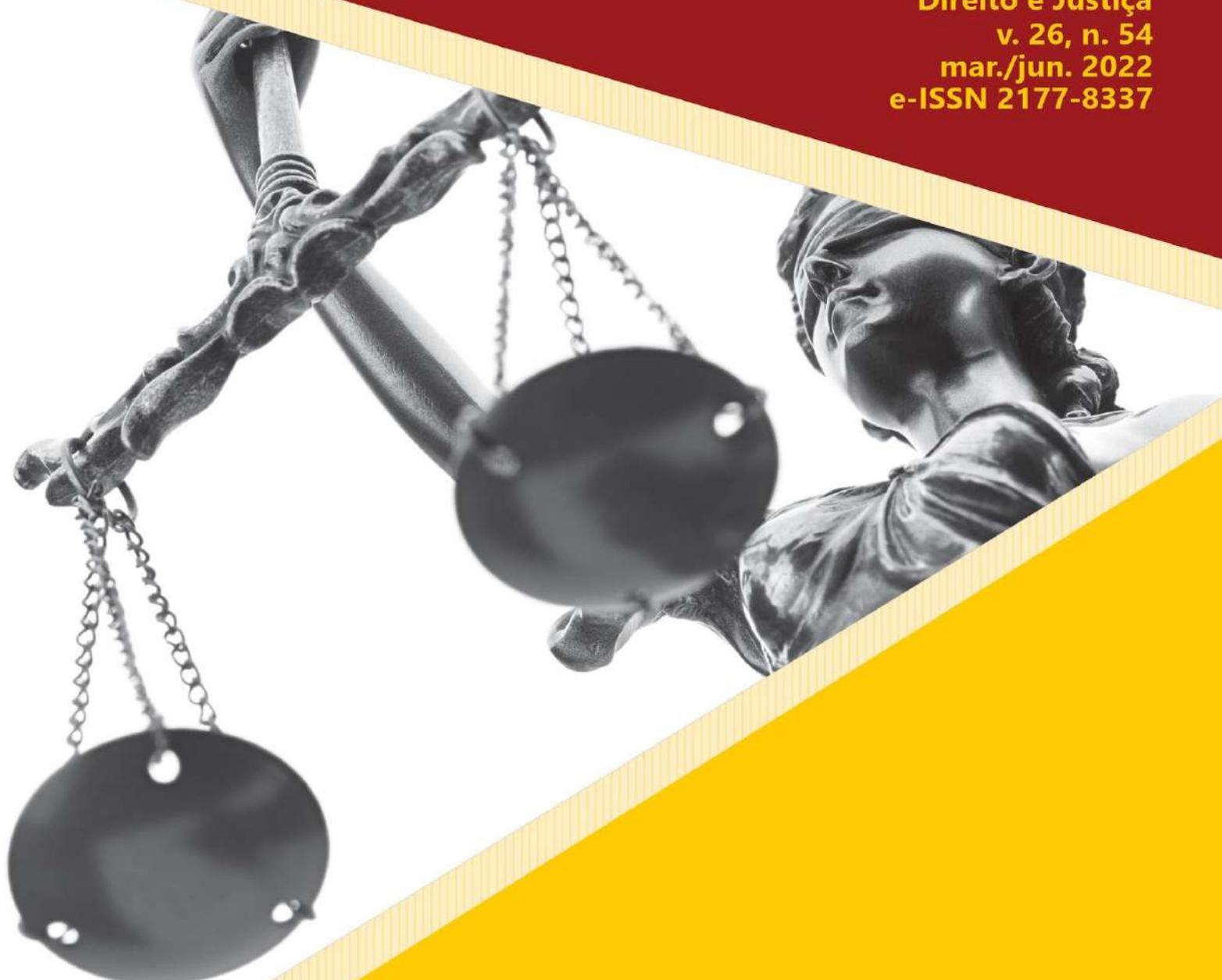


Direito e Justiça
v. 26, n. 54
mar./jun. 2022
e-ISSN 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;

Carmen Sílvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Alexandre Moraes da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;
Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;
Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Osvaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Amanda Carolina Torres Nogueira, Faculdade Santa Helena, FSH, Brasil;
Eduardo Barbuto Bicalho, Universidade Cândido Mendes, UCAM, Brasil;
Eliana Maria Khader, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Felipe Leitão Valadares Roquete, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasil;
Graciane Rafisa Saliba, Faculdade de Pará de Minas, FAPAM, Brasil;
Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;
Otávio Morato de Andrade, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil;
Otavio Ribeiro Coelho, Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, OABSP, Brasil;
Rodrigo Almeida Cruz, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil;
Rosane Cristina de Oliveira, Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil;
Thiago Maia Sayão de Moraes, Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia de Mato Grosso, SECITEC/MT, Brasil;

Rosane Cristina de Oliveira, Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil;

Victor Russo Fróes Rodrigues, Universidade Federal do Pará, UFPA, Brasil;

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340

CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 8** **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
Fanuel Souza dos Santos, Felipe dos Santos Joseph, Rejane Alves de Arruda
- 31** **CONFLITOS CULTURAIS E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA**
Francisco Yukio Hayashi
- 54** **INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E MEIOS ATÍPICOS DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL**
Otavio Ribeiro Coelho
- 69** **A VIOLÊNCIA POLÍTICA COMO OBSTÁCULO À CANDIDATURA DE MULHERES: UMA ANÁLISE DA NOVA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**
Bibiana Terra, Letícia Maria de Maia Resende

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 54ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada "*Direito e Justiça*", com artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

Abrindo a edição, temos o artigo **A constitucionalização do Direito Administrativo sancionador**, que trata da violação promovida por este ramo do Direito, desde sua gênese, ao princípio da igualdade de todos perante a lei.

O artigo **Conflitos culturais e o Direito Internacional Privado: reflexões sobre o princípio da ordem pública** analisa como a abertura do ordenamento jurídico ao elemento estrangeiro pode produzir o efeito rebote de fortalecimento de movimentos que defendem não só a exclusão do forasteiro, mas colocam em questão a própria legitimidade do Estado.

Em **Iniciativa probatória do Juiz e meios atípicos de provas no processo civil**, o autor busca analisar a relação existente entre poderes instrutórios do Juiz e as provas típicas e provas atípicas no sistema processual civil brasileiro.

A violência política como obstáculo à candidatura de mulheres: uma análise da nova legislação brasileira tem como objetivo analisar o combate à violência política de gênero como meio de alcançar a paridade na esfera político-deliberativa do Brasil.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura e muita saúde.

Os Editores

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

THE CONSTITUCIONALIZATION OF SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

Fanuel Souza dos Santos¹
Felipe dos Santos Joseph²
Rejane Alves de Arruda³

Resumo: O presente artigo traça, inicialmente, um breve histórico sobre a formação do Estado constitucional liberal pós-revoluções do século XVIII, e discorre sobre a fragmentação do poder, até então absoluto, uno e indivisível, na tripartição inspirada em Montesquieu, e o conseqüente desenvolvimento de um regime jurídico que pudesse dar regramento ao corpo da burocracia estatal, notadamente ao poder Executivo: o Direito Administrativo. Trata da violação promovida por este ramo do Direito, desde sua gênese, ao princípio da igualdade de todos perante a lei, porque reivindicou para si prerrogativas e privilégios não estendidos aos particulares, apoiando-se sobremaneira em um conceito demasiadamente aberto e indeterminado: a supremacia do interesse público sobre o privado. Também reivindicou para si uma prerrogativa de intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição, sob os auspícios da separação dos poderes. E, alicerçado em uma leitura clássica - e anacrônica - do princípio da legalidade, enquanto vinculação positiva à lei, a Administração, há muito tem se sentido autorizada a cumprir a lei flagrantemente inconstitucional, ou a aplicá-la sem sopesar as normas jurídicas que derivam do texto constitucional, negando a premissa neoconstitucionalista da força normativa da Constituição. Discorre ainda sobre a cisão do *jus puniendi* do Estado, que se bipartiu inicialmente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande (2009), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2018), Possui aprovação no XXVII Exame de Ordem (OAB/MS), Pós Graduado em Auditoria e Perícia Contábil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) (2019), Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (2017), Pós Graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá (2017). Servidor Público Federal no cargo de Policial Rodoviário Federal. <https://orcid.org/0000-0003-2770-9602>

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Graduado em Segurança Pública pela Universidade Estadual da Paraíba/Polícia Militar da Paraíba; Bacharel em Direito pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Capitão da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul (PMMS). Pós-graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola de Direito do Ministério Público de Mato Grosso do Sul/EDAMP. Membro de comissão de revisão da legislação institucional da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (2019).

³ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (1995). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora Adjunta (concursada) de Processo Penal da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Advogada militante.

Sancionador. O método utilizado é indutivo-analítico, para analisar o Direito Positivo, e também aplicado, por meio de revisão bibliográfica, para analisar a doutrina. A pesquisa é classificada como exploratória, qualitativa e teórica, do tipo bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Constitucionalização. Democracia.

Abstract: This article outlines, bulletin, a brief history of the formation of the liberal constitutional state after the revolutions of the eighteenth century, and discusses the fragmentation of power, hitherto absolute, one and indivisible, in the tripartition inspired by Montesquieu, and the consequent development of a legal regime that could regulate the body of the state bureaucracy, notably the Executive power: Administrative Law. It deals with the violation promoted by this branch of Law, since its genesis, to the principle of equality of all before the law, because it claimed for itself prerogatives and privileges not extended to individuals, relying heavily on an overly open and indeterminate concept: the supremacy of public interest over the private. It also claimed for itself a prerogative of intangibility of administrative merit by the jurisdiction, under the auspices of the separation of powers. And, based on a classic - and anachronistic - reading of the principle of legality, as a positive link to the law, the Administration has long felt authorized to comply with the flagrantly unconstitutional law, or to apply it without weighing up the legal norms that derive of the constitutional text, denying the neoconstitutionalist premise of the normative force of the Constitution. It also discusses the split of the State's *jus puniendi*, which split between Criminal Law and Sanctioning Administrative Law. The method used is inductive-analytical, to analyze the doctrine, and also applied, through literature review, to analyze the doctrine. The research is classified as exploratory, qualitative and theoretical, of the bibliographic type.

Keywords: Sanctioning Administrative Law. Constitutionalization. Democracy.

Recebido em: 31/10/2021

Aceito para publicação em: 24/01/2022

1 INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos no mundo ocidental, sob a égide do regime monárquico-absolutista, a sanção, muitas vezes traduzida na pena capital, foi infligida como espetáculo e como meio de exortar o poder de um soberano.

Ao revisitar o processo histórico, especialmente a era moderna (do século XV até as revoluções liberais do século XVIII), onde todo e qualquer poder derivava da figura de um soberano, a punição representava senão, e unicamente, emanação do elemento volitivo do mandatário. Externava uma projeção de poder. Não por acaso, neste período da história, a morte era infligida como espetáculo⁴.

Mas o ideário iluminista deu início ao processo de superação da pena de morte suplicante e, no fim do século XVIII, fez irromper revoluções liberais-burguesas que reclamavam por liberdade e pela submissão de todos os indivíduos - e também do Estado - ao império da lei.

O Direito Administrativo e, conseqüentemente seu ramo sancionador, surge assim, como um subproduto consequencial dessas revoluções liberais, buscando dar regulamento ao corpo da burocracia do Estado (agora fragmentado na tríade de Montesquieu), principalmente no interior do poder executivo, submetendo-o à lei⁵.

Mas essa premissa foi violada pelo Direito Administrativo, desde sua origem, ao conceber prerrogativas à Administração Pública, deixando-a em uma posição de verticalidade em relação ao particular.

Criou-se, desse modo, um paradoxo: todos deveriam ocupar igual posição diante da lei, mas a Administração Pública criou para si uma exceção, e reivindicou uma condição de superioridade em relação ao administrado, o que se espalhou para as relações jurídico-processuais sancionadoras.

⁴ "Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva" (FOUCAULT, 1987 p. 18)

⁵ "Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito." (MEDAUAR, Odete, 2018, p. 25)

O *jus puniendi* também cindiu no pós-revolução, e o direito público sancionador bipartiu-se entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Assim, passou a Administração a conservar consigo poderes punitivos e, apoiada em assertivas autoritárias, fundamentadas hipoteticamente no maior relevo do interesse público sobre o interesse privado, fixaram-se premissas que lhe permitiram uma posição de quase absoluta independência e falta de controle, a exemplo da intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição, justificada na separação dos poderes.

Mas a Administração se mantém inerte e indiferente à superação do modelo constitucionalista, que transitou do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo, que tem como um de seus pressupostos essenciais reconhecimento de força normativa à norma jurídica constitucional.

Um descompasso que se verifica nessa indiferença do Direito Administrativo Sancionador ao processo evolutivo do Direito é o fato de que a Administração Pública ainda mantém uma leitura eminentemente positivista do princípio da legalidade, interpretando-o como vínculo positivo à lei, na sua forma estrita. Assim, autoriza-se a cumprir a lei flagrantemente inconstitucional, ou mesmo a cumpri-la em sua literalidade, sem promover juízos de ponderação e de adequação aos preceitos constitucionais.

Neste cenário, a constitucionalização do Direito Administrativo Sancionador emerge como uma necessária resposta, em superação a um modelo punitivista remissivo ao absolutismo, conformando-o com os preceitos democráticos.

2 O ESTADO LIBERAL: O HOMEM LIVRE E A FRAGMENTAÇÃO DO *JUS PUNIENDI*

A sociedade liberal pós-revolucionária tem como característica fundamental a “emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais sempre esteve atado: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

(COMPARATO, 1999, p. 33). Resulta disto que homens e mulheres estão definitivamente livres. E só.

A compensação para esse homem livre e solitário veio na forma de direitos e garantias. Operou-se, assim, uma transição do modelo da seguridade individual. Para o homem livre, “a sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei” (COMPARATO, 1999, p. 33).

Mas essas revoluções que marcaram o fim da idade moderna, inaugurando uma pós-modernidade⁶, não reclamavam tão somente um novo paradigma na relação entre os indivíduos e o Estado, pautadas nas formulações contratualistas de Rousseau. A revolução Francesa propunha, em verdade, os alicerces de “uma nova sociedade, erigida sob o ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade” (SOUZA NETO, 2012, p. 61).

As rupturas liberais foram um reclame contra o Estado monárquico-absolutista (na Europa) e contra o regime colonialista nos Estados Unidos – pode-se dizer, portanto, genericamente, contra a submissão ao despotismo e ao poder ilimitado.

Mas esses movimentos, ao promoverem a liberdade, promoveram a divisão do poder, até então uno e corporificado no soberano. E como analisou Comparato (1999, p. 85), “o grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar outro titular da soberania, ou poder supremo, em substituição ao monarca.”

O mesmo se deu com o poder/dever de punir do Estado, até então uno e indivisível, viu-se compelido a bipartir-se entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, nessa transição, o Poder Executivo não abriu mão, totalmente, desse poder sancionador, restando à competência administrativa a aplicação de algumas sanções” (MACHADO, 2020, p. 5).

⁶ Zygmunt Bauman (2001) rejeita veementemente o conceito de pós-modernidade. Para o filósofo a humanidade ainda vive a modernidade, porém, na sua fase líquida, e não mais na sua fase pesada e sólida.

2.1 Do Autoritarismo à crise dos paradigmas do direito administrativo

A concepção clássica administrativista identifica que “a certidão de batismo do Direito Administrativo é a lei de 28 *pluviose*, do ano oitavo, em 1800 (CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 28). O Direito Administrativo emergiu, então, como subproduto de uma revolução, num ambiente político-social conturbado, de reacomodação do poder, que se fragmentou numa tripartição, e que buscou equilibrar-se num sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Em sua origem contaminou-se pelo espírito de autopreservação do poder. Sua construção permaneceu, mesmo com o passar do tempo, dogmática, “pretoriana e autovinculativa” (BINENBOJM, 2014, p. 12). Portanto, é essencialmente autopoiético.

Esses traços são fundamentais para compreender o porquê de o Direito Administrativo Sancionador, modernamente, oscilar entre pressupostos autoritários e democráticos. Esta oscilação descreve, em verdade, uma natural incontinência que deriva dos seus paradoxos existenciais e fundantes, que o leva, ou a revisitar suas origens, reafirmando-as, ou a se adequar à nova dogmática constitucional, revelando-se assim, uma imensa “tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade” (BINENBOJM, 2008, p. 2).

Direito Administrativo este, que é também, e ao mesmo tempo, sucessor e legatário das práticas e regulamentos que deram alguma sustentação jurídica a um corpo executivo auxiliar do *ancien régime*, o que, em linhas gerais se traduziria, precariamente, no exercício das funções administrativas do Estado absolutista⁷.

⁷ “O Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas” (DI PIETRO, 2018, p. 31)

Da soma da desconfiança dos revolucionários franceses com o judiciário do antigo regime, aliado ao fator da fragmentação do poder, deu-se a construção de pressupostos autoritários no seio da Administração, a exemplo da (1) intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição e da (2) supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Estava assim criado um enorme paradoxo, como enuncia Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 60):

[...] paradoxalmente, o Estado de Direito, preocupado embora com a liberdade do cidadão e a igualdade de todos perante o Direito, trouxe em seu bojo o Direito Administrativo, como ramo autônomo, composto por normas de direito público, aplicáveis à Administração Pública e que, derogando o direito comum, a ela reconhece uma série de prerrogativas e privilégios de que o particular não dispõe.

Clarificou-se também, com o desenvolvimento no século XIX, do regime jurídico voltado para a Administração Pública, a existência de “poderes públicos específicos que eram ignorados no campo de outros ramos jurídicos, dentre os quais se destacava o poder sancionador ou o poder de execução de seus próprios atos” (OSÓRIO, 2020, p. 72).

Assim, nessa transição do Estado absolutista para o Estado Constitucional, acomodou-se significativa parcela do *jus puniendi* estatal na Administração, tanto para exercê-lo com fundamento no poder de polícia, quanto para impor sanções disciplinares, segundo regimes jurídicos próprios, a depender, respectivamente, do vínculo subjetivo de sujeição geral ou de sujeição especial, do indivíduo para com a Administração.

A formatação de uma Administração Pública com poderes sancionadores encontra críticas em alguns administrativistas, a exemplo de Gordillo (2013, p. 43), que manifesta inconformismo com aquilo que considera um vício adquirindo pelo Estado, na transição à forma Constitucionalizada:

[...] *al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones*

que le corresponden al otro poder. En el Estado de policía se hablaba de un "poder de policía," que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente [...]

Resulta disso que a fragmentação do poder no Estado Constitucional é a pedra fundamental daquilo que mais tarde viria a ser identificado no Brasil, por Gustavo Binbenbojm (2014, p. 23, 24), como a "crise dos paradigmas do Direito Administrativo⁸."

2.2 A necessidade de revisão dos pressupostos do direito administrativo sancionador

O Direito Administrativo Sancionador ocupa uma certa posição de relativa insegurança. Isso porque, à falta de uma teoria geral – já satisfatoriamente desenvolvida no Direito Penal - e de uma lei geral sobre sanções administrativas - e mesmo de um tratado internacional - socorre-se na doutrina processual-penal e processual-civil⁹, descrevendo uma paradoxal tentativa de afirmar-se autônomo, sendo ainda, e ao mesmo tempo, uma incontestável manifestação da função

⁸ [...] a crise dos paradigmas [...] exhibe também, em larga medida, alguns vícios de origem.[...] é possível identificar quatro paradigmas clássicos do direito administrativo que fizeram carreira no Brasil e que se encontram em xeque na atualidade, diante das transformações decorrentes da nova configuração do Estado democrático de direito:

I) O dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo;

II) A legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo [...];

III) A intangibilidade do mérito administrativo [...];

IV) A ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do Governo [...]

⁹ "As garantias do devido processo legal nasceram e foram cunhadas para o processo penal, onde se fazia sentir com mais urgência a preocupação com os direitos do acusado. Mas a partir do art. 39 da Magna Carta de 1215 um longo caminho evolutivo levou, primeiro ao reconhecimento da aplicabilidade dessas garantias ao processo civil e, depois, ao processo administrativo punitivo. Esse último passo foi dado graças à generosa tendência rumo à denominada *processualização do direito administrativo*." (DINAMARCO, 2020, p. 135)

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

administrativa, devendo, por isso, reportar-se a toda dogmática administrativista¹⁰, cujo regime jurídico também não está codificado, nem mesmo está suficientemente regulamentado no texto constitucional.

Nesta miscigenação, erigiu-se um processo administrativo sancionador pouco resolutivo, cujas prescrições materiais são, muitas vezes, excessivamente abertas, é burocrático, politizado, demasiadamente obcecado pela imposição de sanção, porque alijado das concepções de autocomposição entre as partes, excessivamente custoso, letárgico, permissivo da multiplicidade de sanções, e por vezes invasivo da vida privada e do livre exercício dos direitos da personalidade.

Tem-se assim um processo sancionador com forte instrumental atuante em desfavor do acusado, e que se resguarda da intervenção da jurisdição e do controle democrático reclamando para si prerrogativas cesaristas - tradicionalmente chanceladas pelo ordenamento - como a intangibilidade do mérito administrativo pelo poder judiciário, a autonomia da "instância"¹¹ administrativa e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Também é preciso avaliar com cautela a amplitude das consequências de se conformar um subsistema punitivo nas balizas de um regime jurídico (Direito Administrativo) que se corporificou, propriamente, como Direito da Administração.

¹⁰ Flávio Henrique Unes, ao discutir a hermenêutica dos tipos administrativos abertos, aborda um dos aspectos desta controversa posição do processo administrativo disciplinar, que é uma manifestação do *jus puniendi* do Estado, mas que também deve obediência aos preceitos constitucionais da Administração Pública: "A questão primordial aqui se busca responder: a existência de conceitos jurídicos indeterminados na norma desencadeia discricionariedade administrativa quando de sua aplicação em processos administrativos disciplinares?

Caso se entenda que a discricionariedade quando da ocorrência de conceito dessa natureza, o controle jurisdicional a respeito da decisão administrativa em processo disciplinar terá extensão mais limitada do que teria na hipótese de inexistência de tal discricionariedade." (PEREIRA, 2007, p. 92)

¹¹ O termo aparece entre aspas para denotar a impropriedade técnica da expressão "instância administrativa". Mas parte-se da mesma concepção pontuada por Antônio Rodrigo Machado em sua obra: "[...] muito embora a constituição trate o conceito de instância como a divisão interna de uma determinada jurisdição (primeira instância, segunda instância, única instância ou Instância originária, conforme organização do Poder Judiciário na Constituição, arts. 92 ao 126), neste trabalho, utiliza-se o termo "instância" como correspondente da esfera de atuação do Estado em determinado regime jurídico acusatório, seja ele administrativo, judicial civil ou penal. [...] "Instâncias", como regra, não terá aqui o sentido das divisões internas de cada um dos Poderes." (2020, p. 11)

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Há uma natural colisão de princípios-reitores e suas respectivas justificativas, ao derivar desse regime jurídico o regramento da relação processual que se estabelece no processo administrativo sancionador (de qualquer natureza).

Talvez a mais flagrante se dê no embate entre a reivindicada supremacia do interesse público sobre o privado, em favor da Administração Pública, e da também reivindicada supremacia dos direitos e garantias individuais, em favor do particular, notadamente quando essa tensão se dá em uma relação processual, que deveria ser pautada pela paridade de armas (ou igualdade de oportunidades) entre os litigantes, compreendidos no processo administrativo como “titulares de interesses em conflito” (DINAMARCO, 2020, p. 136).

É válido mencionar a análise de Aury Lopes Júnior (2016, p. 36), do conflito entre interesse público e privado no processo penal:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que direitos individuais devem ceder (e, portanto, ser sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. [...] em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais [...].

Mas em franca oposição a este pensamento, e tecendo uma análise eminentemente no campo do Direito Administrativo, Carvalho Filho (2020, p. 84) aduz que:

Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular.

E que não se denuncie como impróprio, opor uma crítica ao processo penal diante de outra ao Direito Administrativo. Uma eventual estranheza deve ser confrontada com o argumento de que a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo – e também entre sanção administrativa e sanção penal (pena) - é dada, tão somente, pelo critério legal, não por um critério valorativo-ontológico¹².

Dito de outro modo, “o direito de punir do Estado é uno e fundado em uma lógica jurídico-coercitiva de coerência, de unidade e de completude representativa” (DEZAN, 2021, p.1). Portanto, é tão somente o Direito positivo que promove a qualificação dos ramos epistêmicos do Direito Sancionador.

Ou dito por Alejandro Nieto (2012, p. 128):

Independiente de la identidad, proximidad o separación de los conceptos de delito e infracción administrativa hay un extremo que debe quedar muy claro: en la medida en que se trata de los figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana em delitos [...] y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto em infracciones administrativas.

Note-se, portanto, que a vagueza e imprecisão deste conceito jurídico indeterminado (supremacia do interesse público sobre o privado) é permissiva de uma permanente tensão entre os interesses daqueles que, numa relação jurídico-processual, estarão litigando no processo administrativo sancionador, assentindo, factualmente, à existência de uma “crise dos paradigmas do Direito Administrativo”, extensiva ao seu ramo sancionador.

Binenbojm (2014, p. 85) soluciona esse falso embate recorrendo à filosofia de Immanuel Kant, alegando que:

¹² É a posição de Nelson Hungria (1945, p. 27): “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*.”

a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou do público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece com a instrumentalização das individualidades em proveito de um suposto "organismo superior [...]"

Falso ou não o embate entre interesse público e privado, fato é que resulta de tudo isso que se sanciona pela via administrativa com menos embaraços (garantias) do que pela via penal. Opera-se, por meio dessas prerrogativas administrativas, um modelo sancionador de garantias mitigadas, isso porque "nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados." (BINENBOJM, 2014, p. 12).

Some-se a isso o fato de a sanção administrativa ser imposta por um agente público, na forma de ato administrativo¹³, não sendo, portanto, resultante de uma manifestação da jurisdição. Como consequência, avalia José Armando da Costa (2009, p. 106), tem-se uma maior politização do instrumento sancionador e um menor grau de prestígio aos direitos fundamentais e às garantias processuais:

Se nem mesmo o poder judiciário, com todas as garantias que lhe acercam, faz valer sempre a norma incidente, o que se poderá, então, dizer das comissões de processo disciplinar que, além das nefastas influências que sofrem ao longo do caso, não dispõem de nenhuma garantia legal. [...] o único rigor advém da reprovação da própria consciência desses membros. O que, em regra, não sói acontecer. Daí por que se constata, na prática do dia-a-dia, tantos abusos por parte dessas comissões [...]"

¹³ "A sanção administrativa, compreendida como ato administrativo unilateral e imperativo decorrente do exercício da prerrogativa sancionatória, consiste em efetivo instrumento sancionador, que se aperfeiçoa no curso de processo administrativo sancionador [...]" (DE PALMA, 2015, p. 29)
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Assim, expandiu-se o modelo punitivo administrativo, o que, a depender da leitura, pode sugestionar verdadeira burla às garantias do devido processo legal (penal), como descreve Alice Voronoff (2019, p. 111, 112)

[...] há talvez uma causa ainda mais peculiar para essa expansão acelerada do poder sancionatório da administração pública. Hoje, comunga-se de uma espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal, que incentiva a adoção de respostas alternativas em outros campos [...] esse movimento — orientado à busca de soluções mais efetivas — pode ser inserido em um contexto ainda mais amplo. Refere-se a uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de “administrativização” de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, ademais, a superposição das duas estratégias punitivas.

Este Direito Administrativo Sancionador expandiu-se de tal modo, e em todo o ocidente, e com tal grau de redução de garantias processuais que se tornou, para Alejandro Nieto (2012, p. 27, 28), uma verdadeira ameaça aos cidadãos:

[...] el Estado tiene en sus manos a todos los ciudadanos, de tal manera que el destino de cada uno depende, además del azar de ser sorprendido, de la voluntad de la Administración para castigarle. [...] No hay defensa posible. El uso que hace el Estado de tal supremacía no necesita ser imaginado, puesto que es de sobra conocido sobre todo cuando se trata de personas públicas y hay política por el medio. El infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con su falta. Se trata de dar un ejemplo o de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política. Y todo ello de acuerdo con la ley. Este es el gran sarcasmo que quería poner de relieve: el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías.[...]

Some-se a tudo isto que não se dá por resoluto – de modo satisfatório – a discussão sobre a natureza da distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, se ontológica ou meramente formal. Portanto, também não se resolve satisfatoriamente a questão da extensão da pronúncia do juízo penal sobre o Direito Administrativo Sancionador, como suscitou Claus Roxin (1997, p. 569):

Una cuestión que hasta hoy no se ha resuelto definitivamente es la de si la juridicidad (conformidad a Derecho) o antijuridicidad de una acción ha de determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico, o sea para todos los campos del Derecho, o si por el contrario puede enjuiciarse de modo diferente según las peculiaridades de las materias jurídicas concretas.

Como consequência, não se pacificam os entendimentos sobre a ocorrência ou não de *bis in idem*, quando se cumulam pena e sanção administrativa.

Todas essas construções (ou imperfeições) permitiram que o Direito Administrativo Sancionador servisse de receptáculo ideal para um conjunto de paradigmas que operam em tributo à insegurança jurídica.

Cumprir dizer, o Direito Administrativo Sancionador também vivencia dias de crise dos seus paradigmas constitutivos e, para revisá-los eficazmente, será preciso abandonar definitivamente a noção de que sancionar o indivíduo ao fim de processos pouco garantistas é sinônimo de uma Administração forte e robustecida, mas que em verdade é um tributo que se presta ao arbítrio¹⁴.

Reunidas estas críticas sobre os vícios que contaminam o Direito Administrativo Sancionador desde sua origem, resta concluir pela necessidade de formular soluções que permitam sua adequação à democracia, forçando-o a uma aproximação à Constituição, ou, dito de outro modo, é preciso constitucionalizá-lo¹⁵.

¹⁴ É este o pensamento de Sandro Lúcio Dezan (2021, p. 2): "A proteção de bens e de objetos jurídicos deve ser efetiva, sem se afastar da deferência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais de uma ordem jurídica verdadeiramente firmada no Estado Constitucional e Democrático de Direito."

¹⁵ A constitucionalização do Direito administrativo é, originalmente, uma construção de Gustavo Binenbojm (2008). Mas Flávio Unes Pereira (2007, p. 36) já recorria, em 2007, à teoria da Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Estado liberal aperfeiçoou-se gradativamente, desde as rupturas liberalizantes do século XVIII, rumo à Constitucionalização e à Democratização. Estes objetivos-programa permanecem em estágio fluido. Isto porque Constitucionalização e Democratização não são títulos estáveis, mas elementos variáveis, que se avolumam ou recrudescem, a cada nova modificação na relação entre Estado e indivíduo, notadamente no campo dos direitos e das garantias individuais.

Dito de outro modo, nem Constituição significa somente o documento escrito extraído do exercício do poder constituinte originário, nem Democracia significa somente a existência de um sufrágio regular, que se realiza periodicamente (ABRANCHES, 2017, p. 176)¹⁶.

O poder de punir também deve se pautar pelos valores caros à cultura democrática e passar a se orientar segundo regras e princípios, pautados na dignidade humana¹⁷. Se há justificativas razoáveis para sustentar prerrogativas públicas em posição de verticalidade, em relação ao indivíduo, também há direitos e garantias que devem ser respeitados em favor do acusado nos processos administrativos, mesmo porque, acolhendo, por analogia para o Direito Administrativo Sancionador, as palavras de Aury Lopes Júnior (2018, p. 225) ao

adequabilidade normativa, de klaus Günther, para expor um reclame de maiores garantias ao processo administrativo disciplinar, pautado na Constituição: "A resposta correta é resultado, portanto, da reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e assegurada pelas garantias processuais. [...] É a observância concorrente do devido processo constitucional e do princípio da moralidade (reciprocidade) que permite a filtragem dos direitos fundamentais universais."

¹⁶ Sérgio Abranches faz essa abordagem ao menos quanto à democracia: "Faz mais sentido falar em democratização e graus de democratização do que falar em democracia" (ABRANCHES, 2017, p. 174).

¹⁷ Flávio Henrique Unes, ao abordar a sanção nos processos administrativos de natureza disciplinar, estabelece um vínculo direto do processo administrativo com a dignidade humana: "A Constituição da República de 1988, no art. 5º, LV, expressamente assegura o devido processo legal em processos administrativos em que haja litigantes ou acusados, no que se enquadra o processo disciplinar contra servidor público, do qual pode resultar sanção que repercute diretamente na dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2007, p. 39).

avaliar o processo-penal: “condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado”.

Esse Direito Administrativo punitivo, conspurcado com o vício de origem do autoritarismo, atravessou séculos e chega ao século XXI, malgrado tenha sofrido alguns ajustes, ainda como um substrato “não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas da decisão autovinculativa do próprio Poder Executivo” (BINENBOJM, 2014, p. 11), razão pela qual não é de se esperar um conteúdo fiel aos direitos e garantias, e sendo assim, invariavelmente confronta-se com a dogmática (neo)constitucionalista, cuja exegese é de maximização do núcleo da dignidade humana frente a todo o ordenamento.

Dentre os eixos fundantes da nova dogmática constitucional, a “força normativa da Constituição” rompe com a noção positivista de Constituição enquanto “repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2006, p. 8).

A Constituição passa a ser, portanto, um extenso catálogo de normas jurídicas, vinculativas ao particular e à Administração Pública, de onde se deve extrair a mais alta disciplina a orientar a aplicação de todo o ordenamento jurídico. Assim, o Constitucionalismo hodierno capta a essência da Constituição, que, transformada em fonte de normas jurídicas, apresenta-se como vetor axiológico para todo o Direito.

Constitucionalizar o Direito Administrativo Sancionador significa promover a idéia de centralidade da Constituição, que “passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 36).

Em grande parte, é deste aporte jusfilosófico que emergem conflitos no Direito Administrativo e, muito especialmente, na sua vertente sancionadora, que se vê no âmago de uma de suas mais agudas tensões, diante de um dilema que resta cada dia mais evidente: visitar e reafirmar sua origem autoritária¹⁸ ou, adequar-se

¹⁸ Cabe registrar que Di Pietro (2019, p. 38) se posiciona contrária à tese do autoritarismo do Direito Administrativo moderno: “não é possível concordar com os autores que apontam a origem autoritária do Direito Administrativo, negam a sua constitucionalização e afirmam a sua imutabilidade no decurso do tempo.”

aos pressupostos constitucionais de matriz democrática, vindo a superar, por exemplo, a noção de legalidade enquanto vinculação positiva à lei (estricto senso), que possibilita a atuação da Administração “descolada” da Constituição (BINENBOJM, 2014, p. 18, 19):

Com efeito, embora criado sob o signo do Estado direito para solucionar conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo do seu percurso histórico, um processo de descolamento do Direito Constitucional. [...] No mais das vezes, o discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional.

Com este descolamento, a Administração se sente autorizada, por exemplo, a promover atos estritamente legais, porém, inconstitucionais¹⁹. Uma inquietante premissa autoritária, ainda que juridicamente justificada, mesmo que de forma precária, em uma legalidade administrativa que, em termos dogmáticos e hermenêuticos, dá-se por superada no reconhecimento de eficácia à norma constitucional.

Reconheça-se, porém, e em favor dos administradores, que o próprio ordenamento precariza esta normatividade constitucional, ao não instrumentalizar dispositivos suficientemente claros e autorizativos para que autoridades administrativas atuem diretamente vinculadas à Constituição, e sem que deste ato resulte sanção ao agente público.

São discretos os avanços. Pode-se dizer um registro, nesse sentido, o Art. 2º; inciso I da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999²⁰ e o Art. 22; §3º da Lei de

¹⁹ Agustín Gordillo aborda este conflito com propriedade: “*difícilmente una autoridad administrativa inferior se considerará con competencia para apartarse en un caso concreto de un reglamento que repute ilegal o inconstitucional, y la consecuencia será también que el reglamento se considerará formalmente vigente y se entenderá que debe ser cumplido no obstante su ilegalidad o inconstitucionalidad*” (GORDILLO, 1998, p. 25)

²⁰ Sandro Lúcio Dezan dá a dimensão desta, aparentemente, pequena modificação: “A Lei 9.784/99, no parágrafo único, inciso I, de seu art. 2º, prescreve que a Administração deverá observar, na formalização e desenvolvimento de processos administrativos, a atuação conforme a lei e o Direito. Essa imposição legal de procedimento hermenêutico representa um dos mais relevantes efeitos da Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

Introdução às Normas do Direito Brasileiro²¹ (decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Assim, conclui-se que a conformação do Direito Administrativo Sancionador com a nova cultura democrática se dará, em parte, construindo-se dispositivos que concedam maior autonomia para que a Administração atue diretamente vinculada à norma constitucional - como superação de uma leitura anacrônica do princípio da legalidade - muito especialmente quando o fizer, objetivando o respeito às normas "instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais" (BINENBOJM, 2008, p. 14).

A constitucionalização desse ramo do Direito erige como um freio democrático contra um aparato que foi, ao longo de séculos, construído e mantido, em desfavor dos acusados, sob os auspícios de falsas justificativas que remontam à teoria da *puissance publique*²², derivada de um modelo de Estado monárquico-absolutista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As revoluções liberais do século XVIII lograram libertar os homens e as mulheres do arbítrio a que se submetiam em um regime monárquico-absolutista. E a lei foi ofertada como instrumento de segurança para este indivíduo livre, porém solitário.

Mas com a divisão do Estado em poderes autônomos (executivo, judiciário e legislativo), o *jus puniendi* também foi fragmentado, e significativa parcela da autoridade punitiva do Estado alocou-se na Administração Pública, portanto, no Poder Executivo.

aceitação da processualidade ampla, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público." (DEZAN 2018, p. 68)

²¹ [...] § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

²² "[...] esta teoria, ao procurar o critério definidor do Direito Administrativo, apontou a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão" (DI PIETRO, 2019, p. 35)

Administração esta que, desde sua concepção, alicerçou premissas em uma autoproclamada posição de superioridade em relação ao administrado, rompendo com a lógica da proposta originária das revoluções liberais, de igualdade de todos perante a lei.

Portanto, formou-se um regime jurídico punitivo no seio da Administração Pública, com atribuições para sancionar por meio de ato administrativo - e não por sentença condenatória - segundo um complexo ordenamento difuso (não codificado), cujas regras e princípios muitas vezes nascem na própria Administração, que irá, ao mesmo tempo, litigar e julgar estes litígios com os administrados.

Some a isso o fato de que a Administração "transportou" também para esses processos administrativos sancionadores, a sua posição privilegiada. E a relação processual que deveria se pautar pela *par conditio* (paridade de armas ou igualdade de oportunidades) passou a se pautar por um evidente desequilíbrio.

São testemunhos dessa desigualdade premissas como: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a intangibilidade do mérito administrativo pela jurisdição e a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei.

Mas os paradigmas do Direito Administrativo Sancionador também enfrentam uma crise aguda, porque tem prestado contribuições para que se mantenha uma tensão permanente entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos.

O processo expansionista deste ramo do Direito tem clarificado uma certa predileção pela imposição de sanção pela via administrativa, ou ao menos tem revelado a hipossuficiência do cidadão diante de um processo sancionador de ritos simplificados, e de menor prestígio aos direitos e garantias individuais.

A atuação constitucionalizada da Administração na apuração de infrações administrativas revela-se uma demanda necessária e urgente para promover a superação de um modelo autoritário, que atua permanentemente contra a liberdade do administrado.

A liberdade dos indivíduos, por si só, não é suficiente para caracterizar uma democracia. Não há também democracia em nível satisfatório, onde há indivíduos

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

livres, mas permanentemente ameaçados por um ordenamento jurídico desproporcional, de pouca clareza, e de reduzidas garantias e que, por isso, é permissivo de fisiologismos e de uma vasta possibilidade de iniquidades.

A melhor contribuição que o Direito Administrativo Sancionador pode dar à democracia é aproximar-se da Constituição, tornar mais denso o arcabouço normativo da juridicidade administrativa, e sinalizar a todos que não presta tributo à insegurança jurídica.

Democracia esta que não se fortalece com uma Administração Pública que se agiganta diante dos cidadãos com força desproporcional. Aliás, a desproporcionalidade na relação entre Estado e cidadão é característica marcante, não da democracia, mas de regimes totalitários.

Permitir que o Direito Administrativo Sancionador, apoiando-se em leituras ortodoxas da lei, outrora ofertada como substituta da seguridade da coletividade, seja obstáculo à consecução do ideal de liberdade, é o paradoxo maior no processo de afirmação dos direitos humanos no pós-revolução.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. **A Era do Imprevisto: a grande transição do século XXI.** Editora Companhia das Letras, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641/9106>. Acesso em: 05 out. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** – 3ª ed. Revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Saraiva Educação SA, 1999.

COSTA, JOSÉ ARMANDO DA. **Incidência Aparente de Infrações Disciplinares.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de direito administrativo.** Curso moderno de graduação. – 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 8-30, mar./jun. 2022

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na Administração Pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

DEZAN, Sandro Lúcio et al. **O conteúdo valorativo da norma jurídica: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da administração pública**, 2018. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/239>. Acesso em: 15 set. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel et al. **Teoria geral do processo**. – 32. ed., ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**. Civitas, 1998.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo-Tomo 8: parte general**. Fundación de Derecho, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: Introdução crítica**. Aury Lppes Jr. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ROXIN, Claus et al. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 1, p. 107-140, 2019.

**CONFLITOS CULTURAIS E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO:
REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA ORDEM PÚBLICA**

***CULTURE CLASH AND CONFLICT OF LAWS: REFLECTIONS ON THE PUBLIC
POLICY DOCTRINE***

Francisco Yukio Hayashi¹

Resumo: O artigo explora o problema da relação entre o Direito Internacional Privado e a preservação de elementos culturais dos sistemas jurídicos nacionais. Analisa-se como a abertura do ordenamento jurídico ao elemento estrangeiro, reforçada pela personalização do direito privado, pode produzir o efeito rebote de fortalecimento de movimentos que defendem não só a exclusão do forasteiro, mas que colocam em questão a própria legitimidade do Estado. Investiga-se a possibilidade de vivificar o princípio da ordem pública, como expressão de grau de tolerância à diversidade. Conclui-se pela necessidade do Direito Internacional Privado continuar se desenvolvendo dentro da tensão entre o elemento nacional e o estrangeiro, sem assumir fórmula ideológica pré-concebida a favor do nacionalismo ou do cosmopolitismo, mas integrando o diálogo cultural.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Direitos Humanos. Ordem pública. Cultura. Conflito de civilizações.

Abstract: The article explores the problem of the relation between Conflicts Law and the preservation of cultural elements of national legal systems. It is analyzed how the openness of the legal system to foreign elements, reinforced by the influence of human rights in Conflicts Law, can produce the rebound phenomenon of strengthening social movements that defend the exclusion of the outsider, calling into question the very legitimacy of the State. The possibility of vivifying the public order doctrine, as an expression of diversity tolerance, is investigated. The conclusion is that Conflicts Law must continue to develop within the tension between national and foreign elements without assuming a preconceived ideological formula in favor of nationalism or cosmopolitanism, but integrating cultural dialogue.

Keywords: Conflict of laws. Human rights. Public policy doctrine. Culture. Culture clash.

Recebido em: 26/12/2021
Aceito para publicação em: 21/02/2022

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo explora o problema da identidade cultural dos sistemas jurídicos e sua proteção, especificamente, sobre a relação entre o Direito Internacional privado e a preservação dos elementos culturais dos sistemas nacionais. É esse tema que se busca explorar, sem pretensão de dar respostas, mas antes explicitando-o, com todas as suas contradições.

Na primeira parte, é exposto o problema jurídico do estrangeiro, apresentando-se a realidade histórica da aproximação cultural entre os povos e o papel do direito em acelerar ou frear esse movimento, sobretudo, o papel do Direito Internacional Privado na dinâmica do encontro de civilizações. É colocado, então, o problema da relativização das regras de conexão, em razão da eficácia imediata de normas de direitos humanos, com ênfase nos direitos da pessoa humana do estrangeiro. Chama-se atenção para o possível agravamento de tensões sociais, a exigir olhar crítico sobre a personalização do Direito Internacional Privado.

Em um segundo momento, é abordada a relação entre o princípio da ordem pública e os direitos humanos, destacando-se a necessidade de reconhecimento daquele instituto como instrumento para contenção de situações anômalas, em que se imponha a rejeição do elemento estrangeiro para preservação de valores caros à comunidade nacional.

Por fim, é reforçada a crítica às posturas ideológicas na matéria, defendendo-se a importância de considerar a dimensão cultural da ordem pública.

Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa exploratória, porque busca aprofundar a compreensão do tema. O método de abordagem é o dedutivo, partindo-se das compreensões abrangentes, em cotejo com premissas menores, que permitirão inferências sobre o problema explorado. O método de procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa é indireta, com destaque para a pesquisa bibliográfica.

2 O PROBLEMA JURÍDICO DO ESTRANGEIRO

Em 2002, Jayme apontou, em conferência no Brasil, o “tema novo” do Direito Internacional Privado quanto à necessidade de preservação da “identidade cultural dos sistemas jurídicos” no processo de unificação do direito substancial em comunidades regionais e, assim, quanto ao “papel do direito internacional privado nos conflitos de civilização que determinam a política mundial de nosso tempo” (JAYME, 2005, p. 27).

A aproximação cada vez maior de etnias, religiões e culturas distintas tem sido uma constante histórica. Não se trata de uma regra universal, no sentido de que a abertura ao estrangeiro é sempre um caminho sem volta², porém, essa é uma realidade observável macroscopicamente. Cada império é um exemplo de aproximação entre povos, desde a Rota da Seda, que era um “meio de diálogo intercultural” (BEHERA, 2002)³, passando pelas estradas romanas, outro exemplo dessa ferramenta fundamental de impérios (WITCHER, 1997)⁴ e as grandes navegações portuguesas (CROWLEY, 2016). Afinal de contas, “o princípio de formação dos vastos agregados não é outro senão a conquista” (JOUVENEL, 2010). Apesar da maior parte de suas obras se tornar ruínas, os laços civilizacionais criados pela conquista permanecem, ainda que absorvidos na cultura hegemônica.

Esse movimento histórico continua sendo observado, mesmo após o fim da Guerra Fria, porque, como previu Huntington, “o conflito de civilizações irá dominar a política global” (HUNTINGTON, 1993)⁵, e com muita intensidade, suscitando graves debates sobre a relação com o forasteiro (FRANCISCO, 2018) e gerando naturais discussões jurídicas. Um ponto importante de estudo, diz respeito ao papel do Direito nesse cenário.

² Um exemplo histórico da complexidade da questão diz respeito à política japonesa *Sakoku*, a política externa isolacionista do Japão no período do shogunato Tokugawa (KAZUI, 1982).

³ “Culturally, the Silk Road was a medium of inter-cultural dialogue.” (BEHERA, 2002).

⁴ “The road, in general, is recognized to be a fundamental tool of empires of all periods and past discussion of the Roman Empire has emphasized this relationship.” (WITCHER, 1997).

⁵ “The clash of civilizations will dominate global politics. The fault lines between civilizations will be the battle lines of the future.” (HUNTINGTON, 1993).

Como alguns institutos jurídicos aproximam culturas e como as distanciam? Esse estudo, normalmente, é permeado por uma carga normativa excessiva, é comum partir-se do ideal de "sociedade inclusiva" (RAMOS, 2017) em direção a um sistema destinado à universalização. A proposta deste artigo é dar um passo atrás.

De fato, ainda que perspectivas normativas possuam função política e sejam úteis, cientificamente, como quadros comparativos, servindo para destacar e decotar aspectos da realidade, não se pode ignorar os limites do conhecimento do ser humano, que impedem a previsão do conjunto de consequências de determinada teoria.

A alternativa é o caminho que se chama, em economia, "positivo" (considerado como o exame dos efeitos alcançados por determinado instituto existente). Na perspectiva da Teoria Tridimensional do Direito, de Reale, essa perspectiva metodológica consiste em examinar o fenômeno jurídico em direção ao valor que ali repousa, e não desde o ponto de vista de determinado valor (REALE, 1994).

Em suma, não se trata de defender uma determinada visão de justiça, até mesmo porque "as formulações da conduta recta são principalmente negativas" (VOEGELIN, 1998). Mas, retomando a formulação do problema, no quadro de uma "vizinhança global" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1995), há institutos que ora aproximam e ora distanciam os diferentes.

Um exemplo é o Estado moderno. Constitucional e laico, este foi o modelo encontrado para acabar com as guerras religiosas entre confissões cristãs e assegurar um patamar de respeito mútuo. Como explica Habermas, "o Estado Constitucional respondeu primeiro pela secularização e depois pela democratização do poder político" (2006)⁶. Entretanto, coagida por uma ética formal, a sociedade se torna um conjunto de átomos sem identidade comum, cujo ponto de contato é o movimento incessante de entrada e saída, de inclusão e exclusão. Então, "a unidade do povo deve ser entendido não como dada harmoniosamente, mas como um

⁶ "The historical backdrop against which the liberal conception emerged were the religious wars and confessional disputes in early Modern times. The constitutional state responded first by the secularization and then by the democratization of political power." (HABERMAS, 2006).

processo de auto constituição, através de mais ou menos conscientes esforços de inclusão e exclusão” (BENHABIB, 2004, tradução nossa)⁷. Aproximação e distanciamento manifestados simultaneamente, podendo sofrer ruptura por choques desde dentro ou de fora. Por exemplo, na Europa, o perigo repousa no “nativismo” (BETZ, 2009) ou na radicalização muçulmana (STEMMANN, 2006)? Essa é uma questão a ser definitivamente respondida pela história.

Nessa linha de raciocínio, chegamos ao Direito Internacional Privado. Como esse ramo trata o problema jurídico do estrangeiro, isto é, como opera a dialética de aproximação e distanciamento?

De imediato, cabe fazer esse esclarecimento, no prisma do Direito, o estrangeiro é um problema, do contrário, seria absolutamente dispensável qualquer regulação normativa. Segundo Jouvenel (2010):

A conduta dos indivíduos é guiada bem menos por forças que os pressionam do exterior do que por um regulador invisível que, do interior, determina suas ações. Cada personagem que ocupa numa sociedade um dado lugar, só muito excepcionalmente, se afasta de um comportamento típico. Regularidade causada por um sistema de crenças e de obrigações profundamente incorporado à natureza do homem social.

É porque sabiam bem disso que os antigos davam tanto valor aos costumes, cuja excelência torna o governo quase inútil e cuja corrupção o torna quase impossível.

Quando as pessoas de cada categoria se conduzem segundo normas certas e conhecidas de todos, suas ações em qualquer circunstância podem ser previstas por seus associados, e a confiança reina nas relações humanas. Inversamente, quando uma conduta aberrante e imprevisível obriga a todas as precauções, pelos danos e sofrimentos que causa, ela desperta represálias e, se esse acidente se multiplicasse, a desconfiança, a cólera e a violência se desencadeariam.

Portanto, é com razão que os antigos mantinham o estrangeiro à distância, pois é aquele que tem outros costumes e de quem não se pode saber o que fará.

⁷ “The unity of the demos ought to be understood not as if it were harmonious given, but rather as a process of self-constitution, through more or less conscious struggles of inclusion and exclusion.” (BENHABIB, 2004).

O forasteiro carrega consigo potenciais desconhecidos. Por isso, a preocupação de mantê-lo distante ou integrá-lo de alguma forma, senão cultural, ao menos politicamente (BENHABIB, 2004), reduzindo a opacidade e acomodando-o, digamos assim, na divisão social do trabalho, na rede de laços de confiança que viabiliza a vida em sociedade, como defende Valladão (1974, p. 86):

Só com esse guia, com essas normas jurídicas, compendiando as regras diretoras da vida social, podem os homens manter suas relações, conduzindo-se e prevendo a conduta de seus semelhantes, na vivência de boa-fé, porque a vida humana se desenvolve, habitualmente, na quase totalidade dos casos, dentro daquelas diretrizes, procedendo o ser racional, de regra, com lógica, na previsão certa de que os fatos normalmente se repetem

O *welfare state*, é certo, agravou formidavelmente o problema, ao introduzir a disputa por prioridade nas políticas públicas. Como previu Mises, “é claro que nenhuma solução ao problema da imigração é possível aderindo-se ao ideal do Estado intervencionista, que interfere em cada campo da atividade humana” (1985)⁸. Porém, esse não é o objeto desse ensaio.

Cabe pontuar, no que aqui interessa, como o Direito Internacional Privado também pode agravar a questão do estrangeiro, inclusive a despeito da finalidade declarada de ajudar a solucioná-la. Como é sabido, o Direito Internacional Privado nasce da aproximação, nas palavras de Beviláqua (1944, p. 18):

Esta penetração recíproca dos povos, esta atração que sobre os indivíduos exercem os centros de maior cultura e as vastas regiões ubertosas, onde o esforço muscular e a energia intelectual se podem, rapidamente, transformar em abundantes capitais, forçosamente modifica a atitude das nações umas em face das outras e as obriga a atender a feição particular, que assumem as relações jurídicas, desenvolvendo-se em outro plano, que não é mais o estreito âmbito das nacionalidades. Surgiu daí o direito internacional privado, que é o direito refletindo esse fenômeno social da mais elevada importância,

⁸ “It is clear that no solution of the problem of immigration is possible if one adheres to the ideal of the interventionist state, which meddles in every field of human activity, or to that of the socialist state.” (MISES, 1985).

quer sob o ponto de vista econômico, quer sob o ponto de vista étnico: - a expansão da vida humana além das fronteiras nacionais.

Idealmente, o Direito Internacional Privado é o “direito da tolerância” (DOLINGER, 2004), pois consiste na abertura do ordenamento jurídico nacional à lei estrangeira – portanto, que aproxima o nativo e o forasteiro. Porém, na “sociedade aberta de intérpretes”, para emprestar a expressão de Häberle (2014), a questão não é tão simples, sobretudo diante do quadro de constitucionalização ou personalização do direito privado, onde passam a vigorar novas construções teóricas em substituição ao “jogo predeterminado” (ARAÚJO, 2018, p. 32). Para Araújo, o Direito Internacional Privado “não pode prescindir dessa ótica principiológica, devendo, ele também, adotar os preceitos constitucionais nas suas metodologias operacional e interpretativa” (2018, p. 29).

Toda a discussão da personalização do direito se constrói na dicotomia entre interesses coletivos, de titularidades variadas, e interesses individuais (OTERO, 2017; Justen Filho, 1999). Não é diferente com o Direito Internacional Privado, onde a valorização da “dignidade da pessoa humana” (como um *topos* retórico e não como ponto de chegada da dialética jurídica) pode implicar na flexibilização do ordenamento jurídico nacional.

Qual é o limite da abertura, da relativização da unidade do ordenamento jurídico em respeito ao *status* nacional que os estrangeiros carregam consigo, como um aspecto inalienável de sua identidade, na clássica lição de Mancini (2003)?

É evidente que se pode colocar a questão como um não-problema, na ótica do direito positivo.

Reconhecido o caráter cogente das normas de direitos humanos, os litígios surgidos podem ser solucionados pelo juiz acessando diretamente a norma supralegal, constitucional ou convencional, de sorte que não haveria “relativização”, mas a aplicação de conceito indeterminado reconhecido pela ordem jurídica. Entretanto, essa “solução” não pode ser apenas um jogo de linguagem, o caminho não é tão simples.

Ora, é extensa a crítica doutrinária ao *judicial review*, especialmente na ótica do *déficit* democrático (MENDES, 2008; WALDRON, 2009 e 2016). Assim, e sempre retornando ao Direito Internacional Privado, o fato de ser teórica e pragmaticamente viável que o Poder Judiciário aplique diretamente a norma supralegal, criando casuisticamente regra de conexão, não exclui o fato de ser “derrotada” a previsão legal, o que exige fundamentação consistente, na maior parte dos casos voltada à realização de um valor superior à previsibilidade e estabilidade do ordenamento – caso contrário, como explica SCHAUER, as regras perdem completamente sua razão de ser caso possam ser derrotada pelo que parece ser ao intérprete a melhor decisão “levando tudo em consideração” (1998)⁹.

Em outras palavras, a personalização do Direito Internacional Privado, em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (e dos tratados internacionais de direitos humanos), dá instrumentos poderosos para que o “universalismo” se imponha à vontade da chamada “nação”, para que haja a “disseminação do ‘universalismo de chegada’ na sedimentação de um núcleo de direitos que servirá como fonte de resistência a eventuais abusos e desigualdades, sejam elas econômicas ou culturais” (CITTADINO e DUTRA, 2012). Isso não é inerentemente injusto, e pode realmente ser necessário, mas é problemático.

O nativo está habituado a vislumbrar a atuação contramajoritária do Estado na direção de efetivar valores caros à comunidade nacional. No Direito Internacional Privado, a tutela do *status* nacional do estrangeiro pode implicar na “derrota” de valores da comunidade, em favor daqueles de outra cultura.

O já referido embate, na Europa, entre radicalização nativista e radicalização muçulmana dá cores a esse problema, e corrobora a importância de não afastar a questão com um aceno de ombros. O efeito rebote da abertura, através da personalização do direito, pode ser o fortalecimento de movimentos que defendem

⁹ “Most of us believe that rules serve valuable purposes, especially in the law. For some, these purposes reside in notions of predictability and stability, although it may be that the arguments for rules as devices for the allocation of decision-making authority are even stronger. But whatever these purposes, they cannot be served unless rules have some degree of resistance to some decision-maker's determination of what now appears to her to be the best all-things-considered decision.” (SCHAUER, 1998).

não só a exclusão do forasteiro, mas que colocam em questão a própria legitimidade do Estado. Nas palavras de McLaren, “a preocupação com a imigração não é simplesmente accidental ou coincidentemente relacionada com a desconfiança política, mas é provavelmente uma das causas dessa última”¹⁰.

¹⁰ “That is, concern about immigration is not simply accidentally or coincidentally related to political distrust but is likely to be one of the causes of the latter.” (McLAREN, 2012).

2 A ORDEM PÚBLICA E OS DIREITOS HUMANOS

É impossível voltar no tempo, quando os portugueses ainda não aportaram em terras brasileiras. Canais de diálogo entre culturas distintas, como o Direito Internacional Privado, existem e continuarão existindo. Esse é um juízo de fato. Nesse cenário, a dignidade da pessoa humana cumpre um papel importante de estabelecer as balizas do razoável, funcionando ainda como um princípio de abertura, ao impor um patamar mínimo de respeito ao estrangeiro.

A tendência da personalização do direito, porém, implica na confusão entre “ordem pública” e proteção de direitos humanos (MIRAGEM, 2005), fixando um primado do indivíduo (JUSTEN FILHO, 1999). Evidentemente, a solução não é negar a dignidade da pessoa humana concreta. Ocorre que, apesar de facilmente afirmável em abstrato, assegurando que direitos fundamentais não podem ser retirados – porque não são outorgados pela autoridade – e tampouco reconhecidos para somente determinados grupos (SCHACHTER, 1983), a supremacia desse princípio não soluciona com clareza a maior parte dos problemas reais colocados pelos conflitos entre os indivíduos, exceção feita a casos extremos.

O risco é que ele se torne apenas uma válvula de escape retórica, útil para justificar qualquer curso de ação. Ora, “a distância entre convincente retórica de direitos humanos e mudança política significativa é normalmente considerável” (HAFNER-BURTON e RON, 2019)¹¹.

É nesses termos que a personalização do Direito Internacional Privado deixa em aberto a necessidade de diminuição da aura de incerteza que acompanha o estrangeiro, podendo gerar ou potencializar tensões sociais, pelo “casuismo caótico”, na lição de Valladão (1974, p. 85):

O afastamento de posições metodológicas extremistas, a exclusão quer de sistemas de duas ou três máximas apriorísticas inflexíveis, quer de experiências de um casuismo caótico, não pode significar,

¹¹ “Activists must realize that more talk does not always mean more or better action and that the gap between compelling human rights rhetoric and meaningful political change is often sizeable.” (HAFNER-BURTON e RON, 2019).

entretanto, a inexistência, no DIP, de numerosos princípios, conceitos, regras e exceções, de formulação preestabelecida ou de criação necessária e contínua, com o evoluir da ciência e da prática. Compreendem-se os exageros apontados se considerarmos que o DIP vem trabalhando, tradicionalmente, com grupos mui genéricos de relações e com escassas normas legislativas, com largos vazios no direito positivo. Abriu, assim, campos aos excessos quer do método dedutivo, nas multiformes doutrinas *a priori*, apresentando um ou dois postulados, donde saltariam todas as soluções, quer da reação conseqüente, do puro método indutivo, condenando quaisquer princípios ou regras gerais, só admitindo soluções criadas para cada espécie, num casuismo anárquico.

Como articular, então, “empiricamente” (SOUTO, 2000), a tutela da dignidade da pessoa humana, ou seja, um patamar mínimo de respeito ao estrangeiro, com a necessidade de integrá-lo, em algum nível, diminuindo o nível de desconfiança dos nativos e resguardando a subsistência da ordem política nacional? Um caminho envolve a vivificação do princípio da ordem pública como um marco mínimo de proteção da identidade da comunidade.

No Brasil, este princípio está previsto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

O princípio da ordem pública “rejeita a aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro” (DOLINGER, 1986). Assim sintetiza Dolinger (1986):

Um dos mais antigos e conhecidos princípios de direito internacional privado é o da ordem pública que rejeita a aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro, apesar da indicação de sua competência pelas regras de conexão do direito internacional privado. O princípio geral de ordem pública aparece no direito romano vedando aos contratantes derogar normas de direito público.

Por isso, para Dolinger, trata-se do “mais importante dos princípios da disciplina” (2005, p. 386).

Evidentemente, dentro das premissas já apresentadas, a ordem pública deve ter uma leitura abrandada para viabilizar a solução do “conflito de culturas” (MARQUES, 2004). Afinal de contas, o direito internacional privado surge, como já referido, em razão da “expansão da vida humana além das fronteiras nacionais” (BEVILÁQUA, 1944, p. 18). Entretanto, é indiscutível a necessidade do instituto para “corrigir” a regra de conflito que coloque em xeque algum valor preponderante reconhecido pelo ordenamento jurídico (ZANCHET, 2007), cuja manutenção seja “indispensável à organização da vida social” (BEVILÁQUA, 1944, p. 108). Aliás, por isso mesmo, a interpretação do princípio encontra diversos limites na própria ordem constitucional, que prevê regras impositivas de alguma abertura ao estrangeiro, como a que veda a sua discriminação (art. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal)¹². Essas regras de abertura, pela sua natureza constitucional, necessariamente devem ser consideradas como veículo de valores reputados fundamentais.

A questão posta, entretanto, diz mais respeito à tutela de certos valores culturais explícitos¹³ ou dos planos “filosófico, político, jurídico, moral e econômico” (DOLINGER, 2005, p. 386) implícitos na hierarquia axiológica pressuposta no ordenamento jurídico, “mais implícitos que explícitos” (STRENGER, 1973, p. 344). Em nosso ordenamento, é possível fazer remissão à noção de “bons costumes”, prevista no citado art. 17 da LINDB, àquilo que “existe de essencial à vida dos povos cultos no que diz respeito, mais diretamente, à moral, que fala, mais profundamente, ao nosso sentimento de respeito à sociedade e à dignidade humana” (BEVILÁQUA, 1944, p. 114).

É relativamente fácil afirmar, por exemplo, a proteção do consumidor como matéria de ordem pública, diante da previsão do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição Federal de 1988 (DEL’OLMO, 2008; MARIGHETTO, 2008). A abstração,

¹² Para um desenvolvimento: SILVA, Zélia Furtado da. **A constitucionalização do direito internacional privado**. Revista da ESMape, v. 4, n. 10, jul./dez. 1999, p. 359-392, para quem “A Constituição Federal de 1988 albergou o Direito Internacional Privado, dando cunho de validade constitucional aos seus institutos.”

¹³ Um exemplo é o preâmbulo da Constituição Federal (v. ARAÚJO, 1999).

em relação às leis escritas, pode se tornar maior quando se discute outros interesses econômicos da comunidade, como explica Dolinger (2004):

Pergunto-me se não haveria uma certa retração de negócios internacionais com o mercado brasileiro, uma certa reserva quanto a determinados investimentos de longo prazo em nosso País, diante de pareceres de advogados brasileiros, corretamente cautelosos, que informam a seus clientes estrangeiros que no Brasil não se devem assinar contratos que determinem a aplicação de lei estrangeira e que, se assinados, eventuais sentenças estrangeiras que tenham aplicado direito alienígena com base nestes contratos, correm o risco de não serem homologadas por nossa Suprema Corte.

No que se refere à identidade cultural, especialmente no contexto da pós-modernidade (MIRAGEM, 2005), o tema se torna extremamente volátil, podendo se dissipar em controvérsias sem fim, com qualquer das partes da lide arguindo em seu favor princípios constitucionais. Assim, nem a exigência de remissão a uma norma de direito positivo, preferencialmente de raiz constitucional, é solução viável para estabelecer aprioristicamente o lugar comum para o diálogo.

É necessário, então, assentar conceito estático de ordem pública, para fazer frente ao amplo rol de direitos associados à dignidade da pessoa humana e, portanto, de titularidade do estrangeiro, resguardando nível mínimo de proteção da identidade cultural nacional?

Essa tarefa, se não é impossível, é, no mínimo, de curto prazo de validade. Como expõe Dolinger (2005, p. 389):

Visto que o conceito da ordem pública emanada da *mens populi*, compreende-se que seja relativo, instável, variando no tempo e no espaço. Assim como a noção de ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região.

Com efeito, diante da “abertura cognitiva” do conceito (MENDES, 2008), a afirmação da ordem pública ocorre, na prática, com “independência total do magistrado” (DOLINGER, 2009).

Nas palavras de Valladão: “é uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso” (1974, p. 481).

Assim também afirma STRENGER (1973, p. 344):

Quais são os princípios considerados intocáveis que excluem a aplicação do direito estrangeiro?
A determinação deles quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há uma certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio.

Por isso, seu uso pelo Poder Judiciário deve continuar como “válvula de segurança” (DOLINGER, 2005, p. 423). Entretanto, e isso é preciso afirmar, o uso do princípio *deve* ocorrer. Não se pode, desde a referida válvula de escape retórica da dignidade da pessoa humana, esvaziar o princípio da ordem pública e permitir que a mera “presença do direito estrangeiro” (BASSO, 2016, p. 382) crie “situações anômalas em que princípios cardinais do direito interno de cada país sejam desrespeitados, que normas básicas da moral de um povo sejam profanadas ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados” (DOLINGER, 2005, p. 423).

Afirma-se que o uso do princípio “deve” ocorrer porque, no quadro exposto na primeira parte, a negação sistemática da ordem pública, com gravidade especial quando isso implique na violação de direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos pela ordem interna, tende a resultar no agravamento de tensões sociais, em um fechamento da comunidade, esvaziando-se a própria teleologia do Direito Internacional Privado de abrir o “diálogo intercultural entre sistemas diversos” (JAYME, 2005, p. 27).

3 DIMENSÃO CULTURAL DA ORDEM PÚBLICA

Realizadas essas considerações, é importante repisar, uma vez mais, que a tensão entre a ordem pública e o direito do estrangeiro à sua identidade cultural não é abstrata, manifestando-se concretamente e sendo possível defender qualquer das posições com base em princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Um exemplo concreto é o instituto do repúdio da mulher, no Islamismo, conforme exposto por Dolinger (2005, p. 412):

O direito muçulmano admite que o marido repudie sua esposa, sem que a mulher tenha sequer o direito de se defender, de ser ouvida. As sentenças dos tribunais religiosos dos países muçulmanos que aplicam este método são geralmente rejeitadas, recusando-se-lhes reconhecimento. Esta a posição clara da justiça brasileira, como vimos.

Também na França não se aceitava o repúdio islâmico, como se verifica de vários julgamentos, mas recentemente registra-se tendência diferente em que o repúdio passou a ser aceito dentro de certas circunstâncias. Essa tendência vem se agravando, ocorrendo hipótese recente em que, seguindo a convenção franco-argelina que determina a executoriedade de pleno direito de todo julgamento proferido na Argélia, repúdio total, proferido neste país, em que a mulher não teve qualquer participação no processo, nem sequer conhecendo sua existência, foi registrado na França para os devidos efeitos de direito, sem qualquer verificação sobre a existência do contraditório, nem sequer sobre a citação da mulher.

Insiste-se na afirmação dessa tensão diante da tendência, natural na disciplina, à abertura, que, se precipitada, pode levar até mesmo ao reconhecimento de situações onde há negação de direitos fundamentais garantidos pela ordem interna.

Em outros termos, a “própria idéia de justiça” do Direito Internacional Privado, expressão de Jayme para justificar a tendência ao “tratamento igual das leis diferentes” (2005, p. 27), é uma fórmula doutrinal, porém, não necessariamente a expressão da ordem jurídica concreta da comunidade nacional.

A “personalização” cumpre um papel fundamental de explicitar que “as normas de Direito Internacional Privado não podem ser tidas como meras normas

técnicas e, portanto, avalorativas” (PINHEIRO, 2001, p. 173). De fato, nunca o são. Entretanto, isso não implica que se deva forçar a tolerância ao elemento estrangeiro, como se fosse a única vertente permeada por “bons valores”, ou seja, adotar uma postura normativa, onde o progressivo aumento da “porosidade das fronteiras” seja a única válida (BENHABIB, 2004). Pelo contrário. A constatação, filosoficamente necessária (REALE, 1994, *passim*), de que as normas técnicas possuem uma carga valorativa, impõe um julgamento difícil: como esse ramo do direito “participa igualmente da tarefa de formação da sociedade” (ARAÚJO, 2018, p. 32), qual fim social deve prevalecer? Preponderam as novas orientações metodológicas? Ou seja, como articular a relação entre segurança jurídica, soberania e cultura nacional com os direitos humanos dos estrangeiros?

Na expressão de Mancini (2003, p. 80):

Em outros termos, despindo a proposição da fórmula ideal, porquanto no estado de fato coexistem sobre a Terra múltiplas nações, o princípio de nacionalidade não pode significar senão igual inviolabilidade e proteção de todas e, portanto, o mesmo princípio seria violado se nossa nacionalidade sofresse da parte das outras injúria e obstáculo a seu livre desenvolvimento, bem como o seria se a mesma, pelo contrário, invadisse o domínio das outras e ofendesse a sua legítima liberdade. Em ambos os casos a igualdade seria rompida, a independência nacional sofreria danos, o império do Direito seria derrubado.

Essa é a questão de fundo, que não pode jamais ser enfrentada com meras fórmulas prontas, diante do dilema político e moral real que se coloca. Por isso, o princípio da ordem pública é apresentado, aqui, não como núcleo definido. Como explica Tenório (1976, p. 321):

O conceito impreciso da ordem pública encontra justificativa na sua mobilidade no espaço e no tempo. Dentro do mesmo país há um conjunto de idéias e sentimentos que formam a civilização moral. Entretanto, a civilização moral de cada povo, na área do Estado, não se estratifica. Observamos o fato no confronto entre as diversas civilizações. Se entre elas, sobretudo as do Ocidente, há uniformidade de princípios morais e políticos, notamos, apesar disto, algumas

divergências radicais. A ordem pública, cuja noção o legislador não fornece cientificamente, é de conceito elástico.

A ordem pública, com efeito, é destacadamente expressão da existência de um “grau de tolerância da diversidade” (CAMPIGLIO, 2011), cuja finalidade é essencialmente “a preservação dos traços fundamentais de uma comunidade nacional” (MIRAGEM, 2005, p. 311).

Nesse sentido, a vivificação que se propõe não se dirige tanto à limitação da aplicação da lei estrangeira com base em regras de conexão expressamente previstas pelo direito interno, porque “a mera rejeição em aplicar o direito estrangeiro, em situações nas quais esta é a solução indicada pelas normas de DIP, não satisfaz por si a necessidade de respeito e consideração entre os Estados nacionais” (MIRAGEM, 2005, p. 308), mas sobretudo à criação de novas regras, com base na eficácia imediata de direitos fundamentais. A crítica se destina principalmente às posturas ideológicas, que como Procusto, esticam ou amputam a realidade para fazê-la caber em formas normativas pré-concebidas.

Certo grau de abertura é imperativo, porque é o contraste que traz à tona o senso nacional (CAMPIGLIO, 2011), mas há um limite ao universalismo, que é a ordem pública (MIRAGEM, 2005, p. 314).

É pertinente lembrar que a prevalência do universalismo é, também, um sintoma dos tempos atuais, e não uma verdade eterna, como se vê na crítica de Tenório:

O direito internacional privado é direito interno, embora de feição internacional. O técnico, pelo processo analítico, tem de olhar a realidade nacional e a internacional, sem pretender elaborar normas para a solução dos conflitos de leis com a predominância do espírito internacionalista. Somente o desconhecimento da realidade pode levar o técnico a abandonar o *humus* nacional pelo indefinido cosmopolitismo. O homem participa dos benefícios da civilização universal, mas tem raízes na sociedade nacional.

Também destaca Dolinger (2005, p. 150):

O universalismo e o particularismo são duas posições que se alternam: na segunda metade do século XIX tivemos a prevalência do universalismo, voltando-se para o particularismo entre as duas guerras do século XX, para retornar ao universalismo na época contemporânea.

Em suma, não há solução adequada sem que se reconheça a complexidade da realidade, inclusive da ordem jurídica, que busca simultaneamente dar ao Estado soberano os meios para sua proteção, ao mesmo tempo em que garante a tutela da existência e dos direitos das minorias, como disposto no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, as minorias “não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

4 CONCLUSÃO

O conflito cultural é parte essencial do Direito Internacional Privado, compõe a sua estrutura e é pressuposto de sua existência. Portanto, não se pode pretender eliminá-lo mediante posições extremadas, sejam a favor da lei nacional ou da abertura cosmopolita que ignore a existência da ordem pública interna. É preciso que a disciplina siga se desenvolvendo dentro dessa tensão – nunca pairando pretensiosamente acima dela.

Ao mesmo tempo em que regras de conexão fixas se mostram injustas ou, no mínimo, inapropriadas para regular a experiência jurídica da aproximação e do afastamento entre o nativo e o forasteiro, também não se pode substituí-las pelo casuísmo, ainda que formulado em termos “personalistas”, isto é, sob a finalidade de reconhecimento da dignidade da pessoa humana do estrangeiro.

É preciso sempre manter o espírito aberto ao dilema político e moral que repousa no fundo de todo empreendimento jurídico: reconhecer a posição fragilizada do estrangeiro, admitir a legitimidade da preocupação do nativo, valorizar a abertura, mas também os interesses da comunidade nacional, ter sempre em mente a

necessidade de pacificação, o que às vezes exigirá o fechamento ao elemento alienígena. Essa abertura do espírito deve se expressar, inclusive, no modo de fundamentação das decisões judiciais que, concretamente, ponderam esse conjunto de valores para apresentar uma solução. As soluções não devem se apresentar como imposição de força do Direito ou da "razão", mas, sim, elas próprias como parte do diálogo cultural.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 143, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/498>. Acesso em 30 out. 2019.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2016.

BEHERA, Subhakanta. India's encounter with the Silk Road. **Economic and Political Weekly**, v. 37, n. 51, Dec. 21-27, 2002, p. 5077-5080. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4412978>. Acesso em 18 out. 2019.

BENHABIB, Seyla. **The rights of others**: aliens, residents, and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BETZ, Hans-Georg; MERET, Susi. Revisiting Lepanto: the political mobilization against Islam in contemporary Western Europe. **Patterns of Prejudice**, v. 43, n. 3-4, 2009. DOI: 10.1080/00313220903109235.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1944.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 18 out. 2019.

CAMPIGLIO, Cristina. Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato. **Rivista di Diritto Internazionale**, v. XCIV, fasc. 4, 2011, p. 1029-1064.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito internacional privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos direitos humanos. **Sequência**, n. 64, jul. 2012, p. 259-284. DOI: 10.5007/2177-7055.2012v33n64p259. Acesso em 18 out. 2019.

CROWLEY, Roger. **Conquistadores**: como Portugal forjou o primeiro império global. Tradução de Helena Londres. São Paulo: Planeta, 2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Direito do consumidor e direito internacional privado. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 68, out./dez. 2008, p. 108-116.

DOLINGER, Jacob. Da "dignidade da diferença" ao moderno direito internacional privado. **Revista Forense**, ano 100, v. 373, mai./jun. 2004, p. 113-120.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45129>. Acesso em 18 out. 2019.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, abr./jun. 1986, p. 205-232. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181712>. Acesso em 18 out. 2019.

DOLINGER, Jacob. Provincianismo no direito internacional privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios. **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 880, fev. 2009, p. 33-60.

FRANCISCO, Papa. **Exortação apostólica Gaudete et Exultate**: sobre a chamada à santidade no mundo atual. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20180319_gaudete-et-exultate.html. Acesso em 18 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. **Revista Direito Público**, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1205>. Acesso em 18 out. 2019.

- HABERMAS, Jürgen. Religion in the public sphere. **European Journal of Philosophy**, v. 14, n. 1, apr. 2006, p. 1-25. DOI: 10.1111/j.1468-0378.2006.00241.x. Acesso em 18 out. 2019.
- HAFNER-BURTON, Emilie M.; RON, James. **Humans rights institutions**: rethoric and efficacy. DOI: 10.1177/0022343307078941. Acesso em 18 out. 2019.
- HUNTINGTON, Samuel P. The clash of civilizations? **Foreign Affairs**, v. 72, n. 3, Summer, 1993, p. 22-49. DOI: 10.2307/20045621. Acesso em 18 out. 2019.
- IORIO, Ubiratan Jorge. **Ação, tempo e conhecimento**: a Escola Austríaca de Economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2011.
- JAYME, Erik. **O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI – Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002**. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, 1999, p. 115-136.
- KAZUI, Tashiro. Foreign relations during the Edo Period: Sakoku reexamined. Tradução de Susan Downing Videen. **The Journal of Japanese Studies**, v. 8, n. 2, Summer, 1982, p. 283-306. DOI: 10.2307/132341. Acesso em 18 out. 2019.
- MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MARIGHETTO, Andrea. A proteção dos consumidores no direito internacional privado: estudo comparativo sobre os atuais debates relativos à recente aprovação pela EU do Regulamento (CE) 593 de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (civis e de consumo) e às propostas da CIDIP VII sobre a proteção interamericana dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 17, n. 68, out./dez. 2008, p. 117-146.
- MARQUES, Claudia Lima. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 91-113.
- McLAREN, Lauren M. The cultural divide in Europe: migration, multiculturalism, and political trust. **World Politics**, v. 64, n. 2, apr. 2012, p. 199-241. DOI: 10.1017/S0043887112000032. Acesso em 18 out. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em 4 ago. 2019.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 5, n. 19, out./dez. 2008, p. 31-49.

MIRAGEM, Bruno. **Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos**. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MISES, Ludwig von. **Liberalism in the classic tradition**. Tradução de Ralph Raico. 3.ed. New York: The Foundation for Economic Education, 1985. Disponível em: <https://mises.org/library/liberalism-classical-tradition>. Acesso em 18 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Commission on Global Governance. **Our Global Neighbourhood**: report on the Commission on Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 1995.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WITCHER, Robert. **Roman roads**: phenomenological perspectives on roads in the landscape. In: TRAC97: Proceedings of the Seventh Annual Theoretical Roman Archeology Conference. Oxford: Oxbow Books, 1997, p. 60-70. Disponível em: <http://dro.dur.ac.uk/5299/1/5299.pdf>. Acesso em 18 out. 2019.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHAUER, Frederick. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current Legal Problems**, v. 51, n. 1, 1998, p. 223-240. DOI: 10.1093/clp/51.1.223. Acesso em 18 out. 2019.

SCHACHTER, Oscar. Human dignity as a normative concept. **The American Journal of International Law**, v. 77, n. 4, oct. 1983, p. 848-854. DOI: 10.2307/2202536. Acesso em 18 out. 2019.

SILVA, Zélia Furtado da. A constitucionalização do direito internacional privado. **Revista da ESMAPE**, v. 4, n. 10, jul./dez. 1999, p. 359-392.

SOUTO, Cláudia. Breve história crítica do direito internacional privado. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, ano 24, v. 176, mai./jun. 2000, p. 23-34.

STEMMANN, Juan Jose Escobar. Middle east salafism's influence and the radicalization of muslim communities in Europe. **Meria Journal**, v. 10, n. 3, 2006.

Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/447a/4db70036a74644781725da74b82f297df1f5.pdf>

Acesso em 18 out. 2019.

STRENGER, Irineu. **Teoria geral do direito internacional privado**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1973.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11.ed. revista e atualizada por Jacob Dolinger. v.I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1974.

VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros textos jurídicos**. Lisboa: Vega, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2016.

ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no direito internacional privado brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 16, n. 62, abr./jun. 2007, p. 172-220.

INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E MEIOS ATÍPICOS DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL

JUDGE'S EVIDENTIARY POWERS AND THE ATYPICAL EVIDENCE IN CIVIL LAWSUIT

Otavio Ribeiro Coelho¹

Resumo: O presente artigo busca analisar a relação existente entre poderes instrutórios do Juiz e as provas típicas e provas atípicas no sistema processual civil brasileiro. Para tanto, analisa os poderes do Juiz sob uma ótica finalística do processo, voltado para seu escopo social de pacificação de litígio por meio da outorga de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. O artigo analisa como ocorre a valoração das provas no sistema do livre convencimento motivo e sua relação com as provas atípicas cuja produção foi determinada pelo Juiz.

Palavras-Chaves: Poder Instrutório. Prova. Processo Civil. Poder do Juiz. Prova atípica.

Abstract: This article seeks to analyze the judge's instructive powers and the typical and atypical evidence in the Brazilian civil procedural system. It analyzes the Judge's powers from a final perspective of the process, focusing on its social scope for pacifying litigation through the granting of adequate and effective jurisdictional protection. The article analyzes how the valuation of evidence occurs in the system and its relationship with the atypical evidence whose production was determined by the Judge.

Keywords: Evidentiary Powers. Evidence. Civil Procedure. Power of the Court. Atypical evidence.

Recebido em: 04/11//2021

Aceito para publicação em: 14/03/2022

¹ Advogado. Mestrando em Processo Civil pela PUC/SP. Especialista em Processo Civil pela USP. Especialista em Direito Civil pela PUC/MG. Especialista em Ciências Criminais pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1 INTRODUÇÃO

Conforme as regras de julgamento atinente aos ônus da prova, cabem às partes a comprovação de suas alegações, de seus fatos asseverados no processo. Este ônus não se confunde com o direito autônomo à prova ou com a iniciativa probatória do Juiz.

O Código de Processo Civil, e isto não é novo, outorga ao Juiz o poder (dever?) da iniciativa probatória oficiosa, desvinculada de requerimento das partes.

Assim, o Juiz tem o poder de conduzir a instrução do processo civil brasileiro, respeitados alguns limites impostos pela lei ou pela convenção das partes, observado o seu direito autônomo à prova.

O Juiz atua, portanto, quer na fase de produção da prova, quer na fase de sua valoração, observando o sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado).

Os limites de tais poderes instrutórios são longe de serem pacíficos, encontrando forte e presente discussão doutrinária e jurisprudencial.

São diversos os meios de obtenção de conhecimentos que podem ser empregados para produção das provas a serem levadas ao processo. Para além das provas já expressas tipicamente no sistema, permite-se a produção de provas atípicas, de modo a acompanhar o avanço tecnológico e surgimento de novas técnicas.

Dentro deste cenário, a presente monografia busca analisar os limites de tais poderes instrutórios no específico ponto dos meios atípicos de prova.

O escopo da brevíssima análise é averiguar em que medida o Juiz pode se valer de meios atípicos de provas, existindo meios típicos de prova para esclarecimento a respeito dos pontos controvertidos.

O Juiz deve dar preferência aos meios típicos de prova em seu poder instrutório? Este o problema cujo clarear se pretende contribuir com esse artigo.

2 OS PODERES DO JUIZ

Os poderes do Juiz no processo civil podem ser conceituados, como faz Arruda Alvim, como os poderes relacionados ao dever de prestar a tutela jurisdicional.

Sob certo ângulo, todos os deveres do juiz para com os litigantes envolvem poderes do juiz. Se se diz que o juiz tem o dever de prestar tutela jurisdicional, ipso facto, está a se significar que o mesmo juiz tem tal poder. Será dever, no sentido de as partes poderem aspirar, juridicamente, à prestação da tutela jurisdicional, mas, do ponto de vista objetivo de o juiz ter o poder de prestá-la, é curial que ele o faz porque lhe foi atribuído dito poder. (ALVIM NETO, 1975)

Tais poderes não significam privilégios ao Juiz, mas sim garantias outorgadas pela lei para sua concretização, para realização da Justiça. O ato-fim do exercício jurisdicional é a outorga da tutela jurisdicional; e os atos-meio consistem nas atividades preparatórias para tal; e neste cenário, surgem os poderes, como legitimadores destes atos (DINAMARCO, 2017, p. 266-267).

Neste sentido, Cappelletti doutrinou que o Juiz não deve se satisfazer com a mera direção formal do processo, mas sim deter uma legítima preocupação com a direção material do processo, em busca da efetivação do direito material e, conseqüentemente, do valor Justiça (LOPES, 1984).

O Juiz não deve se satisfazer com o formalismo do processo e sua direção formal, mas sim, mediante uma direção preocupada com o direito material (direção material do processo), buscar a concretização da Justiça (LOPES, 2018).

Os poderes do Juiz, assim, tem como escopo a outorga de uma tutela jurisdicional efetiva, com proteção dos direitos mediante atuação plena da ordem jurídica (LOPES, 2016. p. 78). Trata-se de ferramentas para possibilitar a tutela jurisdicional efetiva, concreta, para mais que a mera pacificação do litígio e declaração do direito, para verdadeira criação de condições de proteger o direito de forma prática, real, efetiva (AURELLI, 2017). Em verdade, para além de um poder, o Estado-Juiz tem o dever de dar efetividade aos direitos (DINAMARCO, 2017, p. 268).

Tais poderes podem ser divididos entre poderes de direção e poderes de decisão, existindo, ainda, dentre eles, poderes administrativos, como propõe Candido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2017, p. 267). Entre os poderes de direção, podemos identificar facilmente os atos-meio de impulso oficial, de saneamento de vícios da relação processual e de preparação de um julgamento final justo, com iniciativa probatória (DINAMARCO, 2017, p. 274).

Nesta breve análise, focaremos especificamente em um dos poderes de direção do processo pelo Juiz: o poder instrutório.

2.1 Os poderes instrutórios do Juiz

Os poderes instrutórios do Juiz constituem um feixe da gama de poderes de direção material do processo pelo Juiz (LOPES, 1984.). O escopo de tais poderes, portanto, é a gestão e o direcionar do processo em busca da tutela jurisdicional de mérito, com outorga do direito material a quem de direito, como se consignou anteriormente.

Tais poderes podem ser compreendidos, como ensina Sérgio Shimura, como “faculdade de se determinar a realização, de ofício, de provas a serem produzidas no feito, caso se entenda que algum(ns) dos pontos controvertidos não esteja(m) suficientemente esclarecido(s) no processo” (SHIMURA, 2020).

Todavia, para compreensão aqui defendida, da ligação dos poderes instrutórios do Juiz em relação ao escopo da sua atividade, do processo e da própria jurisdição, como será mais adiante abordado, inviável a compreensão desses poderes como meras faculdades, devendo nortear a sua compreensão a sua análise como dever.

No atual Código de Processo Civil, tais poderes se encontram previstos de forma expressa no artigo 370². Os poderes instrutórios do Juiz detêm respaldo nas teorias publicistas do processo e encontram legitimação na preocupação do sistema com a efetivação de um processo justo, de modo a permitir a adequada verificação

² “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

dos fatos e a justa aplicação das normas de direito material, o que culmina na efetivação de tutela jurisdicional de direitos; como ensina Marinoni (MARINONI, 2007, p. 422).

Em um enfoque publicista, o Juiz detém inegável interesse geral (institucional) na demanda, em seu desfecho, na própria tutela jurisdicional a ser outorgada (BEDAQUE, 2009, p. 70). Há um interesse do Estado-Juiz na instrução probatória, como medida de compreensão adequada dos fatos para dimensionamento correto da aplicação do sistema jurídico.

Essa ideia deriva da própria Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, que exige, para além da dimensão da norma jurídica, a análise do valor normativo e, ao que aqui nos interessa, análise do fato (REALE, 2001).

Busca-se a aproximação do Estado-Juiz aos fatos da demanda e suas partes, de forma a comprometê-lo com a efetivação do escopo social do processo, de pacificação do litígio. O escopo é o afastamento da ideia do Juiz apático, distanciado das partes, dos fatos e da demanda, sem interesse institucional no resultado da demanda (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 73). Não deve o Juiz ser mero espectador do duelo das partes, mas sim tomar postura ativa, dentro da perspectiva do modelo constitucional de processo e respeitadas as demais regras do sistema jurídico, mormente a questão da imparcialidade (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 894-895). Os poderes do Juiz no processo, portanto, tem a sua razão de ser e seu escopo na efetivação da Justiça; mediante efetivação do direito material no processo civil.

Os poderes instrutórios do Juiz, portanto, são concedidos para que o Estado-Juiz possa bem cumprir a sua tarefa, a sua atividade pública (MARINONI, 2017, p. 294). Há forte divergência doutrinária no tema. Há quem sustente que o poder instrutório do Juiz só deve ser exercido de forma supletiva à iniciativa probatória das partes, que deve preponderar (SANTOS, 1989, p. 351; MIRANDA, 1993, p. 217). De sorte diametralmente oposta, doutrinadores defendem cada vez mais uma ampliação da participação do Juiz e seus poderes instrutórios, inserindo-o como um sujeito interessado, de forma institucional, no resultado do processo (CÂMARA, 2007).

Considerando que tais poderes instrutórios do Juiz se encontram umbilicalmente conectados à própria atividade jurisdicional e escopo do processo (e da própria Jurisdição), razão parece assistir à corrente que não reduz a iniciativa probatória do Juiz como mera atividade supletiva das partes, mas, ao contrário, a fortifica.

As provas a serem produzidas pelo Juiz devem ser necessárias, como expressamente consta do dispositivo legal. Deve sua iniciativa probatória recair sobre as provas que efetivamente sejam necessárias à elucidação dos pontos controvertidos do processo e relevantes ao julgamento da causa, guardando correlação com o objeto do processo e limites da causa delineados pelas partes. Assim, os poderes instrutórios do Juiz, como qualquer outro de seus poderes, não deve ser arbitrário e deve respeitar os limites normativos do sistema, limites estes criados pelo legislador (MIRANDA, 1993. P. 207). A existência e fortificação do poder instrutório do Juiz não viola o princípio da demanda.

A jurisprudência, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, se sedimentou no sentido que, ante a presença do interesse público predominante – a efetividade da Justiça – a iniciativa probatória do Estado-Juiz não viola o princípio da demanda. De outra sorte, objetiva tal iniciativa a formação de sua convicção e busca pela melhor outorga jurisdicional (BRASIL, 2005.).

Igualmente, a doutrina aponta que a iniciativa probatória do Juiz não fere seu dever de imparcialidade, em razão da impossibilidade de previsão do resultado da prova, de modo que, ao determinar sua produção, não é possível, aprioristicamente, verificar que era beneficiará uma ou outra parte do processo (LOPES, 2017, p. 246). Há quem sustente o oposto: que a inércia na produção oficiosa da prova é que gera parcialidade, beneficiando uma das partes (MARINONI, 2017, p. 294). Neste ponto, inclusive, o artigo 371 do Código de Processo Civil³, ao consagrar o princípio da comunhão da prova, utiliza o termo “sujeito” (e não parte), deixa evidente a desvinculação da conclusão valorativa da prova em relação ao sujeito que a tiver produzido.

³ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 54-68, mar./jun. 2022

Ainda, a existência dos poderes instrutórios do Juiz, ou a prova por ele produzida, não afasta o dever seu convencimento motivado (persuasão racional) a respeito da valoração desta prova; previstos nos artigos 371 e 375 do Código de Processo Civil, o que permite o controle do efeito de convencimento da prova e da própria atividade jurisdicional.

3 VALORAÇÃO DA PROVA: O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

No sistema processual civil brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, também chamado pela doutrina e jurisprudência de princípio da persuasão racional.

Por meio de tal sistema valorativo da prova, o juiz é relativamente livre para formar seu convencimento acerca das provas, conferindo-lhes o peso que entender cabível sob a ótica da persuasão e argumentação. Não há, via de regra, hierarquia preestabelecida de cargas probatórias. O Juiz não fica vinculado à valoração de provas realizadas aprioristicamente pelo sistema. Relativamente livre, porquanto ao Juiz cabe o ônus de expor a motivação desse seu convencimento do modo exposto (NEVES, 2016).

Isso não importa em dizer que o convencimento do Juiz é livre e arbitrário: o seu convencimento fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos, mediante, ainda, observância das regras legais sobre validade das provas e presunções. É vedado, assim, proferir decisão arbitrária e divorciada da prova dos autos (ALVIM, 2017, p. 840). Ao Juiz não é permitida decisão arbitrária, puramente subjetiva.

Assim, ao Juiz cabe a valoração da prova de forma relativamente livre, mas atento e vinculado à racionalidade analítica, com respeito aos critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 888).

O sistema da persuasão racional da valoração “estabelece equilíbrio entre a liberdade do juiz, os critérios técnicos e o conjunto dos autos”, de modo a impor uma

“estreita relação entre a prova dos autos e a fundamentação”, como ensina João Batista Lopes (LOPES, 2017, p. 249).

A explanação da motivação do Juiz a respeito da valoração da prova é fundamental e exigência do sistema. A sua valoração é controlada pela motivação (GAJARDONI, 2018). Esse sistema é expresso no Código de Processo Civil em seus artigos 371 e 375.

O Juiz é relativamente livre para formar seu convencimento acerca das provas, ante a inexistência de cargas probatórias preestabelecidas no sistema. Todavia, cabe-lhe o ônus da argumentação e motivação desta valoração. Não há arbitrariedade alguma nessa valoração, que está condicionada às alegações das partes e às provas dos autos, mediante observância das regras do sistema processual, principalmente a respeito da validade das provas e presunções legais (NEVES, 2016).

Assim, ao Estado-Juiz é vedada a outorga jurisdicional arbitrária e divorciada da prova dos autos (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 890) ou das alegações de fato, havendo necessária racionalidade em seu convencimento à luz do conjunto probatório existente (MARINONI, 2010). Mesmo em relação à prova produzida a partir de sua iniciativa probatória, deve o Juiz valorá-la de forma racional, fundamentada. A explanação da motivação do Juiz a respeito da valoração da prova é fundamental e exigência do sistema.

A sua valoração é controlada pela motivação (GAJARDONI, 2018). Essa valoração, que dá substrato à persuasão do Juiz, deve demonstrar um convencimento racional (MARINONI, 2017, p. 434). É o denominado raciocínio justificatório da decisão (MARINONI, 2017, p. 320).

Portanto, seja a prova produzida advinda do Juiz ou das partes (princípio da comunhão da prova, previsto no artigo 371 do Código de Processo Civil), seja a prova produzida típica ou atípica, sejam, até mesmo, indícios, caberá ao Juiz a sua valoração de forma livre, desde que fundamentada e racional. O sujeito que produziu a prova, ou o método de obtenção do conhecimento (típico ou atípico), desde que

lícito, não interfere, aprioristicamente, na sua valoração e no desfecho jurídico da demanda.

4 PROVAS ATÍPICAS

No processo, provar significa apurar um fato relevante e controvertido da relação jurídica-processual. O termo “prova”, para o processo, tem significado de ser um elemento destinado à formação de convicção do julgador a respeito da ocorrência ou não deste fato controvertido; conforme lições de João Batista Lopes (2017, p. 236).

Para trazer esses elementos ao conhecimento do julgador no processo, são empregados os meios de prova, compreendidos como métodos, ferramentas, para produção da prova. São eles técnicas de manipulação de elementos externos a fim de extrair as representações da realidade (DINAMARCO, 2017, p. 720).

Além dos meios de prova típicos, como depoimento pessoal, prova documental, prova testemunhal, prova perícia etc., o sistema processual admite a utilização de meios atípicos (princípio da atipicidade das provas) (LOPES, 2017, p. 242).

Já há tempos admite-se que sejam utilizados todos os meios de prova, ainda que não especificados (anteriormente expressamente previstos) em lei. Há expressão no próprio Código de Processo Civil, no artigo 369⁴, à exemplo do que já ocorria no Código de Processo Civil de 1973, no então artigo 332⁵. O anterior Código de Processo Civil de 1939, todavia, era expresso ao admitir apenas as provas típicas, reconhecidas pela lei, naquele então artigo 208⁶.

As provas atípicas ou inominadas derivam de uma cláusula geral permissiva de utilização de meio de provas não admitidas expressamente no sistema jurídico, mas,

⁴ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

⁵ “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

⁶ “Art. 208. São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”

por contrário, também não proibidas; derivam elas, portanto, de expressão do princípio da ampla defesa e do contraditório (ALVIM, 2017, p. 837).

O direito à prova, derivado do contraditório e ampla defesa, engloba o direito de ser produzida toda prova que respeite os limites legais, com sua adequada valoração motivada, como apontou Joan Picó I Junoy (2008), corroborado por João Batista Lopes (2010).

Tais provas atípicas, assim como as provas típicas – e isto está expresso no próprio artigo 370 do Código de Processo Civil que autoriza o poder instrutório do Juiz – devem ser pertinentes, úteis e lícitas (PICÓ I JUNOY, 2008).

A própria lei nega a exaustividade dos meios de prova, admitindo que haja variação na forma de obtenção de conhecimentos. Assim, a ausência de previsão legal de determinada prova não é óbice a sua produção.

A atipicidade reside no meio de prova, na forma de produção da prova; e não na prova em si. Sobre isto Barbosa Moreira sempre foi didático, ao expor que a atipicidade deve ser analisada sob o ângulo da forma (MOREIRA, 1994). A prova é atípica quando deriva de um meio de produção atípico. Em si própria considerada, a prova pode até ser tipicamente prevista (documental, por exemplo); mas, se produzida por meio, método, diverso do previsto legalmente, será atípica.

Assim, pode-se definir prova atípica como a prova produzida de forma diversa dos métodos legais previstos anteriormente em lei, advinda de fonte ou método de extração de conhecimento diverso (AUILO, 2021, p. 55-57). E essa prova atípica deve estar em acordo com o sistema jurídico, sem violação de outras normas. Não devem conflitar com regras ou princípios do sistema (MOREIRA, 2017, p. 320). Dentre as diversas provas atípicas, podemos citar a realização de pesquisas extrajudiciais diversas, provas científicas em geral, notícias, juramentos religiosos, mensagens e conteúdos diversos no campo da internet, inquirição da própria parte (depoimento pessoal da própria parte), dentre tantas outras (LOPES, 2017, p. 243-244).

5 PREFERÊNCIA PELA FORMA TÍPICA (?)

Barbosa Moreira, ao tratar dos problemas da atipicidade da prova, elenca que uma diretriz máxima que deve nortear o tema é justamente o denominado “princípio da preferência pela forma típica” (MOREIRA, 1994).

Em linha semelhante, outra parcela da doutrina aponta que, havendo provas típicas concludentes, o aproveitamento de provas atípicas terá mero caráter complementar, não podendo superar a força probante das provas típicas (LOPES, 2010).

Com o devido respeito, não parece haver razão jurídica para existência de apriorística preferência de determinadas provas (típicas) em relação a outras provas (atípicas).

Como se consignou anteriormente, no sistema processual civil vigora o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional), de modo a inexistir hierarquia de provas ou cargas de valoração pré-estabelecidas pela lei. Assim, e como se disse, o Juiz é livre para apreciar qualquer prova constante dos autos e conferir-lhe o peso para sua tomada de decisão. Sem arbitrariedade, cabe-lhe, todavia, a exposição argumentativa dessa valoração, justificando-a.

Desta forma, denota-se que, ao campo da valoração, não há preferência existente entre prova produzida de forma típica ou prova produzida de forma atípica. O sistema não prevê que uma pese mais que a outra quando da valoração pelo Juiz e outorga da tutela jurisdicional. Não vigora o sistema de valoração da prova legal ou tarifada, totalmente incompatível com o atual ordenamento jurídico.

A despeito disto, permanece no sistema jurídico, tanto em diplomas de cunho processual quanto de material, presunções legais absolutas, que são exceções a este sistema valorativo, resquícios do sistema da prova legal ou tarifada; mas que aqui, para os limites de nossa análise, não cabe o aprofundar. Seja uma prova típica, seja atípica, o seu valor é estabelecido caso a caso, mediante análise do julgador.

Ante o exposto, em razão da adoção do modelo valorativo do livre-convencimento motivado, não há como estabelecer qualquer hierarquia ou preferência de prova típica em relação às provas atípicas (ou o inverso). Qualquer prova, típica ou atípica, se presta à formação da convicção do julgador (AUILO, 2021, p. 57).

E assim, razão não haveria para determinar que os poderes instrutórios do Juiz fossem submetidos a alguma ordem de preferência, com preferência das provas típicas sobre as atípicas. Porque no ato seguinte, de valoração dessa prova produzida, não existe esta preferência, sendo ambas valoradas livre e racionalmente.

Ademais, e como se disse, o poder instrutório do Juiz se fundamenta justamente na garantia de uma melhor prestação jurisdicional, mais efetiva, com maior aprofundamento nos detalhes da causa e suas peculiaridades fáticas, permitindo que o Estado-Juiz, ao conhecer melhor e mais profundamente, outorgue melhor tutela jurisdicional ao caso. Assim, em uma análise finalística, à luz do próprio escopo do poder instrutório, razão não haveria para essa distinção de hierarquias preferenciais.

6 CONCLUSÃO

No sistema processual civil, vigora o sistema do livre convencimento motivado, por meio do qual o julgador é relativamente livre para formar seu convencimento com base em indícios, presunções e provas constantes nos autos. Ao julgador, todavia, cabe o ônus argumentativo da racionalidade de sua persuasão.

Em razão desse sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional), não há hierarquia ou preferência entre os meios de prova. O sistema processual civil não estabelece uma prova como melhor ou mais convincente que outra. Provas, típicas ou atípicas, estão, abstratamente, em mesmo nível e aptas a formar o convencimento do julgador.

O poder instrutório do Juiz, assim como os demais poderes do Juiz, tem por escopo permitir que o processo atinja seu escopo social, de pacificação de litígios, de

forma efetiva. Tais poderes devem ser analisados em perspectiva finalística: objetivam a outorga de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, suficiente aos sujeitos e à boa resolução do conflito.

O Estado-Juiz, assim, detém interesse institucional no desfecho da demanda, escopo de sua própria atividade pública. O processo, e a própria jurisdição, tem como escopo social a pacificação do conflito.

É por meio do poder instrutório, instrumento do processo, que se possibilita ao Juiz o melhor conhecimento dos fatos, das peculiaridades envolvidas na causa e de seus sujeitos. Com aproximação do Juiz aos fatos, permite-se uma tutela jurisdicional mais específica ao caso concreto, criando-se ali a norma específica que o resolverá.

O conhecimento dos fatos é imprescindível para adequada aplicação do Direito, como há muito já consagrava Miguel Reale com a Teoria Tridimensional do Direito.

Nesta linha, não se verifica a necessária adstrição do poder instrutório do Juiz a uma preferência de meios típicos de prova em detrimento de meios atípicos. Qualquer prova, desde que lícita, pode ser produzida como expressão do poder instrutório do Juiz.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. 1ª edição. 6v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no Direito Brasileiro**. Salvador: JusPodvm, 2021.

AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 54-68, mar./jun. 2022

2017. Disponível em:
<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-1/juizo-de-admissibilidade>
>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RESP nº 738.576. Relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em 18/08/2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. **Revista de Processo**, vol. 153, p. 33. São Paulo: Ed. RT, nov. 2007. Disponível em:
<www.academia.edu/369759/Poderes_Instrutorios_do_Juiz_e_Processo_Civil_Democratico>. Acesso em: 15 abr. 2021.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume II. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). *et al.* Direito Probatório, 3ª edição. Salvador: JusdPodivm, 2018.

LOPES, João Batista. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Castro Lopes, 2016. P. 78.

_____. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, volume V, número 5, Jan/Jun 2010. Disponível em:
<[PROVAS ATÍPICAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO | Lopes | Revista Eletrônica de Direito Processual \(uerj.br\)](http://PROVAS_ATÍPICAS_E_EFETIVIDADE_DO_PROCESSO_|Lopes_|Revista_Eletrônica_de_Direito_Processual_(uerj.br))>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Os poderes do Juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, v. 9, n. 35, p. 24–67, jul./set., 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**, volume 2. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 54-68, mar./jun. 2022

MIRANDA, Vicente. **Poderes do Juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, v. 19, n. 76, p. 114–126, out./dez., 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho constitucional a la prueba y su configuracion legal em el nuevo processo civil español**. 2008. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/31.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. In: DIDIDER JR, Fredie (Coord). Direito Probatório. 3ª edição. Salvador: Juspovidm, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

SHIMURA, Sérgio Seiji; LUZ, Tatiana Tiberio. Os limites aos poderes instrutórios do Juiz. **Revista de processo**, v. 45, n. 310, p. 89-111, dez. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 58ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, volume III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, p. 71-85, nov. 2009.

A VIOLÊNCIA POLÍTICA COMO OBSTÁCULO À CANDIDATURA DE MULHERES: UMA ANÁLISE DA NOVA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

POLITICAL VIOLENCE AS AN OBSTACLE TO WOMEN'S CANDIDACY: AN ANALYSIS OF THE NEW BRAZILIAN LEGISLATION

Bibiana Terra¹

Letícia Maria de Maia Resende²

RESUMO: A participação das mulheres na política é essencial para todo Estado Democrático de Direito, tal como o brasileiro. No entanto, apesar de essa já ser uma compreensão mundial, elas seguem sendo sub-representadas em muitos países, sendo excluídas da esfera política. Mas, mais do que isso, o que a presente pesquisa busca destacar é um outro fenômeno que recorrentemente acontece quando mulheres estão inseridas nesses espaços: a violência política de gênero. Diante disso, este artigo tem como objetivo geral analisar o combate à violência política de gênero como meio de alcançar a paridade na esfera político-deliberativa do Brasil. Para tanto, parte da compreensão de que a nova lei brasileira que criminaliza a violência política contra as mulheres é um importante instrumento para consolidar a paridade de gênero na política. Para a sua realização, a metodologia adotada é a analítica, com a técnica de revisão de literatura, pois, a partir da pesquisa bibliográfica, realiza-se um apanhado dos registros já disponíveis decorrentes de pesquisas anteriores acerca do tema em questão, bem como uma análise da legislação pertinente.

Palavras-chave: Violência Política de Gênero. Igualdade. Direito das Mulheres. Política.

ABSTRACT: The participation of women in politics is essential for every Democratic State of Law, such as the Brazilian one. However, despite this being a global understanding, they continue to be under-represented in many countries, being excluded from the political sphere. But, more than that, what the present research seeks to highlight is another phenomenon that recurrently happens when women are inserted in these spaces: political gender violence. Therefore, this article has the general objective of analyzing the fight against political gender violence as a means of achieving parity in the political-deliberative sphere in Brazil. Therefore, it starts from the understanding that the new Brazilian law that criminalizes political violence

¹ Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Uma das organizadoras da obra "Diálogos de Gênero: Perspectivas Contemporâneas". Professora na Escola Mineira de Direito (EMD) no curso de pós-graduação em Direitos Humanos e Interseccionalidades. Pesquisadora e Advogada (OAB/MG). E-mail: bibianaterra@yahoo.com

² Mestranda em Direito na área de concentração Constitucionalismo e Democracia, com foco na linha de pesquisa Relações Sociais e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD/FDSM). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Advogada. E-mail: lemaia2003@yahoo.com.br

against women is an important instrument to consolidate gender parity in politics. For its accomplishment, the methodology adopted is analytical, with the technique of literature review, because from the bibliographic research, a survey of the records already available resulting from previous research on the subject in question is carried out, as well as an analysis of the legislation relevant.

Key-words: Political Violence of Gender. Equality. Women's Law. Politics.

Recebido em: 26/01//2022
Aceito para publicação em: 16/03/2022

1 INTRODUÇÃO

A participação das mulheres na política pode ser compreendida como fundamental para a consolidação das democracias, no entanto, até hoje, na maioria dos países, elas seguem sendo sub-representadas, pois ainda prevalece uma cultura sexista e patriarcal de que os espaços políticos são destinados aos homens. Mesmo já tendo percorrido longos caminhos nas lutas pela igualdade de gênero, as mulheres que anseiam alcançar espaços políticos e de poder ainda são vistas como uma espécie de “ameaça” aos privilégios políticos dos homens e, sendo assim, muitas dessas mulheres que decidem adentrar esses locais são, na maioria das vezes, vistas como invasoras, como não pertencentes a esses espaços. Nesse sentido, recorrentemente, elas acabam sofrendo violência política por causa de seu gênero.

Durante muito tempo essa não era uma conduta prevista pela legislação brasileira, no entanto, conforme esse trabalho busca analisar, desde agosto de 2021, no Brasil, a violência política de gênero passou a ser considerada crime, tendo alterado o Código Eleitoral, que em seu artigo 326-B passou a considerar crime assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por quaisquer meios, mulheres candidatas ou já eleitas em razão da sua condição de mulher ou por sua cor, raça, etnia, de modo a impedir ou dificultar suas campanhas ou o seu mandato eletivo. Na sua ocorrência, a pena será de reclusão de 1 a 4 anos e multa (BRASIL, Lei 14.192, 2021).

Diante dessa importante previsão legislativa, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o combate à violência política de gênero como meio de alcançar a paridade na esfera político-deliberativa do Brasil, pois parte da compreensão de que a nova lei que criminaliza a violência política contra as mulheres (Lei 14.192, 2021)³, publicada em 04 de agosto de 2021, é um importante instrumento para consolidar a paridade de gênero na política brasileira. Para que

³ LEI Nº 14.192, DE 4 DE AGOSTO DE 2021, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas. A lei é proveniente do Projeto de Lei 349/15, da deputada Rosângela Gomes (Republicanos-RJ) e o seu texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em dezembro de 2020 e pelo Senado Federal em julho de 2021. A partir de agosto a lei passou a valer. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 69-89, mar./jun. 2022

esse objetivo seja alcançado, o trabalho perpassa pela investigação dessa recente lei que adentrou o ordenamento jurídico brasileiro, pela questão da violência política sofrida pelas mulheres e pelo seu baixo percentual de representação.

Essa pesquisa justifica-se pela importância de trabalhos que discutam a questão das mulheres na política e da violência política de gênero, sendo que a sua criminalização no Brasil é muito recente, pois a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro conta com poucos meses de existência. Assim, a relevância e atualidade do trabalho é notória. Além disso, para a sua realização, o trabalho lança mão da metodologia analítica, com a técnica de revisão de literatura, pois a partir da pesquisa bibliográfica realiza-se um apanhado dos registros já disponíveis decorrentes de pesquisas anteriores acerca do tema em questão.

2 A SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA INSTITUCIONAL BRASILEIRA

A igualdade de gênero na política pode ser compreendida como um fundamento central para a democracia. Mas, mais do que isso, o princípio da igualdade política é fundamental não apenas no direito de escolher quem governa, mas também para que todas as pessoas tenham o direito de ser escolhidas para governar, para participarem das tomadas de decisões que afetam a eles mesmos e a toda a sociedade. Assim, nas eleições, a igualdade entre todos deve ser respeitada, sendo essa um princípio democrático (SANTOS; PORCARO, 2020, p. 288).

Nesse sentido, a representação democrática pode ser entendida não apenas como um princípio, mas também como um valor e um direito de todas as mulheres. O gênero feminino é parte fundamental na formação das democracias, tanto como indivíduos, como coletivo e também como grupos que possuem influência e se organizam na luta pelo reconhecimento dos seus direitos e suas liberdades. Desse modo, é essencial que as mulheres participem de todas as esferas da vida pública e institucional, é direito delas participarem dos processos eleitorais, serem

representadas e representantes políticas (TERRA; RESENDE; SILVESTRE, 2021, p. 68).

Nesse sentido, a inclusão de todas as pessoas no sistema político deve ser respeitada:

O grau de inclusividade do sistema político – isto é, a extensão com que os direitos civis e políticos são garantidos a todos os cidadãos sem exceção – é uma condição fundamental de sua consolidação. Considerando que a participação nas instituições públicas é um meio especialmente efetivo de influenciar as regras políticas e as políticas públicas de Estado, parece inegável que a participação equitativa de homens e mulheres seja uma condição mínima para a eficácia das instituições democráticas e da própria democracia representativa (SANTOS; PORCARO, 2020, p. 288).

Diante disso, cabe ressaltar que a igualdade de gênero é um indicador democrático e viabiliza perceber se um sistema político é igualitário ou desproporcional e desigual em relação às mulheres. O gênero (assim como raça, classe e outros fatores) ganhou bastante destaque e relevância nas discussões políticas e vem, cada vez mais, apresentando novos mecanismos que buscam questionar e apontar para as desigualdades existentes na esfera política. No Brasil, cada vez mais crescem questionamentos acerca da ausência de mulheres nos espaços de tomadas de decisão (TERRA; RESENDE; SILVESTRE, 2021, p. 68).

Sendo assim, há de se destacar a importância da inclusão feminina na esfera política para a democracia. Analisando historicamente, pode-se compreender que essa participação nunca foi fácil para o gênero feminino, sendo que até mesmo para a conquista dos seus direitos políticos as mulheres, em diferentes lugares do mundo, tiveram que lutar durante várias décadas até que esses fossem efetivamente conquistados e, assim, legalmente garantidos a elas (TABAK, 2002).

No que diz respeito ao contexto brasileiro, as lutas pelo sufrágio feminino duraram quase quatro décadas, desde a Assembleia Constituinte de 1891 (quando pela primeira vez no Brasil houve discussões jurídicas em torno de uma possível inserção das mulheres nas questões eleitorais e da previsão do sufrágio feminino) até o ano de 1932, em que então, finalmente, houve a efetiva conquista do voto pelas mulheres brasileiras através do primeiro Código Eleitoral (Decreto nº 21.076)

do país, editado durante o governo provisório de Getúlio Vargas (KARAWJCZYK, 2019).

Essa previsão do direito de votar e ser votada pode ser compreendida como a primeira grande vitória das mulheres em suas lutas pelo reconhecimento de sua cidadania e igualdade, sendo que naquele momento elas acreditavam que essa conquista significava a sua igualdade com os homens, pois elas também passariam a participar da vida política (KARAWJCZYK, 2019). No entanto, quase 90 anos desde a conquista desse direito pelas mulheres brasileiras, elas, ainda hoje, seguem sendo a minoria das representantes, sendo significativamente sub-representadas nesses espaços.

No Brasil, conforme dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), as mulheres correspondem a 52% do eleitorado brasileiro, no entanto, elas representam apenas expressivos 15% desse eleitorado. Diante disso, é notória (e extremamente significativa) a falta de representatividade feminina na política, principalmente se comparada a dos homens, que seguem sendo a ampla maioria e dominando os espaços e debates políticos do país.

Desde 1932, quando as mulheres brasileiras efetivamente conquistaram os seus direitos políticos, até os dias de hoje, o Brasil já editou e aprovou diversas legislações sobre questões eleitorais, inclusive legislações com previsões específicas acerca das cotas de gênero – tendo a primeira delas surgido no ano de 1995. No entanto, mesmo com essas importantes iniciativas por parte do Estado, o contexto político brasileiro sofreu inexpressivas alterações, sendo que as últimas eleições de âmbito federal, ocorridas em 2018, resultaram na maior bancada feminina já eleita no país, quando foram eleitas setenta e sete mulheres. Assim, elas representam apenas 15% das vagas totais (SANTOS; PORCARO, 2020, p. 285-287).

Nesse sentido, pode-se compreender que, muito embora nos últimos anos tenha havido importantes avanços no que diz respeito à participação de mais mulheres em espaços de poder e de tomada de decisões, havendo, inclusive, diversas ações estatais nesse sentido, mudanças significativas ou mesmo sustentáveis nas arenas políticas relativas às mulheres (principalmente mulheres

negras) ainda não ocorreram. Esse problema ainda se agrava quando se nota as formas de violências que essas mulheres são sujeitas por adentrarem esses espaços (MATOS, 2020, p. 110).

Sendo assim, é possível destacar que as mulheres brasileiras, especificamente, sofrem com um grave e profundo *déficit* de representação na política. Conforme abordado, muito embora elas sejam maioria no número de eleitores (em números, elas são sete milhões de eleitoras a mais do que o número de eleitores homens), continuam sendo sub-representadas. Desse modo, pode-se compreender que “as mulheres são maioria de eleitoras nas eleições e uma gigantesca minoria entre as eleitas” (MATOS, 2020, p. 111).

Diante disso, cabe destacar que o Brasil tem uma das piores taxas de representação feminina na política do mundo todo, sendo que no contexto das Américas só não é pior do que Guatemala, Belize e Haiti. No que diz respeito à média mundial de representação política das mulheres, esta está por volta de 24,1% e nas Américas é de 30,3%, conforme dados de dezembro de 2018. Nesse sentido, cumpre destacar que o Brasil, dentre os 193 países do mundo, ocupa a 132ª posição, empatando com países como Bahrein e Paraguai, com o percentual de 15% de mulheres na esfera política (MATOS, 2020, p. 111).

Diante desse contexto de sub-representação feminina na política, é fundamental questionar a falta de mais mulheres neste espaço:

Por que ainda são tão baixos os índices de participação “institucionalizada” da mulher na arena política? Sem dúvida, o condicionamento cultural e os estereótipos do tipo “Política é coisa de homem” ainda pesam fortemente sobre o comportamento feminino e vêm sendo reproduzidos geração após geração. A educação formal continua a difundir os mesmos papéis sexuais. Por outro lado, os partidos políticos não estimulam nem facilitam o engajamento das mulheres na militância regular, nem permitem muitas vezes o acesso ao exercício de mandatos eletivos, notadamente nos níveis mais altos – Congresso Nacional. Os preconceitos contra a mulher – explícitos ou disfarçados – expressos na alegação de uma pretensa incompatibilidade entre o exercício de funções públicas de mais alto escalão e a responsabilidade (sempre atribuída à mulher) pelas tarefas domésticas, continuam em vigor nas sociedades latino-americanas. Sem falar no famoso machismo, cuja força não foi ainda abalada, em muitos lugares (TABAK, 2002, p. 28-29).

É claro que não se pode deixar de mencionar que ao longo do último século houve, sim, mudanças no cenário político, sendo que no contexto brasileiro, especialmente após a retomada da democracia em 1988, as mulheres passaram a participar mais da política institucional. Mas, apesar disso, a paridade de gênero no campo político ainda não é uma realidade, sendo que no contexto brasileiro essa se encontra ainda em percentuais bastante distantes de serem alcançados. Sendo assim, cabe destacar que “para que políticas públicas representem a diversidade social é necessário que aqueles que elaboram as leis tenham em perspectiva toda a pluralidade que existe na sociedade brasileira e isso é possível apenas com uma diversidade de representação” (ARAUJO; SOUSA, 2020, p. 211).

Diante disso, destaca-se a necessidade e importância de uma maior presença e participação de mulheres na política, pois essa é essencial à consolidação de um Estado Democrático de Direito. No entanto, apesar dessa compreensão já ser bastante difundida entre alguns movimentos de mulheres e feministas, bem como em partes da sociedade em geral, a presença feminina no cenário político permanece como sendo uma das menores no mundo todo. No entanto, o que a presente pesquisa busca destacar é que, além dessa ausência de mulheres na política, o problema se agrava quando se percebe que dentre as mulheres que conseguem adentrar esses espaços, ou mesmo antes de elas conseguirem efetivamente adentrar, muitas delas acabam por sofrer violência. Assim, esse artigo reflete sobre esse tipo específico de violência, que é, ao mesmo tempo, político e de gênero.

3 O COMBATE À VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO COMO MEIO DE ALCANCE DA PARIDADE NA ESFERA POLÍTICO-DELIBERATIVA BRASILEIRA

Adotando-se como pressuposto o fato de a participação das mulheres na esfera política ser fundamental para a consolidação dos regimes democráticos, haja vista a inserção de novas perspectivas e a própria politização de novos temas levados ao debate público pelo gênero feminino, entende-se que a sub-representação

feminina é um problema grave que assola diversos países, em especial o Brasil (que ocupa a posição 142 no ranking de participação das mulheres na Câmara Baixa). No país, é notável que os baixos índices de mulheres no ambiente institucional da política se perpetuam diante da cultura patriarcal e sexista, de modo que as poucas mulheres que conseguem alcançar o ambiente político, majoritariamente masculino, acabam por sofrer violência política ao serem compreendidas como invasoras daquele espaço.

Nesse sentido, sendo a sub-representatividade de gênero uma questão multicausal, pode-se apontar como motivos desse cenário o modo de organização da sociedade pelo sistema sexo-gênero e a consequente divisão das tarefas e dos espaços em masculinos e femininos, majoritariamente; o sistema partidário de lista aberta adotado pelo Brasil, em que o eleitorado vota em seus candidatos individualmente, e não em bloco, como acontece no modelo de lista fechada (em que o partido organiza uma espécie de lista e o eleitorado vota nessa listagem, e não diretamente nos candidatos); e, em especial, a violência política que se faz presente no ambiente político-partidário do país por meio de atos agressivos, sejam eles comissivos ou omissivos.

Sendo assim, pode-se compreender que:

Em termos gerais, é possível afirmar que o sistema democrático moderno ao redor do globo naturaliza a "violência" como *modus operandi*. O movimento de ocupação institucional de corpos historicamente marginalizados pelo Estado para a ampliação das noções de "poder", espaços de fala e capital político geram uma reação. Essa resistência cruenta à inserção desses corpos em espaços de poder configura a perpetuação da violência como forma de calar, impor e, muitas vezes, interromper as trajetórias de mudança e transformação de mulheres e de grupos étnicos racializados como pessoas negras e indígenas (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2021, p.14).

Diante de um histórico depreciativo à participação das mulheres brasileiras na política, além delas serem até hoje sub-representadas (não obstante a importância de ações afirmativas e políticas públicas existentes), o que ocorre é que durante muito tempo as violências políticas que elas sofriam por conta de seu gênero eram minimizadas ou mesmo invisibilizadas. Assim, essas violências cotidianamente

sofridas por elas eram naturalizadas dentro dos ambientes políticos, espaços avessos às mulheres. No entanto, essa passou a ser reconhecida, sendo que suas condutas passaram a ser criminalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (GAMA; ARIS, 2021).

No Brasil, a normatização do tema da violência política de gênero aconteceu em agosto de 2021, quando foi publicada a Lei nº 14.192. Outros países da América Latina já criminalizavam a violência política de gênero, como Argentina, Equador e México (GAMA; ARIS, 2021). Ainda merece destaque a Bolívia, que, por meio da Lei nº 243, de 2012, conhecida como a “Lei contra assédio e violência política contra as mulheres”, cuja aprovação fora motivada pelo assassinato da então vereadora Juana Quispe Apaza (MATOS; MARQUES; CARVALHO, 2021), tornou-se o país que foi pioneiro na aprovação da primeira lei do mundo sobre tal temática.

Apesar da origem da violência de gênero perpetrada no contexto latino-americano contra defensoras de Direitos Humanos, em especial mulheres negras e indígenas, ser longínqua e suas formas de expressão arraigadas na história desses países, no âmbito político, ela ganhou visibilidade, reconhecimento e se tornou uma pauta de relevância apenas no século XXI (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2021, p.13).

Sobre o seu conceito, a violência política de gênero é bastante ampla e inclui diferentes tipos de violência, tais como a física, econômica, psicológica e simbólica. Além dessas, também abrange outras condutas, como o constrangimento da liberdade de expressão e intimidação na participação em espaços públicos. Nesse sentido, a violência política de gênero pode ser compreendida como um possível meio de impedir e limitar a participação das mulheres na política, seja como candidatas ou durante a atuação de seus mandatos e, desse modo, se constitui como causa da sub-representação das mulheres na esfera política (GAMA; ARIS, 2021).

Em que pese a recente lei brasileira, a concepção de violência política aparece em seu artigo 3º, o qual prevê que toda ação, conduta ou omissão destinada a impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos das mulheres pode ser enquadrada como violência política de gênero. Além disso, o parágrafo único do artigo em tela diz serem igualmente atos de violência política contra as mulheres

“qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo” (BRASIL, Lei 14.192, 2021).

Diante dessa previsão, e levando-se em conta o fato de que os direitos políticos não abrangem somente o exercício do voto em eleições e consultas públicas, mas também a postulação e o exercício de cargos políticos, além da participação paritária em associações relacionadas à vida política do país e na formulação e/ou execução de políticas públicas, é possível compreender que são alvo dos atos violentos, tanto comissivos quanto omissivos, todos os direitos políticos das mulheres, sejam eles ativos ou passivos.

Desse modo, a violência política de gênero pode acontecer em todas as fases das eleições, como no processo de candidatura, ao longo da corrida eleitoral e no decorrer do exercício do mandato, após a realização do pleito. Assim, podem ser apontados como demonstração de violência política de gênero o não cumprimento, pelos partidos políticos, do preenchimento obrigatório das cotas de candidaturas femininas previsto legalmente, e o desvio dos recursos destinados ao financiamento de campanhas femininas, sendo estes utilizados de maneira muito superior no patrocínio das campanhas masculinas, por exemplo.

Quando mulheres na política são atacadas em função dos seus posicionamentos políticos não se trata de violência política contra as mulheres. Entretanto, se estes ataques são voltados ao corpo da mulher, ou relacionados a estereótipos de gêneros tal como questionamento a papéis sociais tradicionais, ou outros meios com vias a negar sua competência na esfera política, apresentam ambiguidades que podem vir a enquadrá-los enquanto violência política de gênero (PINHO, 2019, p. 4).

Considerando a violência política de gênero e de raça um fenômeno “histórico [que] estrutura as bases de formação do país” (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2021, p.12), o Instituto Marielle Franco, entidade que leva o nome da então vereadora do Rio de Janeiro vítima fatal da forma mais brutal de violência política em 2018, realizou e publicou uma pesquisa acerca da violência de gênero no contexto político do ano de 2020, quando das últimas eleições municipais. Segundo o estudo,

98,5% das candidatas negras alegaram ter sofrido mais de um tipo de violência política. Ainda, 32% relataram ter sofrido violência sexual, 42% violência física, 62% violência moral e psicológica e 78% violência virtual (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2021, p. 82).

Isso demonstra que a violência política de gênero, além de apresentar várias facetas, ainda pode acontecer de forma on-line, uma vez que o ambiente digital, desde aquele ano, 2018, praticamente tornou-se o espaço em que acontece a campanha política, por meio das redes sociais. Assim, mulheres candidatas e parlamentares eleitas também podem sofrer ameaças, xingamentos e ataques contra sua candidatura ou seu mandato de maneira virtual, sendo tais atos caracterizados como violência política da mesma forma como aqueles ocorridos presencialmente (INSTITUTO MARIELLE FRANCO, 2021, p. 76).

Compreendendo-se a importância das associações partidárias no contexto político-partidário, é certo que os partidos políticos são agentes fundamentais na fiscalização dos atos violentos contra as mulheres e também na conscientização plena da existência da violência política e da necessidade de se evitá-la a fim de que o ambiente institucional da política se apresente da forma mais saudável possível ao desenvolvimento de debates construtivos e à promoção do bem-estar, além da harmonia entre os representantes que ocupam os cargos eletivos.

Contudo, também é sabido que tais associações muitas vezes não cooperam com as mulheres candidatas, uma vez que grande parte dos casos de abuso de poder contra as candidaturas femininas acontece justamente no interior dos partidos, restando conhecido como "abuso de poder partidário mediante violência política de gênero" (COELHO, 2020, p. 81), situação em que as mulheres, apesar de serem 45,72% das pessoas filiadas (TSE, 2021), têm suas campanhas constantemente prejudicadas, seja quanto à divulgação, seja quanto ao investimento financeiro.

Acerca disso, aliás, cabe mencionar que a lei brasileira recentemente publicada traz em seu artigo 7º a necessidade de os partidos políticos, apesar da autonomia que detêm, adequarem seus estatutos ao disposto na lei no prazo de 120 (cento e

vinte) dias, contado da data de sua publicação, para que a prática dos atos violentos não se perpetue (BRASIL, 2021).

Desse modo, entendendo-se a violência política de gênero como um possível meio de impedir e limitar a participação das mulheres na política institucional, haja vista que obstaculiza a candidatura e a eleição de mulheres, além de servir como mecanismo de desgaste do mandato em exercício das mulheres eleitas, as quais são desmoralizadas e muitas vezes não levadas a sério ao longo da atuação como representantes, pode-se deduzir que a ocorrência da violência política perpetua os baixos índices de mulheres eleitas nos espaços político-deliberativos, sendo, assim, fundamental a sua criminalização em prol da paridade de gênero.

4 A LEI 14.192, DE 4 DE AGOSTO DE 2021: INSTRUMENTO DE COMBATE À SUB-REPRESENTATIVIDADE DE GÊNERO

Partindo-se do pressuposto de que a violência de gênero pode, inclusive, ser apontada como uma das causas da sub-representação de mulheres na esfera da política institucional brasileira, entende-se que a Lei nº 14.192 de 2021 se apresenta como um importante instrumento para a consolidação da paridade de gênero na política do país. Originária do Projeto de Lei nº 349/2015 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021), de autoria da então deputada federal Rosângela Gomes (PRB-RJ), a nova lei é um avanço na busca pela igualdade de tratamento entre os gêneros na esfera institucional da política do Brasil contemporâneo, haja vista que estabelece normas sobre o combate à violência e à discriminação político-eleitorais contra a mulher.

Aprovada por unanimidade no Senado ao longo de sua tramitação, e composta por 8 artigos, a norma estabelece alterações no Código Eleitoral, na Lei dos Partidos Políticos e na Lei das Eleições. Inclusive, o novo diploma normativo dispõe sobre crimes de *fakenews*, referente aos conteúdos inverídicos disseminados no período da campanha eleitoral e criminaliza, ainda, a violência política de gênero

para que seja assegurada a participação de mulheres em debates eleitorais de maneira proporcional ao número de candidatas às eleições proporcionais.

Assim, a violência política de gênero passou a ser considerada crime no país, tendo alterado a redação do Código Eleitoral, que passou a trazer a criminalização da divulgação de notícias falsas em seu artigo 323 e, ainda, em seu artigo 326-b, que se considera crime assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por quaisquer meios, mulheres candidatas ou já eleitas em razão da sua condição de mulher ou por sua cor, raça, etnia, de modo a impedir ou dificultar suas campanhas ou o seu mandato eletivo. Na sua ocorrência, a pena cabível é de reclusão de 1 a 4 anos e multa (BRASIL, Lei 14.192, 2021).

Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado: Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. [...] §1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. §2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime: I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real; II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. (BRASIL, Lei 14.192, 2021).
Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher: I - gestante; II - maior de 60 (sessenta) anos; III - com deficiência. (BRASIL, Lei 14.192, 2021).

Tais atos ferem a igualdade de pressupostos para a competição eleitoral e, inclusive, os próprios direitos eleitorais das mulheres, os quais foram tão arduamente conquistados na década de 1930. Dessa maneira, entende-se que a lei, ao dispor de novos tipos de violência de gênero, em especial sobre aquela presenciada no ambiente político de construção democrática, surge no universo jurídico para auxiliar na resolução do problema da sub-representatividade de gênero, que compromete, inclusive, a participação igualitária das mulheres em toda a sociedade (PINHO, 2020, p. 3).

A violência contra as mulheres na política pode ter um impacto que vai além das mulheres que a sofrem diretamente, dado que cumpre o duplo papel de buscar alijar aquela que é alvo das agressões da política e diminuir o alcance de sua atuação, bem como passar uma mensagem para todas as outras mulheres que indique que a esfera pública não é o seu lugar, e caso insistam em disputá-lo, sofrerão sanções por tal comportamento (PINHO, 2019, p. 5).

Uma vez que a nova lei apresenta em sua redação o compromisso de reprimir a ocorrência da violência de gênero na esfera pública da política institucional, depreende-se que a norma vai “ao encontro dos objetivos de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, previstos na Convenção Interamericana promulgada pelo Brasil que chama os países para adoção de medidas eficazes com a finalidade de promover a igualdade” (ALESSANDRA, 2021). Ademais, a Lei 14.192 vai ao encontro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2015 como metas globais com foco nas pessoas, na prosperidade e na paz de todo o planeta.

Assim, referindo-se particularmente à desigualdade de gênero, a qual “não é natural e sim construída e absorvida por uma tradição cultural, ratificada por estruturas de poder que tendem a hierarquizar as relações” (VIGANO; LAFFIN, 2018, p. 4), a criminalização da violência política que tem as mulheres como vítimas aparece como um instrumento de concretização do ODS nº 5, que se refere ao tratamento igualitário dos gêneros a fim de que a discriminação nas searas sociais e institucionais deixe de ser uma realidade no país (ONU MULHERES).

Ainda, considerando que o ODS ora mencionado vai ao encontro da “Declaração e Plataforma de Ação de Beijing”, documento criado após a realização da IV Conferência Mundial da Mulher pela ONU, momento em que a adoção das cotas eleitorais para o gênero feminino tornou-se questão assentada e praticamente pacificada em prol da expansão da participação, é possível afirmar que a Lei nº 14.192, ao proibir atos contrários à igualdade de condições para as mulheres que já ocupam ou pretendem ocupar o ambiente político-partidário brasileiro, se apresenta como mecanismo importante na consolidação da agenda paritária.

Ao longo do tempo a composição dos órgãos legislativos não se alterou de forma substancial, sendo possível inferir que “o sistema continuou a negar iguais oportunidades de acesso a posições e a sociedade continuou a oferecer mais oportunidades apenas para um grupo” (VENTURINI; VILLELA, 2016, p. 71). Dessa maneira, haja vista que na arena política deliberativo-eleitoral a falta de paridade ainda é evidente, mesmo após o reconhecimento formal dos direitos políticos femininos, acredita-se que a nova lei brasileira, desde que efetivamente colocada em prática, pode ser um instrumento de grande ajuda para o gênero feminino a favor da criminalização da violência política e da construção de um regime democrático mais diverso através da eleição de mais mulheres aos cargos representativos.

Nesse sentido, entende-se que a inovação legislativa deve ser aplicada para que situações desprezíveis, como aquelas protagonizadas por Isa Penna, deputada estadual de São Paulo, durante uma sessão da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), Dilma Rousseff, ex-presidente da República que teve seu rosto estampado em adesivos e artes vexatórias, Marielle Franco, vereadora da cidade do Rio de Janeiro assassinada em 2018, e por tantas outras mulheres que *ousam* ocupar a esfera pública da política institucional, não mais se repitam.

Assim, ao encontro das políticas aplicadas mundo afora tanto na modalidade de cotas de candidaturas, implementadas no Brasil desde 1995 por meio da Lei nº 9.100 e depois pela Lei nº 9.504 de 1997, quanto na de reserva de cadeiras, a Lei 14.192 pretende incrementar a participação de mulheres nos debates eleitorais, eliminando a falsa dicotomia de esfera pública *versus* esfera privada. Ainda, considerando que a Constituição da República prevê em seu artigo 14, §3º, as condições de elegibilidade, dentre as quais se destaca o inciso II, que trata do pleno exercício dos direitos políticos (BRASIL, Constituição da República, 1988), pode-se compreender a lei como meio de consolidação de tais direitos, além do sistema democrático em si.

Desse modo, juntamente às ações afirmativas originadas “do reconhecimento das violações vivenciadas pelo gênero feminino que historicamente foi posto em situação de desvantagem e de discriminação” (VIGANO; LAFFIN, 2018, p. 15),

compreende-se que a produção legislativa nacional tem grande potencial para combater as diversas modalidades de violência vivenciadas pelas mulheres no país.

No entanto, é necessário que as próprias mulheres, tanto na condição de candidatas, quanto na de representantes ocupantes dos cargos eletivos, tenham conhecimento da previsão normativa. Também se faz necessário que os setores administrativo e jurídico das casas legislativas desenvolvam um trabalho conjunto para que seja dada a devida visibilidade aos termos da nova lei, além de que seja aberto um canal de comunicação a fim de que sejam registradas denúncias e ocorrências de violência política, tudo isso para que as disposições da lei sejam concretamente implementadas em favor de um ambiente de trabalho saudável e comprometido com o tratamento igualitário a todas as pessoas, típico de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, conclui-se que a normatização e consequente criminalização da violência política é um passo importante para que a paridade de gênero nas casas legislativas seja uma realidade cada vez mais próxima do Brasil contemporâneo, sendo a Lei nº 14.192 de 2021 um importante mecanismo de apoio ao combate da sub-representatividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discorreu acerca do grave problema da sub-representação de gênero que é enfrentado por muitos países, como aqueles da América Latina, e em especial o Brasil, onde a representação feminina, ao longo do tempo, ainda não ultrapassou os 15%. Desse modo, com o objetivo de destacar a violência política de gênero que decorre do ambiente político-partidário, no qual, muitas vezes, as mulheres são minoria e, quando presentes, são subjugadas e desrespeitadas, pois tidas como invasoras diante da desigualdade que resulta da construção cultural e social, o texto focalizou a Lei nº 14.192, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.

Ao alterar diversas outras normas, como o Código Eleitoral, a Lei dos Partidos Políticos e a Lei das Eleições, o novo dispositivo, promulgado e publicado em agosto de 2021, criminaliza atos comissivos e omissivos que prejudicam os direitos políticos das mulheres, seja impedindo, obstaculizando ou restringindo o seu exercício por meio do desrespeito das cotas eleitorais (legalmente previstas) por parte dos partidos políticos, ou mesmo durante o mandato do cargo eletivo.

Assim, dividido em três partes, o artigo percorreu historicamente a conquista dos direitos políticos pelas mulheres, que se deu oficialmente no Brasil no ano de 1932 com o advento do primeiro Código Eleitoral, e abordou a sub-representatividade de gênero como um problema multicausal do contexto brasileiro, sendo motivado, dentre outras causas, pela organização sexo-gênero que faz com que alguns espaços se construam tradicionalmente como propícios ao gênero masculino e outros ao feminino. O grande destaque foi dado à violência política de gênero, uma forma específica da latente violência que diariamente vitimiza mulheres país afora, a qual assola candidatas e parlamentares em todas as fases da corrida eleitoral: durante a campanha, ao longo do mandato e posteriormente.

Diante dessa conjuntura, compreende-se que a Lei nº 14.192 de 2021 é um mecanismo importante para o combate da violência política de gênero e dos baixos números de mulheres eleitas representantes, de forma que, desde que implementada efetivamente, tem potencialidade de fazer do ambiente político-deliberativo um espaço mais pacífico tanto para os homens quanto para as mulheres, tornando-se um instrumento crucial na busca da igualdade de tratamento e da paridade de gênero na política institucional brasileira.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRA, Karla. **Debatedoras afirmam que mulheres precisam conhecer lei contra a violência política de gênero**. Câmara dos Deputados, 2021.

Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/noticias/832663-debatedoras-afirmam-que-mulheres-pr>

[ecisam-conhecer-lei-contr-a-violencia-politica-de-genero/](#)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ARAUJO, Neiva; SOUSA, Karen Roberta M. de. Paridade de gênero na política brasileira e a política de cotas. In: (Orgs.) DIOTTO, Nariel [et. Al.]. **Estudos de gênero e feminismos na sociedade contemporânea: diálogos interdisciplinares**. Cruz Alta, Ilustração, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 15 out. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.487**, de 6 de outubro de 2017. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e 9.096, de 19 de setembro de 1995, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm>. acesso em 15 out. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 14.192**, de 4 de agosto de 2021, Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; e altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.192-de-4-de-agosto-de-2021-336315417> acesso em 14 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 349/2015**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946625> acesso em 29 ago. 2021.

COELHO, Margarete de Castro. **O teto de cristal da democracia brasileira: abuso de poder nas eleições e violência política contra mulheres**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GAMA, Marina de Mello; ARIS, Thalita Abdala. O combate à violência política de gênero como fortalecimento da democracia. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/direito-eleitoral-combate-violencia-politica-genero-forma-fortalecimento-democracia> Acesso em 14 out. 2021.

INSTITUTO MARIELLE FRANCO. **Violência política de gênero e raça no Brasil – 2021: eleitas ou não, mulheres negras seguem desprotegidas**. Rio de Janeiro, 2021. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 54, p. 69-89, mar./jun. 2022

KARAWEJCZYK, Mônica. **Mulher deve votar?** O código eleitoral de 1932 e a conquista do sufrágio feminino através das páginas dos jornais correio da manhã e a noite. Jundiaí: Paco, 2019.

MATOS, Marlise. Mulheres e a violência política sexista: desafios à consolidação da democracia. In: BIROLI, Flávia [et al.] (Orgs.) **Mulheres, poder e ciência política: debates e trajetórias**. Campinas: Editora da Unicamp, 2020.

MATOS, Marlise; MARQUES, Danusa; CARVALHO, Layla. **A violência política de gênero e a violência política contra as mulheres**. Ponto de Vista, 2021.

Disponível em

<https://pp.nexojournal.com.br/ponto-de-vista/2021/A-viol%C3%Aancia-pol%C3%ADtica-de-g%C3%AAnero-e-a-viol%C3%Aancia-pol%C3%ADtica-contra-as-mulheres>

Acesso em 17 jan. 2021.

ONU MULHERES. **Paridade de gênero**. Disponível em:

<http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/paridade/> Acesso em: 24 jan. 2022.

PINHO, Tássia Rabelo de. Debaixo do Tapete: A Violência Política de Gênero e o Silêncio do Conselho de Ética da Câmara dos Deputados. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 2, e67271, 2020.

SANTOS, Polianna Pereira dos. PORCARO, Nicole Gondim. A importância da igualdade de gênero e dos instrumentos para a sua efetivação na democracia: análise sobre o financiamento e representação feminina no Brasil. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coord.).

Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TABAK, Fanny. **Mulheres públicas**: participação política e poder. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

TERRA, Bibiana; RESENDE, Letícia Maria de Maia; SILVESTRE, Ana Carolina Faria. Representatividade feminina na política: a importância do papel desempenhado pelas organizações partidárias para a consolidação da cidadania das mulheres no Brasil.

Revista Di@logos, Cruz Alta, V. 10, N. 2, P. 67-82, Mai-Ago. 2021. Disponível em:

<https://revistaelectronica.unicruz.edu.br/index.php/dialogos/article/view/653> Acesso em: 21 jan. 2022.

TSE. **Estatísticas de filiados a partidos revela baixa participação feminina e de jovens na política**. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Junho/estatisticas-de-filiados-a-partidos-revela-baixa-participacao-feminina-e-de-jovens-na-politica> Acesso em 15 out. 2021.

VENTURINI, Anna Carolina; VILLELA, Renata Rocha. A inclusão de mulheres no parlamento como medida de justiça social: análise comparativa dos sistemas de cotas do Brasil e da Bolívia. p.69-83. In **Revista Eletrônica de Ciência Política**. v.7, n.1, 2016.

VIGANO, Samira de Moraes Maia; LAFFIN, Maria Hermínia Lage Fernandes. Mulheres, políticas públicas e combate à violência de gênero. p.1-18. In **Dossiê Relações entre Crime e Gênero: um balanço**. História (São Paulo) v.38, 2019.