

ORGANIZADORES

Celso Hiroshi Iocohama
Bruno Smolarek Dias
Rafael Guimarães

DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO - CONSOLIDADO DA INTERAÇÃO DOS PROJETOS DE PESQUISA 2015



AUTORES

Adamir André Silva
Angela Araujo da Silveira Espindola
Bruno Smolarek Dias
Celso Hiroshi Iocohama
Clarissa Lopes Alende Sgarioni
Fausto Santos de Moraes
Franchesco Maraschin de Freitas

Heron José De Santana Gordilho
Hwidger Lourenço Ferreira
José Laurindo de Souza Netto
Juliana Gomes Silva
Leandro Caletti
Luiz Fernando Bellinetti

Marcio Cristiano de Gois
Márcio Ricardo Staffen
Maria Izabel Vasco De Toledo
Matheus Felipe de Castro
Néstor Leandro Guzmán
Nida Saleh Hatoum

— 2015 —



ORGANIZADORES

Celso Hiroshi Iocohama
Bruno Smolarek Dias
Rafael de Oliveira Guimarães

DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO CONSOLIDADO DA INTERAÇÃO DOS PROJETOS DE PESQUISA 2015

AUTORES

Adamir André Silva
Angela Araujo da Silveira Espindola
Bruno Smolarek Dias
Celso Hiroshi Iocohama
Clarissa Lopes Alende Sgarioni
Fausto Santos de Moraes
Franchesco Maraschin de Freitas
Heron José De Santana Gordilho
Hwidger Lourenço Ferreira
José Laurindo de Souza Netto
Juliana Gomes Silva
Leandro Caletti
Luiz Fernando Bellinetti
Marcio Cristiano de Gois
Márcio Ricardo Staffen
Maria Izabel Vasco De Toledo
Matheus Felipe de Castro
Néstor Leandro Guzmán
Nida Saleh Hatoumy



Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Celso Hiroshi Iocohama

Bruno Smolarek Dias

Rafael de Oliveira Guimarães

Autores

Adamir André Silva

Angela Araujo da Silveira Espindola

Bruno Smolarek Dias

Celso Hiroshi Iocohama

Clarissa Lopes Alende Sgarioni

Fausto Santos de Moraes

Franchesco Maraschin de Freitas

Heron José De Santana Gordilho

Hwidger Lourenço Ferreira

José Laurindo de Souza Netto

Juliana Gomes Silva

Leandro Caletti

Luiz Fernando Bellinetti

Marcio Cristiano de Gois

Márcio Ricardo Staffen

Maria Izabel Vasco De Toledo

Matheus Felipe de Castro

Néstor Leandro Guzmán

Nida Saleh Hatoumy

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Andrey Gastaldi da Silva

Imagem da Capa

Extraída pelos organizadores da Obra no Site
Creative Commons – (imagem aberta ao uso)

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da
Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora
E-books/PPCJ, com a articulação acadêmica para
propagação do conhecimento científico entre os
Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do
Itajaí - UNIVALI e em Direito Processual
e Cidadania da Universidade
Paranaense – UNIPAR

Projeto de Fomento

Obra resultado do incentivo da Coordenação
de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível
Superior (CAPES)

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880



ISBN: 978-85-7696-165-9

FICHA CATALOGRÁFICA

D628 Direitos humanos e jurisdição consolidado da interação dos projetos de pesquisa 2015 [recurso eletrônico] / organizador Celso Hiroshi Iacohama, Bruno Smolarek Dias, Rafael Guimarães. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI ; Umuarama : UNIPAR, 2015.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>
Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-165-9 (e-book)

1. Direitos humanos. 2. Jurisdição civil. 3. Direitos civis. I. Iacohama, Celso Hiroshi. II. Dias, Bruno Smolarek. III. Guimarães, Rafael. IV. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
EL JUEZ CIVIL Y LOS FINES DEL ESTADO	13
Néstor Leandro Guzmán	13
MOROSIDADE PROCESSUAL: PERSPECTIVA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO E DO JUIZ COMO FATOR DE PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	22
Clarissa Lopes Alende Sgarioni.....	22
Hwidger Lourenço Ferreira	22
O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ALGUMA RETIFICAÇÃO DE EFEITO?.....	50
Franchesco Maraschin de Freitas	50
Fausto Santos de Moraes.....	50
THE “ROYAL INSTITUTE” CASE: A LEGAL AND CRIMINAL ANALYSIS OF THE NON-VIOLENT RESISTANCE TOWARDS ANIMAL CRUELTY WITHIN LABORATORIES	69
HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO.....	69
MARIA IZABEL VASCO DE TOLEDO	69
A RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: UMA EXIGÊNCIA NEM SEMPRE NECESSÁRIA.....	98
José Laurindo de Souza Netto.....	98
Direitos Humanos e Direitos Fundamentais Enquanto Pilares do Estado Democrático de Direito e sua Concretização	114
Juliana Gomes Silva	114
Adamir André Silva	114
Angela Araujo da Silveira Espindola.....	114
ASPECTOS RELEVANTES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PREVISTOS NO ART. 190 DO CPC/2015.....	140
Luiz Fernando Bellinetti	140
Nida Saleh Hatoum	140
TRANSNATIONAL LAW AND THE UNIVERSAL INTERNATIONAL COMMUNITY OF VALUES	161
BRUNO SMOLAREK DIAS	161
A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: UMA NORMA CONSTITUCIONAL PARA INGLÊS VER?	177
Marcio Cristiano de Gois	177
Matheus Felipe de Castro	177
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.	200
Leandro Caletti.....	200
Márcio Ricardo Staffen	200

A ADVERTÊNCIA PARA QUE AS PARTES DIGAM A VERDADE NO MOMENTO DE SEU DEPOIMENTO222

CELSO HIROSHI IOCOHAMA222

BRUNO SMOLAREK DIAS222

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos esta obra, fruto de diversas iniciativas que se estabeleceram no planejamento do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, dando início a uma série de obras coletivas que revelam as integrações interinstitucionais e a produção de grupos de pesquisa e de pesquisadores na área do Direito.

Com efeito, de há algum tempo foram sendo firmados importantes vínculos acadêmicos, permeando estudos ligados à cidadania e à sua tutela. A importância do processo judicial e a compreensão do exercício jurisdicional no contexto dos direitos e das garantias fundamentais produzem e ainda produzirão muitos estudos, diante da diversidade de demandas e da complexidade dos mecanismos para sua efetivação.

A presente obra, editada de forma eletrônica, é o livro eletrônico fruto do avanço das medidas adotadas a partir do primeiro volume produzido no ano de 2014. A obra de 2015 retrata os enlaces formados pela participação dos organizadores em eventos nacionais e internacionais e de grupos de pesquisa nas mais variadas instituições de nosso país. Comungando da produção realizada no próprio programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da sua sempre integração com outros Programas de Mestrado e pesquisadores de outras Instituições, procurando-se aproximar e divulgar os estudos realizados.

Para este livro, contamos com a participação de pesquisadores da UNIPAR (mestrandos e professores), da Universidade Federal da Bahia, da Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo no Rio Grande do Sul, da Universidad de la Plata de Buenos Aires – Argentina, da Universidade Estadual de Londrina (UEL) no Paraná e da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), aos quais, desde já, se registram os agradecimentos especiais pela inestimável colaboração.

Esta publicação foi submetida para apreciação na Editora da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Santa Catarina, onde, após aprovação por seu conselho editorial, se viabiliza a publicação e divulgação. Esta menção se faz necessária também pela colaboração da UNIVALI para com a difusão do conhecimento científico na área do Direito e seu empenho no desenvolvimento de trabalhos com qualidade.

Justifica-se que parte das obras constantes desse livro estão em língua estrangeira, situação que comporta em função de parte dos autores serem de outra nacionalidade, bem como o fato de se produzir material não apenas destinado ao público nacional.

Como critério adotado para esta linha de publicações eletrônicas, a obra coletiva será veiculada gratuitamente aos participantes em arquivo PDF (Portable Document Format), disponibilizado para todos os pesquisadores interessados.

Passamos a apresentar os trabalhos publicados neste volume:

A obra se inicia com artigo de autoria de Néstor Leandro Guzmán intitulado **EL JUEZ CIVIL Y LOS FINES DEL ESTADO**. O estudo parte da análise do papel desempenhado pelo juiz na estrutura processual civil, com ênfase em seu caráter público, no entanto, sem afastar suas matrizes e estruturas filosóficas. Expondo de maneira esquemática algumas ideias de ordem mais prática que se situam entre duas linhas teóricas, o constitucionalismo e o legalismo, como limites conceituais. Possibilitando através da jurisdicionalização do Estado, como determinado por Habermas, possibilitando combinações complexas e ambíguas no exercício da função jurisdicional.

Na sequência, Clarissa Lopes Alende Sgarioni e Hwidger Lourenço Ferreira tratam do tema **MOROSIDADE PROCESSUAL: PERSPECTIVA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO E DO JUIZ COMO FATOR DE PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. Considerando as alterações processadas em função da Emenda Constitucional 45 de 2004, e da conseqüente introdução do Princípio da Duração Razoável do Processo torna-se possível e pertinente questionamentos sobre a situação do dano processual ocasionado em função da morosidade. O artigo propõe-se a analisar um pouco além esta discussão levando a cabo a situação do dano provocado pelo Estado e o seu potencial de responsabilização por este.

Franchesco Maraschin de Freitas e Fausto Santos de Moraes trazem seu trabalho sob o título **O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ALGUMA RETIFICAÇÃO DE EFEITO?** A partir da Dignidade da Pessoa Humana como estrutura do Estado Democrático de Direito, e a evidência dada pelo nosso texto constitucional, a essencial observância desse elemento, que é intrínseco a qualquer Ser humano, nas relações privadas e o

dever de promoção e proteção - caso houver uma violação - por parte do próprio Estado. O direito material está sendo conduzido por esses ditames, contudo, o direito processual sempre foi tratado, apenas, como o instrumento jurisdicional para obtenção de direitos. Todavia, direito material e processual devem andar juntos. A Dignidade da Pessoa Humana é pressuposto absoluto para modificação interpretativa de qualquer direito, seja o material quanto o processual. Ou seja, deve-se sempre concretizar o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, tendo artigo 8º do Novo Código de Processo Civil o condão de retificar a racionalização impregnada no Direito Processual pátrio.

No artigo intitulado **THE “ROYAL INSTITUTE” CASE: A LEGAL AND CRIMINAL ANALYSIS OF THE NON-VIOLENT RESISTANCE TOWARDS ANIMAL CRUELTY WITHIN LABORATORIES** os autores Heron José de Santana Gordilho e Maria Izabel Vasco de Toledo trazem para reflexão e debate a “invasão” ocorrida no Royal Institute localizado em São Roque, SP, feita por ativistas dos direitos dos animais em função das pesquisas laboratoriais realizadas, e em função dos abusos vinculados aos testes realizados em animais. Apesar de que esta ação tenha sido cometida de forma a apresentar uma resistência não violenta, os indivíduos responsáveis pela atividade foram considerados como criminosos e este artigo propugnou pelos estudos dos autores na busca e análise dos fatos e crimes alegadamente cometidos, para proporcionar uma reflexão sobre os testes em animais e suas implicações, bem como uma análise dada pela legislação brasileira ao caso.

José Laurindo de Souza Netto, no artigo **A RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: UMA EXIGÊNCIA NEM SEMPRE NECESSÁRIA**, ressalta o paradoxo existente entre a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, que caracteriza como inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação dos embargos de declaração sem a posterior ratificação, com enfoque na sua aplicação analógica ao recurso de apelação nos tribunais locais. O objetivo é demonstrar que a Súmula deve ser aplicada apenas em situações em que há a modificação da decisão provocada pelos embargos de declaração, bem como evidenciar que a Súmula atende, em verdade, a razões veladas da política de desafogamento dos Tribunais, revelando-se um exemplo de jurisprudência defensiva. Propõe o autor a mitigação da Súmula, com a restrição de sua incidência às hipóteses excepcionais.

No texto **DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PILARES DO**

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CONCRETIZAÇÃO, Juliana Gomes Silva, Adamir André Silva e Angela Araújo da Silveira Espíndola destacam o papel dos Direitos Humanos e Fundamentais, refletindo sobre atos que respeitem a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, proporcionando a diferenciação entre as duas categorias, visto a existência por vezes de confusão em sua estrutura. O artigo das autoras passa por uma análise do viés processual dado para a efetividade dos Direitos Fundamentais, bem como a análise destes enquanto pilares do Estado Democrático de Direito.

Luiz Fernando Bellinetti e Nida Saleh Hatoum em seu artigo **ASPECTOS RELEVANTES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PREVISTOS NO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015** preconizam que com o advento do Novo Código de Processo Civil, inúmeros são os dispositivos que autorizam que as partes celebrem convenções processuais, flexibilizando as estruturas procedimentais como é o caso do art. 190, que estabelece que, em se tratando de direitos disponíveis, as partes podem pactuar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, sujeitos ao controle de validade do juiz (art. 190, parágrafo único). O artigo verificará a inovação (ou não) desta disposição normativa, bem como seus fundamentos legais. Verificando a ampliação das hipóteses em que as partes poderão convencionar sobre procedimento, não se limitando àquelas já previstas pela legislação. Assim, propõe-se o estudo da natureza jurídica dos negócios jurídicos processuais autorizados pelo CPC/2015, bem como dos seus aspectos mais relevantes.

Em artigo denominado **TRANSNATIONAL LAW AND THE UNIVERSAL INTERNATIONAL COMMUNITY OF VALUES**, Bruno Smolarek Dias estuda as características fundamentais do Direito enquanto regulador social, possibilitando a criação de uma ordem para obtenção do bem comum. Assim sendo, fará uso da Transnacionalidade para verificar se é possível a inferência da existência de uma Comunidade Internacional de Valores, e seus reflexos na soberania e no relacionamento entre Estados. A análise propugna tanto pela existência de tal comunidade como pelo fato de que estas devam ser reguladas pelos Direitos Humanos, e pela dignidade inerente a todos, também representada nos objetivos primários dos Estados.

Com o trabalho intitulado **A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: UMA NORMA CONSTITUCIONAL PARA INGLÊS VER?** De Márcio Cristiano de Góis e Matheus Felipe de Castro buscam analisar o direito de propriedade de liberdade nas situações em que constata-se a

escravidão contemporânea. Fazendo uso de estudos com relação a propriedade como instrumento de liberdade em momentos remotos, bem como uma estruturação relacionada as diferentes interpretações dadas ao fenômeno social da escravidão. Por fim com o artigo 243 da Constituição Federal, uma tentativa de valorização da liberdade em relação a propriedade, razão pela qual a norma constitucional estabelece que verificada a exploração do trabalho escravo, o proprietário perderá a propriedade utilizada para o Estado. Contudo, fomenta-se a discussão da norma constitucional ser simbólica, ou seja, ser uma norma constitucional criada para satisfazer uma pressão internacional, nitidamente mais uma “lei para inglês ver”.

O artigo intitulado Leandro Caletti e Márcio Ricardo Staffen apresentam seu estudo sob o título **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS**, examinando o controle difuso de convencionalidade da produção normativa interna enquanto mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos direitos humanos. Como consequência da porosidade desse entrelaçamento, surge o necessário juízo de compatibilidade vertical – na temática deste exame, difuso – entre leis domésticas e normas de tratados ratificados pela República brasileira, de modo a repelir a produção interna predatória de direitos humanos de matriz internacional (norma interna que é vigente, mas inválida), controle esse inúmeras vezes recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e que já começa a ganhar corpo na jurisprudência interna.

Finalizando este livro, Celso Hiroshi Iocohama e Bruno Smolarek Dias apresentam seu estudo sob o título **A ADVERTÊNCIA PARA QUE AS PARTES DIGAM A VERDADE NO MOMENTO DE SEU DEPOIMENTO**, examinando a consagração dos deveres de lealdade e da boa-fé para a atuação diante do processo judicial, o estudo demonstra a ligação de tais princípios para com o dever de veracidade, com repercussão no sistema ético que estabelece os comportamentos de litigância de má-fé. Diante da importância da lealdade e da boa-fé para das partes a prestação jurisdicional e demonstrando que o sistema processual exige a veracidade das afirmações, destaca-se a atitude do magistrado em valorizar o depoimento de maneira a fazer com que as partes depoentes tomem consciência da sua responsabilidade com as consequências advindas da litigância de má-fé. Para tanto, propõe-se que o magistrado pratique a atitude de informação e advertência no momento do depoimento pessoal, valorizando-se os deveres apontados com a proteção a dignidade da Justiça e o respeito ao princípio do contraditório e da não surpresa.

Nossas saudações aos autores e às Instituições de Ensino pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Bruno Smolarek Dias

Doutor e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Celso Hiroshi Iocohama

Doutor e Professor, Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Rafael de Oliveira Guimarães

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e atualmente Bolsista CAPES Programa de Nacional de Pós-Doutorado – PNPd

EL JUEZ CIVIL Y LOS FINES DEL ESTADO

Néstor Leandro Guzmán¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este opúsculo es someter a análisis el grado de influencia que tienen las ideas dominantes sobre el rol del Estado en el sistema procesal civil para poner en evidencia, principalmente, que la discusión en torno a la correcta comprensión de los límites de la intervención del juez y el carácter público - indisponible del proceso civil siempre es, en su núcleo, una cuestión política –filosófica.

De ahí, la imposibilidad de definir y analizar dicha problemática, más allá de la óptica discursiva o punto de partida que escojamos, si la forma o modelos para teorizarlo se centran exclusivamente en la dimensión normativa del problema.

1. LA CUESTIÓN PARADIGMÁTICA DE LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL

Las explicaciones teóricas habituales del proceso civil clásico describen, paradigmáticamente, un modelo diseñado para resolver situaciones litigiosas entre intereses individuales generalmente de carácter económico. Si bien la iniciativa y el desarrollo del proceso esta confiado a las partes, al juez civil se le permite legalmente participar en la gestión del proceso ampliando la argumentación o el material reunido por ellas. En líneas generales, esto es lo que se conoce como sistemas dispositivos o inquisitivos atenuados.²

Ahora bien, el hecho de pretender jueces civiles imparciales, y que se muestren implicados y activos al mismo tiempo, provoca que resulte evidentemente difícil dar una respuesta general al grado preciso de esa implicación, derivándose en una cuestión de profunda controversia, por ejemplo, delimitar su grado de discrecionalidad en la práctica judicial.

Como detrás de esta discusión, que muchas veces muestra sólo su perfil técnico, anida una

¹ Doutorado em Doutorado na Universidade de Barcelona pela Universidad de Barcelona(2004). Atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito Público, Direito Processual Civil

² Díaz Cabiale, Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, ed. Comares, Granada, 1996, passim.

profunda disputa filosófica respecto al modelo de proceso civil que queremos, comenzaré desarrollando las características esenciales de dos diseños teóricos de proceso judicial.

Por un lado, el método adversarial que intentaré relacionarlo con el principio dispositivo y por otro lado, el denominado modelo no adversarial que identificaré, de alguna manera, con el principio inquisitivo. Estoy seguro, representan, de una forma más reveladora, los extremos teóricos de esta interesante problemática.³

Por lo tanto, intentaré elaborar una conclusión razonable sobre los dos modelos planteados considerando una cuestión fundamental: la relación que existe entre la estructura del Estado y los distintos puntos de vista en cuanto a los fines de la administración de justicia. El tema merece un análisis cuidadoso. Aquí sólo me haré cargo de distinciones más bien generales pero suficientes para dar razones a mis argumentos.

Cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse a un modelo procesal denominado de resolución de conflictos o adversarial puro que podríamos situarlo en el ámbito de un mercado económico perfectamente competitivo como el Estado de *laissez faire*, proporcionando un instrumento de carácter abstracto para resolver los litigios en la sociedad civil. Los ciudadanos esperan un trato en pie de igualdad y una actitud neutral, objetiva e imparcial del juez.⁴

En este esquema, no existen problemas que sean inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales, protegiendo el orden y ofreciendo un foro para resolver aquellas disputas que los propios ciudadanos no pueden resolver por sí solos. Así, el modelo procesal de resolución de conflictos puro, que surge a partir de una contienda y que se desarrolla como un compromiso de dos adversarios (relación horizontal) ante un juez pasivo y neutral, tiene como meta primordial y exclusiva en dictar una sentencia que resuelva el conflicto, nada más.⁵

³ He seguido la clasificación de Mirjan Damaska que, por un lado, estudia al Estado reactivo y la función de la administración de justicia (*laissez faire*) relacionada con el modelo Adversarial puro o adversary system of litigation y por el otro, un modelo "no-adversarial o inquisitivo" relacionado con un tipo de Estado que pretende implementar sus políticas a través de la administración de justicia, en *Las caras de la justicia y el poder del Estado, Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, ed. Jurídica de Chile, Chile, 2000, *passim*.

⁴ Schönke relaciona la concepción pasiva del órgano jurisdiccional con la corriente liberal, mantenida por Wach, e incluso más específicamente con el concepto de acción en sentido concreto. Por el contrario, une la concepción publicista del mismo con la tesis de Klein sobre la desigualdad de las partes. Schönke, *Derecho procesal civil*, trad. Prieto Castro y Fiaren Guillén, ed. Bosch Editores, Barcelona, 1950, pág. 14 y ss.

⁵ El modelo adversarial (*adversary system of litigation*) es propio del *common law* mientras que el proceso gobernado por las partes o contradictorio (*principio dispositivo*) se desarrolla en la *cultura legal continental*. Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del estado Análisis comparado del proceso legal*, ob. cit. en not. 2, pág. 140. También véase, Taruffo, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, Il foro Italiano, 2001, pág 345 y ss y Ricci, "Il principio dispositivo come problema di diritto

Este juez, mero sentenciador, se sitúa en posición de moderador del debate quien, indiferente al objeto que se discute, se concentra en la exhibición de las habilidades de los abogados. El Estado se preocupa de que las garantías procesales se respeten y se cumplan, sin una inquietud muy profunda por el tipo de justicia. Como en el “duelo” nos dice Couture, una vez observadas las formas, bien vence el que vence.⁶

Es decir, se forma una determinada “concepción” del proceso civil en base a un conjunto de “ideas” que se persiguen. El concepto que se tenga acerca de cuál debe ser el papel del juez en una sociedad dada, papel que en algún momento pudo enmarcarse como mero aplicador de la ley, posteriormente como juez de los derechos y luego responder a una justicia protectora, ahora se define como justicia de acompañamiento, también se encuentra influenciado o direccionado, de alguna manera, por las distintas creencias políticas de un determinado momento.

Para un amplio sector de la doctrina, que no ve con buenos ojos la absoluta pasividad del juez frente a las partes, la idea de una intervención activa resulta de un mayor carácter público del derecho privado y la decadencia de la técnica procesal basada en la autonomía de las partes.

Para otros estudiosos, la razón de ser proviene del contexto político-social que tiene como componentes, por un lado, el status burocrático de los jueces y, por otro, la creciente tendencia de los particulares a fiarse del paternalismo estatal.⁷

Estas inclinaciones opuestas no pueden distinguirse adecuadamente sin ambigüedades. No resulta posible hallar absolutos históricos, el juez “boca de la ley” fue un modelo que respondió, en parte, a la desconfianza hacia los jueces del antiguo régimen como expresión sectorial de un Estado de privilegios, producto secundario de la idea del “Iluminismo” acerca de un corpus legislativo uniformado que fuera punto de referencia para la actividad judicial y, como consecuencia de ambas cosas, la inconveniencia de crear derecho. No debía hacerse justicia sino aplicar la ley.⁸

Las ideas dominantes sobre el rol del Estado tienen una influencia sobre los objetivos de la justicia, y son relevantes para la elección de los distintos modelos de proceso. Cuando el Estado es visto como gestor, la administración de justicia aparece dirigida a la realización de programas

vigente, en Rev. dir. proc., 1974, pág. 380 y ss.

⁶ Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 310.

⁷ Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei*, Rev. Dir. Proc., 1965, pág. 49 y ss.

⁸ Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, il Mulino, Bologna, 1991, passim.

de gobierno y a la actuación de elecciones políticas del Estado. Desde esta perspectiva, el modelo denominado no adversarial está estructurado en base a una determinada intervención o investigación oficial. La actividad procesal recae mayoritariamente sobre el órgano judicial.

Por el contrario, allí donde el Estado se limita a mantener los equilibrios sociales, la administración de justicia tiende a ser asimilada al modelo de “resolución de conflictos”. Podemos observar como el modelo adversarial se comporta similar a una disputa o diferendo, una lucha frente a un órgano relativamente pasivo, cuyo principal deber consiste en obtener una resolución. La iniciativa y el desarrollo del proceso está, exclusivamente, atribuida a las partes.⁹

De la confrontación de estos dos modelos, cabría formular algunos interrogantes, como por ejemplo: ¿en qué medida debe intervenir el Estado en la administración de justicia de asuntos privados? y, si es posible tal intervención, ¿cómo conseguir armonizar la autonomía y los intereses individuales de los ciudadanos con los intereses del Estado? Además: ¿la labor de los jueces civiles será producir únicamente decisiones, o producir decisiones justas o correctas? Y si afirmáramos que deben ser justas, ¿qué criterios serían éstos y de qué modo se implementarían?

Una primera conclusión que puede hacerse sobre la crisis del principio dispositivo, por llamarlo de alguna manera, es ser conscientes de la imposibilidad de hallar, en el campo exclusivo del derecho procesal, fundamentos acabados que permitan dar una respuesta coherente y estable a estos interrogantes. Puede entreverse, una necesidad de recurrir a nociones que tengan una relación más directa con las teorías de la justicia.¹⁰

Consideremos un sencillo ejemplo. Para el liberalismo de corte conservador lo único que debe asegurar el Estado es la llamada “libertad negativa” de las personas. Esto es, el Estado debe asegurar que nadie interfiera en los derechos básicos de cada uno (la vida, la propiedad, etc.) y no debe preocuparse de proveerles nada a los individuos para que puedan llevar adelante sus planes de vida (libertad positiva).

En cambio, el liberalismo igualitario le otorga importancia a la libertad positiva de las

⁹ Algunos autores, como por ejemplo Montero Aroca, comparten esta concepción del proceso civil, decididamente contrario a una intervención activa del juez en la búsqueda de la verdad, ya que el proceso no tiene por objetivo el descubrimiento de la verdad, sino la “determinación formal de los hechos que estarán en la base de la sentencia. Los principios políticos de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, *passim*. También, puede verse, Alvarado Velloso, *El debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003.

¹⁰ Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós - I.C.E. de la U.A.B. 2000, pág 44 y ss. También, Rawls, *La justicia como equidad, una reformulación*, ed. Paidós, Barcelona-Buenos Aires- México, *passim*. Philip Pettit, *Republicanism, Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, ed. Paidós, 1999, Barcelona, Buenos Aires, México, *passim*.

personas considerando, en principio, que las omisiones tienen el mismo rango moral que las acciones.¹¹

Para justificar un juez intervencionista o un juez imparcial e intentar obtener una respuesta categórica al respecto, muchas veces, se recurre a una abundante retórica que exalta las virtudes de una y otra posición para justificar el grado de intervención del juez en el proceso civil presentando dificultades al momento de formular los argumentos en que se apoyan.

En el debate intelectual, como en la realidad, las posiciones se solapan constantemente por lo que no es de extrañar que hayan dado origen a toda una serie de malentendidos. En la actualidad, el núcleo de la discusión procesal pasaría por una serie de cuestiones, como por ejemplo, la relativa a los modelos de justicia, a la supuesta ambigüedad del activismo judicial, la eficiencia del proceso, el papel de la verdad y si el sistema oral es o no un mito, la judicialización de las políticas públicas, por nombrar algunos de los temas centrales.¹²

La tensión entre dichos planteamientos puede servir para advertir que, actualmente, el criterio tradicional consistente en distinguir categóricamente lo público de lo privado está sometido a una profunda revisión crítica. Es cierto lo que expresa Habermas, en el sentido que la disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social pueden también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites. Parece cierto también que, cuando la disputa se torna reflexiva, rompe y pone fin al predominio cuasinatural de uno u otro paradigma.¹³

En la misma línea, Alexy considera la relación entre derechos individuales y bienes colectivos como uno de los temas jusfilosóficos cuya discusión parece no tener fin. Alexy, identifica dos razones para que ello sea así: uno de naturaleza normativa y otro de naturaleza analítica. Así, el problema normativo resulta del hecho de que toda definición de esta relación, en el sentido de una ponderación de los derechos individuales y de los bienes colectivos, requiere

¹¹ Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, ed. Paidós, Barcelona - Buenos Aires - México, *passim*.

¹² He intentado seguir las discusiones sobre el tema. Una de ellas, es la que ha mantenido el Prof. de Valencia Montero Aroca con el Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Monroy Gálvez reproducidas en la Página del Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Años II, Nº 3, 2003). También resultan interesantes para enriquecer el debate el ensayo de Verde, *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, en Rivista di Diritto Processuale, 2002, págs. 676-687. También, Díez Picazo Giménez "Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español", Tribunales de justicia, Mayo 2003, pág 37 y ss. y Cipriani , *Il Processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en Rev. trim. de diritto e procedura civile, 2002, pág 1243 y ss.

¹³ Habermas, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 498.

decisiones sobre la estructura básica del Estado y la sociedad. Un consenso acerca de su ordenación correcta presupone un acuerdo acerca de lo que es justo.

Por ello, Alexy señala que, mientras exista disenso en la teoría de la Justicia, la ponderación de derechos individuales y del bien colectivo seguirá siendo objeto de polémica. El problema analítico tiene su causa en el hecho de que la definición de la relación presupone un acuerdo acerca de los conceptos de derecho individual y de bien colectivo. La falta de acuerdo o claridad de estos conceptos provoca confusiones en la solución del problema normativo.¹⁴

Bajo este prisma, la apertura de la mentalidad social respecto a cuestiones cruciales como la bioética, moral individual o moral social, intereses colectivos, derecho de familia, derechos del consumidor, el derecho a la vida, el medio ambiente, etc, hacen que el derecho en su ámbito de aplicación, el proceso judicial, aparezca desbordado por la realidad, necesitando elaborar respuestas nuevas y equilibradas.

2. UN INTENTO DE JUSTIFICACIÓN DE LA POSICIÓN ACTIVA DEL JUEZ CIVIL

Como punto de partida, el principio de unidad del razonamiento práctico parece dar una buena respuesta a la posición activa de los jueces. Autores como Nino, Alexy, MacCormick, Raz, Soper, Atienza, entre otros, con un fuerte interés por la dimensión argumentativa del derecho, defienden la llamada tesis de la unidad del razonamiento práctico.

De esta manera, estos teóricos señalan, que el discurso práctico jurídico está conectado con el discurso práctico general, es decir un discurso en el que se hallan implicadas cuestiones morales, ético políticas y también pragmáticas.

Es posible señalar, entonces, que si bien la teoría de la unidad del razonamiento jurídico o de la inseparabilidad sostiene una necesaria relación entre derecho y moral, no implica la adecuación moral al Derecho positivo. Pero si señala que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificativo es una norma o principio moral (pretensión de corrección en los términos de Alexy).

El principio de la unidad del razonamiento práctico involucra, al menos, dos elementos, (i) una idea general de racionalidad, conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas

¹⁴ Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, y especialmente el Capítulo IV (*Derechos individuales y bienes colectivos*), ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 179 y ss.

justificativas existentes, (ii) la aceptación de que existe un conjunto de normas morales, constitutivas del último peldaño en esa jerarquía de pautas de justificación.

Estas ideas forman parte del núcleo común a todas aquellas concepciones que sostienen el deber de justificación sustantiva de la decisión judicial y, a la vez, rechazan que este tipo de justificación sea relativa. Esto es, rechazan la posibilidad de que existan diversas justificaciones sustantivas correctas. Conforme a la concepción unitaria de razón práctica si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido.

La mayoría de los filósofos jurídicos preocupados por el tema de la justificación judicial acepta, explícitamente, este principio de unidad. En general, están de acuerdo en sostener que el fraccionamiento constituye un error, y presupone una profunda incompreensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico.¹⁵

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que estas interpretaciones se entrecruzan. Es decir, en todos los casos el principio de unidad debe entenderse en sentido subjetivo u objetivo y, al mismo tiempo, como una tesis descriptiva, metaética o normativa.

Una interpretación normativa del principio de la unidad del razonamiento se resume en una pauta que requiere coherencia con un orden aceptado por el individuo. Ello no supone, necesariamente, que la moral sea el último parámetro de justificación. Las pautas morales tendrán este status sólo si figuran como las preferencias de mayor jerarquía del individuo en cuestión. Para aquellos cuyas preferencias últimas no están constituidas por razones morales, el principio de unidad del razonamiento es válido, pero no guarda relación alguna con la moral.

En otras palabras, esta versión subjetivista del principio (ya sea interpretada como descripción, como definición, o como pauta de racionalidad), tampoco permite detectar un error en el fraccionamiento del discurso práctico, ni demostrar que la moral, o algún otro orden normativo privilegiado, sea el último tribunal de justificación. En este caso, sólo habilita a afirmar que si un individuo emprende un razonamiento práctico (y actúa conforme a él) sin ser consistente con su propia escala de preferencias (morales o no), o bien pone en duda su condición de ser humano racional, o bien se hace acreedor a un reproche por irracionalidad.

Si se define la moral sólo por su carácter último, el principio de unidad del razonamiento puede expresarse indistintamente, o bien como una regla de racionalidad que exige al individuo

¹⁵ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 2.001, ps. 34 y ss.

actuar conforme a sus preferencias más jerarquizadas, o bien como una regla de racionalidad que le exige actuar conforme a sus principios morales. De esta manera, es posible arribar a la conclusión deseada, la moral constituye el último tribunal unificador del argumento práctico.¹⁶

Si nos preguntáramos: ¿qué tipo de justificación se exige al juez?, ¿qué concepto de justificación se tiene en cuenta al reconstruir la sentencia judicial como una decisión justificada? El único tipo de justificación cuya exigencia puede plantearse de modo intersubjetivamente controlable, es la justificación en sentido formal.

Respecto a la justificación sustantiva en sentido subjetivo, no es posible comprobar si los jueces aceptan, o creen, en las normas que invocan como razones sustantivas para la acción. Aunque en virtud de convenciones lingüísticas existentes sea usual atribuir al juez el compromiso con las normas que utiliza, toda la tarea judicial puede llevarse a cabo sin que el juez acepte, o crea, en las normas como razones sustantivas.

CONCLUSIONES

Las indicaciones que anteceden no agotan, como es natural, las perspectivas de un tema que tiene tan estrechas conexiones con problemas capitales de política y filosofía jurídica a los que aquí no podemos siquiera aludir. He dejado abiertas muchas cuestiones.

Sin perjuicio de ello, el propósito ha sido por mi parte exponer esquemáticamente algunas ideas, más de orden práctico que teórico. Principalmente, que en la actualidad los sistemas jurídicos occidentales se sitúan entre dos líneas o tendencias política – filosóficas: el *constitucionalismo* y el *legalismo*, como límites conceptuales de un ordenamiento de carácter democrático.¹⁷

Cuando estas posturas se exageran se podría llegar por la vía del constitucionalismo a sobre-salvaguardar los valores fundamentales creando una especie de orden objetivo de valores, tales como la libertad, igualdad, democracia, Estado Social, que expresa la Ley fundamental otorgando directrices a la administración, a la legislación y a la justicia, suplantando el típico modelo de subsunción bajo reglas jurídicas por una preeminente consideración –de carácter más

¹⁶ Redondo Natella, Normas jurídicas, Aceptación y Justificación, La noción de razón para la acción como instrumento de análisis conceptual, Universidad Pompeu Fabra, año 994/5, Tesis doctoral, p. 290.

¹⁷ Wroblewski, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, trad. Azuza, ed. Civitas, Madrid. 1988.

amplio y abarcativo - de dichos valores como criterio de ponderación. De ahí que, el derecho aplicable no radicaría en la Constitución sino en el juicio de ponderación del juez.¹⁸

El legalismo plantea por lo contrario, la asunción de un modelo sobre “la subsunción correcta” en el sentido de la inferencia silogística, es decir, que en la propia aplicación correcta y jerarquizada de las normas del ordenamiento, a través de los mecanismos usuales de la argumentación, tiene el juez el límite de su labor.

En este complejo contexto, a fin de cuentas, resulta lo que Habermas llama *juridificación* de la sociedad, siendo la propia forma jurídica –burocrática de tratar administrativamente ciertos problemas lo que acaba impidiendo una correcta solución.¹⁹

Por lo tanto, si la finalidad última de cualquier estado moderno consiste en incluir tanto el mantenimiento del equilibrio social como programas de transformación y mejoramiento de la sociedad, y no sólo lo uno u otro, los diseños procesales deberán articular ideas reconciliables que tengan en cuenta, tanto matices del modelo puro de *resolución de conflictos* como aquel identificado con *la implementación de políticas* y, necesariamente, aceptando que nuestros puntos de referencia básicos, se presentarán en combinaciones complejas y ambiguas.²⁰ Esto, muchas veces, no resulta fácil de entender.

¹⁸ Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, en Cap. 1.1.

¹⁹ Habermas, Teoría de la acción comunicativa, ed. Taurus, Madrid, 1987, pág. 532 y ss.

²⁰ Damaska, analizando la estructura del poder judicial del final de la Edad Media afirma que sería anacrónico e inexacto atribuir un pensamiento institucional rígido o un legalismo inflexible. Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (*aequitas, arbitrum*). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico a una discrecionalidad no estructurada y no revisable: las separaciones de la norma tenían que ser ejercidas “en conformidad con la razón” y estaban sujetas a la revisión de los superiores. Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del estado, análisis comparado del proceso legal*, ob. cit. en not. 2, pág. 28 y 59 ss.

MOROSIDADE PROCESSUAL: PERSPECTIVA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO E DO JUIZ COMO FATOR DE PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Clarissa Lopes Alende Sgarioni¹

Hwidger Lourenço Ferreira²

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo analisar o princípio da duração razoável do processo, agora expresso na Constituição Federal como direito fundamental, seus destinatários em contraposição à Responsabilidade Civil do Estado e do próprio Juiz diante da morosidade processual.

Um dos grandes problemas da sociedade brasileira, no tocante as demandas judiciais, tem sido a demora do Judiciário em prestar tal serviço. Não se trata apenas de dar ou não a tutela adequada, mas problema anterior, qual seja prestar essa tutela em um tempo razoável e célere, pois o núcleo central é o direito fundamental à duração razoável do processo revelando-se como mecanismo da própria promoção da dignidade da pessoa humana enquanto parte processual.

Todavia, mesmo diante deste princípio da duração razoável do processo, sua inserção no ordenamento de forma expressa não trouxe imediata mudança no cenário processual, mas apenas um olhar mais apurado e atento do Estado e do Juiz para tal questão.

Isto porque há notória reclamação quanto à demora processual, devendo ser questionado sobre a possibilidade da responsabilização do Estado e do Juiz quanto a morosidade nessa prestação jurisdicional, se há ou não a responsabilidade civil destes entes, quais são seus argumentos favoráveis e desfavoráveis, bem como as possibilidades reais de efetivar-se essa responsabilização, em especial como forma de garantia da efetivação do direito fundamental aqui analisado.

¹ Advogada, especialista e aluna especial no Programa de Mestrado de Processo Civil e Cidadania da Unipar – Sede Umuarama - Paraná.

² Advogado, especialista e Mestrando no Programa de Mestrado de Processo Civil e Cidadania da Unipar – Sede Umuarama – Paraná.

Para tanto, será necessário elucidarmos a garantia fundamental da duração razoável do processo e da celeridade, mediante, inclusive a verificação dos seus destinatários.

Na realização deste estudo foi realizado o método dedutivo, bem como a revisão bibliográfica concernente a tais assuntos, a fim de elucidar qual é a regra jurídica aplicável nos casos de responsabilização civil do Estado e do Juiz ante a morosidade processual.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Os princípios constitucionais são norteadores para a satisfação do direito material e para a efetividade do processo, notadamente do processo civil.

Nesta esteira, o processo civil também constitui o meio para assegurar as garantias fundamentais, como o contraditório e ampla defesa estampados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Neste rumo, também deve ser preservado a dignidade das partes durante a prestação jurisdicional, como o direito a ter o andamento do processo em tempo a ser considerado razoável e proporcional para ambas as partes ou ainda não restringido.

Assim, verifica-se que o direito à razoável duração do processo está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, podendo servir como vertente daquele.

Para tanto o legislador, diante dos anseios da sociedade, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (*Reforma do Judiciário*), inseriu o inciso LXXVIII³, ao artigo 5º, da Constituição Federal deixando expresso o direito fundamental à duração razoável do processo e os meios que garantam a sua celeridade, com aplicação imediata em todo o regime jurídico.

Art. 5º. [...]

[...]

LXXVII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes

³ CF/88, art. 5º, LXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[...]

Anterior à emenda constitucional mencionada, o próprio Tratado de Direitos Humanos ou ainda Pacto de São José da Costa Rica, já previa o direito fundamental à duração razoável do processo, em seu artigo 8º ao dispor:

Art.8º [...]

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Em outros ordenamentos jurídicos também é possível verificar a existência de tal garantia. Na Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 20, se determina que a todos cabe o processo em tempo razoável, nestes exatos termos “tempo razoável”, ou seja, assegurando a celeridade e também a observância de prazos que não violem o contraditório. Outras normatividades, de cunho internacional, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem da mesma forma faz menção expressa em seu artigo 6º acerca da observância de um processo equitativo, compondo nele o direito a ser julgado em “prazo razoável”. E por assim por diante em inúmeras outras convenções e constituições estrangeiras consta tal consideração e direito fundamental, logo, seu objetivo e eventual inobservância a este princípio por certo não podem ser ignorados.

Na obra de Koehler (2013, p. 36), ao tratar especificadamente sobre o tema e em seu levantamento histórico é possível verificar a premissa de que devido processo legal e duração razoável do processo, havendo menção destes dois princípios na própria Magna Carta das Liberdades do Rei João, ou ainda, o consagrado e histórico “João Sem Terra”, que tornou-se o documento precursor do próprio *due processo of law*, senão vejamos:

Apesar de não citar expressamente o *due processo of law*, o artigo 40 da Magna Carta

dispunha diretamente sobre a proibição de uma prestação jurisdicional demorada: “A ninguém nós venderemos, recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça” (tradução nossa). Essa preocupação imediata com o retardamento dos julgamentos demonstra claramente que não há devido processo legal sem a duração razoável do processo, pois, como é dito e repetido por gerações de juristas desde Rui Barbosa, na sua Oração aos Moços: “Justiça atrasada não é justiça, senão justiça qualificada e manifesta”.

Logo, é fácil concluir que esta garantia já estava abrangida pelo próprio princípio do devido processo legal, sendo tal princípio da duração razoável do processo seu corolário. Neste sentido, nos ensina o doutrinador Moraes (2008, p.106).

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois, “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’”.

Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, 37, caput). Conforme lembrou o Ministro Celso de Mello, “Cumpra registrar, finalmente, que já existem, em nosso sistema de direito positivo, ainda que de forma difusa, diversos mecanismos legais destinados a acelerar a prestação jurisdicional (CPC, art. 133, II e art. 198; LOMAN, art. 35, incisos II e III e VI, art. 39, art.44 e art.49, II), de modo a neutralizar, por parte de magistrados e tribunais, retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios”.

Analisando-se o texto constitucional vê-se claramente que não se trata de norma com caráter programático, mas sim um norte a ser seguido e observado de forma imediata, que ganha força quando cogita-se a técnica legislativa, mediante a regulamentação de legislação infraconstitucional para adequar as circunstâncias procedimentais, visando a questão temporal como fator de celeridade e de ponderação para apresentação do contraditório, o que deverá ser seguido pelas partes envolvidas no processo.

Para Moraes (2008, p.106) há constatação de tal assertiva quanto a pouca contribuição da Emenda Constitucional nº 45/2004 para a real celeridade, pois poucos mecanismos foram inseridos no sistema processual, a fim de dar mais celeridade aos processos.

Entretanto, cumpre ressaltar que, não obstante essa natureza, dúvidas não existem quanto ao cabimento da observância da devida celeridade por parte do Estado e do juiz, fator tão almejado pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, que precisou enfatizar tal princípio de forma autônoma para que o mesmo seja cada vez mais respeitado e implementado.

Cumpre também lembrar na lição de Marinoni (2009, p.84) que a tal princípio fala em duração razoável do processo e não exclusivamente ou somente em celeridade da tutela jurisdicional.

Isto significa que o processo deve ter uma duração razoável e não necessariamente ou somente uma celeridade, pois nem todas as demandas podem ser céleres, é preciso atingir o estágio da maturidade das provas, da observância de todo o contraditório e da ampla defesa, para então obter-se a tutela jurisdicional.

Portanto, não pode haver confusão entre duração razoável e celeridade processual, pois não significam a mesma coisa, mas apenas se complementam. À exemplo colaciona-se Marinoni (2009, p.84):

O réu também tem direito à celeridade do processo, embora o seu interesse não tenha a mesma qualidade do interesse do autor. O direito do demandado à celeridade do processo não pode ser extraído do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou ser visto como seu corolário. O direito do réu, mais do que exigir prestações positivas do Estado, tem a configuração de direito de defesa, constituindo uma garantia do cidadão contra o Estado, precisamente uma garantia de que não será submetido ao poder estatal – jurisdicional ou administrativo – por mais tempo que o necessário.

A sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos em tempo razoável. Pense-se, nesta perspectiva, em primeiro lugar, nas ações voltadas à tutela da coisa pública (ação popular) e à tutela dos direitos transindividuais (ação coletiva ou ação civil pública), e depois nas ações de improbidade e nos processos penal e eleitoral.

Ainda, Marinoni, Sarlet e Mitidiero (2012, p.678-679), faz interessante advertência quanto ao caráter democrático do necessário tempo para tramitação do processo, e a não vinculação entre duração razoável e instantaneidade:

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo

rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de *processo* já repele a *instantaneidade* e remete ao tempo como algo inerente à *fisiologia processual*. A natureza necessariamente *temporal* do processo constitui imposição *democrática*, oriunda do direito das partes de nele *participarem* de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo *ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere*. O que a Constituição determina é a eliminação do *tempo patológico* – a *desproporcionalidade* entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão *processo sem dilações indevidas*, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em “tempo justo”.

De outro lado, há entendimento que com a inserção do princípio da duração razoável do processo por meio da Emenda Constitucional nº 45, houve a implementação de mecanismos que apenas desburocratizam o sistema, senão vejamos:

Como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática dos atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.” (MORAES, 2008, pg.107).

Denota-se, ainda, por curiosidade, que a própria Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil admite a necessidade de um sistema processual mais célere e efetivo, colocando sistemas anteriores como desatualizados à atual necessidade de funcionalidade que se exige da demanda processual, como constou:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de

real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime de agravo; e mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

[...]

O Novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

[...]

Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é a ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil.

Neste aspecto, no que se refere a necessidade da implantação de mecanismos e técnicas idôneas para garantir o direito à duração razoável do processo, o entendimento de Cambi (2009,

p.218) é de extrema relevância, pois o processo não pode ser algo estático ou uma estrutura apenas formal, mas deve se voltar para as garantias fundamentais que o guarnecem, senão vejamos:

A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao “justo” processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como *garantia mínima de meios e resultados*, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante.

(...)

Propõe que, para os direitos serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular *técnicas idôneas* para garantir o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais. Isso implica concluir que, no plano da jurisdição constitucional os juízos não estão apenas sujeitos às leis, mas também a análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional.

Gajardoni (2003, p.41) ainda denuncia em sua obra a preocupação com a efetivação da razoável duração razoável do processo, pois para ele não se pode ignorar o fato de que a morosidade de um processo gera um “inconteste dano marginal”, o qual possui nuances na esfera íntima e emocional da parte litigante que vive emocionalmente o seu processo e a busca por uma tutela, seja ela positiva ou não, mas que sobrevenha prontamente uma tutela. Neste contexto, também pode-se entender que o processo também é um fator de promoção da dignidade da pessoa humana e que a razoável duração do processo constitui essa axiologia tão almejada pelo homem.

A preocupação acerca de tal princípio se dá, porquanto o tempo razoável pressupõe também um processo justo, como diz ainda no saber de Gajardoni (2003, p. 45) ainda mais quando estamos diante das partes que litigam nos autos, pois diante de um mundo capitalista é possível que umas das partes se beneficiem com a demora processual, ainda mais quando há discrepância econômica entre as partes, ou seja, a parte mais forte economicamente pode se beneficiar de tal lentidão em detrimento da parte mais fraca.

Ainda sobre a relevância da celeridade processual calcada no Princípio da Duração Razoável do Processo, Cianci (2013, p.20) diz:

A dignidade do direito processual e do direito material resultam incólumes, porque não perdem o espaço que ocupam no cenário do direito; muito ao contrário, nele tomam assento adequado e cumprem seu papel, sem deixar de admitir a interdependência com que se situam nesse panorama, no sentido teleológico, respeitados os contornos próprios de cada qual no sistema.

A abordagem feita acerca dos conceitos básicos envolvidos amolda-se ao contexto histórico e às cambiantes diretrizes em que se inserem, assumindo feição contemporânea e hábil a dar atendimento ao escopo precípua da paz social.

Significa afirmar que o valor *justiça* não diz respeito unicamente ao direito material perseguido na demanda, mas também aos meios postos à disposição do jurisdicionado, aptos a coibir a indevida utilização da máquina judiciária, em prol da efetividade, o que se revela nas sucessivas reformas do processo, ora priorizando a autoridade do entendimento jurisprudencial consolidado, ora afastando o ardil.

Como exemplo da implementação da celeridade processual, houve a reestruturação do sistema e concretização, em parte, deste princípio norteador, por ocasião da inserção da Lei nº 11.419/2006, a qual instituiu o processo eletrônico, fato que culminou maior celeridade nos andamentos processuais.

Todavia, a questão primordial quanto à demora do processo gira em torno da tutela jurisdicional, ou seja, aquela em que só cabe ao Juiz, pois há casos em que a demora do processo torna-se abusiva, demasiada e nestes casos violará o direito fundamental à prestação razoável do processo e celeridade processual.

Mas para resolver a questão, questiona-se quando esta demora torna irrazoável, abusiva ao ponto de gerar um dano para parte? O que fazer diante dessa confirmação? Certo é muito tem se debatido sobre estas questões, eis que de fato são questões delicadas, merecem maturidade e aprofundamento para delinear-las. A importância científica desta reflexão é crucial para a sociedade, pois não se trata somente de uma questão temporal, mas também dogmática, como diz Gajardoni (2003, p.39):

Contudo, o doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem importância científica não é só alheio ao mundo em que vive, como também não tem capacidade de perceber que o tempo do processo é fundamento dogmático de vários importantes

temas do processo contemporâneo (tutela antecipada, ação monitória, Juizados Especiais, entre outros).

(...)

É chegado o momento do tempo do processo “tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República”.

Contudo, mesmo diante desta problemática da duração razoável do processo e suas implicações, acredita-se que aquilo que é razoável ou não, dependerá do caso concreto. Ou seja, somente no caso concreto poderá ser verificado se houve ou não uma demora injustificada quanto à duração razoável do processo. E se o feito chegar a este ponto é necessário verificar se em razão dessa morosidade houve lesão a parte e se cabe então a responsabilização do Juiz e/ou do Estado.

2. DOS DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

De acordo com Marinoni (2009, p.83) há os destinatários do direito fundamental à duração razoável do processo, quais sejam: o legislador, o executivo e o juiz. Seria lícito afirmarmos então que esses destinatários serão os responsáveis diretos pela efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo.

Sobre este ponto, obviamente, acrescenta-se às partes do processo, autor e réu, devem ter o processo julgado em tempo razoável e observado os prazos processuais de forma isonômica entre eles. Mas, retornando aos destinatários indicados anteriormente, em primeiro lugar temos como destinatário o legislador.

O legislador tem o dever de dar proteção normativa, a fim de editar leis que possam assegurar a celeridade dos processos, por meio da efetivação das práticas processuais e também o tempo de cada ato processual.

Cabe a ele o papel primordial de efetivar, pelo processo legislativo, a garantia da razoável duração do processo, assegurando aos futuros litigantes, ao menos uma perspectiva de quais serão os procedimentos e quanto tempo terá para, por exemplo, apresentar uma defesa.

Todavia, tal condição não é suficiente e única, pois não bastam dar os mecanismos é preciso efetivá-los na prática, pois se levarmos em conta a soma de atos processuais teríamos processos rápidos, mas não é esta a ocorrência prática, cabendo, mais adiante ao “comandante” do processo dirimir o tempo do mesmo.

Neste sentido, colaciona-se Marinoni (2009, p.85-86) que diz:

O legislador tem o dever de dar ao juiz o poder de distribuir o ônus do tempo do processo (...)

Como está claro, incumbe ao legislador traçar os procedimentos e as técnicas processuais idôneas a dar duração razoável do processo. Para tanto, o legislador deve desenhar procedimentos especiais para determinadas situações, técnicas voltadas à aceleração do procedimento comum e ainda instituir regras processuais capazes de permitir à parte construir o procedimento adequado ao caso concreto. Neste sentido, a incidência do direito fundamental à duração razoável sobre o legislador está expressa na segunda parte (os meios que garantam a celeridade de sua tramitação) do inciso LXXVIII.

Em segundo lugar, tem-se como destinatário o Poder Executivo, o qual significa a Administração Pública.

Seu compromisso legal é também, e obviamente, administrar e disponibilizar os recursos financeiros necessários para que o Judiciário possa proceder com a prestação jurisdicional, fornecendo uma boa estrutura administrativa.

Ou seja, cabe ao Executivo destinar verbas para a Justiça, na forma da lei, concedendo-lhe estrutura física, administrativa diária, pessoas efetivadas por meio de concursos e tudo o mais quanto necessário para seu funcionamento. Esse é um dos papéis do Poder Executivo e sem ele dificilmente poderia se realizar o princípio da duração razoável do processo, por isso é elemento crucial e componente que agrega a concretização da Justiça, logo, também do direito fundamental à duração razoável do processo.

Por último, o princípio da duração razoável do processo se destina também e principalmente ao juiz, pois ele é a figura responsável direta quanto ao fornecimento da tutela jurisdicional em tempo razoável, conforme consta do texto constitucional.

A prestação da tutela jurisdicional não significa somente prestá-la em tempo célere, mas

tempo em fornecer as partes o tempo razoável para que elas possam defender-se, produzir provas ou ainda manifestar-se nos autos.

Inclusive, é preciso que o Juiz, diante da garantia fundamental à duração razoável do processo, administre os atos praticados nos autos evitando procrastinações desnecessárias ou então céleres demais que possam violar os direitos das partes.

Segundo Beraldo (2013, p.54) é quase empírica a tarefa de estabelecer a razoável duração de um processo:

Estabelecer quais sejam o *dies a quo* e o *dies ad quem* para a contagem do tempo processual pode até ser tarefa intuitiva. Nos procedimentos civis, que interessam a este estudo, o termo inicial será contado da propositura da ação (seja ela cautelar ou principal) ou requerimento da abertura do procedimento administrativo, enquanto o termo final corresponderá ao trânsito em julgado da sentença ou da notificação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso.

Prosseguindo na construção teórica do mesma autora (2013, p.54), propõe:

Para fins de estabelecer a razoabilidade na duração de um processo ou, à contraluz, o excesso de sua duração, além de delinear esse arco temporal entre os termos inicial e final (elemento temporal), deve-se considerar o *elemento comportamental*, ou seja, avaliar se a atuação dos sujeitos processuais foi diligente, tudo valorado à luz da *complexidade jurídica e material* de cada caso concreto.

Ainda, Beraldo (2013, p.54) propõe baseada na Corte Européia e nos tribunais constitucionais europeus a seguinte sistematização para aferição da razoabilidade: 1. Análise da efetiva duração do processo, com a fixação do período a ser considerado; 2. Análise da atuação dos sujeitos processuais; 3. Análise da atuação estatal; 4. Análise da complexidade do caso;

Evidente, portanto, que as atividades do Juiz que também representam os interesses do Estado e devem observar o direito fundamental da duração razoável do processo tendo em vista que atos comissivos ou omissivos poderão acarretar questionamentos quanto a responsabilidade civil destes entes.

Assim, poderia determinado órgão do Poder Judiciário, ou determinada repartição pública, recusar cumprimento ao preceito da razoável duração do processo apenas por falta de uma política pré-determinada daquele órgão, ou por uma suposta falta de estrutura? Obviamente não.

A Constituição obriga a seu cumprimento.

Como exemplo, em pesquisa perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificou-se no relatório de metas realizado nos anos de 2009 à 2012 que há uma intensa preocupação do Judiciário Brasileiro em atingir a maior celeridade processual possível, pois haviam muitos processos antigos literalmente parados nos balcões e estantes do Judiciário sem qualquer previsão de andamento e julgamento.

A partir da instituição das denominadas “Metas” pelo CNJ houve uma aceleração do Judiciário, tanto que no relatório final de tal órgão constou:

Com relação à razoável duração do processo, vale destacar que praticamente todos os ramos da justiça alcançaram a chamada meta 2 de 2012, que determinou o julgamento dos processos mais antigos. Em 2012, o tempo médio nos Juizados Especiais e na Justiça Militar e Eleitoral não passou de 3 anos em cada instância; na Justiça do Trabalho, 4 anos; nos demais segmentos 5 anos.

Pela menção acima, é possível concluir que o Judiciário não está alcançando a razoável duração de um processo, acaso considerasse que o correto seria a soma dos procedimentos previstos. Veja-se, por exemplo, que no Juizado Especial Cível um processo, contado do ajuizamento da demanda, não poderia atingir mais do que noventa dias para a decisão final, mas esta não é a realidade em diversos lugares no Brasil.

Esta singela menção da situação do Judiciário Brasileiro, verifica-se que o intuito é agilizar cada vez mais as demandas, na busca pela verdadeira celeridade processual, mas sem atropelar o contraditório e a ampla defesa devida às partes. Ou seja, esta é uma tarefa árdua para todos os destinatários.

Diante desta realidade, posto que o princípio da duração razoável do processo do modo como consta expresso na Constituição Brasileira não representa que o mesmo é seguido à risca ou observado na prática.

Muito ao contrário, como consta da situação exposta pelo Conselho Nacional de Justiça, a Constituição Federal propõe que seja efetivado com grau de direito fundamental, mas na prática não funciona da mesma forma, logo, pressupõe-se que mesmo diante das inúmeras tentativas de efetivá-lo o princípio ainda representa uma falsa segurança jurídica.

Até porque, é impossível ditar uma resposta única e plausível para aquilo que é razoável,

conforme até mesmo expõe Koehler (2013, p.88):

De fato, a complexidade da vida e das lides processuais faz com que o prazo razoável somente possa ser indicado caso a caso, mediante um juízo de razoabilidade, somando-se bom senso e ponderação. O que é razoável em uma hipótese pode não ser em outra, a depender das peculiaridades da situação concreta. Ademais, a aferição da razoabilidade temporal dos processos deve se calcar, sobretudo, em uma perspectiva qualitativa. Não é suficiente verificar qual o tempo transcorrido, mas principalmente determinar como este tempo foi empregado. É realmente inadequada para a resolução do problema, portanto, uma simples operação aritmética, devendo-se averiguar, isto sim, se o dispêndio de tempo em um processo específico – considerado como um todo – encontra-se compatível com a atividade jurisdicional prestada.

Entretanto, ressalta-se, o fato de não concluir a respeito do que objetivamente é razoável não exclui que o preceito fundamental seja ignorado pelo Judiciário, muito pelo contrário. Evidente, pois, que muito há o que ser feito em termos de estruturação dos órgãos envolvidos, mas jamais a inobservância de um direito fundamental poderá ser justificada por tais questões.

Os direitos fundamentais devem ser observados e devem estar acima de qualquer argumento que não os efetive, sob pena de invalidar o próprio princípio e em verdadeiro desrespeito à Constituição Federal.

Esta construção de pensamento também deve ser observada à luz da teoria crítica do direito, pois segundo Wolkmer (2002, p. 7):

A teoria crítica justifica-se por um determinado “conteúdo (descritivo e normativo) e destinatário, visando orientar a ação de uma classe social ao esclarecer sobre os interesses de seus agentes e ao propor estratégias para a emancipação deles.

Ainda sob o prisma da teoria crítica, afirma Coelho (1991, p.166):

Quanto ao papel do direito, ele deixa de ser encarado como simples aparelho ideológico do Estado, lugar do direito-lei da burguesia, para ser um *locus* de disputa ideológica na “guerra de posições”, dentro da sociedade civil, entre as classes em luta. Isso significa que o *locus* jurídico pode ser também uma trincheira válida para pressionar o avanço da luta política, introduzindo modificações, de acordo com a relação de forças, na lei do Estado, ocasião em que se torna possível a imposição de novo direito, no interior do direito estatal.

Evidente, portanto, que a busca da celeridade processual, agora positivada como direito

fundamental, e imposta como novo direito, mais que acelerar a solução de conflitos funciona como elemento de construção de justiça social.

É necessário, sem dúvidas maior observância quanto aos princípios esculpidos para que ganhem também força prática.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO JUIZ DIANTE DA MOROSIDADE PROCESSUAL CONSIDERANDO O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A responsabilidade civil do Estado é definida pelo Art.37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴, que sabiamente soube permitir ao cidadão buscar responsabilizar o *Leviatã* pelos danos que venha a sofrer.

É de conhecimento que a definição de responsabilidade civil é caracterizada pela conduta, dano e nexos causal, capazes de em conjunto ocasionar danos a outrem, de onde surge a possibilidade da busca pela reparação do dano, conforme artigo 186 do Código Civil Brasileiro.

Ainda, tal responsabilidade, de acordo com o fato gerador, pode ser tanto contratual como extracontratual. Se decorrente de uma obrigação jurídica já preexistente, derivada de contrato, lei ou preceito legal, é contratual. Se, acontece sem qualquer relação jurídica entre o causador do dano e a vítima, é extracontratual. Nesta diferenciação, colaciona-se o entendimento de Cavalieri Filho (2005, p.38):

Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei.

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexistente um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é conseqüência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica

⁴ As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Quando nos referimos ao Estado, ao Juiz e aos problemas decorrentes da prestação jurisdicional morosa, a questão da reparação do dano causado, como já dito, decorre com clareza do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, não há como se desconsiderar o preceito trazido pelo Art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a necessidade do Estado em manter serviços adequados aos cidadãos. Inclusive esse é o entendimento do já citado Cavalieri Filho (2005, p. 284):

No que respeita aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art. 37, §6º, da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário.

Com efeito, danos graves e de difícil reparação podem resultar para as partes em razão da negligência do juiz no cumprimento do seu dever, prolongando abusivamente prisões preventivas, dando publicidade indevida a certos processos, retardando injustificadamente a decisão, além de outras hipóteses de negação da justiça. Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal-organizado, sem os instrumentos materiais e humanos adequados, pode, igualmente, tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo.

Temos, portanto, um direito fundamental devidamente positivado: o da razoável duração do processo. E também, há obrigação do Estado em prestar serviços adequados e o dever de indenizar, de forma objetiva.

Afinal, o Juiz é agente integrante do Estado, por se tratar de um agente público, logo estaria sujeito a regra contida no texto constitucional no que tange também a responsabilidade civil.

Nessa assertiva, colaciona-se a conclusão de Serrano Junior (1996, p.186):

O juiz é tão agente de ação executiva como qualquer outro membro dos serviços estritamente administrativos. São incumbidos de aplicar a lei e sua independência nos seus julgamentos não importa em plena liberdade, em ilimitada soberania e autoridade. Os juízes,

como qualquer outro agente público, estão sob a égide do Estado de Direito – devendo – mais do que ninguém, e até para dar exemplo – obedecer aos ditames legais.

Aqui, portanto, três pilares fundamentais da reparação do Estado em indenizar o cidadão frente a não observância do informado direito fundamental.

Da não observância, portanto, de direito fundamental pelo Estado surge o inegável dever de indenizar pela prestação inadequada do serviço público.

Ainda, nesse entendimento cita-se Serrano Junior (1996, pg. 186-187):

Do reconhecimento do serviço judiciário como um serviço público que gira em torno da função jurisdicional, decorre a conclusão de que o Estado deve responder pelos atos e fatos lesivos dele emanados. Inclusive as falhas impessoais geradoras de danos, são também indenizadas pelo Estado com base na teoria da falta do serviço, *in casu*, do serviço público judiciário. E, por final, também os danos objetivos decorrentes de atos ilícitos (geralmente decorrentes da organização dos serviços da justiça, desde que anormais e especiais, ensejam a reparação pelo Estado, com base na teoria da equânime repartição dos ônus e encargos públicos.

(...)

Não há argumento que justifique a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. Uma vez admitida a responsabilidade geral do Estado pelos atos danosos de seus agentes, não se pode compreender, porque se deva excluir dessa responsabilidade os atos de certos agentes. Entre todos vige a regra segundo a qual os atos por eles praticados, no uso de sua condição de agentes públicos são atos do próprio Estado, dela não se excluindo os agentes judiciais (magistrados, escrivães, oficiais de justiça, etc.).

Wambier (1977, p.41), manifestando-se quanto a responsabilização do Estado na demora da prestação jurisdicional, permite concluir que não há como não se responsabilizar o Estado diante de tal fato, pois: *“imaginar que, seja qual foi a causa, possa resultar na irresponsabilidade do Estado, é raciocínio que implica desconsiderar o preceito constitucional da ampla reparabilidade das lesões aos direitos do cidadão.”*

Curiosamente, porém, o Poder Judiciário tem dado uma interpretação significativamente restritiva ao preceito estabelecido pelo direito fundamental à duração razoável do processo, e ao

artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.

O entendimento, neste caso, é que a responsabilidade do Poder Judiciário é subjetiva, e não objetiva. Neste sentido, colaciona-se o entendimento jurisprudencial como o do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DEMORA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O MAGISTRADO ATUANTE NO FEITO AGIU DE FORMA CULPOSA. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À CULPA. DEMORA QUE OCORREU EM RAZÃO DOS SUBTERFÚGIOS PROTELATÓRIOS UTILIZADOS PELO RÉU/GENITOR PARA SE ESQUIVAR DO EXAME DE DNA. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA À AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS JUÍZES. PRECEDENTES DO STF.

1. "Nos casos de omissão por parte do Estado, a responsabilidade é considerada subjetiva. Cumpre, portanto, àquele que sofreu os efeitos do fato danoso demonstrar que a Administração, através de seus agentes, incorreu em uma das modalidades de culpa - negligência, imprudência ou imperícia' (TJSC, AC n. , da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros)" (TJSC, AC n. , rel. Des^a. Sônia Maria Schmitz, j. 19.1.09).

2. "O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF" (STF, RE n. 219.117-4/PR, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.10.99).

3. Para configurar a responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional, caberia a parte autora comprovar a falha do magistrado na condução do feito, o que não o fez. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC, Relator: Francisco Oliveira Neto, Data de Julgamento: 01/07/2013, Segunda Câmara de Direito Público Julgado).

Outra decisão no mesmo sentido, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO EVIDENCIADA. Ausência de ofensa ao princípio da duração razoável do processo. Caso em que não restou demonstrada a morosidade imotivada nas demandas indicadas pela demandante. Inexistência de falha na prestação do serviço pelo Estado. Dever de indenizar não configurado. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70055139901, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/08/2013).

Tal entendimento não é novo, senão vejamos acórdão ainda do ano de 2006, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que sequer reconhece a existência de dano:

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - ERRO JUDICIÁRIO - NÃO OCORRÊNCIA - DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICONAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CUMULADO COM O ART. 133, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INEXISTÊNCIA DE DANO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STF - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - UNÂNIME. - A teor da orientação do STF, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. - Recurso conhecido e provido. (TJ-SE, Relator: DES. MANUEL PASCOAL NABUCO D`AVILA, Data de Julgamento: 13/11/2006, 1ª.CÂMARA CÍVEL).

Em um primeiro momento, há certa estranheza. Não seria o Poder Judiciário parte do Estado? Estaria ele afastado da observância das regras inerentes a administração pública esculpidas no art. 37 da Constituição? Nesta esteira, alguns aspectos devem ser considerados.

O primeiro deles é que não se trata da responsabilização do juiz, mas sim do Estado. Afinal, a regra do artigo 37, §6º, é clara em definir que a responsabilidade do Estado como objetiva, e não de seus agentes. Obviamente, garantido o direito de regresso do Estado, o agente terá oportunidade de apresentar seus argumentos em sua defesa.

Depois, afastado um receio dos magistrados frente a eventual necessidade de reparação de danos, pois qualquer ação intentada contra estes não terá natureza objetiva, resta a questão do afastamento, pelo entendimento corrente dos tribunais, desta característica da lide pela má prestação da tutela jurisdicional aos cidadãos.

Como visto anteriormente, que o *dever* de indenizar surge da tríade conduta: ato, dano e nexos causal. Embora qualquer um de nós possa julgar *a priori* que determinado processo transcorre lentamente, e que não atende seus objetivos, as definições anteriores nos mostraram que há uma série de elementos a serem considerados, como a efetiva duração do processo, o comportamento das partes no processo, do agente do Estado (o juiz) e demais agentes envolvidos e a complexidade da demanda. Tais elementos não são lançados ao acaso, mas considerados como fundamentais por tribunais constitucionais e comunitários por todo o mundo.

Entretanto, por se tratar de direito fundamental, e observado o devido processo legal,

inclusive quanto a necessidade de provas quanto a conduta, dano e nexo causal, devida é pelo Estado a reparação em face de um serviço prestado inadequadamente, no caso, a demora imotivada na solução de uma lide.

Todavia, a fim de elucidar a questão, há os argumentos contrários a responsabilidade do Estado por atos judiciais.

Em análise da doutrina de Serrano Junior (1996), dentre os argumentos contrários tem-se em primeiro lugar a soberania do Poder Judiciário, ou seja, o Estado diante desse argumento não poderia ser responsabilizado, pois o Juiz é soberano em suas atividades e não está sujeito a controle por parte do Estado.

Em segundo lugar, os magistrados seriam agentes independentes do Estado no exercício de suas funções, todavia tal argumento não é plausível para eximir a responsabilidade, ou seja ela subsiste, conforme Maria Helena Diniz citada na obra de Serrano Junior (1996, p.127):

A independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz que a independência estaria assegurada. Não há oposição entre a independência do juiz e a responsabilidade estatal, uma vez que esta não atinge, de modo algum, a independência funcional do magistrado.

O terceiro e falho argumento é que magistrado não seria funcionário público. O quarto argumento diz que a falha do juiz é um risco assumido pelos jurisdicionados, o que nos parece um tanto forçado e injustificado, pois todos estão sujeitos a erros e nem por isso deixam de estar sujeito a reparação destes erros.

E o último argumento seria que a responsabilidade do Estado diante dos erros do Juiz, quanto mais pela demora judicial implicaria em alto custo financeiro para o Estado, tornando-se inviável.

Essa última hipótese é absurda e infringiria, além da garantia da própria duração razoável do processo, mas também o princípio da legalidade, pois além de constituir em verdadeira confissão, infringiria texto constitucional.

Diante destes parâmetros, mais uma vez é possível afirmar que argumentos não há diante

de garantias fundamentais atribuídas ao cidadão. O Estado ou o Juiz não estão acima destas garantias, e se permitem violá-las, também devem permitir a devida reparação a quem de direito.

Inclusive, na visão do próprio autor Serrano Junior (1996) que muito bem trata a questão da responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais, não há como o Estado se eximir desta responsabilidade, uma vez que o próprio Estado é quem determina as garantias fundamentais.

Dentro das garantias fundamentais temos inclusive o próprio artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal que assegura que nenhuma lesão ou ameaça será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Nessa assertiva se o Estado assegura a prestação jurisdicional, por óbvio que deverá assegurar as falhas quanto à má prestação desse serviço, notadamente quando violar a duração razoável de um processo.

Nesta ótica, ainda no entendimento do mencionado autor (1996, p.164):

O funcionamento do serviço judiciário está adstrito a alguns prazos fixados pela lei. O dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional dentro dos prazos previamente fixados decorre do *princípio da legalidade*, hoje elencado em nossa Constituição entre os direitos e garantias fundamentais.

Como consta do art. 262 do CPC: *“o processo civil começa por iniciativa da parte mas se desenvolve por impulso oficial”*, sendo este princípio igualmente adotado no processo penal e no processo trabalhista. Neste chamado *“impulso oficial”*, os atos devem ser praticados dentro dos prazos fixados em lei, ou, ao menos, dentro de prazos *“razoáveis”*.

Não se pode olvidar que um provimento jurisdicional tardio, embora correto do ponto de vista da interpretação e aplicação do direito material pode se traduzir num provimento faticamente inoperante e ineficaz.

Uma interessante peculiaridade reside no fato de que a prestação dos serviços judiciários, de monopólio do Estado, tem prazos a serem observados, que forma determinados pelo próprio Estado, através de seus órgãos legiferantes.

Como é certo que a lei deve ser suportada, em primeiro lugar, por aquele que a elaborou, tem o Estado dever de lhe dar integral cumprimento.”

E mais adiante Serrano Junior (1996, p.165) concluiu, acerca da morosidade:

Não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, que pela ociosidade e

negligência de muitos agentes judiciais, que pelo mau aparelhamento do Poder Judiciário, injustificável diante do direito gasto em “*pompas, luxos e mordmias*”, beneficiando apenas alguns mais próximos daqueles que utilizam o poder, não como instrumento de concretização do bem estar coletivo, mas como um fim em si mesmo, em proveito próprio e de seus “*apadrinhados*”, geralmente desleixados e ineficientes no cumprimento das funções públicas.

Portanto, é fácil concluir que mais uma vez não há justificativas legais que possam avalizar a ineficiência do Estado (aqui se diga, o juiz) em dar uma prestação jurisdicional célere, devendo estes entes, seja pela via objetiva para o primeiro sujeito e, posteriormente pela via subjetiva do segundo agente, pois o cidadão, a sociedade ou o jurisdicionado não pode arcar com o ônus da morosidade seja qual ela for sua razão. Inclusive, Koehler (2013, p. 120) assegura que esse é o entendimento dos tribunais superiores brasileiros, qual seja, a responsabilidade objetiva do Estado pelo ato de seus agentes, independentemente do cargo que ocuparem.

E por fim, cumpre ressaltar, que a observância do princípio da duração razoável do processo é inegável, todavia, faz-se necessário sempre a comprovação do dano, como fator preponderante para a constituição do próprio instituto da responsabilidade civil, conforme aporte específico de Koehler (2003, p. 126) que assegura a comprovação da lesão por efeito da excessiva duração do julgamento.

A dificuldade maior fica a cargo do momento em que de fato esta demora é injustificada ao ponto de causar uma violação ao princípio da duração razoável do processo, pois, veja-se o processo necessita de certa maturidade, necessita de produção de provas ou ainda necessita do livre convencimento do Juiz para que seja apreciada a tutela pretendida.

Neste aspecto, mais um dilema se apresenta, pois, especificadamente, o próprio processo civil possui procedimentos diferentes, uma vez que temos o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. Para cada processo temos uma duração diferenciada, assim não há como se adotar uma regra geral que possa definir nesses três âmbitos quando a demora da prestação jurisdicional seria violadora da garantia fundamental em questão. Nessa perspectiva, Marinoni (2008, p.88):

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional *dos direitos*. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma

intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de firma indevida.

Porém, o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo.

Não é justo submeter o réu aos males da pendência processual por um prazo desrazoável.

É preciso combater os atos judiciais que dilatam o processo de forma não razoável. Tais atos podem ter natureza comissiva ou omissiva. Assim, por exemplo, o juiz pode determinar a produção de prova sobre um fato incontrovertido ou impertinente, se omitir em apreciar o pedido de tutela antecipatória, baseada em perigo de dano, antes da ouvida do réu (art.273, I, CPC) e deixar de analisar pedido de cisão da definição do mérito (art.273, §6º, CPC).

Além disto, a dilação indevida pode decorrer de uma escolha equivocada, ou melhor, da escolha de uma técnica processual inidônea a dar a devida tempestividade à tutela jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina a execução da tutela antecipatória de soma através das regras que servem à execução da sentença condenatória, desprezando a utilização da multa ou do desconto em folha ou de rendas periódicas.

Ainda, na sequência do já mencionado Marinoni (2009, p.88), apontou alguns momentos na busca da conceituação sobre os momentos em que pode ser considerado ou não a demora como injustificada ou não razoável, senão vejamos:

O ato judicial, para importar em violação ao direito fundamental, deve gerar “dilação injustificada”. A injustificativa da dilação é imanente ao ato comissivo ou invocado que determina a utilização de uma técnica processual em lugar de outra. Mas há maior dificuldade diante de dilação omissiva. Se não há como admitir a demora na análise de pedido de tutela antecipatória, em relação a outras situações, como a da demora em realizar audiência de instrução, proferir sentença ou julgar um recurso torna-se difícil estabelecer quando a demora é injustificada ou irrazoável. Fala-se que a demora não é injustificada quando se equipara àquela que tem ocorrido em casos similares. Esse raciocínio já chegou a ser utilizado pelo Tribunal Constitucional Espanhol (STC 5/1985; STC 43/1985). Porém, entender que a duração é razoável quando se consome o tempo em que outros casos vem sendo gasto constitui pecado lógico, pois a prática reiterada do errado não o transforma em certo ou razoável. Note-se, por exemplo, que não é possível aceitar a demora derivada da substituição periódica de juízes, feita sem atenção a qualquer critério racional voltado à efetividade da distribuição da justiça.

De outro lado, a costumeira desculpa judicial de “acúmulo de trabalho”, se pode retirar a responsabilidade pessoal do magistrado pela demora do processo, constitui verdadeira confissão de que o Estado não está respondendo ao seu dever de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. Neste caso, surge ao cidadão o direito de invocar o direito fundamental à duração razoável, o que pode ocorrer quando a dilação está em curso ou já se consumou. A diferença é a de que, no caso em que a dilação está em curso, a parte terá que invocar o direito fundamental à duração razoável no próprio processo em que a demora injustificada está ocorrendo, ao passo que, quando a demora não razoável se consumou causando dano, terá que ser proposta ação ressarcitória contra o Estado.

De fato, não é simples concluir a exatidão e a dimensão da expressão “razoável duração do processo”, pois envolve muitas possibilidades dentro das técnicas processuais, devendo cada caso ser analisados em particular.

Entretanto, Paula (2013, p. 265) esclarece que é capacidade da jurisdição preencher conceitos e termos jurídicos vagos, para a construção de justiça social. Inegável, assim, que a interpretação da expressão e do conceito envolvidos poderá não apenas atender as expectativas dos jurisdicionados quanto a celeridade de suas demandas, mas efetivar a finalidade primeira da jurisdição, a construção de sociedade melhor e justa, e a plena observância a direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises acima, conclui-se que a Constituição Federal assegurou ao cidadão como garantia fundamental o princípio da duração razoável do processo, descrito no artigo 5º, inciso LXXVIII.

Tal princípio possui seus destinatários, Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, acrescentando-se, igualmente as partes do processo, pois ela é interessada na celeridade, bem como na duração razoável, a fim de garantir seu contraditório e a ampla defesa. Ou seja, o processo deve ser célere, mas não ao ponto de violar as garantias anteriormente mencionadas.

A questão posta revelou ao final que é complexo verificar objetivamente o que é a duração razoável do processo, mas ao mesmo tempo também não há argumentos que se sobreponha a sua inobservância. Sendo correto afirmar que dependerá do caso concreto, ainda mais quando a ausência dessa duração razoável ou ainda morosidade excessiva acarretaram danos para as

partes.

Neste ponto, havendo a configuração do dano para a parte diante da morosidade processual é possível sim a responsabilização do Estado e do Juiz, enquanto agente público, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil cumulados com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, mesmo como meio de motivação aos destinatários quanto a observância de princípio fundamental, objetivando a celeridade da solução das lides administrativas ou judiciárias.

Não há que se considerar a norma fundamental posta como meramente orientativa. As normas que versam sobre direitos fundamentais gozam (ou deveriam gozar) de efetividade e aplicabilidade imediatas, pois necessárias para garantia dos direitos sociais.

Nesses termos, Silva (2014) declara:

A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente os ligados à doutrina constitucional norte-americana, que recusam não só a ideia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesmo que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções e coisas semelhantes. De minha parte, sempre tomei a expressão direitos fundamentais da pessoa humana num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Isso é importante, também, porque supera uma tendência doutrinária, não raro persistente, que via ou ainda vê os direitos sociais como contrapostos aos direitos individuais. Como já escrevemos, de outra feita, a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos

fundamentais do homem, e, com toda razão, “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades” e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: “para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas.

Porém, devido a natureza do direito fundamental aqui discutido, e a falta de parâmetros para aferição direta de sua violação ou não, não há como se falar em ausência responsabilização, tanto do Estado quanto do agente juiz, devendo serem considerados as peculiaridades do caso concreto sem, no entanto, afastar-se a possibilidade do recebimento de indenização pelo cidadão lesado pelo comportamento inadequado do Estado e de seus agentes.

Portanto, devem-se privilegiar os direitos fundamentais e em especial o da razoável duração do processo, de forma a livrar o jurisdicionado do ônus processual e protegê-lo quanto aos danos decorrentes da morosidade. A dificuldade imposta, e o legado a ser perseguido agora é quanto as formas de se efetivar esse direito fundamental, de forma a permitir o cidadão não apenas a solução de seus conflitos privados, mas mesmo como meio de efetivação da justiça social e da cidadania.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais com obstáculo à razoável duração do processo**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2013.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Decreto nº 678 de novembro de 1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

_____. **Lei nº 10.406/2002. Institui o Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

_____. **Lei nº 11.419/2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei**

no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/>>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**. Disponível em <<http://www.tjse.jus.br/portal/>>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CIANCI, Mirna. **A razoável duração do processo - Alcance e significado - Uma leitura constitucional da efetividade no direito processual civil**. Ed. Revista dos Tribunais. ano 38, nº 225. Novembro 2013.

COELHO, L. F. **Teoria Crítica do direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2009-2012**. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/metas_prioritarias_2013.pdf>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Disponível em:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

CONVENÇÃO EUROPÉIA dos direitos do homem. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo** – De acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. Ed.Lemos & Cruz. São Paulo, 2003.

KOEHLER, Fernando da Fonseca Gajardoni. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Jus podium, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Revista Estação

Científica (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, Volume.01, nº04, outubro e novembro/2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo. Atlas, 2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Sociologia do Processo Civil**. Curitiba-PR: JM Editora, 2013.

SARLET, Indo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Ed. Juruá. Curitiba, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais**.

Disponível

em<

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000852751>

>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A Responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais**. RT, vol. 663, ano 1977.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico científico**. 4ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2002.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ALGUMA RETIFICAÇÃO DE EFEITO?

Franchesco Maraschin de Freitas¹

Fausto Santos de Moraes²

INTRODUÇÃO

O Direito Processual sempre foi tratado pelo viés racionalista, em qual só servia para demonstrar às partes litigantes e ao juiz os procedimentos adequados para satisfação dos direitos materiais pleiteados. Ou seja, o papel do processo era exclusivo na procedimentalização dos atos judiciais. A Dignidade da Pessoa Humana só era observada quanto à (in)satisfação dos direitos matérias. Não existia essa dogmática quando se tratava de Direito Processual, mesmo sendo norteador dos princípios constitucionais.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) tratou de reverter (ou tentar reverter) essa mazela que acobertava o Direito Processual pátrio. Em seu 8º tratou de descrever que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, pautar-se-á pelo atendimento dos fins sociais e no resguardo e promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse ponto surge o problema de pesquisa: O artigo 8º do Novo Código de Processo Civil tem o condão de retificar a racionalização impregnada no Direito Processual? A hipótese para tal questionamento é de que a Dignidade da Pessoa Humana é pressuposto absoluto para modificação interpretativa de qualquer direito, seja o material ou o processual.

Este estudo tem como objetivo demonstrar que a Dignidade da Pessoa Humana serve como base para aplicação dos direitos materiais e processuais, no entanto que ambos andam juntos e são complementares para aplicabilidade dos Direitos Fundamentais e Sociais no Estado Democrático de Direito. Ademais, outros objetivos são de demonstrar a necessária e urgente aplicabilidade da Dignidade da Pessoa Humana no direito processual pelos nossos magistrados e a

¹ Mestrando do PPGD – IMED em Direito, Democracia e Sustentabilidade. Bolsista CAPES/PROSUP. E-mail: freitas.franchesco@gmail.com.

² Docente do Programa de Pós-Graduação de Direito Stricto Sensu IMED. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado.

necessária superação da racionalização do processo.

O trabalho desenvolvido, tendo como técnica de pesquisa a Categoria e o Conceito Operacional³, concentrando-se na pesquisa bibliográfica, com a verificação e aprofundamento das doutrinas relacionadas ao assunto, estando organizado em três subtítulos para melhor compreensão: o primeiro tratará da compreensão existente da Dignidade da Pessoa Humana no Estado Democrático de Direito; o segundo capítulo tratará do cumprimento da Dignidade da Pessoa Humana e o acesso à justiça e; o terceiro capítulo servirá para análise dos pontos relevantes do Novo Código de Processo Civil para com a Dignidade da Pessoa Humana.

Os temas são envolvidos entre si, sendo que a razão de existir do atual Estado que vivemos (Democrático de Direito) é a Dignidade da Pessoa Humana, devendo o próprio Estado ser supervisor, guardião e provedor deste conceito intrínseco ao Ser humano.

1. O QUE TEMOS POR DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo latente capaz de ser um transformador da realidade social, não se delimitando, apenas, como um Estado observador de Direitos Sociais. O seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir como potencializador da larga escala de Direitos Fundamentais essenciais para aclamação dos Direitos Humanos.

Com efeito, têm-se como princípios do Estado Democrático de Direito: a) Constitucionalidade: a Constituição é a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, qual serve como instrumento básico de garantia jurídica; b) Organização Democrática da Sociedade; c) Sistema de Direitos Fundamentais e Individuais e Coletivos: seja como Estado “de distância”, haja vista que os Direitos Fundamentais reserva ao homem uma autonomia sobre os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois integra a Dignidade da Pessoa Humana em sua esfera; d) Justiça Social como meio corretivo das desigualdades; e) Igualdade não apenas como mero instrumento formal, mas instrumento factual; f) Especialização

³ A Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. Na realidade o próprio rol de Categorias é estabelecido para facilitar o entendimento da pesquisa e de seu relato e, portanto, requer segurança, a qual lhe será conferida pela busca de um consenso, qual seja a ideia de que a Dignidade da Pessoa Humana é elementar tanto para o direito material quanto o direito processual, ou seja, partindo-se de comandos jurídicos (art. 8º, da Lei 13.105/2015) é buscado na pesquisa a elaboração de um Conceito mais adequado à realidade jurídico-social processual.

de Poderes: vinculação entre os poderes para busca dos “fins constitucionais”; g) Respeito à Legalidade: formas e procedimentos que excluem o arbítrio e; h) Segurança certa Jurídica⁴.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito tem o condão de aperfeiçoar as ideologias formuladas pelo Estado Liberal de Direito e também a do Estado Social de Direito – idealizada pelo *Welfare State* neocapitalista – impondo ao ordenamento jurídico e estrutural da sociedade uma transformação realística. Ou seja, o Estado Democrático de Direito não é a exclusão dos Estados anteriores, mas sim, o aperfeiçoamento desses. A inovação trazida por esse Estado é “muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data”⁵.

Diferentemente de como ocorria no Estado Liberal e no Social, quando o Estado assume o feitiço Democrático, o objetivo passa ser a promoção da igualdade, não bastando uma limitação ou promoção estatal, apenas. A lei deixa de ser vista apenas como sanção ou promoção e passa ser um instrumento de transformação social com o intuito da constante reestruturação das próprias relações sociais, quais têm por objetivo a promoção constitucional. A consequência disso é a colocação da Constituição no ápice de uma pirâmide escalonada, servindo como fundamento para as legislações inferiores. Nas palavras de Hans Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”⁶.

Como o Direito possui um caráter dinâmico, uma norma só possui validade porque e na medida foi produzida de uma determinada maneira, ou seja, de uma forma derivada de uma norma superior de fundamento imediato. Em outras palavras, a norma que não derivar seu conteúdo dos princípios constitucionais não é válida.

Destarte, essa é a importância da Constituição, e principalmente de seu conteúdo, quando estamos associados a um Estado Democrático de Direito em que todas as legislações inferiores devem ser derivativas do conteúdo material e formal da Carta Magna.

Nesse novo modelo de Estado, como dito alhures, a novidade que surge diz respeito à busca da igualdade entre os cidadãos, uma revolução das estruturas sociais, buscando garantir,

⁴ STRECK, Lênio Luis; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Democrático de Direito*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 113-116, p. 114.

⁵ STRECK, Lênio Luis; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Democrático de Direito*, p. 114.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

através do asseguramento jurídico, as condições mínimas de vida ao à comunidade. Isso é de suma importância para um país como o Brasil, um país de modernidade tardia com suas promessas “incumpridas”. Sua noção, conforme próprio escudo do artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, “demanda a existência de um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias assentadas no binômio democracia e Direitos Humanos Fundamentais-Sociais”⁷.

Dito de outro modo, cada Estado deve ter um núcleo específico de Direitos Fundamentais-Sociais em sua Constituição para servir de alicerce para as leis inferiores, com o objetivo de cumprir as promessas da modernidade. Todavia, em cada Constituição de países assentados no Estado Democrático de Direito, deve haver um núcleo mínimo de Direitos Universais, qual serve de paradigma para uma vivência digna e igualitária entre todos, pelo menos no que tange ao mínimo para uma existência digna. Desta forma, nas palavras de Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, “é nesse contexto que deve ser compreendido o *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito”⁸.

1.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU NÚCLEO DERIVATIVO CONSTITUCIONAL

A Dignidade da Pessoa Humana é uma expressão difícil de cunhar com exatidão. Uma conceituação límpida do que efetivamente é essa dignidade nos dias de hoje, inclusive para delimitar o âmbito de proteção na esfera jurídico-fundamental, reside numa atmosfera muito subjetiva. Uma das principais dificuldades encontradas está no fato de que no caso da Dignidade da Pessoa Humana, não se cuida de “aspectos relativos” da existência humana como, por exemplo, a integridade física, vida, propriedade – como é o caso das demais normas jusfundamentais –, mas, sim, de uma qualidade tida como intrínseca a todo e qualquer Ser humano, “de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”⁹. Todavia, essa definição não permite, ainda, uma compreensão satisfatória capaz de definir o âmbito de proteção, na sua condição jurídico-normativa, de dignidade.

É de conhecimento que existe várias vertentes “contrárias” a Dignidade da Pessoa Humana,

⁷ STRECK, Lênio Luis; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Democrático de Direito*, p. 116.

⁸ STRECK, Lênio Luis; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Estado Democrático de Direito*, p. 116.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40.

como é o caso dos biólogos Wilson e Bateson - que defendem a existência dos indivíduos para os genes ou para a espécie e não um fim em si próprio - e Lévi-Strauss - que defende que a dignidade que fundamenta a superioridade do Ser humano sobre os demais animais é um mito. Há também casos de “não reconhecimento”, como é o caso da análise psicológica de Skinner, para quem a dignidade e a liberdade são ilusões dos Seres humanos. Todavia, não aprofundaremos nosso estudo nessas vertentes. A grande contribuição ao estudo e desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana, cujo conteúdo perfaz os dias hodiernos, é do legado kantiano de que o Ser humano existe como um fim em si mesmo, não apenas como meio¹⁰, ou seja, todo Ser humano possui dignidade e não preço¹¹.

Mesmo com tal indefinição sobre o que realmente é Dignidade da Pessoa Humana, é possível identificar nos casos práticos, e até formais, uma violação de que seja essa Dignidade. Como tal, já se afirmou até mesmo ser mais fácil assoalhar e dizer o que a Dignidade não é do que traduzir o que ela efetivamente é¹².

Todavia, mesmo havendo certa dificuldade em caracterizar de forma uníssona a Dignidade da Pessoa Humana, essa “ideia-força do mundo contemporâneo”¹³ é uma qualidade congênita de cada Ser humano. Reconhece-se uma qualidade ontológica, como qualidade intrínseca, inalienável e irrenunciável devendo, apenas, ser protegida e reconhecida à todo indivíduo. Em outra concepção, a Dignidade da Pessoa Humana também possui uma dimensão intersubjetiva

... na medida em que a ideia de dignidade de cada ser humano se reflete no meio social em que vive e também o reflete, postulando-se uma dignidade social, que se manifesta por meio do acesso aos bens da vida necessários ao desenvolvimento da pessoa, do reconhecimento pela sociedade e suas instituições da igual dignidade de cada ser humano e da dimensão política da dignidade, em que cada ser humano deve tomar parte das decisões relevantes sobre o seu próprio destino¹⁴.

Aponta-se corretamente para a situação de que a Dignidade da Pessoa Humana não deve (e nem há possibilidade de) ser conceituada de maneira estagnada, haja vista a verificação de que

¹⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 77.

¹¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 68.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 40.

¹³ MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87, 61p.

¹⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67.

uma decisão dessa essência não compactua com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas pós-modernas, razão pela qual estamos deparados com um conceito em constante mutação e desenvolvimento¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada pela Organização das Nações Unidas em 1948, foi a responsável por consolidar a Dignidade da Pessoa Humana no cenário social-jurídico. Em seu artigo 1º, dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, o que, de modo, ratifica todo o pensamento kantiano. A Segunda Guerra Mundial, conforme o pensamento de Peter Häberle, é uma das maiores provas de que a Dignidade da Pessoa Humana é essencial para vivência em comunidade, no entanto que serviu como reação aos horrores e violações acometidas¹⁶: “mais que uma convicção moral, mais que um postulado religioso, a dignidade da pessoa humana passa a princípio jurídico basilar de Direito Internacional e dos Direitos Constitucionais, fundada em postulado ético suprajurídico”¹⁷.

Como já mencionado anteriormente, nas Constituições que sagram o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana é fundamento para proteção¹⁸ e defesa dos direitos privados e para qualquer ação ou omissão prejudicial do Estado para com os cidadãos. Em outras palavras, a Dignidade da Pessoa Humana é, pois, o núcleo axiológico em que se consolida o sistema de Direitos Fundamentais¹⁹.

Apesar de não haver uníssona concordância jurídica sobre o que se trata a Dignidade da Pessoa Humana, é possível verificar duas vertentes capazes de desenrolar a dogmática envolvida, sendo que ambas exigem a intervenção do Estado; a primeira corresponde ao pensamento de Peter Häberle e a segunda de Jorge Miranda, respectivamente: a) a defesa e a proteção do homem enquanto sujeito, abstendo os poderes públicos de qualquer conduta aniquiladora da condição humana e a intervenção normativa do Estado com o intuito de proteger sua dignidade

¹⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A hora, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 50

¹⁶ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-152, 91p.

¹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 68.

¹⁸ O dever de proteção da Dignidade da Pessoa Humana contra terceiros pode ser exercida de diferentes formas: os instrumentos jurídicos-materiais, como, por exemplo, o Direito de família; ou instrumentos jurídicos-processuais, como, por exemplo, as garantias processuais e o procedimento administrativo. KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153-184, 165p.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Toma IV. 3. ed. re. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 180.

contra as ações que a ofendam²⁰ e; b) a assistência ao Ser humano que não possa salvaguardar suas escolhas fundamentais da vida, bem como àqueles que são desguardados dos serviços necessários para viver com dignidade, ou seja, além dos meios de prestações normativas também deve haver as prestações fáticas²¹.

Mesmo não havendo uma formulação concreta e atual de qual realmente é o conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana, pode-se dizer que as Constituições do qual a trata utilizam os elementos jurídico-normativos capazes de consagrar os Direitos Fundamentais de liberdade, políticos e sociais, cujos são instrumentos aptos a resguardar o seu respeito²².

A fundamentação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais como trunfo, consagra-se pela evolução histórica como, por exemplo: com a criação de Tribunais Internacionais para defesa dos direitos humanos, a criação de Tribunais Superiores possuidores da última palavra de detentores das constituições. Ou seja, a transferência do Estado Legislativo para o Estado de Jurisdição Constitucional; a ideia de Estado de Direito como Estado de Direitos Fundamentais²³.

2. O ACESSO À JUSTIÇA

Com o descompromisso do Estado Liberal para com os aspectos sociais - haja vista ser fundado apenas na igualdade formal -, fez-se nascer o reconhecimento da igualdade social - ou seja, uma igualdade de cunho material - pelo Estado, fazendo refletir uma mudança no conceito de justiça. No Estado Liberal, a justiça é voltada apenas para cumprimento das igualdades formais, ou seja, era apenas preocupada com o cumprimento formal do processo, sem haver a necessária atenção com cumprimento das necessidades materiais pleiteados. A mudança fundamental foi de uma forma central, com a “justiça social”, isto é, nas palavras de Mauro Cappelletti “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”²⁴. Contudo, a “busca pela justiça” só poderia ser suportada por aqueles que pudessem fazer frente

²⁰ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 140.

²¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, p. 184.

²² BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna, p. 71. Peter Häberle aponta que o Tribunal Constitucional Federal alemão consagra a Dignidade da Pessoa Humana de forma específica em cada caso prático “determinando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais de modo individualizado, sem argumentar de modo panfletário com a dignidade humana, de sorte a não tratá-la como uma fórmula vazia”. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 102.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 58.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 93.

aos altos custos de ativação da máquina judiciária.

Essa “busca pela justiça” foi concebido fundamentalmente como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos, sendo entendida em dupla dimensão após o reconhecimento pelos textos constitucionais, internacionais e legislativos: “(1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros”²⁵, ou seja, um dever de proteção do Estado e direito do particular de exigir essa proteção.

Um fator precípua para compreensão do acesso à justiça em nível mundial se dá pelo surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pela 1ª Convenção Internacional sobre Direitos Humanos²⁶. Conquanto, o Brasil, em sua Constituição de 1946 em seu artigo 141, §4º, já tinha adotado o conceito de direito ao acesso à justiça quando determinou que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Antes da recepção do princípio do acesso à justiça pelo Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, XXXV, no teor de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o Código Civil de 1916, em seu artigo 75 já positivava essa ideia, quando dizia que “a todo o direito corresponde uma ação que o assegura”. O que se pode analisar é a abrangência e amplitude que o artigo abarca, fazendo constar no rol de proteção não apenas os direitos individuais, mas sim todos os direitos (privados, públicos, transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)).

O princípio em questão, sob o enfoque de que toda lesão e ameaça de lesão deve ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas estaria afrontando o princípio maior da separação dos poderes²⁷, ou seja, uma proibição da definição legislativa de matérias não jurisdicionáveis²⁸.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 496

²⁶ Esta, em seu artigo 8º, determinou que “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei...”. Aquele, em seu artigo 21, inciso II, também consolidou o conceito de acesso à justiça quando determinou que “toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país”, ou seja, pelo fato de o Poder Judiciário integrar o serviço público o acesso à justiça é direito de todo ser humano.

²⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 731.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao artigo 5º, XXXV. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 359. O Supremo Tribunal

Contudo, não basta, porém, ao contrário do que muitas vezes se julga, um poder judicial separado de outros poderes. A independência judicial postula o reconhecimento de uma “reserva de jurisdição” entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional²⁹. Ou, conforme anota Celso Bastos quando argumenta que nenhuma lei “poderá auto excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”³⁰.

Além disso, segundo colaciona André Ramos Tavares, o acesso à justiça possui duas finalidades básicas: o sistema pelo qual se podem reivindicar direitos e/ou resolver litígios sob os auspícios do Estado³¹. Pelo primeiro, deve-se ser igualmente acessível a todos; já o segundo deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. Ou seja, em primeiro lugar é preciso analisar o direito material com o fito de saber a situação jurídica substancial que se pretende proteger judicialmente para depois analisar de forma personalíssima os meios que melhor se enquadram para sua proteção.

O princípio do acesso à justiça é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pois de nada adiantaria um elevado rol de direitos fundamentais e leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, elas fossem desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância ou fosse cerceado o direito de ação, pois, a partir do momento que o Estado reivindicou para si o monopólio do uso da força – proibindo a autotutela -, assumiu o dever de assegurar a prestação jurisdicional. É da imbricação entre o direito de acesso ao judiciário e direitos fundamentais que resultam dimensões inelimináveis do “núcleo essencial da garantia institucional judiciária”, visto que a garantia institucional se conecta com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo

Federal também entende como óbice ao acesso à jurisdição uma lei que impõe a cobrança de taxas judiciárias abusivas, sem levar em conta o valor da causa, no entanto que essa matéria já foi sedimentada na Súmula nº 667, do Supremo Tribunal, segundo a qual “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”. Vale ressaltar, ainda, a vedação de obrigatoriedade do estabelecimento de instância administrativa de curso forçado. Tal proibição significa que não é possível exigir o exaurimento da discussão em sede administrativa para recebimento da peça judicial. O único caso admitido no Direito brasileiro é o referente à Justiça Desportiva, no qual a Constituição impõe o prévio esgotamento das vias administrativas próprias conforme o artigo 217, §2º, com a ressalva de que se a Justiça Desportiva não proferir a decisão final no prazo de sessenta dias, contados da instauração do processo, o direito de ação poderá ser livremente exercido. *Ibidem*, p. 360 e TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 491.

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 731.

³¹ TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, p. 730.

do Estado³².

Mas, conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o acesso à justiça é uma das três perspectivas do direito à tutela jurisdicional, sendo as outras duas a adequação da tutela e a efetividade da tutela³³. Ou seja, a tutela jurisdicional tem de ser adequada para tutela dos direitos. O processo tem de ter condições de promover a realização material e o meio tem de ser idôneo à promoção do fim. Luiz Guilherme Marinoni, também entende que o acesso à justiça “não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito”³⁴.

O acesso à justiça contempla entre seus deveres o direito de informação, obrigando o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação, o qual assegura ao acusado/defendente a possibilidade de manifestar-se nos autos sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo e; direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas³⁵.

Nesse sentido, Eduardo Cambi também se manifesta quando aduz que a “a garantia da ação, em uma perspectiva constitucional, compreende um complexo tecnicamente indeterminado de situações processuais ativas”³⁶, ou seja, não se assegura apenas o mero direito ao processo, mas ao processo justo. É dever do legislador estruturar o processo em atenção à adequada prestação jurisdicional e, por conseguinte, é dever do juiz de adaptá-lo concretamente, a partir da legislação, a fim de viabilizar tutela adequada aos direitos. Não é por acaso, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que a efetividade da prestação jurisdicional compõe o

³² CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 497.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 716.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao artigo 5º, XXXV. Comentários à Constituição do Brasil*, p. 360.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 279. “O acesso à justiça tem como base um “tripé”: o dever de fundamentação das decisões judiciais, o princípio da publicidade dos atos judiciais e o princípio do contraditório. A partir do momento que o Estado passa a prestar o serviço jurisdicional, a simples possibilidade de ingressar com uma ação no Judiciário não significa que foi garantido o acesso à justiça. A efetividade desse direito se dá quando observado os três fatores para a formação do “tripé”. Um está ligado ao outro. Quando ingressado com uma ação no Judiciário espera-se que a lide existente seja solucionada pelo viés da justiça e do direito. Pergunta-se, como se saberá se o que foi decidido pelo juízo está de acordo com os direitos e deveres que se têm garantido? É aí que toma força o dever de fundamentação das decisões judiciais, do princípio da publicidade e do contraditório. O dever de fundamentação das decisões judiciais, traz consigo o pressuposto para que possa haver o controle das decisões prolatadas, devendo ter como exigência uma fundamentação clara e compreensível. Agora, de que vale haver fundamentação, se a mesma é exposta de forma incompreensível e inadequada?” DE FREITAS, Franchesco Maraschin. *O Estado Democrático De Direito: A fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 01, p. 18-41, 2015.

³⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117.

princípio da segurança jurídica, pois “um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece”³⁷.

3. PONTOS RELEVANTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONTRAPONTO RACIONALISTA

O juracionalismo moderno traz em si a herança do jusnaturalismo da antiguidade. Contudo, não se deve esquecer que a corrente voluntarista, proveniente de Hobbes e demais herdeiros do nominalismo de Ockham, exerceu incultável predomínio na formação dos sistemas processuais modernos. Ademais, os elementos da filosofia jurídica greco-romana também foram preservados pelo juracionalismo moderno à custa de sua submissão aos princípios formadores da nova ordem filosófica³⁸.

O racionalismo moderno privilegiou apenas a “justiça comutativa” de Aristóteles como forma de justiça, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da “justiça distributiva”, cuja representa o componente revolucionário do Direito. Consequentemente, o novo ordenamento jurídico concebido, como sistema de segurança legal, priorizou esta forma revolucionária de justiça³⁹.

A influência racionalista sobre o Direito Processual Civil tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Esse ponto foi o fulcral da eliminação da Hermenêutica e, consequentemente, da Retórica forense, em favor de uma racionalidade das “verdades claras e distintas” de Descartes, “que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico”⁴⁰.

Ressalta-se: nossa ordem jurídica pode ficar estagnada no campo, apenas, da dogmática? Na visão de Piero Calamandrei, sim. O direito processual serve apenas como aparato legislativo para eficácia jurídica de um ato, ou seja, o ato deve ser realizado de modo e na ordem que a lei (Direito Processual) “estabeleceu de uma vez para sempre”. Para o autor, verificasse a imutabilidade do Direito Processual. A regulamentação das formas processuais serve,

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, p. 725.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, p. 68.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, p.68.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, p.69.

substancialmente, como “uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem queira pedir justiça; quase, seria possível dizer, o manual do litigante, que lhe ensina como se deve comportar com o juiz para ser ouvido por este”⁴¹.

Nessa senda, sendo o direito processual moderno, como disciplina abstrata, que independe de experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esse legado deixado é o que se tem que exorcizar se quisermos libertar de seu jogo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É essa a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos dos sistemas, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura⁴².

Não existe uma resposta certa para o Direito. Todavia, podem-se indicar caminhos que permitam melhor articular a prática jurídica/política nas sociedades contemporâneas, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana⁴³.

3.1. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL. EXISTE?

A garantia e a afirmação da Dignidade da Pessoa Humana é um direito imediatamente aplicável. Essa “determinação”, para o direito alemão, foi fundamental para formulação do artigo 1º, inciso 1, 2ª parte, da Lei Fundamental, que trata dos deveres de todo o poder estatal, e, de forma indireta, do artigo 79, inciso 3, da Lei Fundamental, “que exclui os ‘princípios fundamentais’ rígidos do art. 1º de qualquer alteração constitucional”⁴⁴, tornando tal, destarte, direito vinculante de todas as Leis, inclusive, vinculante ao legislador constituinte reformador.

A expressão “princípio” utilizada pela Lei Fundamental alemã, não significa um enfraquecimento ou privação da normatividade da garantia da Dignidade, mas especifica que só o essencial é garantido. Independentemente de qual caráter jurídico-subjetivo a ser questionado, o dever de todo o poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) de proteger a Dignidade Humana

⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 268.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, p. 79.

⁴³ SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 284.

⁴⁴ STARCK, Christian. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*. Tradução: Rita Dostal Zanini. In: In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 199-224, 216p.

acima de qualquer imperativo, pertence aos “princípios constitutivos estruturantes”⁴⁵. A obrigação existente contém uma premissa do direito objetivo cujo normatiza jusfundamentalmente a relação entre Estado e indivíduo, no que derivam, por óbvio, deveres para os poderes estatais.

A norma da Dignidade da Pessoa Humana é imperativa para toda ordem jurídica receptiva ao Estado Democrático de Direito. “Todo o Direito deve estar vinculado à insígnia da dignidade do homem, todas as normas devem ser colocadas, tanto na sua (...?) formulação como na sua aplicação, em consonância com esse princípio supremo”⁴⁶. Como há o dever de proteção da Dignidade Humana, o Estado deve garanti-la contra si e contra terceiros, e essa proteção só será eficaz se for assegurada pela ordem jurídica nos seus pormenores. Ou seja, deve haver a transposição normativa da garantia à Dignidade.

É imperioso salientar que a função jurisdicional, e por implicação, a jurisdição, “não é apenas a expressão de um poder ou instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele escolhido, mas, sobretudo, a atividade dirigida e disciplinada pela norma jurídica, em especial os direitos e garantias fundamentais”⁴⁷.

Para constituição do Direito como instrumento democrático é indispensável discutir casos práticos, evidenciando a problematicidade essencial ao fenômeno jurídico, de modo que o direito abandone o dogmatismo para se lançar na dimensão hermenêutica, reconhecendo-lhe a natureza de ciência da compreensão e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial⁴⁸.

Se uma Constituição acolhe o catálogo destinado à proteção dos Direitos Humanos em sua Carta, quais as conseqüências para a sociedade, entes públicos e para a ordem jurídica?

Após a consagração dos Direitos Humanos na Constituição, tornou-se comum uma interpretação hermenêutica mais favorável à maximização desses direitos, o que se fez de forma imatura, leia-se não suficiente maturada, corre-se o risco da argumentação política ser fundada equivocadamente na simplificação de quanto mais, melhor, ou seja, todas as atitudes que conduzem a realização dos Direitos Fundamentais são boas.

No plano jurídico-constitucional há opções para não incorrer nesse enleio como, por

⁴⁵ STARCK, Christian. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 217.

⁴⁶ STARCK, Christian. *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 220.

⁴⁷ ⁴⁷ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Processo administrativo disciplinar como procedimento em contraditório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p.68.

⁴⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

exemplo, eficácia limitada ou eficácia plena das normas sociais; aplicabilidade direta ou mediata; relevância da reserva do possível afetando especificamente os direitos sociais ou desvalorização dessa especificidade; entre outros. Assim se chega, pois, à conclusão de que quando é enquadrado o rol dos Direitos Humanos na Constituição, isso significa a possibilidade de ação judicial contra o Estado reivindicando a prestação fundamental/social em causa e, ademais, a possibilidade do juiz decidir sobre a viabilidade independentemente de prévia autorização orçamentária - quando se tratar de um “direito positivo” - por parte do órgão competente para tanto⁴⁹.

Na concepção de Ovídio Baptista da Silva⁵⁰, o autoritarismo ocultado sob o dogmatismo, foi o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil, como ciência formal e abstrata. Do mesmo modo que as verdades matemáticas eram absolutas, quiseram absolutizar as instituições processuais, separando-as de seus compromissos históricos, o que as relativizaria, situação em que o capitalismo nascente – exigente com a segurança jurídica – não poderia tolerar.

O modelo decisório clássico racionalista (individual-liberal-normativista) vem se mostrando impotente para solução das demandas hodiernas, visto que a expansão da constitucionalização e da democratização tem-se implicado em uma progressiva institucionalização do direito na vida social⁵¹.

3.2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A(S) RESPOSTA(S) EXISTENTE(S) PARA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM MATÉRIA PROCESSUAL – ARTIGO 8º: COMO CONCRETIZÁ-LO?

A instrumentalidade do processo é o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual. O processo é o instrumento a serviço da ordem constitucional. Ele é o “microcosmo democrático” do Estado de Direito. Essa instrumentalidade, atrelada à ordem constitucional, pode refletir a concepção do paradigma racionalista, por uma simples razão: a Constituição Federal nada mais é do que o Direito Positivo Vigente.

O problema levantado por Jaqueline Mielke Silva quanto à instrumentalidade, se caracteriza quando uma Constituição não abrange os Direitos Fundamentais. Mas, conforme exemplo fático da Emenda Constitucional nº 26 (direito a moradia), é possível analisar que um Direito Fundamental tem vez independentemente de sua positivação, eis que a interpretação

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, p. 25-26.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65-66.

⁵¹ STAFFEN, Márcio Ricardo. Processo administrativo disciplinar como procedimento em contraditório, p.49.

judicial da Constituição Federal deve estar vinculada a princípios da Dignidade da Pessoa Humana⁵².

De nada adianta o processo, se ele não é capaz de solucionar os impasses do mundo cotidiano. Neste sentido, a procedimentalização é fundamental para o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia, ela apenas tem razão de existir se o seu sentido for a pacificação social. A pacificação social só é possível se tivermos um Direito Processual adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos⁵³.

Nesse diapasão, André Cordeiro Leal é cirúrgico ao afirmar a instrumentalização do processo, posto a serviço do Estado para a desenvoltura da atividade jurisdicional, qual não representa “qualquer segurança de que a vontade concreta da lei seria efetivamente atuada”⁵⁴. Dá-se como exemplo o regime nazista acometido na Alemanha na metade do século XX. Não houve um golpe de Estado ou jurisdicional, apenas uma nova imputação de sentido sobre conceitos já existentes⁵⁵. Nessa senda, o processo visto como instrumento está habilitado à construção de uma sociedade voltada a concretização da Dignidade da Pessoa Humana ou pode servir, também, como ferramenta de exclusão e marginalização social. Ou seja, depende por quais sentidos deixaremos nos guiar.

Assim sendo, o artigo 8º da Lei 13.105/15 é claro quando condiciona o juiz a atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” quando na aplicação do ordenamento jurídico. Como se analisa, o presente dispositivo assinala verdadeiros critérios hermenêuticos que podem condicionar a abdução da aplicabilidade de exegeses procedimentais. A possibilidade de empregar esses princípios como norteadores fundamentais de uma decisão aludem probabilidade de alheamento da legalidade formal, consentindo a flexibilização da decisão mesmo perante dispositivos legais expressos.

Contudo, é sempre importante frisar a obrigação do magistrado em respeitar o artigo 93, IX e o artigo 5º, XXXV, ambos da Constituição Federal. É necessário fundamentar substancialmente a decisão pelo afortamento da Lei, devendo indicar com veemência quais e por quais motivos sua

⁵² SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos, p. 267.

⁵³ SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos, p. 285.

⁵⁴ LEAL, André Cordeiro. A instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 80.

⁵⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. Processo administrativo disciplinar como procedimento em contraditório, p.49, p. 80.

decisão buscou afastar o empenho pela Dignidade da Pessoa Humana ou promovê-la em prol de alguma das partes.

Pode-se supor não ser competência do legislador processual explicitar a essência do princípio da Dignidade Humana, por se tratar de direito próprio do plano material. Todavia, o processo é a ferramenta encarregada de acautelar os interesses do Ser humano, proporcionando-lhe meios para, na medida em que for tocado em qualquer dos seus direitos, peça guardada ao Estado. Destarte, o processo deve sofrer uma estruturação, interpretação e aplicação de forma satisfatoriamente capaz de garantir os Direitos Fundamentais oriundos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

De outra banda, é abjeto ser transgredido em qualquer dos seus direitos, buscar o acesso à justiça, em razão da lenteza dos trâmites judiciais, deixar de acolher uma tutela efetiva do Estado (processo justo). Em nome da Dignidade da Pessoa Humana o cidadão merece receber uma resposta eficaz, célere e adequada do Estado quando crer-se ofendido em qualquer de seus direitos.

Na concepção de Jaqueline Mielke Silva, o processo justo significa: aplicação de princípios morais e éticos consubstanciados com a agilização na tramitação do procedimento. Essa explicitação não significa um abandono a concepções substantivas de justiça, em prol de uma visão procedimental. O que se afirma é que procedimentos justos podem quase sempre produzir decisões justas, independentemente de um apelo ao estabelecimento preciso do que seja a justiça em caráter substantivo⁵⁶.

É visível a preocupação do legislador na formulação do artigo 8º, pois tratou a Dignidade da Pessoa Humana como princípio norteador da aplicação processual. Anteriormente, o processo era dotado de cunho formalístico-racionalista, ou seja, a aplicação das regras corretas de direito aos fatos expostos nos autos, cabendo o processo apenas servir como modelo imutável de aplicabilidade do direito material. A mudança fundamental foi de uma forma central com a conjugação entre direito processual e direito material, isto é, nas palavras de Mauro Cappelletti “com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns”⁵⁷.

⁵⁶ SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento de realização de direitos, p. 290.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 93.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função básica do Direito é de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas consciente que esses valores se modificarão, por serem efêmeros. É preciso que se tenham mecanismos efetivos de tomada de decisões para se produzir futuro⁵⁸. É necessário ter-se em mente que como as necessidades humanas não são estáticas, os seus meios de proteção também não devem ser.

Assim, é possível chegar a afirmação da hipótese alçada na pesquisa: A medida que o rol de Direitos Fundamentais e Sociais dos Seres humanos vai sendo produto de processos modificativos - haja vista a constante evolução capitalista ou qualquer que seja os motivos capazes de alteração da base da Dignidade da Pessoa Humana - é necessário que os meios de proteção desses Direitos acompanhem essas mudanças, com o azo de promover os meios adequados de guarda.

O Direito Processual das diversas matérias de direito, tais como o Direito Penal, Administrativo, Constitucional, tem como subsídio o Direito Processual Civil. Seu Código possui o intuito de buscar, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica a aplicabilidade pelos demais ordenamentos processuais. A aplicabilidade do artigo 8º do Novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de aplicar a Dignidade da Pessoa Humana como norteador fundamental de uma decisão e procedimentalização.

Constata-se haver uma autêntica constitucionalização do processo civil brasileiro, coeva nos demais seguimentos processuais, resguardando e promovendo a Dignidade da Pessoa Humana como valor máximo da prestação jurisdicional. As partes, os advogados e os juízes devem materializar este princípio, tornando-o eficaz em cada procedimento efetuado, de maneira não somente a promovê-lo na lide processual exclusiva, como apregoa-lo a todos os cidadãos como modelo de conduta a ser acossado por todos nas diferentes relações sociais existentes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria

⁵⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*, p. 273.

do Advogado, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 1997

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça** – Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

DE FREITAS, Franchesco Maraschin . **O Estado Democrático De Direito: A fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 01, p. 18-41, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos. A hora, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89-152

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008

KLOEPFER, Michael. **Vida e dignidade da pessoa humana**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153-184.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao artigo 5º, XXXV**. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga**

incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Toma IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Processo administrativo disciplinar como procedimento em contraditório.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

STARCK, Christian. **Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã.** Tradução: Rita Dostal Zanini. In: In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 199-224

STRECK, Lênio Luis; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Estado Democrático de Direito.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 113-116.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THE “ROYAL INSTITUTE” CASE: A LEGAL AND CRIMINAL ANALYSIS OF THE NON-VIOLENT RESISTANCE TOWARDS ANIMAL CRUELTY WITHIN LABORATORIES

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO¹

MARIA IZABEL VASCO DE TOLEDO²

INTRODUCTION

The exploitation of non-human animals is an act historically rooted, justified under the anthropocentric argument of the superiority of the human species over the others, characterizing the so-called “speciesism”,³ manifested in the many cruel forms of animal exploitation, whether they are slaughterhouses, circuses, bullfights, laboratory researches, etc.

The present work uses the case study method, in this case, the “invasion” of the Royal Institute by activists, with the intention of rescuing the animals that served as guinea-pigs in drug testing. The objective is to analyze the legal-criminal consequences of this “direct action”, to identify if the conduct of the activists can or not be considered a typical conduct.

Initially, there will be an analysis about the facts and of the criminal type described in § 1st of the art.32 of the Federal Law n.9605/98, to conclude if the Royal Institute, when using animals in their scientific experiments, was or was not committing an environmental crime.

Afterwards, after analyzing the possibility of the animals being considered subjects of rights, in which case the activists would be protected by the excluding of unlawfulness of the legitimate defense of a third party.

¹ Post-doctor, Pace University Law School, New York, Doctor *Cum Laude*, Universidade Federal de Pernambuco, Master in Law, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Master on Sociology, UFBA. Associate Professor Associate (UFBA). Environmental Public Prosecutor in Salvador/BA.

² Master student on Animal Law at Universidade Federal da Bahia

³ In the words of the philosopher Sônia T. Felipe: “I suggest at least two kinds of speciesism: one, denominated here as elitist speciesism, which only considers to be morally relevant to be protected the interests of the rational beings, which in truth happens for them being members of the *Homo sapiens* species, even though animals are equally sentient. The other kind of speciesism, denominated *elective* speciesism, which considers morally relevant the interests of the animals, in case these animals bring out a kind of moral compassion, empathy and love.” FELIPE, Sônia T. From Moral Rights to Constitutional Rights: Beyond Élitist and Elective Speciesism. *Ethic@*, Florianópolis. v. 6, n. 2, pp. 202-223, Dec. 2007, p.207.

In addition, it is noted that the present work seeks to analyze the possible crimes committed in the “invasion” of the Royal Institute and their possible exclusionary, in light of the Brazilian criminal system.

1. CONSIDERATIONS REGARDING ARTICLE 32 OF ACT N.9605/98

In October 18th of 2013, approximately 200 activists in favor of animal rights entered without authorization the Royal Institute, a laboratory located in the city of São Roque, in the state of São Paulo, which performed drug tests in mice and dogs of the beagle breed. The objective of the group was to rescue these animals, under the allegation that the same were suffering constant mistreatments, including having a complaint at the Public Ministry in the year of 2012 about the matter. “At the place, mutilated animals and frozen bodies were seen.”⁴ It is important to notice that the aim of such research was to “verify the existence of possible adverse reactions, like vomiting, diarrhea, loss of coordination and even convulsions. According to the complaint of 2012, in many of the researches, the dogs end up sacrificed even before completing one year of age.”⁵

The action of the activists generated national and international repercussions, raising the question if human beings have or not the right to exploit animals for research purposes for our own benefit. As a result, it was sanctioned in the state of São Paulo the Act n.15316,6 of January 23 of 2014, which prohibits the use of animals in the development of cosmetics, perfumes and products of personal hygiene. It is observed, then, that it is real and urgent the need in reviewing all the forms of animal exploitation, so as to question the anthropocentric-speciesist moral tradition.

The article 32 of the Act n.9605, which covers mistreatments and animal experimentation, says the following:

Art. 32. To practice act of abuse, mistreatments, hurt or mutilate wild, domestic or domesticated animals, native or exotics: Penalty: detention of 3 (three) months to 1 (one) year,

⁴ FOLHA POLÍTICA.ORG. *Instituto Royal quer punir ativistas por crimes de dano e furto*. Available in: <http://www.folhapolitica.org/2013/10/instituto-royal-quer-punir-ativistas.html>. Accessed in: 12.07.2014.

⁵ OLIVEIRA, Carlos. *Manifestantes invadem laboratório e retiram cães em São Roque (SP)*. Uol Notícias Cotidiano. Available in: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/18/manifestantes-fazem-protesto-em-frente-a-laboratorio-em-sao-roque-sp.htm>. Accessed in: 15.07.2014.

⁶ BRASIL. *Lei estadual n. 15.316*, de 23 de janeiro de 2014. Forbids the use of animals for the development, experiment and testing of cosmetic and personal hygiene products, perfume and its components, and gives other arrangements. Available in: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15316-23.01.2014.html>. Accessed in: 25.07.2014.

and fine; § 1st Incurs in the same penalties who performs painful cruel experiments on a live animal, even if for educational or scientific aims, when there are alternative methods available (our emphasis); § 2nd the penalty is increased from a sixth to a third, if the animal dies.⁷

The precarious condition to which the animals were submitted in the Royal Institute laboratory was confirmed in an inspection done in March of 2013, when there was a complaint to the Public Ministry.

In the evaluation of the biologist Sérgio Greif:

[...] the odor of feces and the barking created a stressed and unhealthy condition. (...) The cages are put at a certain distance from the floor, in order to ease the cleaning, however, at the time of inspection, it was verified that in the room where the males were kept the floor of the cages was already dirty with feces and step on by the animals, and that it would be on such location that the dogs would spend the night, in other words, the dogs necessarily would have to sleep on their own feces.⁸

Thus, the official report indicates that the dogs suffered constantly in the imprisonment conditions, which was also verified by the activists, who rescued hurt and mutilated animals.⁹ In addition, cries and barks of the animals could be heard by the neighbors and people outside of the establishment. Hence, the referred crime remains configured, since that there are proven alternative methods for such tests, which makes the aforementioned tests unnecessary, and therefore, illegal.

Still, it is warned that tests on animals are not capable of offering enough precision so that such reactions can be compared with those of the human organism. So, tests on cultured cells and models with human material are surely more efficient and economically viable.

It is important to note that the concept of wellbeing is related to the characteristics of sentient non-human animals, that is, has “prompt relation with other concepts, such as: needs, liberties, happiness, adaptation, control, ability to foresee, feelings, suffering, pain, anxiety, fear, boredom, stress and health.”¹⁰

⁷ BRASIL. *Lei n. 9605*, 12 de fevereiro de 1998. Disposes on the criminal and administrative penalties derived from conducts and activities harmful to the environment, and provides other arrangements. Artigo 32, §1º. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Accessed in: 24.01.2014.

⁸ BARROS, Ana Cláudia. *Parecer solicitado pelo MP aponta "condição insalubre" em um dos canis do Instituto Royal*. Available in: <http://noticias.r7.com/sao-paulo/parecer-solicitado-pelo-mp-aponta-condicao-insalubre-em-um-dos-canis-do-instituto-royal-28102013>. Accessed in: 13.07.2014.

⁹ FOLHA POLÍTICA.ORG. *Instituto Royal quer punir ativistas por crimes de dano e furto*. Available in: <http://www.folhapolitica.org/2013/10/instituto-royal-quer-punir-ativistas.html>. Accessed in: 12.07.2014.

¹⁰ BROOM, D.M.; MOLENTO, C.F.M. *Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas – Revisão*. Archives of Veterinary Science v.9, n.2, p.1-11, 2004, p. 1.

However, when interpreting the device in question, one can note the presence of technical and legal errors, which, by the way, can be observed in various parts of the mentioned law. Many authors, for example, defend the suppression of the terms “acts of abuse”, “mistreatment”,¹¹ “hurt” and “mutilate”, for simply “practice act of cruelty”, which would encompass all the others. According to Laerte Fernando Levai, mistreatment and cruelty can be considered as equivalent terms in their essence, for they are “criminal conducts contrary to the elemental principles of civilization and humanity.”¹²

We understand, however, following the principle of specificity of types and basing on the essence of the concept of wellbeing, that the writing of the article 32, caput, of the Law of Environmental Crimes should be amplified, to include other actions, such as practicing act of abuse, mistreatment, hurting or mutilating a wild, domestic or domesticated animal, native or exotic, including, among other conducts, abandoning, leaving the animal with no food, water or veterinary treatment, force it to work excessively, keep it in an unhealthy place or that prevents its movement or rest, or that it has no access to air or light.

Now, in regards to the first paragraph of the referred article, which deals with the researches done in live, sentient¹³ animals, says that “incurs in the same penalties who performs painful or cruel experiment in a live animal, even if for educational or scientific goals, when there are alternative resources.” The expression “alternative resources” is a normative element of the type, “for which comprehension it is necessary the aid of an ethical or legal valuation”,¹⁴ and from that results that it is enough to exist an alternative method to the use of animals for the conduct

¹¹ In the definition of Luiz Régis Prado, “mistreatment is the inappropriate, excessive use of the animal, aimed so that the latter extrapolates its own limits – physical and mental – to satisfy the interests or the will of the human being. The excessiveness can be perceived by the physical suffering showed by the animal, by the found fatigue.” In: PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o Ambiente: Anotações à Lei n. 9.605/98*. São Paulo: RT, 1998, p.51.

¹² LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2 ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004, p. 28.

¹³ By “sentience” it is understood as the capacity of a living being in feeling pleasure or pain. About suffering, the philosopher Sônia T. Felipe thus asserts: “To be able to say that a being has the capacity to suffer, to which one can designate the “capacity to notice the loss”, such must show, in some way: 1) a sensitivity for the events that affect one’s own organism; 2) an awareness of that affect, or, in other words, a kind of perception of one’s own affective experiences, which has increased, in the majority of sensitive beings, in what we call 3) memory, which makes one apt to retain or keep the register of information of past experiences, and of 4) imagination or ability to organize the sensitive experiences, the images of memory and the conscious recollection of them so as to prevent oneself from risky situations in the present. When such capacity presents itself in an even more elevated form, the individual can, still, present another ability, namely, that of 5) organizing acts in relation to not only the present but as well as the future, thus demonstrating, that it has 6) temporal awareness of itself, which characterizes its preference in staying alive and not by the situations in which it risks itself to die. All these abilities are present in higher or lower degree in all sensitive animals. The difference between humans and non-humans, in what refers to such experiences, is, then, of degree and not of kind, a thesis presented by Darwin and embodied by Singer in his ethics in defense of animals.” FELIPE, Sônia T. *Por uma questão de princípios: Alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais*. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2003, p. 113.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 447.

to be criminal.

However, when interpreting the Decree n.6899, of 2009, it is understood that such expression, contained in the article 32, §1st of the Act of Environmental Crimes, would be a blank criminal norm, in other words, that which presents a complement situated outside the type, an idea that is wrong, since it considers as alternative methods both those that use animals (3R's doctrine) as well as those that do not use animals, according to its 2nd article:

Art. 2nd – in addition to the definitions foreseen in the Law n.11794 of 2008, it is considered for the effects of this decree: II – alternative methods: validated and internationally accepted procedures that guarantee similar results and with reproducibility to achieve, whenever possible, the same aims of the procedures substituted for methodologies that: a) do not use animals; b) use species of inferior orders; c) employ the minimal number of animals; d) use organic systems ex vivo; e) minimize or eliminate discomfort.¹⁵

It is understood, then, that the referred dispositive is unconstitutional, being the correct and plausible interpretation of the law to consider the §1st of the art. 32 a normative element of the type, and not a blank criminal norm, in which the interpretation would be conditioned to that exposed in the Decree n.6899/09, and therefore, the use of non-human animals, and more, the cruel conduct against them, would be permitted. And with this, the direct consequence for the case of the Royal Institute is that of, taking into account the expression “alternative methods” contained in the Decree n.6899/09, the laboratory would not be committing any crime, as it allows the use of animals. However, it does not proceed, for the article 2nd of the decree is clearly unconstitutional, once that, by allowing vivisection as an alternative method, ends up violating what is claimed in the article 225, §1st, VII of the Brazilian Federal Constitution:

Art. 225: All have the right to an ecologically balanced environment, a good of common use of the people and essential to the healthy quality of life, being imposed upon the Public Power and the collectivity the duty to defend it and preserve it for the present and future generations. §1st – To ensure the effectiveness of this right, it is incumbent to the Public Power: VII – protect the fauna and the flora, vetoed, in the form of law, the practices that put in risk their ecological function, provoke the extinction of species or submit animals to cruelty. (our emphasis)¹⁶

¹⁵ BRASIL, Decreto n. 6899, de 15 de julho de 2009. Artigo 2º. Collocates about the composition of the National Council of Control of Animal Experimentation - CONCEA, establishes the rules for its functioning and of its Executive Secretary, creates the Register of Institutions for Scientific Use of Animals - CIUCA, through the regulation of the Law nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, that disposes about procedures for the scientific use of animals and provides other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6899.htm. Accessed in: 20.07.2014.

¹⁶ BRASIL, *Constituição Federal*. 1988. Artigo 225, §1º, VII. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Accessed in: 24.06.2014.

Hence, “the constituent reveals in a clear manner their worries with the welfare of non-human animals and the refutation of a merely instrumental vision of animal life.”¹⁷ According to the understanding of Heron Gordilho:

If the constituent wanted to (...) just to indirectly protect the common sentiments of pity of the collectivity, the item VI, of art.225, of the FC should have the following wording: “protect the fauna and the flora, vetoed, in the form of law, the practices that put in risk their ecological function, or provoke the extinction of species, or violate the common sentiments of pity of the collectivity, submitting the animals to cruel practices.”¹⁸

Certainly, the article 225, §1st, item VII, of Republic’s Constitution is a protective shield of the animal dignity, constituting itself in a principle of the anti-speciesist, planting the seeds of a post-humanist paradigm of interpretation/application of the constitutional text.¹⁹ Any dispositive that violates this precept will be unconstitutional, since cruelty cannot be permitted, as it happens with the 2nd article of the Decree n.6899/09, which brings a distorted definition of what would be the alternative method, with the objective of allowing animal experimentation as it is done actually, since, in its item “c”, considers also as alternative method the “reduced” use of animals, in other words, brings subjectivity and gives rise so that the same experiments may continue to be performed.

Finally, it is important to highlight that the Public Ministry investigates such environmental crimes that were being committed inside of the Royal Institute, even because, considering that the expression “alternative resources” expressed in article 32, §1st of the Act n.9605/98, refers to a normative element of the type.²⁰

Thus, there were no doubts that the Royal Institute and their agents were in a state of flagrant violation of the crime of practicing act of abuse and mistreatment against the animals, which were in terrible welfare conditions, in addition to being submitted to painful and cruel experiments for scientific aims, when there were alternative resources for this practice.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental - Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: RT, 2011, p. 244.

¹⁸ GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008, p. 141.

¹⁹ DAWKINS, Richard. Gaps in the Mind. In CAVALIERI, Paola & SINGER, Peter (Ed). *The Great Ape Project.: Equality Beyond Humanity*, New York: St. Martin’s Press, 1993. p. 81.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

2. CRIMINAL IMPLICATIONS OF THE ANIMAL EXPERIMENTATION

With the advent of the Act n.9605/98, vivisection stopped being a right, and came to be a typical conduct, except when it was demonstrated that, for the objectives of a determined research, there were no alternative resources. In these cases, the absence of alternative resources constitutes cause of exclusion of the anti-legality.

The nucleus of the type, however, is the performance of the painful or cruel experiment in a live animal, where the concept of pain goes way beyond the mere physical pain suffered by the animal in the moment of the procedure, including the angst suffered before and after the procedure. In light of the §2nd, of art.32 of this law, if the animal comes to die, the penalty will be increased from a sixth to a third.

On the other hand, the cruelty foreseen in the type, as it occurs in the crime of homicide, has relation with the method employed in the process of vivisection, being understood as a means that makes the animal to suffer beyond necessary by submitting it to a degrading condition.

The neuro-anatomy has already demonstrated that all vertebrate animals possess a very similar morphological organization, constituted of spinal chord, brain stem, brain and cerebellum, and the nervous system of these animals have the same function of promoting the mediation between the mind and the behavior.

It is that each group of vertebrates have their mental functions developed in accordance to their evolutionary degree, so that pain, a disagreeable or distressing sensation caused by an anomalous state of the organism, is a process common to all the members of that class,²¹ not existing any scientific proof that humans feel more pain, or that suffer more than the animals.

It seems to us very clear that this type reveals that the legislator explicitly recognized that, having alternative resources, the use of animals in scientific procedures must not be done, unless the scientist proves that the use of animals is entirely indispensable, and even when this happens, he/she is legally obliged to use the minimal amount possible of animals and all the available means to cause the less amount of pain and suffering to them.

It is, in reality, an abnormal type, for aside the nucleus and the descriptive elements, it contains a normative element, which is the existence of “alternative resources” that may avoid pain and suffering of the animal.

²¹ LEVAI, Tamara Bauab. *Vítimas da ciência*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001. p. 17-18.

As a normative element, however, the expression “alternative resources” demands that the legal operator turn to extra-legal elements and to value judgments for its comprehension.

It is important to notice that, in 1959, the zoologist William Russell and the microbiologist Rex Burch published the book *The principles of humane experimental technique*,²² in which they establish the foundations of the denominated theory of the three R’s, which proposes the substitution of the use of superior animals for forms of life phylogenetically more primitive or for simulations (*replace*). When this is not possible, the number of animals, specimens and procedures to achieve the objectives of the work must be diminished (*reduce*), and alter the existing procedures using techniques to minimize pain, despair and the discomfort of animals (*refine*).

Although this theory has obtained a strong political impact, having been even immediately incorporated by the *Royal Commission of Ethics* of the United Kingdom, and adopted by the United States for the liberation of funding in research projects in biomedical areas, many consider that it just legitimizes the realization of cruel procedures against animals.

Depending on the priority that the author gives to each one of the three R’s, it is possible to identify at least three definitions of alternative resource: the first understands that it consists in the *reduction* of the use of the animals; the second in the reduction, or abolition, of the amount of pain and suffering of the animals (*refine*); and the third in the substitution of the animal experimentation for techniques such as cell culture, computer simulations, that dismiss the use of animals as guinea-pigs (*replace*).²³

We believe that the theory of the 3R’s must be substituted by the theory of one R only: the R of *replacement*. If the experiment, however, is done in an animal that is already ill, for its own benefit, we understand the conduct to be atypical, as long as it is preceded of the necessary cautions that avoid the suffering of the animal. Nothing stopping, though, that the data obtained from such procedures may be used in researches that benefit humans.

²² RUSSEL, William. *The principles of humane experimental technique*. Available in: http://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://altweb.jhsph.edu/pubs/books/humane_exp/hettoc&prev=/search%3Fq%3DThe%2Bprinciples%2Bof%2Bhumane%2Bexperimental%2Btechnique%26biw%3D1366%26bih%3D657. Accessed in: 10.06.2014.

²³ RUSSEL, William. *The principles of humane experimental technique*. Available in: http://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://altweb.jhsph.edu/pubs/books/humane_exp/hettoc&prev=/search%3Fq%3DThe%2Bprinciples%2Bof%2Bhumane%2Bexperimental%2Btechnique%26biw%3D1366%26bih%3D657. Accessed in: 10.06.2014.

Michael Fox proposes the following ethical consideration for the utilization of animals in scientific researches: if the pain and the suffering of the animal is bigger than the amount of pain and suffering that a human could take under the same conditions, the experiment must not be allowed.²⁴

Still, the definition of “alternative resources” has been the object of various controversies in the legal field. On one side, there are those who believe that alternative resources are those of anesthetic nature, so that all and any experiment with animals that have educational and scientific goals must be considered atypical if the animal is properly anesthetized; and on the other side, those who affirm that the resources are only alternative when they replace the animals for another scientific technique.²⁵

The first position, however, seems to us wrong, meeting with values consolidated for a long time before the international community. The simple use of the anesthetic procedure cannot be considered an alternative resource, as this demand was already foreseen in art. 3rd, I of the Law n.6638/79, and the return to such position would constitute in a step backwards that does not consistent with the new constitutional order of the country.

What the new law of environmental crimes intends to is – as exemplified by some more civilized countries – to prohibit the practice of the procedure that provokes pain or suffering to animals, except when there are no alternative techniques or methods. This kind of procedure would be atypical only when used in *ultima ratio*, in the complete absence of alternative resources.

Some authors have a conservative stance on the issue, and believe that the scientific experimentation on animals is an “insuperable necessity in the current stage of development of science”, and that this criminal type will become dead letter or will constitute in a serious block for scientific development. It would have been better, asserts Paulo de Bessa Antunes, that the Executive Power had vetoed it, “avoiding extremely important embarrassments for scientists, researches and for the national and international legal words themselves.”²⁶ And using an *ad*

²⁴ FOX, Michael W. *Inhumane society: the American way of exploiting animals*. New York: St. Martin’s Press, 1990. p. 64.

²⁵ FREITAS, Wladimir de Passos; FREITAS, Gilberto de Passos. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Now according to Édis Milaré and Paulo José da Costa Júnior: “Thus, we do not believe that cats equally deserve all our consideration. On the other hand, are valid and legitimate the castration of the horse when it is extremely wayward, so that it becomes docile, or of the pig, in order to fatten it.” In: MILARÉ, Édis; COSTA JR., Paulo J. da. *Direito penal ambiental*. Campinas: Millennium, 2002. p. 88.

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 913-914.

absurdum argument, concludes”

[...] the alternatives always exist. The scientist could make experiments of new drugs and medicines directly in human beings or, even not test them! Or still, we could make tests of pesticides and poisons against harmful animals in children, for example.²⁷

It just so happens that no child needs to ingest pesticide or poison so that scientists can discover the degree of toxicity of a product, as there are already more than 300 alternative resources available in the market that dismiss the use of animals in toxicity tests.

Certainly, the word “alternative” derives from the Latin *alter* (other) and means a choice between two or more options – the truest or the most convenient – so that the initial objective of an alternative resource must always be the replacement of animal experimentation for another that does not use animals.

Science, while it searches for “truth”, does not possess any special guarantee of exclusive treatment in its discourse or scientific conduct. Like with other human endeavors, it is a social activity that cannot be characterized as a movement with a precise direction towards the ideal of truth, and even if it were, the true discourse would not be more protected than the false discourse.²⁸

For Cochrane, the strong points of the human and animal interests in avoiding pain are equivalent, since, as many philosophers have claimed, pain is pain, does not matter what or who feels it. As such, it cannot be justified the painful experimentation on animals by only appealing to its contribution to the progress of medicine, for human experiments are normally morally unjustifiable, because human beings have the right to not be submitted to painful and invasive procedures. Since animals also have a strong interest in not being made to suffer, it is not clear why the animal interest cannot also be translated into a right to not be submitted to painful experimentation.²⁹

Whatever the case may be, art. 32, §2nd, of Law n.9605/98, expressly prohibits the use of animals in scientific procedures, except when the research has fundamental importance for public health and it is demonstrated that for such objective there are no alternative resources available.

²⁷ Ibid.

²⁸ KELCH, Thomas. Animal experimentation and the first amendment. 22 Western New England L. Rev. 467, 2001.

²⁹ COCHRANE, Alasdair (2007) *Animal rights and animal experiments: an interest-based approach*. Res publica, 13 (3). pp. 281.

If we consider that the function of the criminal law is to protect legal goods, which are the values considered worthy of tutelage, such as life, freedom and the patrimony, the criminal norm incriminates the conducts that expose to danger or cause lesions unto these goods, even if this protection, says Urs Kindhäuser, does not refer to these goods directly, but to their relation with their title holders.³⁰

The legal good, however, is not confused with the material object of the crime, which is the thing, or person, unto which the conduct (action or omission) falls into the real and causal plane, whereas the passive subject of the crime is the title holder of the offended legal good.³¹

The traditional doctrine believes that in the crimes against fauna the animals are simply the material object of the type, since the protected legal good in reality is the right of all to an ecologically balanced environment. Parting from a less anthropocentric ideological stance, however, some authors affirm that the animals are the true holders of the protected legal goods, and that they possess intrinsic value regardless of the economic or scientific value that they may represent for human beings.³²

3. NON-VIOLENT RESISTANCE

“Direct action” is a form of activism that uses direct methods to produce desirable changes or stop unwanted practices in society, instead of doing so through political representatives or resources at the legal system. Strikes, protests, road blocking, territorial invasion, boycotts, and even civil disobedience, are some examples of direct action.

In 1963, Martin Luther King Jr. described the objective of the (ADNV), in his “Letter from the Prison in Birmingham”: “The non-violent action seeks to create a crisis and feed such tension that the community, who constantly refused to negotiate, is forced to face the facts. It is then consequently sought to dramatize the happenings, in such a way that they cannot continue to be

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 9.

³¹ SOUZA, Paulo Vinicius S. de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 50, p. 62, set./out., 2004.

³² Ver BUOMPADRE, Jorge. O Crimes contra a fauna na república Argentina. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n.15. Salvador: Evolução. 2014. CHIESA, Luis. *Das pessoas e do direito penal: a personalidade como pré-requisito para vitimização*. Revista Brasileira de Direito Animal n.14. Salvador: Evolução. 2013. BENJAMIN, Antonio H. V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL: a proteção jurídica das florestas tropicais, 3., 1999, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IMESP, 1999, v. 1. p.72.

ignored.”³³

The classical forms of non-violent civil disobedience are the sentinel vigils, a tactic that was already used by animal rights’ activists in 1984, when 100 of them, including Tom Regan, occupied the building of the National Health Institute seeking to stop the financing of a new laboratory at the University of Pennsylvania. It is also included in this category the invasion of research facilities (causing the least amount of damage possible) to obtain information and free the animals.³⁴

It is important to mention that “the right to resistance, including in its expression of civil disobedience, is a self-defense mechanism of the democratic society, rebelling against unfair laws and governments. It enables the exercise of civil, social and political rights, for society and the Law are dynamic.”³⁵ It is called right to resistance that which:

Right acknowledged to the citizens, in certain conditions, of refusal to obey and of opposition to the unjust norms, to oppression and to revolution. Such right is concretized by the repulse to constitutional precepts in discord with the popular notion of justice; to the violation of the ruler of the idea of right that it proceeds the power which prerogatives it exerts; and by the will in establishing a new legal order, in face of the lack of echo of the current order in the legal consciousness of the members of the collectivity. The resistance is legitimate as long as the order that the power intends to impose is false, divorced from the concept or idea of right imperative within the community. The right to resistance is not an attack on authority, but a protection of the legal order that is founded on the idea of a good to be done. If the power despises the idea of the right, the resistance will be legitimate, however it is necessary that the oppression is shown, intolerable and without remedy.”³⁶

In addition, “the civil disobedience in the Brazilian constitutional perspective stems from the open constitutional clause, which admits other rights and guarantees, and of the principles of the adopted regime (art. 5th, §2nd, FC) and is linked especially to the principles of proportionality and of solidarity, which allow protests against acts that violate these principles of the political order.”³⁷ In this sense, according to art. 5th, §2nd, FC, there is a constitutional opening for the right of resistance in which other rights would also be encompassed.

The fundamental elements that indicate the presence of the right of resistance in the

³³ KING JR., Martin Luther. *Stride Toward Freedom: the Montgomery Story*. New York: Harper & Row. 1958.

³⁴ GARNER, Robert. *Animals, politics and morality*. Manchester University Press. 1993, p.216.

³⁵ TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. *Direito de resistência e desobediência civil: análise e aplicação no Brasil*. Available in: <http://jus.com.br/artigos/22230/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil#ixzz3Am4DYIrd>. Accessed in: 10.06.2014.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 181-182.

³⁷ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência*. Available in:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/index>. Accessed in: 19.08.2014.

Constitution necessarily refer to the values of human dignity and to the democratic regime. The fact that it is not mentioned in the constitutional text does not mean that an element is excluded from the legal reality. These constitutional guarantees seek to heal and correct unconstitutionality or illegalities and abuses of power.³⁸

It is indispensable to mention, in this case, that the “invasion” of the Royal Institute can be considered as a direct non-violent action (ADNV), in other words, an act that is based on immediate methods to produce desirable changes or stop undesirable practices in society, being supported by the right of resistance. Its main cause is the indignation of minorities before an injustice, finding in this instrument as the only effective means to guarantee social changes.

In the definition of Sônia T. Felipe:

The *Direct Action* is a kind of active boycott that seeks the abolition of a practice, with no belief that it will be abolished immediately, for it is only a target of such actions the truly institutionalized practice, that is, that which has roots spread through the entire consumer culture of said society. (...) it is an act of civilian intervention in a determined practice, resulting in the impossibility of it continuing to exist in the following moment in the location where the intervention happened. And, that is the question mark! It is an always punctual action, without being able to conduct to an interruption of that practice in all similar locations, precisely because that practice still is instituted in society, in the laws and in the convictions of society. And that is what needs to be deconstructed.”³⁹

Thus, in the present case, the objectives of the action were, besides rescuing the mistreated animals in the laboratory (punctual action), to defend the abolition of experimentation on non-human animals in general, for it being an immoral practice, even if rooted within the scientific community. “The incompetence or negligence of the legislator can bring him/her to the creation of irregular laws, which will betray the most significant of the missions of the Law, which is that of spreading justice (...). A coefficient of the unused laws stem from the nature of the unjust laws.”⁴⁰

In the case of a non-violent action, which recognizes the supremacy of the State and the observance of the legal order,⁴¹ the direct non-violent action is more than a re-vindication of

³⁸ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência*. Available in:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/index>. Accessed in: 19.08.2014.

³⁹ FELIPE, Sônia T. Objeção de Consciência, Desobediência Civil e Ação Direta. *Pensata Animal – Revista de Direitos dos Animais*. Available in: <http://www.pensataanimal.net/pensadores/152-sonia-t-felipe/397-objecao-de-consciencia-desobediencia-civil-e-acao-direta>. Accessed in: 28.07.2014.

⁴⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 165.

⁴¹ COSTA, Vanessa M. A desobediência civil na defesa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Ano 6, vol. 8. pp. 315-357. Salvador: Evolução, jan-jun 2011, pp. 317-319.

rights; it is a concrete act for these rights. “Basically, people resort to a direct non-violent action after various failed attempts in solving institutionalized conflicts.”⁴²

In the case at hand, the laboratory had already been accused of mistreatments, including there being complaints at the Public Ministry, however the problem was not solved, being that the research activities continued normally, without inspection, perpetuating the suffering of the animals imprisoned there. For the activists, there was no other alternative than to enter the establishment to stop that such crime continued to occur.

As a consequence, the immediate result of that direct non-violent action was “the saving of that group of animals, the repercussion in the media, the debate about the issue finally being lifted, the act being criticized, or approved, the arguments being herded to sustain the practice, or to sustain its abolition.”⁴³ The action itself was a message to the population, with the intention of disclosing the need for changes that can adequate the normative order to the socio-political reality of society.

4. EXCLUSIONARY CRIME

In relation to the case at hand, that is, the “invasion” of the Royal Institute, there are two theses that aim to defend the activists: one supra-legal exclusionary because of guilt (for unenforceability of adverse conduct), and an exclusionary illegality or anti-legality, the legitimate defense, which will be analyzed below.

4.1. SUPRALEGAL EXCLUSIONARY BECAUSE OF GUILT

As the exclusionary due to culpability,⁴⁴ there needs to make some initial notes. The term

⁴² In the original: “In essence, people turn to nonviolent direct action after the institutionalized ways of settling disagreements are unsuccessful”. HUNTER, Daniel. *The power of nonviolent direct action*. Available in: <http://www.newtactics.org/TheDilemmaDemonstration>. Accessed in: 27.07.2014.

⁴³ FELIPE, Sônia T. Objeção de Consciência, Desobediência Civil e Ação Direta. *Pensata Animal – Revista de Direitos dos Animais*. Available in: <http://www.pensataanimal.net/pensadores/152-sonia-t-felipe/397-objecao-de-consciencia-desobediencia-civil-e-acao-direta>. Accessed in: 28.07.2014.

⁴⁴ The excluding of guilt, according to the Criminal Code, are the following: a) error ban de (art. 21, caput do CP); b) irresistible moral coercion (art. 22, 1ª parte, CP); c) hierarchical obedience (art. 22, 2ª parte, do CP); d) mental illness or insanity for incomplete or retarded mental development (art. 26, caput, do CP); e) unaccountability by criminal age minor (art. 27, do CP); f) insanity for complete drunkenness, from fortuitous even or force majeure (art. 28, § 1º, do CP). BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 25. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

“culpability” refers to a “judgment of social reprobation, incident about the fact and its author, the agent must be attributable, act in potential conscience of wrongfulness, as well as having the possibility and the enforceability to act in another manner.”⁴⁵ This way, there will be no censure towards the agent when another conduct is unenforceable, in determined circumstances, that is, the agent will be exempt from penalties.

The theory of unenforceability of diverse conduct as supra-legal cause of exclusionary of guilt is not positively valued in law, in other words, there are controversies in the doctrine and jurisprudence over the possibility of its incidence. “They are those that, although they are not expressly provided in some legal text, they are applied in virtue of the informing principles of the legal system.”⁴⁶

Luiz Flávio Gomes accepts this theory, and according to him, “the non-violent subtraction of animals from a laboratory could characterize a supra-legal cause of exclusionary of guilt (non-intolerable offense). Under this focus, the crime of theft would also be removed.”⁴⁷

However, Zaffaroni, contrary to this theory, thus asserts:

In face of the current positive Brazilian legislation, and of the way in which we have understood the hypotheses of innocence, we believe that it becomes totally unnecessary the search for an autonomous (?) of unenforceability of diverse conduct, which could have met historical demands already surpassed, but whose adoption, today, systematically undermines all the guilt.⁴⁸

In this sense, a jurisprudential example: “In our legal system it is not admissible the theory of supra-legal causes of exclusion of crime or of guilt.”⁴⁹ Has thus, that the thesis that it should be inserted the unenforceability of diverse conduct as general cause of exclusion of guilt in the law, was not accepted in reform of 1984, for if he wanted, the legislator would have mentioned this supra-legality in the legal text, which did not happen.⁵⁰

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 421.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Pausa para reflexão: Subtração de animais em laboratórios: justificável?*

Available in: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/10/21/subtracao-de-animais-em-laboratorios-justificavel/> . Accessed in: 30.10.2013.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 132.

⁴⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. HC 66192, Rel. Mil. Moreira Alves, j. em 21.06.1988.

⁵⁰ SOUZA, Danilo César B. de; ALVARENGA, Altair R. de. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de excludente da culpabilidade*. Available in: <http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/24/52>. Accessed in: 28.07.2014.

Hence, it is not understood as reasonable to utilize the referred supra-legal cause as foundation for the thesis in favor of the activists that entered the Royal Institute, since it was not received by the Criminal Code. In addition, it is impossible to ignore the fact that the case at hand involved a crime on the laboratory's part, that is, remains configured for a flagrant of continuing offense, and the activists chose that which entails the legitimate defense of legal interests in danger.

4.2. EXCLUDENT OF ILLICITUDE: LEGITIMATE DEFENCE

The legitimate defense is an institution of the Law capable to exclude the anti-jurisdiction of a typical fact, having as the main focus the *animus defendendi*, in other words, it is a defense against a reproachable conduct against a third party. According to the Brazilian Criminal Code, in its article 23, II, "there is no crime when the agent practices the fact in legitimate defense." Based on the article 25 of the same document, "it is understood has legitimate defense who, moderately using the necessary means, repels an unfair aggression, current or imminent, to himself or someone else."⁵¹

This way, three requisites are highlighted so that legitimate defense can be legal: the unjust aggression, current or imminent, the repeal with the necessary means and the moderate use of such means, which was properly observed in the aforementioned case, in which there had been an actual aggression, being that the activists used only the means necessary for the rescue of the animals, without the use of violence. One can conceptualize aggression as:

[...] the human conduct that damages or puts in danger a good or an interest legally subordinate interest. It is irrelevant that the aggression does not constitute a criminal offense. The aggression, however, cannot be confused with provocation from the agent, its intensity must be considered to value it adequately. (...) The reaction must be immediate to the aggression, as the delay in the repeal mischaracterizes the institution of legitimate defense. If the danger is gone, it ceased to exist, and can no longer base the legitimate defense, which would be justified to eliminate it.⁵²

Regarding the legal interests encompassed by the self-defense, Zaffaroni and Pierangeli expose that: "The defense of oneself or of another encompasses the possibility of legitimately

⁵¹ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigos 23, II e 25. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 247.

defending any legal interest.”⁵³

In addition, the self-defense related to the flagrant offense withdraws the crime from who is defending the legal interest in danger. The article 303 of the Code of Criminal Procedure thus disposes: “In the permanent infractions, it is understood that the agent in flagrant offense while it does not cease the permanence.”⁵⁴ In the case at hand, it remained configured a permanent crime – whose consummation extends in time – of mistreatment of animals, which could be stopped by any person at any moment.

The article 32, §1st of Act n.9605/98 is clear when establishing that the researches on animals can only be done when there are no alternative resources, which is not the case. Inclusive, it is known that basically all the tests performed on animals already have alternatives, actually. The Royal Institute performed toxicity tests on animals, so as to observe possible adverse reactions of new medicines (even claiming, without proof, that some drugs were aimed to cure cancer). According to Sergio Greif:

This way, for example, a determined toxicological test whose experimental design normally demands the use of different animal species can, successfully, be replaced by a battery of tests on cells of different lineages and following different methodologies. Physical-chemical techniques can be applied to identify the different components of a drug and, like this, refine the tests. Computerized and mathematical models, as well as placentas obtained from maternity centers, can aid in the understanding, for example, of how the drug will be distributed through the organism and how will be its absorption.⁵⁵

Therefore, it can be affirmed that the tests done in the Royal Institute are unnecessary, that is, that there are more efficient alternative methods with results, since it can be used human material. Thus being, the self-defense fits perfectly within the case, excluding the wrongfulness of the act of the activists. In addition, being proven the mistreatments (which was in fact found by the official report and by the activists), the laboratory must incur in the penalties of art. 18 of Law n.11794, of 2008:

Art. 18. Any person that executes in an inappropriate form activities regulated by this Law or participates in procedures not authorized by the CONCEA will be liable of the following

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 504.

⁵⁴ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Artigo 303. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Accessed in: 22.07.2014.

⁵⁵ GREIF, Sérgio. *Métodos alternativos*. Contato Animal. Available in: <http://contatoanimal.blogspot.com.br/2012/02/metodos-alternativos-por-sergio-greif.html>. Accessed in: 13.07.2014.

administrative penalties: I – warning; II – fine of R\$ 1.000,00 (a thousand reais) to R\$ 5.000,00 (five thousand reais); III – temporary suspension; IV – definitive prohibition for the exercise of the regulated activity in this Law.⁵⁶

It is shown then that it doesn't make sense the argument that considers the act as a crime in name of the supposed necessity that the scientific community has in performing tests for new drugs.

In addition, it is noteworthy that the laboratory in question, up until the date of the “invasion”, was not accredited with the CONCEA (National Council of Control of Animal Experimentation), which only happened in August 29th of 2013, in other words, two months before the event. More one reason to justify legitimate defense, since there was no inspection of such tests on sentient animals.

In this case, it is important to analyze one of the requirements for legitimate defense, which is to repel aggression to oneself or unto another. In the matter at hand, what happens is aggression “unto another”, which refers to the animals used in the Royal Institute. It fits to justify that such beings can and must be framed in this case, not just human beings.

For Criminal Law, the “passive subject” of the crime is the holder of the damaged or threatened legal interest by the criminal conduct; it is the being over which fall the direct or indirect consequences of the practiced conduct. Whereas the so-called “material objects” are corporeal objects (person, thing, animal), and in the case of offenses against the fauna can be: the specimens of wild fauna, nests, shelter, natural breeding sites, eggs, larvae and products originated from the wild fauna.

For a big portion of the doctrine, the passive subjects of the wildlife offenses would be the State and the collectivity; the animals would not be subjects of rights, but mere material objects. This positioning certainly should not prevail, for especially in relation to the article 32 of the Act n.9605/98, which forbids acts of mistreatment, it is inadmissible to not consider the animals as victims of a crime directly committed against them.

In this sense, it is important to yet again mention that the Brazilian Federal Constitution, by vetoing the practice of cruel acts against any animal (article 225, §1st, VII, FC), it undeniably sought

⁵⁶ BRASIL, Lei n. 11.794, de 08 de outubro de 2008. Regulates item VII of § 1st of art. 225 of the Federal Constitution, establishing procedures for the scientific use of animals; revokes Law no 6.638, of 8 of May of 1979; and gives other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Accessed in: 18.07.2014.

to protect their “physical integrity”, tutoring them as sentient beings that have the right to not suffer. “That way, it seems, the constitutional order is recognizing the life of the non-human animal and Nature in general as an end in itself, so as to overcome or at least relativize the Kantian anthropocentrism.”⁵⁷

In the actual context, it is indispensable an analysis beyond the legal nature of the animals, established by man for decades. It is noteworthy that “life is not an attribute solely to man, but a generic good, innate and immanent to all that lives. And, under this lens the person has their rights imbricated in their condition of individual, and not just as a physical person with a civil identity.”⁵⁸

According to the understanding of Heron Gordilho:

If we take the Brazilian law seriously, we have to admit that the legal status of the animals is already halfway between property and legal personality, since the Constitution expressly unlinks them from the ecological perspective to consider them under the ethical focus, forbidding practices that submit them to cruelty.⁵⁹

In the text of article 12 of the Code of Civil Process,⁶⁰ are recognized rights and duties to certain aggregate equities, like the bankruptcy estate, the estate, building condominium, participation account and ordinary society, that is, while not people, they securitize subjective rights provided to depersonalized entities. Also the human beings considered unable (newborns, mentally ill, people in a vegetative state), can be represented in court through representatives or legal assistants.⁶¹ According to the author Bruno Müller:

[...] have fundamental rights those individuals that are sentient beings – beings that have an individual consciousness, even if in different degrees of complexity, for they are able to perceive direct threats to their lives; and also endowed with individual sensations of pleasure. Sentience is a

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental - Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: RT, 2011, p. 77.

⁵⁸ DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 1. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006, p. 120.

⁵⁹ GORDILHO, Heron José de Santana. *Abolicionismo Animal*. Salvador: Evolução, 2008, p. 122.

⁶⁰ BRASIL, *Código de Processo Civil*, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973: Art. 12 – Will be represented in court, actively and passively: I - the Union, the States, the Federal District and Territories, by its attorneys; II – the Municipality, by its Mayor or attorney; III – the estate, by the trustee; IV – the recumbent or unclaimed inheritances, by its curator; V – the estate by executor; VI – legal persons, for whom the respective statutes designating or not designating them for their officers; VII – the unincorporated, by the person who fits the administration of their property; VIII – the foreign Corporation, the administrator or representative of his branch, agency or opened or installed in Brazil (Art. 88, parágrafo único); IX – the condo, the administrator or liquidator. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Accessed in: 12.06.2014.

⁶¹ The representation is the manner by which it enables them to participate in legal transactions via another person (endowed with legal capacity).

defense mechanism typical of the animal world, which serves as an alarm to situations potentially harmful to the individual's life.⁶²

Thus, “subject of law” can be conceptualized as “every entity, whether it is a group of people, or universality property, which the law attaches legal capacity.”⁶³ Therefore, it is entirely possible to have legitimate defense in relation to legal persons and also to non-human animals.

The species to which the living being belongs to, the rationality, the language more or less developed, for example, cannot be used as arguments to not legally protect a living sentient being, which just like humans, has the right to the experience of living and to not suffer. Hence, though they cannot have a civil identity, they are holders of subjective rights due to the laws that protect them and to their condition as a living being.

From this stems that the legitimate defense fits perfectly in the case of protecting sentient non-human animals from a concrete danger, current or imminent, since that, in the condition of subjects of fundamental rights, specially life and physical integrity, they can and must have such rights guaranteed when avoiding damage to the protected legal right.

5. SUPPOSED COMMITTED CRIMES IN THE “ROYAL INSTITUTE” CASE

5.1. DAMAGE

The article 163 of the Brazilian Criminal Code thus disposes: “Destroy, disable or degrade another's thing: Penalty – detention of one to six months or a fine.”⁶⁴

In this case, it is important to highlight that the crime of damage is not applicable to the cases of mistreatment of animals, which in turn, is regulated in the article 32 of the Law n.9605/98. In other words, the legislator himself, when making this differentiation, made it clear that does not consider animals as things or objects.

⁶² MÜLLER, Bruno. Por que animais têm direitos?. In: *Visão abolicionista: ética e direitos animais*. org. Silvana Andrade. São Paulo: Libra Três, 2012, p. 37.

⁶³ SILVA, Tagore Trajano de Almeida, *Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual*. Salvador: Evolução, 2012, p. 208.

⁶⁴ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 163. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

In Brazil, until the Act n.5197,⁶⁵ of 1967 (Fauna Protection Act), the offenses committed against the animals were treated as crimes against property, the same being evaluated only on the basis of market values completely disassociated from their intrinsic value or of their importance to the maintenance of ecosystems.

With the advent of the Constitution of 1988, many authors claim the acknowledgement of animals as subjects of rights, no more as objects of property rights, but as subjects due to the “responsible ownership”, in which the individuals are the guardians of domestic animals, not being able to freely dispose of them, inasmuch as they possess inherent value.⁶⁶

It is important to mention, in this case, that although many criminal authors still consider animals as mere objects of the crime, there is a contradiction in the legal legislation, since neither the damage to an object is considered mistreatment, nor is the harm to an animal properly considered a crime of damage, typified in the article 163 of the Criminal Code. Thus, this concept is contrary to the general principle of property rights, in which an owner has the right to do what he/she wills to their property, including destroying or damaging it.

Consequently, the crime of damage cannot be applied to the indicted for the “invasion” of the laboratory Royal Institute, as the imprisoned animals are sentient species, in other words, are subjects of rights and not objects, that is, “things”. In the same way that the guardian of a domestic animal (pet) cannot mistreat it, the same is applicable to a legal person that performs scientific researches. To prove this, the first paragraph of the article 32 of Act n.9605/98 refers to the prohibition of cruel acts in these cases.

Now in relation to the damages to doors, walls and other obstacles that were broken/destroyed during the entrance of the group of activists into the laboratory, one cannot talk about crime, once the act is spanned by legitimate defense, that is, obstacles were only broken in order to concretize the rescue of the animals.

5.2. INVASION

Another supposed committed crime in the case at hand would be that of invasion, typified

⁶⁵ BRASIL, *Lei. n. 5.197*, de 03 de janeiro de 1.967. Disposes about the protection of the fauna and provides other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Accessed in: 10.06.2014.

⁶⁶ It is said, in this case, about subjects of moral rights. According to Bruno Muller: “the rights of animals are thus called because they are moral rights which are relevant not only to human beings, but to all animals. This is because they are rights that refer to basic interests, resulting from the manifestation of the individual’s nature itself – for, in ideal conditions, all sentient beings are born free and only survive if they are physically and psychically intact.” MÜLLER, BRUNO. Por que animais têm direitos?. In: *Visão abolicionista: ética e direitos animais*. org. Silvana Andrade. São Paulo: Libra Três, 2012, p. 39.

in the article 150⁶⁷ of the Criminal Code: “To enter or remain, clandestinely or craftily, or against the expressive or tacit will of whom of right, in a stranger’s house or within its dependencies: Penalty – detention, from one to three months, or fine.”

In relation to this crime, the term “house” encompasses not only the household of an individual, but also the establishment where professional activities are done. Thus disposes item III of the §4th of the same article: “The expression ‘house’ comprehends: compartment not open to the public, where someone exercises a profession or an activity.”⁶⁸

It would be a crime to enter in the establishment in question, namely, the Royal Institute laboratory, if not by the fact that such conduct was embraced by legitimate defense, which came disposed in article 150, §3rd, II, of the Criminal Code: “Does not constitute crime the entrance or permanence in another’s house or within its dependencies: at any time of the day or night, when some crime is there being practiced or in the imminence of being so.”⁶⁹

According to the literal interpretation of this article, the crime of invasion would be removed only in the case of a crime being happening inside of the house, that is, in the case of a flagrant direct offense. The other cases of flagrant offense would not be contemplated by this article. However, it must be clarified that the Federal Constitution, in its 5th article, item XI,⁷⁰ does not make a distinction in this regards, providing that it is allowed the entrance in another’s house in case of flagrant offense, not mentioning if it only in direct flagrant. This being, the activists ended by entering without authorization in the establishment, for being before a permanent crime in that place, of constant mistreatments towards the animals, being encompassed by the excluding of unlawfulness.

5.3. ROBBERY

The Brazilian Criminal Code, in its article 155, thus disposes about robbery, in this case via the items I and IV of the §4th:

⁶⁷ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 150. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁶⁸ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 150, § 3º, II. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁶⁹ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 150. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁷⁰ BRASIL, *Constituição Federal*. 1988. Artigo 5º, inciso XI. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Accessed in: 24.06.2014

Art. 155 – To subtract, for oneself or for another, another’s mobile thing: Penalty – reclusion, of 1 (one) to 4 (four) years, and fine. §1st – The penalty increases from a third, if the crime is practiced during the nocturnal rest. §4th – The penalty is of reclusion of 2 (two) to 8 (eight) years, and fine, if the crime is committed: I – with destruction or breakage of an obstacle to subtract the object; IV – by competition of two or more people.⁷¹

The activists that rescued the animals in the Royal Institute did so during the nocturnal period, with the destruction of obstacles in order to reach the room where the guinea-pigs were found, and through the competition of two or more people, which, therefore, characterizes the crime of robbery (art.155, §1st, §4th, I, IV, CC).

The main requisite of the referred article is precisely the so-called *animus rem sibi habendi*, in other words, the intention of having the object to oneself or for a third party with the purpose of definitive possession. In the case of the entry of the activists into the Royal Institute, it is clear that it does not configure the crime of robbery, since that there was no patrimonial purpose when seizing the animals, given that they intentioned only their preservation. This way, in face of the absence of the subjective element of the type foreseen in the article 155, of the Criminal Code, it is understood that such breach remains withdrawn.⁷²

In addition, as it was previously analyzed, the sentient animals, not being considered as “things”, cannot be object of this crime, in other words, they must be treated as subjects of rights.

5.4. ARBITRARY EXERCISE OF THEIR OWN REASONS

Another supposed crime practiced by the activists in the “invasion” of the Royal Institute would be that of arbitrary exercise of their own reasons, described in article 345 of the Criminal Code: “To take the Law into their own hands, to satisfy claims, although legitimate, unless the law allows it. Penalty – fifteen days to one month, or fine, besides the penalty corresponding to the violence.”⁷³

As is evident from analysis of the case under discussion, the activists acted with the objective of exercising legitimate claim, which is, saving the animals from the mistreatments

⁷¹ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 155. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁷² NETO, Francisco Sannini. *Invasores do Instituto Royal podem responder por três crimes*. Available in: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/invasores-instituto-royal-podem-responder-tres-crimes>. Accessed in: 17.07.2014.

⁷³ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 345. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

perpetrated by the Royal Institute. In the situation in which the animals were found, the protestors could no longer wait for the State to act.⁷⁴

Thus being, does not remain configured the crime disposed in article 345 of the Criminal Code, since they acted under the protection of the excluding of unlawfulness disposed in article 23, II of the same document. It seems to us that the activists acted within the civic right of non-violent resistance, moderately making use of the necessary means to save the animals that were being victims of a continuing offense. It being an act of citizenship, to defend the mistreated animals, as even after a complaint at the Public Ministry, the criminal activities did not cease, leaving only this conduct, the “invasion”, to rescue them, since there was no inspection at all in relation to the tests that were being done in the establishment.

5.5. CRIMINAL ASSOCIATION AND RECEIVING

The crime of criminal association, foreseen in the article 288, of the Criminal Code, thus prescribes: “To associate 3 (three) or more people, for the specific aim of committing crimes: Penalty – reclusion, of 1 (one) to 3 (three) years.”⁷⁵

It is understood that this crime also does not apply to the case in question, once the type demands a permanent associative link for criminal goals, which, it seems to us, there wasn't.

As it was demonstrated that it was not configured the crimes of domicile invasion, robbery or damage, there is no reason to talk about criminal association, neither in receiving, foreseen in the article 180 of the Criminal Code,⁷⁶ since the people acted with the only intention of saving the animals that were being victims of a crime of mistreatments.

⁷⁴ NETO, Francisco Sannini. *Invasores do Instituto Royal podem responder por três crimes*. Available in: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/invasores-instituto-royal-podem-responder-tres-crimes>. Accessed in: 17.07.2014.

⁷⁵ BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 288. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

⁷⁶ Article 180 of the Criminal Code thus disposes: “To acquire, receive, transport, conduct or hide, to their own advantage or of another, an object that it is known to be product of a crime, or influences so that a third party, in good faith, acquires, receives or hides it: Penalty – reclusion of 1 (one) to 4 (four) years, and fine”. BRASIL, *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 180. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

CONCLUSION

It can be affirmed, in face of the exposed, that the rescue of the animals used in drug tests in the Royal Institute by activists can come to be considered as a legal conduct, that is, embraced by the excluding of unlawfulness of legitimate defense (art. 23, II of CC), since the laboratory practiced a criminal conduct predicted in article 32, §1st of Act n.9605/98, keeping the animals in precarious conditions, that is, in a condition of lack of hygiene and maltreatments, as it was observed mutilated and hurt animals, which were repeatedly forced to ingest drugs for the analysis of adverse reactions.

Therefore, keeping in mind that the activists could prove that they acted to avoid a bigger evil, the death and maltreatment unto the animals, they could come to be benefitted by the excluding of unlawfulness in legitimate defense, so that the judge may summarily absolve them of the crimes of damage (art. 163, of the CC), domicile invasion (art. 150, of the CC), robbery (art. 155, §1st, §4th, I, IV, of the CC), arbitrary exercise of their own reasons (art.345, of the CC), criminal association (art. 288, of the CC) and receiving (art. 180, of the CC).

On the other hand, the Royal Institute laboratory could come to be imputed with the environmental crime predicted in article 32, §1st of Act n.9605/98, since it was proven that it submitted the animals under its guardianship to mistreatments or acts of abuse or even performed cruel experiments, which could be developed with the utilization of alternative methods already available in the market.

References

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROS, Ana Cláudia. **Parecer solicitado pelo MP aponta "condição insalubre" em um dos canis do Instituto Royal**. Available in: <http://noticias.r7.com/sao-paulo/parecer-solicitado-pelo-mp-aponta-condicao-insalubre-em-um-dos-canis-do-instituto-royal-28102013>. Accessed in: 13.07.2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Accessed in 12.06.2014.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Accessed in: 22.07.2014.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Accessed in: 20.07.2014.

BRASIL, **Constituição Federal**. 1988. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Accessed in: 24.06.2014.

BRASIL, **Decreto n. 6899**, de 15 de julho de 2009. Disposes on the composition of the National Council of Control of Animal Experimentation - CONCEA, establishes the rules for its functioning and that of its Executive Secretary, creates the Register of Institutions for Scientific Use of Animals - CIUCA, through the regulation of Law nº 11.794, of 8 of October of 2008, which disposes on the procedures for the scientific use of animals, and provides other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6899.htm. Accessed in: 20.07.2014.

BRASIL, **Lei n. 5.197**, de 03 de janeiro de 1.967. Disposes on the protection of the fauna and gives other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Accessed in: 10.06.2014.

BRASIL, **Lei n. 11.794**, de 08 de outubro de 2008. Regulates item VII of § 1st of art. 225 of the Federal Constitution, establishing procedures for the scientific use of animals; revokes Law no 6.638, of 8 of May of 1979; and provides other arrangements. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Accessed in: 18.07.2014.

BRASIL. **Lei estadual n. 15.316**, de 23 de janeiro de 2014. Prohibits the use of animals for the development, experiment and testing of cosmetic and personal hygiene products, perfumes and its components, and provides other arrangements. Available in: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15316-23.01.2014.html>. Accessed in: 25.07.2014.

BRASIL. **Lei n. 9605**, 12 de fevereiro de 1998. Disposes on the criminal and administrative sanctions derived from conducts and activities that are harmful to the environment and provides

other arrangements. Artigo 32, §1º. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Accessed in: 24.01.2014.

BROOM, D.M.; MOLENTO, C.F.M. **Bem-estar animal**: conceito e questões relacionadas – Revisão. Archives of Veterinary Science v.9, n.2, p.1-11, 2004.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência**. Available in: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/index>. Accessed in: 19.08.2014.

COCHRANE, Alasdair (2007) Animal rights and animal experiments: an interest-based approach. **Res publica**, 13 (3).

COSTA, VANESSA M. A desobediência civil na defesa dos direitos dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 6, vol. 8. pp. 315-357. Salvador: Evolução, jan-jun 2011.

DAWKINS, Richard. Gaps in the Mind. In CAVALIERI, Paola & SINGER, Peter (Ed). **The Great Ape Project**.: Equality Beyond Humanity, New York: St. Martin's Press, 1993.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direitos. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Vol. 1. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

FELIPE, Sônia T. From Moral Rights to Constitutional Rights: Beyond Élitist and Elective Speciesism. **Ethic@**, Florianópolis. v. 6, n. 2, pp. 202-223, dez. 2007, p.207.

_____. Objeção de Consciência, Desobediência Civil e Ação Direta. *Pensata Animal – Revista de Direitos dos Animais*. Available in: <http://www.pensataanimal.net/pensadores/152-sonia-t-felipe/397-objecao-de-consciencia-desobediencia-civil-e-acao-direta>. Accessed in: 28.07.2014.

_____. **Por uma questão de princípios**: Alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2003.

FOLHA POLÍTICA.ORG. **Instituto Royal quer punir ativistas por crimes de dano e furto**. Available in: <http://www.folhapolitica.org/2013/10/instituto-royal-quer-punir-ativistas.html>. Accessed in: 12.07.2014.

FOX, Michael W. **Inhumane society**: the american way of exploiting animals. New York: St. Martin's Press, 1990.

FREITAS, Wladimir de Passos; FREITAS, Gilberto de Passos. **Crimes contra a natureza**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARNER, Robert. *Animals, politics and morality*. Manchester University Press. 1993, p.216.

GOMES, Luiz Flávio. **Pausa para reflexão**: Subtração de animais em laboratórios: justificável? Available in: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/10/21/subtracao-de-animais-em-laboratorios-justificavel/>. Accessed in: 30.10.2013.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GREIF, Sérgio. **Métodos alternativos**. Contato Animal. Available in: <http://contatoanimal.blogspot.com.br/2012/02/metodos-alternativos-por-sergio-greif.html>. Accessed in: 13.07.2014.

HUNTER, Daniel. **The power of nonviolent direct action**. Available in: <http://www.newtactics.org/TheDilemmaDemonstration>. Accessed in: 27.07.2014.

KELCH, Thomas. Animal experimentation and the first amendment. 22 **Western New England L. Rev.** 467, 2001.

KING JR., Martin Luther. **Stride Toward Freedom: the Montgomery Story**. New York: Harper & Row. 1958.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos Animais**. 2 ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LEVAI, Tamara Bauab. **Vítimas da ciência**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2001.

MILARÉ, Édis; COSTA JR., Paulo J. da. **Direito penal ambiental**. Campinas: Millennium, 2002.

MÜLLER, Bruno. Por que animais têm direitos?. In: **Visão abolicionista: ética e direitos animais**. org. Silvana Andrade. São Paulo: Libra Três, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETO, Francisco Sannini. **Invasores do Instituto Royal podem responder por três crimes**. Available in: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-18/invasores-instituto-royal-podem-responder-tres-crimes>. Accessed in: 17.07.2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos. **Manifestantes invadem laboratório e retiram cães em São Roque (SP)**. Uol Notícias Cotidiano. Available in: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/18/manifestantes-fazem-protesto-em-frente-a-laboratorio-em-sao-roque-sp.htm>. Accessed in: 15.07.2014.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o Ambiente**: Anotações à Lei n. 9.605/98. São Paulo: RT, 1998.

RUSSEL, William. **The principles of humane experimental technique**. Available in: http://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://altweb.jhsph.edu/pubs/books/humane_exp/hettoc&prev=/search%3Fq%3DThe%2Bprinciples%2Bof%2Bhumane%2Bexperimental%2Btechnique%26biw%3D1366%26bih%3D657. Accessed in: 10.06.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental** - Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida, **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução, 2012.

SOUZA, Danilo César B. de; ALVARENGA, Altair R. de. **A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade**. Available in: <http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/24/52>. Accessed in: 28.07.2014.

SOUZA, Paulo Vinicius S. de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 50, p. 62, set./out., 2004.

STF. Supremo Tribunal Federal. HC 66192, Rel. Mil. Moreira Alves, j. em 21.06.1988.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Direito de resistência e desobediência civil**: análise e aplicação no Brasil. Available in: <http://jus.com.br/artigos/22230/direito-de-resistencia-e-desobediencia-civil-analise-e-aplicacao-no-brasil#ixzz3Am4DYlrd>. Accessed in: 10.06.2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7. Ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

A RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: UMA EXIGÊNCIA NEM SEMPRE NECESSÁRIA¹

José Laurindo de Souza Netto²

INTRODUÇÃO

Não é novidade que os tribunais superiores experimentam atualmente situação de excesso de trabalho, e que, pressionados por esta conjuntura, os julgadores vêm se valendo de estratégias escusas para furtar-se ao conhecimento de recursos. É em meio a este contexto conturbado que se examinou a razão de ser da Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, que impõe a ratificação do recurso nos casos em que sobrevenha decisão de embargos de declaração.

Partiu-se da premissa da instrumentalidade do processo, paradigma em que o duplo grau de jurisdição ganha contornos de direito intrínseco ao acesso à justiça. Neste ínterim, investigaram-se os fundamentos jurídicos do entendimento sumulado, revelando, ao mesmo tempo, a inconsistência do fundamento da prematuridade recursal, a partir de ponderações à universalidade da categoria jurídica, e a incongruência da sua aplicação analógica ao recurso de apelação pelos tribunais locais, dada à falta de similitude das situações recursais.

Após esta análise, procurou-se demonstrar que a Súmula se apresenta como exemplo de jurisprudência defensiva dos tribunais, evidenciando que a regra ali insculpida, além de violar princípios constitucionais, configura-se como um meio alternativo para evitar o conhecimento de recursos, permitindo a filtragem recursal com apego ao formalismo, sem uma análise detida da situação jurídica do recorrente.

Neste contexto, visou-se evidenciar que a ratificação ali prevista deve ser exigida apenas quando se faz necessária para a reafirmação do interesse do recorrente, nos casos em que há modificação da decisão pelos embargos de declaração. Deste modo, inspirados pelo

¹ Artigo inicialmente publicado na Revista de Processo (RePro), Ano 39, Volume 229, Março/2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier.

² Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar). Supervisor Pedagógico da Escola da Magistratura do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR).

abrandamento do formalismo recursal no paradigma da instrumentalidade, propôs-se então a aplicação excepcional da regra expressa no enunciado, com a conseqüente mitigação da Súmula e redução do seu âmbito de incidência.

1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Antes de adentrar propriamente na crítica ao entendimento dos tribunais superiores, é importante firmar algumas premissas em torno da natureza e função do Processo Civil na atualidade.

Não se pode perder de vista que, com a interferência dos valores constitucionais, o processo passa por virada axiológica importante que o direciona epistemologicamente para a instrumentalidade.³ Em síntese, neste desenvolvimento, o processo passa a ser compreendido como “instrumento público de realização da justiça”.⁴

Neste contexto, é cediço que o direito de ação sofre transformação, deixando a sua configuração de mero anexo ao direito material para se tornar direito à tutela jurisdicional adequada de mérito, constitucionalmente garantida ao indivíduo, exercido na forma do devido processo legal, igualmente respaldado na Constituição.⁵

Neste paradigma, o direito de recorrer aparece como corolário necessário, embora constitucionalmente implícito, do direito de ação reformulado, e ganha a natureza de direito de obtenção da justiça do caso concreto mediante a reanálise da decisão pelo juízo colegiado.

Com isso, a imposição do duplo grau de jurisdição se apresenta, em última análise, como um mal necessário, que responde a uma série de necessidades jurídicas e sociais. Como esclarecem Eliane Harzheim Macedo e Daniele Viafore⁶, os recursos permitem ao vencido o reexame da decisão que lhe foi desfavorável, além do controle jurídico das decisões de primeiro grau e a uniformizações da jurisprudência.

³ Neste sentido já tivemos a oportunidade de defender em SOUZA NETTO, José Laurindo de. *A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos*. In: Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos. Curitiba: LedZe, 2013. Págs. 73 ss. Ver, nesta linha, igualmente, a obra magistral de Cândido Dinamarco; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12ª Edição. Malheiros, 2005.

⁴ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Edição, revista e atualizada, de acordo com a EC 45, de 8.12.2004. Malheiros, 2005. Pág. 82.

⁵ Para saber mais, vide a obra de Luiz Guilherme Marioni, a exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v.1).

⁶ MACEDO, Eliane Harzheim. VIAFORE, Daniele. *O formalismo excessivo na admissibilidade recursal: mecanismo de combate à massificação?* Revista da AJURIS. Volume 39, n.128, Dezembro/2012. Editora AJURIS. Porto Alegre: 2013. Pág. 152.

E é por isso que o direito a reapreciação da causa se submete à regulamentação, obedecendo a certas exigências formais, em atenção aos valores constitucionais refletidos no devido processo legal. Neste regramento, a análise da forma exigida para a interposição dos recursos desagua nos requisitos de admissibilidade, e o controle recursal no maior ou menor rigor formal utilizado pelos tribunais na sua apreciação.

Neste quadro, a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça desponta como uma espécie de exigência formal para a interposição dos recursos, na medida em que condiciona o seu conhecimento à ratificação das razões caso sobrevenha decisão de embargos de declaração. Deste modo, será sob a dicotomia entre o direito de recorrer como desdobramento do acesso à justiça e sua regulamentação formal que analisaremos a Súmula e sua aplicação pelos tribunais, o que se passa a fazer a seguir.

2. A TESE DO RECURSO PREMATURO: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

A Súmula 418 é resultado de uma evolução jurisprudencial nos Tribunais Superiores, resumindo uma sucessão de precedentes⁷ que apontavam no sentido da inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração pendentes de julgamento. O entendimento cristalizado no enunciado é de que, caso haja embargos de declaração opostos contra o acórdão, seria necessária a ratificação dos recursos após a publicação da decisão dos aclaratórios, ato sem o qual o recurso não poderia ser conhecido.

Não se pode olvidar que, ao mesmo tempo em que se cristalizava essa jurisprudência sumulada, o Superior Tribunal de Justiça chancelou a aplicação analógica dessa regra aos recursos de apelação pelos tribunais locais, verticalizando o entendimento.⁸

Em que pese o enunciado se refira ao recurso genericamente como “inadmissível”⁹, a tese

⁷ Por exemplo, AG RG no AGRg no REsp 989043/SP, DJe 07 abr 2008, AgRg no EResp 887640/SP, DJe 18 jun 2009, Ag Rg no Ag 479830, DJe 30 jun 2003, Ag Rg no Ag 643825/MG, DJ 19 dez 2005, Ag Rg no Ag 896558/CE, DJ 21 set 2007, REso 776265/SC DJ 06 ago 2007, entre outros.

⁸ PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. APELAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMATURIDADE RECONHECIDA. I. Achando-se pendente o julgamento dos aclaratórios da parte contrária, é inoportuna a interposição de apelação, sem a ratificação posterior dos seus termos, vez que não houve o necessário exaurimento da instância. II. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 659663/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 22/03/2010)

⁹ Assim consta o texto da Súmula: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação. (Súmula 418, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/03/2010, DJe 11/03/2010).

jurídica que dá suporte ao não conhecimento dos recursos, tanto nos acórdãos locais quanto nos tribunais superiores, é a da prematuridade do recurso apresentado antes do encerramento da prestação jurisdicional.¹⁰

Para a jurisprudência, a prematuridade ocorre por força do art. 538¹¹ do Código de Processo Civil, segundo o qual os embargos interrompem prazo para os demais recursos para ambas as partes, de modo que qualquer outro recurso interposto conjuntamente aos embargos torna-se necessariamente extemporâneo. Os julgadores acrescentam ainda que, nesse caso, o recurso é interposto quando ainda não está esgotada a prestação jurisdicional, porque faltante a decisão dos embargos de declaração, circunstância que impede o seu conhecimento.¹²

Este entendimento está exposto no REsp 776.265/SC¹³, em que era relator originário o Ministro Humberto Gomes de Barros, vencido, e relator designado o Ministro Cesar Asfor Rocha. Neste precedente, que serve de referência para vários dos demais, consolidou-se que a abertura para o recurso especial se dá apenas com o exaurimento das instâncias inferiores, conforme prevê o artigo 105, inciso III, da Constituição Federal. Segundo os ministros vencedores, independentemente da modificação da decisão pelos embargos, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar a decisão embargada, compondo, assim, a decisão de última instância, prevista na Constituição Federal, de modo que não haveria antes disso “causa decidida”, e o recurso

¹⁰ Não obstante, vale ainda consignar há ainda jurisprudência que se apoia em outro fundamento para não conhecer do recurso interposto conjuntamente aos embargos de declaração, ainda que interpostos pela mesma parte: o da preclusão consumativa, aliada ao princípio da unirrecorribilidade. Afirma o Ministro que se a parte interpõe ao mesmo tempo Embargos de Declaração e Embargos Infringentes, é de rigor o reconhecimento da preclusão consumativa do recurso interposto por último, mesmo havendo inequívoco interesse recursal. Tal fundamento é utilizado quando há interposição simultânea de embargos de declaração e embargos infringentes. Exemplo: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO PREMATURO.

INTERPOSIÇÃO ANTES DE APRECIADOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 1. São extemporâneos os embargos de divergência opostos antes do julgamento dos embargos de declaração, sem que tenha havido, posteriormente à publicação do aresto, qualquer ratificação ou reiteração no prazo recursal. 2. O conhecimento do recurso de divergência também se encontra obstado pela incidência do princípio da unirrecorribilidade recursal, sendo de rigor o reconhecimento da preclusão consumativa em relação ao recurso interposto por último. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl nos EAg 787900/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 05/03/2010)

¹¹ “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.”

¹² Nesta interpretação, a jurisprudência aproxima o raciocínio daquele que não conhece do recurso interposto antes da publicação oficial do acórdão, colocando-os inclusive na mesma categoria jurídica, de recurso prematuro. Sobre a temática, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. Tempestividade dos Recursos. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. Nº67. Ano 6. Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. Julho/2005. Na mesma linha, ARAÚJO, José Henrique Mouta. Indagações acerca da Intempestividade do Recurso Prematuro e a Súmula nº 418 do STJ. Revista Dialética de Direito Processual nº 88. Julho/2010. Editora Dialética.

¹³ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. - É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. - Recurso especial não conhecido. (REsp 776265/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2007, DJ 06/08/2007, p. 445).

interposto antes desta decisão aparece como inoportuno.¹⁴

Na mesma linha, o Ministro Luiz Fux, relator do REsp. 886.405/PR¹⁵, sob a máxima jurídica do *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*,¹⁶, adapta tal pensamento à apelação, consignando que o recurso singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo, e que, por isso, à semelhança do que ocorre com o recurso extraordinário, o acórdão passa a integrar a decisão embargada, fazendo-se necessária a ratificação.¹⁷

Impõe-se, contudo, algumas ponderações relativas a esse fundamento utilizado pela jurisprudência.

Em primeiro lugar, importante sopesar que a extemporaneidade do recurso, a rigor, nem sempre se verifica quando há oposição de embargos e interposição de outra modalidade recursal da mesma decisão. Ora, há situações em que o recurso é interposto antes da oposição dos embargos, ou seja, quando o prazo estava fluindo normalmente, de modo que não se pode sempre falar rigorosamente em intempestividade.

Além disso, como pondera José Henrique Mouta Araújo, nem sempre os embargos terão o efeito de interromper o prazo recursal, vez que não estão aptos a este efeito quando

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 776265/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18/04/2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=776265&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=246#>. Último acesso em 31 out. 2013. Pág. 12.

¹⁵ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMATURO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. UBI EADEM RATIO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. 1. A interposição do recurso de apelação antes do julgamento dos embargos de declaração - sem o posterior aditamento - importa na sua intempestividade, por prematuro, porquanto 'ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio'. 2. É que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do seu Órgão Especial, firmou entendimento no sentido de que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Precedente da Corte Especial: REsp 776265/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 18.04.2007, DJ 06.08.2007. 3. O recurso de apelação é o recurso por excelência, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição (FUX, Luiz, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., 1039). 4. No julgamento dos embargos declaratórios, por sua vez, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, contradição, obscuridade ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar a decisão embargada. 5. Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que o interesse recursal nasce com a publicação da decisão, por isso que não há necessidade de o recorrente - que se deu por esclarecido - aguardar o esclarecimento da parte adversa. Ademais, em não havendo modificação da decisão no julgamento dos embargos, desnecessária a reiteração - figura não prevista no Código Processual Civil. Ocorrendo a modificação, o recurso anteriormente interposto estará por prejudicado, caso não interposto outro. 6. Recurso especial provido, com ressalva do relator." (1ª Turma, REsp n. 886.405/PR, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, DJe de 01.12.2008)

¹⁶ Em tradução livre, "onde existe a mesma razão se aplica o mesmo dispositivo".

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 886.405/PR. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 11 nov. 2008. DJe de 01.12.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=886405&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. Último acesso em 31 out. 2013.

intempestivos ou manifestamente protelatórios¹⁸, o que igualmente evidencia que a Súmula não se aplica para todos os casos.

Ressalta-se ainda que o requisito do exaurimento das instâncias inferiores é elemento típico da admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores, conectada à sua natureza jurídica de recurso de última instância. Por esta razão, não se pode transpor este fundamento para o não conhecimento da apelação.

Deveras, como ressalta o Ministro Fux, o interesse recursal da apelação nasce com a publicação da decisão recorrida¹⁹, e não necessariamente com o exaurimento da instância. É por esta razão, inclusive, que não há necessidade de o recorrente aguardar a decisão dos embargos opostos pela parte adversa para recorrer. Com efeito, não é possível à parte antever se a parte adversa irá ou não interpor os embargos de declaração, ou se haverá ou não modificação da decisão. Fosse assim, a parte teria que aguardar o prazo dos embargos para a interposição do recurso²⁰, e lhe restaria, na prática, o prazo para recorrer de 10 dias, ou até de 5 caso a parte

¹⁸ Neste sentido ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Indagações acerca da Intempestividade do Recurso Prematuro e a Súmula nº 418 do STJ*. Revista Dialética de Direito Processual nº 88. Julho/2010. Editora Dialética. São Paulo: 2010. Pág. 40. Neste sentido é a própria jurisprudência sobre a matéria, a exemplo: PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DESFAVORÁVEL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA EM AÇÃO CONSIGNATÓRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INTEMPESTIVOS NÃO INTERROMPEM O PRAZO RECURSAL. PRECEDENTES. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 486 E 472 DO CPC NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211 DO STJ. ACÓRDÃO COM MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS SUFICIENTES. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283 DO STF, POR ANALOGIA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE JULGADOS. NÃO-CONHECIMENTO PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. 1. Trata-se de recurso especial interposto com arrimo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido por Tribunal de Justiça que, por unanimidade, julgou improcedente ação rescisória, na qual se pleiteia a rescisão da sentença prolatada em embargos à execução. 2. Nas razões recursais, sustenta-se a violação aos arts. 472, 485, inc. IV e V, e 486 do CPC e 82 do CC/16, ao argumento de que o recorrido jamais ajuizou ação específica para anular a sentença homologatória do acordo firmado pelas partes em ação consignatória, transitada em julgado, e que teria por objeto os mesmos créditos tributários relacionados aos embargos à execução nos quais se proferiu a sentença rescindenda, desfavorável à recorrente, ensejando, por tal motivo, violação à coisa julgada. 3. Intempestividade dos embargos declaratórios interpostos contra o acórdão vergastado alegada pelo recorrido na primeira oportunidade e reiterada nas contrarrazões ao especial. Aclaratórios intempestivos não interrompem o prazo recursal. Precedentes. Intempestividade do recurso especial reconhecida. 4. Não foi enfrentada pela Corte de origem a questão relativa à necessidade de ajuizamento de ação específica para anular a sentença homologatória havida na ação consignatória, embora tenha sido objeto dos embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. 5. Afirmação da Corte de Justiça quanto à divergência entre os créditos tratados na ação consignatória e aqueles objeto dos embargos à execução não atacada no recurso especial interposto. Incidência, por analogia, da Súmula n. 283 do STF. 6. Não é possível conhecer do inconformismo com base na alínea "c" do permissivo constitucional por não ter havido o cotejo analítico entre os acórdãos considerados paradigmas e a decisão impugnada, na forma que determinam os arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. 7. Recurso especial não conhecido. (REsp 876039/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009)

¹⁹ "Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que o interesse recursal nasce com a publicação da decisão, por isso que não há necessidade de o recorrente - que se deu por esclarecido - aguardar o esclarecimento da parte adversa. Ademais, em não havendo modificação da decisão no julgamento dos embargos, desnecessária a reiteração - figura não prevista no Código Processual Civil. Ocorrendo a modificação, o recurso anteriormente interposto estará por prejudicado, caso não interposto outro. 6. Recurso especial provido, com ressalva do relator." (1ª Turma, REsp n. 886.405/PR, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, DJe de 01.12.2008)

²⁰ Como afirma o Ministro Fux, "(...) cada parte cuida do seu recurso; se não há necessidade de a outra parte aguardar o esclarecimento de que a outra pleiteou tanto que ela se encontra plenamente esclarecida, por isso que recorreu, não se pode considerar o seu recurso intempestivo". (1ª Turma, REsp n. 886.405/PR, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, DJe de 01.12.2008)

contrária fosse a Fazenda Pública, o que não se pode admitir.

Por este motivo, ou seja, pelo fato de o interesse recursal do apelante surgir com a decisão impugnada é que não se pode admitir que o recurso nunca seja conhecido quando há falta de ratificação. Ora, no ato de interposição o recorrente já demonstrou o interesse em recorrer, não se fazendo necessário, portanto, outro ato para que esse interesse reste inequívoco. Conforme se verá adiante (item 6), a exigência de ratificação se mostra necessária - e, deste modo, legítima - apenas nos casos em que há alteração da decisão embargada, porque há interferência no interesse recursal. No mais, a exigência não possui lastro jurídico concreto.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA À APELAÇÃO

Seguindo com as críticas ao entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, é preciso ressaltar ainda que há diferenças entre a situação jurídica do recorrente aos tribunais superiores e a do apelante, de maneira que não se pode simplesmente importar a lógica de uma a outra como quer o tribunal.

Vale lembrar que o objetivo do recurso ao tribunal superior se difere substancialmente daquele da apelação. Os recursos extraordinário e especial, a rigor, não visam à correção da justiça da decisão, mas sim a estabilização da jurisprudência, o que se evidencia pelos seus pressupostos especiais de admissibilidade definidos nas Súmulas 7 do STF e 279 do STJ. Já o interesse recursal do apelante está justamente na reapreciação de matéria decidida em primeira instância, o que é garantido pela ampla devolutividade da apelação.

Além disso, não se pode deixar de considerar que há nítida diferença de função dos embargos de declaração nas duas hipóteses. Deveras, a maioria dos embargos interpostos contra o acórdão impugnado via especial ou extraordinário versam apenas sobre matéria de prequestionamento. Contudo, o mesmo não ocorre no caso dos embargos de declaração contemporâneos à apelação, em que a grande maioria pretende, ainda que por via transversa, a supressão de vícios que possam acarretar na modificação posterior da decisão de mérito.²¹

²¹ Após as reformas processuais e a evolução da jurisprudência, os Embargos de Declaração passaram a ser utilizados com uma maior amplitude do que sua previsão originária de corrigir omissões, contradições e obscuridades. Como salienta Cândido Dinamarco, “paulatinamente, os embargos de declaração vão desbordando da sua configuração clássica e assumindo a condição de verdadeiro recurso.” Apud GONÇALVES, Helena Toledo Coelho. Embargos de Declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei. In: NERY JR., Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coords.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006. Pág. 152-189. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. v.10) Pág. 160. Deveras, consolidou-se na jurisprudência a possibilidade de se lhe atribuírem “efeitos infringentes”, com a

É de se argumentar ainda, na mesma toada, que o prejuízo que tem o apelante cujo recurso não foi conhecido é nitidamente mais extenso que o recorrente extraordinário cujo recurso foi barrado por força da Súmula. Ora, na apelação a parte tem a possibilidade de ter revista a sua sentença, com o reexame da causa por inteiro, de modo que há o verdadeiro cerceamento do direito a uma apreciação do mérito, em mais grave prejuízo à tutela jurídica adequada. Já nos recursos aos tribunais superiores, é inadmissível o recurso que vise apenas à apreciação de fatos e provas, de modo que a expectativa de modificação da decisão é significativamente menor.

Por estas razões, a aplicação analógica da Súmula 418 à apelação apresenta-se como técnica jurídica inadequada. Deveras, devido às peculiaridades da situação jurídica processual dos dois recorrentes, não se configuram, na realidade, situações jurídicas semelhantes a justificar a sua utilização analógica.

4. A SÚMULA 418 COMO EXEMPLO DE “JURISPUDÊNCIA DEFENSIVA”

Outra ressalva que se deve fazer à Súmula, é que o tribunal, ao exigir a ratificação do recurso interposto para o seu conhecimento, cria pressuposto de admissibilidade não previsto pela legislação processual.

Conforme bem observa Mário Carvalho Faria, tal postura é inadequada e viola, a uma só vez, uma série importante de princípios constitucionais, como, por exemplo, a taxatividade recursal, decorrência lógica do princípio da legalidade, e a segurança jurídica.²²

A mais grave delas, contudo, é a ameaça frontal aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, tendo em vista a óbvia consequência do juízo negativo de

consequente modificação do mérito da decisão embargada, caso o reconhecimento do defeito da sentença permita esse alcance. Ademais, as jurisprudências dos Tribunais o consagraram como instrumento de prequestionamento, estabelecendo que os embargos são a via adequada – embora não imprescindível - para realizá-lo, inclusive sumulando este entendimento nas Súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ.

²² Deveras, como bem observa o autor, é sabido que os recursos só podem ser criados ou modificados por lei federal, por força do art. 22 inciso I da Constituição da República. Não se pode admitir, portanto, a criação de um requisito de admissibilidade recursal por outra via que não a legislativa. Deste modo, considerando-se que a necessidade de ratificação não é prevista em lei, a sua imposição revela-se uma criação jurisprudencial proibida, que viola o princípio da taxatividade recursal, corolário do princípio da legalidade. Os requisitos criados na jurisprudência não raro surpreendem o jurisdicionado, tornando-se uma verdadeira armadilha, corroendo a necessária previsibilidade nas relações jurídicas processuais. Sem falar na violação da própria separação de poderes, garantia prevista no art. 2º da Constituição. Conforme exposto no aludido inciso I do art. 22 da Carta Magna, somente o Poder Legislativo teria competência para criar requisito de admissibilidade recursal. Desta forma, a postura defensiva dos tribunais interfere na esfera privativa do Poder Legislativo, e como uma espécie de ativismo judicial às avessas, desequilibra a harmonia entre os poderes da República. Para uma análise mais detalhada, ver FÁRIA, Márcio Carvalho. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. In: Revista de Processo nº 167. Editora Revista dos Tribunais. Ano 34. Janeiro/2009. Pág. 255.

admissibilidade recursal: a falta do exame de mérito da causa.²³ Com efeito, considerando a importância do reexame do feito, tanto para o alcance da justiça do caso concreto, quanto para cumprir sua função psico-social²⁴, evidencia-se o demérito do não conhecimento do recurso por mero formalismo, em prejuízo da decisão do conflito de direito material.

Nesta linha, não se pode deixar de relacionar a Súmula com o contexto de sua aplicação, em que se constata o excesso de processos em trâmite no Poder Judiciário.

É que ante esta realidade adversa de acúmulo processual, vários artifícios estão sendo criados para conter o número de processos e desafogar os tribunais, sobretudo os superiores. Além dos expedientes legais – súmula vinculante, sistema de recursos repetitivos, repercussão geral, entre outros – as cortes vêm adotando também estratégias jurisprudenciais ilegítimas para conter o número de recursos apreciados, em postura que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”.²⁵

Conforme denúncia Diogo Ciuffo Carneiro, no afã de conter processos, os tribunais têm realizado a leitura distorcida do alcance dos requisitos de admissibilidade dos recursos, no sentido de barrá-los indevidamente e assim diminuir o volume de demandas²⁶. Ora, como denunciam Eliane Harzheim Macedo e Daniele Viafore, “não conhecer do recurso, por conta de eventual irregularidade formal, é muito mais célere que enfrentar o seu mérito”.²⁷ No mesmo sentido alerta o jurista Fernando Cais que o sistema de “filtro” é um dos meios “alternativos” de que os tribunais se valem para tornar mais célere a prestação jurisdicional, dificultando o acesso à análise de mérito de determinados recursos mediante a criação de requisitos formais para a participação dos sujeitos processuais.²⁸

²³ Neste sentido Barbosa Moreira salienta que “A atividade judicial que deixe de conduzir à decisão de mérito (da causa ou do recurso) é sempre causa de frustração. (...) É inevitável o travo de insatisfação deixado por decisões de não conhecimento; elas lembram refeições em que, após os aperitivos e os hors d’oeuvre, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal.” Em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições... Pág. 52.

²⁴ Nesta linha lecionam Eliane Harzheim Macedo e Daniele Viafore que “[o] recurso, tradicionalmente, atende a uma necessidade histórica, sócia, psicológica por parte do vencido em ver reexaminada a decisão que lhe foi desfavorável. De outra banda, não se pode retirar do recurso uma função política de controle das decisões inferiores, fundamentalmente sob a bandeira da unicidade do direito constitucional e do direito federal”. MACEDO, Eliane Harzheim. VIAFORE, Daniele. O formalismo excessivo na admissibilidade recursal: mecanismo de combate à massificação? Revista da AJURIS. Volume 39, n.128, Dezembro/2012. Editora AJURIS. Porto Alegre: 2013. Pág. 152.

²⁵ Expressão cunhada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros na ocasião de seu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057. Último acesso em 31 out. 2013.

²⁶ CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e sua ilegítima utilização como filtros recursais. In: Revista de Processo nº 160, Ano 33, Junho/2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2008. Pág. 206.

²⁷ MACEDO, Eliane Harzheim. VIAFORE, Daniele. Op. Cit. pág. 160.

²⁸ CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Op. Cit. Pág. 3.

Não se pode deixar de observar, portanto, que a exigência jurisprudencial de ratificação da apelação é, em verdade, um exemplo desta “jurisprudência defensiva”, ou seja, da criação *preter legem* de requisitos de admissibilidade pelos tribunais por meio da jurisprudência, como forma de impedir o conhecimento de recursos. Deveras, o entendimento sumulado permite ao julgador o não conhecimento em série dos recursos sem que haja decisão posterior dos embargos de declaração, sem uma análise mais detida da real impossibilidade de apreciação das razões recursais por força da superveniência da decisão dos embargos.

Impõe alertar, todavia, que esta “estratégia”, apoiada em um formalismo esvaziado de sentido jurídico ou prático relevante, pode revelar-se um “tiro no pé”, já que sacrifica demasiadamente a qualidade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça em homenagem a uma celeridade apenas aparente, que não reflete necessariamente uma eficiência na prestação jurisdicional.

Conforme esclarece Fernando Fontoura da Silva Cais,²⁹ na perspectiva atual da ciência processual, os requisitos formais se justificam apenas se forem relevantes para garantir um processo justo e equilibrado, podendo ser relativizados caso não se adequem com o objetivo a que se destina o processo: a solução do caso concreto.

Em outras palavras, com a interpretação constitucional do processo, admite-se que a forma seja equilibrada com outros valores constitucionais como o acesso à justiça. Como lecionam José Mário Wanderley Gomes Neto e Felipe Santana Mariz Nogueira, “trazendo o valor justiça para a seara do processo civil, o valor justiça condiciona o formalismo na medida em que os instrumentos e institutos criados para este têm por obrigação dar ao processo o meio mais idôneo para a solução do conflito”³⁰

5. A NECESSÁRIA MITIGAÇÃO DA SÚMULA E A JURISPRUDÊNCIA

Importante ressaltar que não se está aqui a criticar exigência de requisitos formais para a interposição de recursos. Conforme alerta Barbosa Moreira, o juízo de admissibilidade recursal tem importante significação político-jurídica, qual seja, de valorizar a eficiência do sistema

²⁹ CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais*. Revista Dialética de Direito Processual nº 57. Janeiro/2007. Editora Dialética. São Paulo: 2007. Pág. 11.

³⁰ GOMES NETO, José Mario Wanderley. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. Revista de Processo nº 160, Ano 33, Junho/2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2008. Pág. 332.

recursal, pois implica na “observância de parâmetros razoáveis quanto a duração, assim como a omissão de atos inidôneos para produzir resultado prático relevante”³¹

O que se repreende, na verdade, é a aplicação indiscriminada da Súmula e sua extensão indevida à apelação sem a observância necessária das peculiaridades das situações recursais postas à baila.

Com efeito, não se pode deixar de observar que há racionalidade no enunciado da Súmula para certos casos, conectada à possibilidade dos embargos alterarem a decisão embargada. Isto porque, uma vez operada a modificação da controvérsia, a decisão dos embargos romperá a estabilidade da demanda, alterando os pontos controvertidos, e postergará o encerramento da prestação jurisdicional de primeiro grau. Com isso, haverá a necessária interferência no interesse recursal do recorrente oposto na parte modificada, razão pela qual a ratificação se impõe para reafirmar as razões recursais naquele ponto específico.

Deste modo, em que pese o entendimento sumular se apresente como um exemplo do formalismo obsoleto na maioria dos casos, há situações em que a ratificação do recurso se faz necessária para consolidar o interesse recursal. Sendo assim, a solução que se impõe não é a inaplicabilidade total da regra insculpida na Súmula, mas sim uma mitigação de sua incidência, reduzindo o seu âmbito de aplicação aos casos em que há alteração embargada.

Vale ressaltar que este é o entendimento defendido por parte da jurisprudência.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já teve como entendimento a desnecessidade de ratificação do Recurso Especial quando os embargos de declaração tivessem sido opostos pela outra parte, “por se afigurar excesso de formalismo, à luz dos princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas.”³²

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* Pág. 52.

³² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE CONTRÁRIA PENDENTES DE JULGAMENTO. CELERIDADE PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Desnecessária a ratificação do especial, quando os embargos de declaração tiverem sido opostos pela parte contrária, por se afigurar excesso de formalismo, à luz dos princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas. Precedentes. 2. Agravo regimental provido. (AgRg nos EDcl no REsp 844271/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 14/12/2006, p. 336)

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA PARTE CONTRÁRIA. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. LEI Nº 8.213/91. 1 - Esta Corte firmou entendimento de que a exigência de ratificação do recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios da parte contrária caracteriza-se como excesso de formalismo, que deve ser evitado em homenagem aos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. 2 - A partir da Lei nº 8.213/91, procurando preservar seu real valor, os benefícios previdenciários devem ser reajustados com base na variação do INPC e demais índices subseqüentes. 3 - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 441016/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 02/10/2006, p. 317)

O Supremo Tribunal Federal em recente decisão entendeu como oportuno - e não extemporâneo - Recurso Extraordinário interposto quando pendente a decisão dos embargos declaratórios, contrariando sua jurisprudência anterior e sinalizando modificação de jurisprudência na matéria.³³ Em que pese a decisão esteja ainda isolada, forma-se a expectativa da alteração permanente do entendimento prevalente naquela Corte acompanhada pela reavaliação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça.

No mesmo sentido, o Projeto do Novo Código Civil estabelece no art. 1.039, §2º que “[s]e os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação”, em feliz dispositivo que, se finalmente aprovado, trará nova roupagem ao tema.

Igualmente se verificam precedentes no Tribunal de Justiça do Paraná,³⁴ de que é exemplo o julgamento dos Embargos de Declaração nº 878836-9/01³⁵, em que se ponderou que como os embargos não tem o efeito de modificar a decisão embargada, “não se vislumbra a precocidade do recurso, uma vez que não houve alteração da sentença, de modo que a ratificação se mostrou desnecessária”.³⁶

Neste sentido, inspirados pela perspectiva de François Géný e na possibilidade de livre

³³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PENDÊNCIA – OPORTUNIDADE. O recurso extraordinário surge oportuno ainda que pendentes embargos declaratórios interpostos pela parte contrária, ficando a problemática no campo da prejudicialidade se esses últimos forem providos com modificação de objeto. (RE 680371 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013)

³⁴ Veja-se, por exemplo: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. NOTAS PROMISSÓRIAS.CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS.APELAÇÃO CÍVEL DOS EMBARGANTES.INSURGÊNCIA QUANTO AO RECEBIMENTO DO RECURSO SEM REITERAR SUAS RAZÕES APÓS ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DECISÃO COM CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. EXIGÊNCIA FRUTO DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE RATIFICAÇÃO DAS RAZÕES DO APELO. NENHUM JUIZ OU TRIBUNAL PODE EXIGIR ALEM DO QUE A PROPRIA LEI. (...) 3 APELAÇÃO DOS EMBARGANTES PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDA. (TJPR - 13ª C.Cível - AC - 945896-6 - Terra Roxa - Rel.: Rosana Andriguetto de Carvalho - Por maioria - - J. 06.02.2013)

³⁵ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE SEGURITÁRIA - SH/SFH. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO EM RELAÇÃO À APRECIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE - OMISSÃO CONFIGURADA - AFASTAMENTO DA INTEMPESTIVIDADE - ACOLHIMENTO DO DOS EMBARGOS SEM ALTERAÇÃO DO JULGADO. OMISSÃO EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - INEXISTENTE - REDISCUSSÃO DO MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS REJEITADOS. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO EM RELAÇÃO ÀS PRELIMINARES - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - SENTENÇA ANULADA - REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA E PROLATAÇÃO DE NOVA SENTENÇA. EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADOS POR UNANIMIDADE.” Não há omissão, contradição e obscuridade no acórdão que trata das questões da lide de forma justificada, sendo os embargos de declaração sede inadequada para a rediscussão do mérito" (TJPR - 8ª C.Cível - EDC - 878836-9/01 - Sengés - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 20.06.2013)

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 844271/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 14/12/2006, p. 1.

criação do direito³⁷, o que se propõe é a reafirmação da essência do entendimento sumulado, que deve abstrair-se de sua função de filtro recursal para aplicar-se apenas às hipóteses em que a sua razão de ser se apresenta no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça impõe às partes exigência formal para a interposição dos recursos nem sempre compatível com os escopos contemporâneos do processo de acesso à justiça e de sua efetividade. Com efeito, a obrigação de ratificação revela-se, na maioria das vezes, desprovida de fundamento jurídico material razoável, apresentando-se como um requisito carente de sentido jurídico ou prático.

Deveras, a única hipótese em que a ratificação apresenta coerência lógica ocorre quando os embargos de declaração modificam a decisão embargada, dando ensejo à desestabilização da demanda e à alteração no interesse recursal da parte. O não conhecimento do recurso pela falta de ratificação somente estará adequada caso esta situação excepcionalmente se verifique na prática. Afora essa possibilidade, a aplicação da Súmula revela-se como um formalismo esvaziado que visa atender, em verdade, aos interesses não declarados atrelados à política judiciária de desafogamento dos tribunais, em homenagem duvidosa ao princípio da celeridade.

Portanto, nesse quadro cabe ao intérprete conhecer a essência da Súmula em questão, qual seja, a necessidade do recurso para a reestabilização da demanda, utilizando-a nos casos excepcionais em que se requer a sua aplicação. A reafirmação do interesse recursal é a razão de ser da Súmula, que deve ser compreendida para a adequada aplicação do requisito de admissibilidade ao recurso interposto.

Nesta linha haverá a necessária concretização dos valores da instrumentalidade do processo e do acesso à justiça, além do devido processo legal, uma vez que se pondera a real pertinência dos requisitos de admissibilidade recursal e a sua função na regulação da interposição dos recursos pelas partes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

³⁷ GENY, François. *Métodos de interpretação e fontes no direito privado positivo*. Coimbra: Armênio Amado, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Indagações acerca da Intempestividade do Recurso Prematuro e a Súmula nº 418 do STJ*. Revista Dialética de Direito Processual nº 88. Julho/2010. Editora Dialética. São Paulo: 2010. Págs. 41-50.

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Edição, revista e atualizada, de acordo com a EC 45, de 8.12.2004. Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restrições ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 7, n.º 39, Jan/Fev 2006. Porto Alegre. Síntese: 2006. Págs. 50-62.

BARROS, Humberto Gomes de. Discurso de Posse. 07 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057>. Último acesso em 31 out. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. *Substitutivo adotado pela comissão aos projetos de lei nºs 6.025, de 2005, 8.046, de 2010, e aos projetos de lei nºs 1.489 e 1.824, de 1996; 491, de 1999; 6.507, 6.870-a e 7.499-a, de 2002; 1.522 e 1.608, de 2003; 4.386, de 2004; 5.983, de 2005; 7.088 e 7.462, de 2006; 212 e 887, de 2007; 3.015, 3.387, 3.743 e 3.919, de 2008; 5.475, 5.748, 6.178, 6.195, 6.208 e 6.407, de 2009; 7.360 e 7.506, de 2010; 202, 217, 241, 1.199, 1.626, 1.628, 1.650, 1.850, 1.956, 2.627, 2.963 e 3.006, de 2011; 3.743, 3.907, e 4.110, de 2012; e 5.562, de 2013 que tratam do “Código de Processo Civil” e revogam a lei nº 5.869 de 1973*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>. Acesso em: 31 out. 2013.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Em torno do formalismo processual: a criação de requisitos para a prática de atos processuais pelos tribunais*. Revista Dialética de Direito Processual nº 57. Dezembro/2007. Editora Dialética. São Paulo: 2007.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e sua ilegítima utilização como filtros recursais*. In: Revista de Processo nº 160, Ano 33, Junho/2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2008. Pág. 205-226.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. PEIXOTO, Ravi. Editorial 174. *Súmula do STJ, n.418. Recente precedente do STF em sentido diverso*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-174/>. Último acesso em 06 nov. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 12ª Edição. Malheiros, 2005.

_____. *Tempestividade dos Recursos*. In: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. Nº67. Ano 6. Nacional de Direito Livraria Editora Ltda, Julho/2005. Pág. 143 a 169.

FARIA, Márcio Carvalho. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. In: Revista de Processo nº 167. Editora Revista dos Tribunais. Ano 34. Janeiro/2009.

GENY, François. *Métodos de interpretação e fontes no direito privado positivo*. Coimbra: Armênio Amado, 2000.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. : Revista de Processo nº 160, Ano 33, Junho/2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2008. Pág. 325-349.

GONÇALVES, Helena Toledo Coelho. *Embargos de Declaração: soluções sistêmicas para as lacunas da lei*. In: NERY JR., Nelson e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coords.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006. Pág. 152-189. (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. v.10)

MACEDO, Eliane Harzheim. VIAFORE, Daniele. *O formalismo excessivo na admissibilidade recursal: mecanismo de combate à massificação?* Revista da AJURIS. Volume 39, n.128, Dezembro/2012. Editora AJURIS. Porto Alegre: 2013. Pág. 143-169.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v.1).

SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Último acesso em 06/06/2013.

_____. *A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos*. Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos. Curitiba: LedZe, 2013. Págs. 69-90.

_____. PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional*.

Artigo apresentado no XVIII Encontro Nacional do Conpedi em Maringá, 2009. Disponível em www.conpedi.org.br/anais/36/11_1080.pdf. *Último acesso em 05 nov. 2013.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 886.405/PR. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 11 nov. 2008. DJe de 01.12.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=886405&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. *Último acesso em 31 out. 2013.*

_____. REsp 776265/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18/04/2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=776265&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=246#>. *Último acesso em 31 out. 2013.*

_____. AgRg nos EDcl no REsp 844271/MG, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 05/12/2006, DJ 14/12/2006, p. 336. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=844271&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. *Último acesso em 07 de nov. 2013.*

_____. Súmula 418. *É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.* Diário oficial da União. Brasília, 11 mar 2010. RSTJ vol. 218 p. 686.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Embargos de Declaração nº 878836-9/01.* Sengés. Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - DJ. 20.06.2013. Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11484536/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-878836-9/01>. *Último acesso em 06 de nov. 2013*

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PILARES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CONCRETIZAÇÃO

Juliana Gomes Silva¹

Adamir André Silva ²

Angela Araujo da Silveira Espindola³

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca refletir os direitos humanos e direitos fundamentais enquanto pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesta seara, a reflexão versa sobre atos que respeitem a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a pesquisa traz a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais geralmente considerados sinônimos, todavia, contemplam significados diferentes.

Constata-se a relação entre Democracia e Direitos Humanos; os homens nascem livres e iguais em direitos e dignidade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi o ponto de partida para transformação das condições econômicas e sociais, produzindo mudanças na organização da vida humana e das relações sociais.

Em um Estado Democrático de Direito, a democracia tem como base a realização de valores de convivência humana. Seus pilares são a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, o qual surgiu como expressão jurídica da democracia.

Nesta esteira, calha mencionar que embora inexista discussão acerca dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, sua efetividade e auto-aplicabilidade, ainda é certo

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (Imed-RS), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (Imed-RS), bolsista Capes. Advogada e Professora nas Faculdades João Paulo II, Endereço Eletrônico: julianasilvaadvogada@terra.com.br

² Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional (Imed-RS), Especialista em Ciências Criminais pela Universidade de Passo Fundo (UPF-RS). Advogado e Procurador do Município de Passo Fundo. Endereço Eletrônico: adamirandreadvogado@terra.com.br

³ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). É Diretora Científica da Associação Brasileira do Ensino do Direito - ABEDI (2012-2014). Advogada, atua na área de Direito Público.

que não se realizam de *per si*.

Todavia, a concretização dos direitos fundamentais depende da ingerência de um poder diverso daquele que teria legitimidade. Nesta esteira, transfere-se ao poder judiciário a responsabilidade quanto à sua concretização.

A Constituição Federal de 1988, trouxe novas questões para o constitucionalismo brasileiro, calha mencionar a judicialização da política e o ativismo judicial, reflexos do modelo de constituição adotados pelo Brasil.

Assim, o poder judiciário como um dos poderes que formam o Estado Moderno, acaba substituindo os poderes Legislativo e Executivo, objetivando efetivar valores consagrados na Constituição Federal.

Para tanto, a pesquisa inicia-se abordando a temática sobre os direitos humanos e direitos fundamentais, posteriormente aborda-se o viés processual quanto à efetividade dos direitos fundamentais, na sequencia direitos fundamentais: Liberdade, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana enquanto pilares do Estado Democrático de Direito.

1. DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao mencionarmos tais direitos invoca-se Sarlet (2007, p. 33-36) que faz a distinção entre direitos humanos e fundamentais, geralmente referenciados como sinônimos, entretanto, o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano, positivados, na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Enquanto que a expressão “direitos humanos” tem relação com os documentos de direito internacional, contemplando as posições jurídicas que se referem ao ser humano, “independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

Convém salientar que, a concepção de Constituição e direitos fundamentais originou-se na segunda metade do século XVIII, o pensamento reproduzido encontrava-se em sintonia com o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”. (SARLET, 2007, p. 69-70)

Nesse período têm-se as bases do núcleo material das primeiras Constituições, de matriz liberal-burguesa, noção da limitação jurídica do poder estatal, garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram ao lado da definição de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional; concretizando ideias de Constituição, Estado de Direito e Direitos Fundamentais. (SARLET, 2007, p. 69-70)

A expressão direitos humanos decorre diretamente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, período da Revolução Francesa. A sua importância histórica é reconhecida em razão de ser considerada “modelo por excelência” das declarações, e ainda é referenciada pelos que se preocupam com “a liberdade e os direitos do Homem”. (SARLET, 2007, p. 128)

Miranda menciona,

do Estado liberal ao Estado social de Direito o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando, de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. (2000, p. 27)

Depreende-se que este ideário de direitos possui um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais, por objetivar a limitação do poder estatal visando assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Assim, é possível dizer que o primeiro Estado Jurídico, protetor das liberdades individuais, alcançou seu lugar histórico na Revolução Francesa.

Esta, por seu caráter de revolução da burguesia, levou à consumação de uma ordem social, dos textos constitucionais verifica-se o triunfo do liberalismo, não da democracia, nem sequer da democracia política.

Segundo Bobbio,

da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX [...]. Liberalismo e igualitarismo deitam suas raízes em concepções da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista, no caso do liberalismo; totalizante, harmônica e monista, no caso do igualitarismo. Para o liberal, a finalidade principal é a expansão da personalidade individual, abstratamente considerada com um valor em si; para o igualitário, essa

finalidade é o desenvolvimento harmonioso da comunidade. E diversos são também os modos de conceber a natureza e as tarefas do Estado: limitado e garantista, o Estado liberal; intervencionista e dirigista, o Estado dos igualitários. (2000, p. 42)

No que se refere ao direito de liberdade, pode-se dizer que houve uma evolução proporcional ao princípio do tratamento igual, os homens são iguais, onde se entende que os homens são iguais no gozo da liberdade, no sentido que “nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro”, conforme artigo 1º da Declaração Universal, o qual exclui discriminações fundadas em “diferenças específicas entre homem e homem”. (BOBBIO, 2004, p. 85)

Comenta Bonavides (2004, p. 23), os que viveram no período do liberalismo, observavam o problema do Estado com um otimismo, acreditando na criação de um futuro melhor e comprometido com os direitos do homem. Acrescenta “O Estado liberal humanizou a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna [...]”.

Silva (2006, p. 115) informa que a neutralidade do Estado liberal provocou injustiças, e os movimentos sociais tanto do período como atualmente, contribuíram para a conscientização da necessidade de uma justiça social. Nesta seara o social vem sendo interpretado como correção do “individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais”.

Portanto, foi entre o século XVIII e o século XX, que o mundo passou por duas grandes revoluções, uma englobou a fraternidade, o homem e o que o rodeia, seu universo, a segunda refere-se a revolução do Estado social na fase de concretização constitucional, contemplando a liberdade e a igualdade. (BONAVIDES, 2004, p. 12)

O Estado social fundamentou-se na justiça, na igualdade e na liberdade, empregando mecanismos intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais. Bem como, instituindo um regime de garantias concretas e objetivas, numa concepção democrática de poder vinculada com a função e fruição dos direitos fundamentais, em contraposição ao individualismo das “teses liberais e subjetivistas”, do Estado liberal. (BONAVIDES, 2004, p. 12)

Ainda em âmbito histórico, destaca-se que em 1776, o movimento separatista norte-americano gerou a Declaração de Independência, esse o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos no contexto da política contemporânea.

[...] no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vincularam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição

separada e igual a que o habilitam as leis da natureza e do Deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem à separação. (COMPARATO, 2005, p. 91)

Constata-se a relação entre Democracia e Direitos Humanos. Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das injustiças, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem. O artigo I, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispõe que: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Tem-se, então, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. O artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (COMPARATO, 2005, p. 91).

3. O VIÉS PROCESSUAL QUANTO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, conferem aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados. Elemento fundamental da ordem constitucional, tais direitos formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. (MENDES, 2004, p. 2)

Segundo Sarlet,

[...] importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. (SARLET, 2007, p. 40)

Embora não exista discussão acerca da posição dos direitos fundamentais na constituição, sua efetividade e auto-aplicabilidade, ainda é certo que não se realizam de *per si*.

O poder judiciário como um dos poderes que formam o Estado moderno, ainda deve atuar para a efetivação de tais direitos, sobretudo nos direitos positivos, que necessitam de uma prestação do Estado para que efetivamente se materializem. Assim ocorre exemplificativamente quando instado a se manifestar acerca do direito fundamental à saúde, consoante garantido nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.

Não é incomum a necessidade de ingresso das ações judiciais para que o Estado, preste a garantia já assegurada na Carta Magna. Não obstante tratem-se de ações de relativa simplicidade, surgem temas como judicialização de políticas públicas e ativismo judicial.

Para Espindola:

[...] a resistência às ações de direito material encontram campo fértil na concepção de direito moderno dos séculos XX e XXI. Concretizar direitos não é apenas reparar lesão a direito material. Tutelar direitos não é aguardar a violação de uma norma jurídica ou simplesmente “dizer” o direito. (ESPINDOLA, 2008. p. 238-239)

Nesta esteira, percebe-se a resistência em relação às ações de direito material, e que a concretização de direitos necessita bem mais do que apenas dizer o direito, cada caso é único e deve ser compreendido e interpretado de forma adequada, de acordo com a cultura e o tempo em que ocorreram.

Desta forma, as decisões precisam “[...] partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação do Estado democrático de direito”. Nesse sentido, é possível compreender que “[...] a função nitidamente jurisdicional não se contenta com o modelo de solução de controvérsias – de matriz eminentemente privada e individualista [...]”, muito menos “[...] com uma jurisdição judicial (não jurisdicional) mas ultrapassa esses modelos [...], garantindo o acesso à justiça [...]”, bem como “[...] proteção e promoção dos direitos fundamentais”. (ESPINDOLA, 2015, p. 2.110)

Há uma importante distinção entre esses dois conceitos, como se o primeiro restasse legitimado pelo sistema tripartite dos poderes, e o segundo assumisse uma conotação de excesso, ou de invasão indevida de um poder que não lhe é atribuído.

A judicialização da política representa um aspecto perverso do Estado moderno, todavia age diretamente no problema não respondido, que é quando há falta da efetivação do direito

fundamental, ensejando ajuizamento de ações aptas a buscar a tutela jurisdicional.

Nesta seara, considera-se essencial distinguir “judicialização e ativismo judicial”. Em relação à judicialização observe-se que “[...] o Poder Judiciário decide questões de ampla repercussão, substituindo-se aos Poderes Executivo e Legislativo”. Cabe dizer que ao ser “[...] chamado a se manifestar sobre um caso concreto, o Poder Judiciário não pode se eximir de fazê-lo e, ao decidir uma questão, pode, por vezes, emitir julgamentos [...]”, quando se tratar de matéria especificamente “política e social”. (GRUPENMACHER, 2015, p. 126)

Na concepção de Espindola:

O peso da herança racionalista não permite que a estrutura do direito processual se compatibilize com as exigências de um novo contexto histórico, e as decisões judiciais deixam de concretizar direitos, [...] a Constituição não acontece no direito processual civil e este, embora atenda à função para a qual foi idealizado no berço do Estado Liberal, não altera a sua estrutura para acompanhar as exigências do Estado Democrático de Direito e sua sociedade. (ESPINDOLA, 2008. p. 238-239)

Diante disso, esperar que a judicialização das demandas concretizem políticas já garantidas em texto constitucional, consiste em desloca-la do contexto para qual foi idealizado, relativizando-a. A tônica, é que o texto constitucional realize-se por si só, e que a estrutura do direito processual consiga acompanhar as necessidades da sociedade.

O ativismo judicial é uma expressão que tem sido utilizada de forma diversificada, na doutrina e jurisprudência. Assim, na esfera jurisprudencial envolve “[...] a adoção da concepção de ativismo judicial como a necessária e permitida atuação do Poder Judiciário, em que este se substitui ao legislativo e cria Direito em hipóteses de lacuna normativa [...]”, objetivando efetivar “[...] valores consagrados na Constituição Federal ao interpretá-la.” (ESPINDOLA, 2015. p. 2.110)

Para Staffen, um modelo constitucional

[...] garantista de processo requer, sem demora, um espaço de defesa dos direitos e garantias fundamentais, restaurado pela hermenêutica, no qual possam estar incluídos os indivíduos, participando em contraditório com iguais oportunidades.[...] Para tanto, a proposta que se apresenta ao debate (e as críticas) reclama de arrancada um novo pensar hermenêutico, centrado na e pela linguagem, além da filosofia da consciência e das razões metafísicas. (STAFFEN, 2014, p. 499)

Contudo, a concretização dos direitos humanos e fundamentais em um Estado Democrático de Direito encontra-se como um desafio, diante disso, forçoso reconhecer a importância das decisões judiciais quando acionado o Estado, através do poder judiciário, a dizer o direito, ou afirmar posição de garantia constitucional reconhecida aos direitos fundamentais, todavia, tal resposta deve vir, por uma interpretação hermenêutica da Carta Magna, evitando assim, interferir no âmbito Legislativo ao criar leis, e no âmbito Executivo ao judicializar as políticas públicas.

3. PILARES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para Bobbio (1992, p. 32), a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi o ponto de partida para transformação das condições econômicas e sociais, produzindo mudanças na organização da vida humana e das relações sociais, bem como deu origem a novas demandas de liberdade e de poderes.

a justiça civil em parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, [...], uma vez sancionada. (BOBBIO, 1995, p. 16)

Em um Estado Democrático de Direito, a democracia tem como base a realização de valores de convivência humana. Seus pilares são a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, o qual surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. (SILVA, 2006, p. 112).

E, num Estado Democrático de Direito, o conceito adotado pela Constituição Federal de 1988 está disposto no artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; - II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo Único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2007, p. 3)

A sociedade humana deve buscar o bem comum, criando condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares; tendo o Estado,

por meio de uma ordem jurídica soberana num determinado território, a finalidade essencial de garantir e harmonizar esse bem comum.

Afirma Boff e Zambam,

A expressão dos hábitos, valores e costumes de uma pessoa ou comunidade é fundamental para sua realização pessoal, a sua participação nos destinos de uma comunidade e o exercício da cidadania. O século passado foi fundamental para a afirmação da democracia como o melhor sistema de organização social e com os mecanismos e instrumentos necessários e em permanente evolução, indispensáveis para garantir as condições de justiça. Da mesma forma, a Declaração dos Direitos Humanos é um indicativo fundamental para explicitar a concepção de pessoa como sujeito de direitos. (2010, p. 63)

O homem, em relação às regras de conduta de natureza jurídica, pode ser considerado como indivíduo, com os seus deveres e as suas pretensões em face dos outros homens, isto é, com direitos e obrigações que lhe cabem singularmente; ou como membro de um grupo social, com deveres que visam à comunhão ou a sociedade e direitos que resultam de sua qualidade de associado. (AZAMBUJA, 1996, p. 386)

Para Hegel (1990), o homem tem deveres na mesma medida em que tem direitos e direitos na mesma medida em que tem deveres, ou seja, deveres e direitos se vinculam proporcionalmente.

O Estado Democrático de Direito abrange os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito. Revelando um novo conceito, o de Estado Democrático de Direito, o qual incorpora um componente de transformação do *status quo*, no artigo 1º, da Carta Política: a República Federativa do Brasil se constitui em “Estado Democrático de Direito”. Este com a tarefa de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. (SILVA, 2006, p. 112-119)

Contudo, vale assinalar que o conceito e o conteúdo dos Direitos Humanos variam de acordo com a concepção política-ideológica em voga. Segundo Bobbio,

[...] atualmente, a superação do fundamento jusnaturalista da seara dos Direitos Humanos. Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-

intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais.(1995, p. 118)

Indubitavelmente, os direitos humanos são produto das declarações e convenções internacionais independente do reconhecimento pelo Estado. Todavia, os direitos fundamentais dependem do Estado em relação à proteção e garantia.

O lema revolucionário foi esculpido com base em três princípios, contemplando todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade; fórmula de generalização e universalidade, restando apenas inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais inerentes à fórmula de generalizações e universalidade. (BONAVIDES, 2007, p. 563)

Pode-se dizer que os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: material e concreta; em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos contidos no jusnaturalismo. Desta forma, analisam-se as gerações dos direitos, a primeira geração envolve os direitos de liberdade, primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, 2007, p. 563)

Atualmente restam pacificados na codificação política. Na realidade os direitos de primeira geração se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente; onde muitas vezes foi possível averiguar eventuais recuos, devido à natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder. (BONAVIDES, 2007, p. 563)

Nesta linha, o autor menciona um espaço sempre aberto a novos avanços. Constata-se que os direitos da primeira geração, direitos civis e políticos, já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a sua extensão.

Explica Miranda:

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos econômicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos de liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes. (2000, p. 31)

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico, ou seja, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Segundo Bonavides:

entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desveloteórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico. São por igual direitos que valorizam primeiro: o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, na linguagem jurídica mais usual. (2007, p. 563-564)

Os direitos de primeira geração contemplam um conjunto de liberdades, denominadas liberdades de expressão coletiva dentre as quais, os direitos de imprensa, manifestação, reunião, associação, dentre outras, e direitos de participação política, direito de voto e capacidade eleitoral passiva. Identifica-se a relação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Quanto aos direitos de segunda geração, envolvem os direitos econômicos, sociais e culturais. Comenta Sarlet (2007, p. 57), devido ao impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo. Acabaram, no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

A distinção que se faz em relação a este direito é positiva, pois propicia o direito de participar do bem-estar social. Não se trata de liberdade do e perante o Estado, mas de liberdade

por intermédio do Estado. Os direitos de segunda geração foram contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849. Atualmente, se caracterizam por outorgar ao indivíduo, direitos às prestações sociais estatais, tais como: como assistência social, saúde, educação, trabalho.... Revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, com base na doutrina francesa. (SARLET, 2007, p. 57)

Foi nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem inclusos em diversos pactos internacionais.

Conforme Bonavides (2007, p. 563-564), os direitos da segunda geração dominam o século XX, da mesma forma que os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Sua origem vincula-se ao princípio da igualdade, considerados inseparáveis, pois ao fazê-lo perderia a razão de ser que os ampara e motiva.

Para Schäfer,

Os direitos fundamentais de segunda geração são, pois, os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o Estado assume uma indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material. Diante disso os elementos caracterizadores dos direitos de segunda geração são os seguintes: igualdade; função do Estado: promocional; eficácia vinculativa principal da norma: Estado; espécie de direito tutelada: individual, com marcados traços de homogeneidade; concepção política de Estado: contemporâneo (Estado Social). (2005, p. 30-31)

Da mesma forma que os direitos de primeira geração, também os direitos de segunda geração foram objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico. Contudo, os direitos da segunda geração passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Com juricidade questionada nesta

fase, foram remetidos à chamada esfera programática, em virtude, de não conterem para sua concretização àquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. (BONAVIDES, 2007, p. 564)

Os direitos fundamentais da segunda geração, pode-se dizer, tornaram-se tão justiciáveis quanto os da primeira geração. Passando a ter aplicabilidade imediata, regra que não pode mais ser desconsiderada com tanta facilidade.

Na esfera dos direitos da segunda geração, deve-se atentar para a circunstância de que não envolvem apenas direitos de cunho positivo. Pois, têm-se as denominadas “liberdades sociais”, exemplificadas pelos direitos de liberdade, de sindicalização, de greve, reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como: o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, dentre outros, porém esses os mais representativos. (SARLET, 2007, p. 57-58)

A segunda geração dos direitos fundamentais envolve, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propõem parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, a exemplo dos direitos da primeira geração, também os direitos sociais, em sentido amplo, se reportam aos direitos pessoais, individuais, não podendo ser confundido com os direitos coletivos ou difusos da terceira geração. Os direitos de segunda geração podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com a classe empregadora, detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2007, p. 57-58)

Segundo Miranda:

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados, sobretudo, por movimentos de trabalhadores e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais – direitos econômicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. (2000, p. 22-23)

Acompanhando tal colocação Bonavides demonstra que a teoria objetiva dos direitos fundamentais advém de Carl Schmitt. Os direitos sociais deram à consciência de que tão

importante quanto salvaguardar o indivíduo,

[...] era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Essa concepção de direitos fundamentais que contém garantias institucionais, e segundo a qual, portanto, os direitos fundamentais não são apenas os direitos da liberdade, deve ser recebida com alguma cautela, pois a liberdade, ao contrário do que acontece com a propriedade, não é suscetível de “institucionalizar-se” como garantia. Se isto ocorresse, destruída ficaria a natureza mesma desse direito, sem dúvida o mais clássico direito dos direitos a que o homem aspira. (2007, p. 565)

Percebe-se que foi a partir das garantias institucionais, que se originou a proteção às instituições, as quais passaram a receber proteção especial. Segundo o autor:

ao resguardo da intervenção alteradora da parte do legislador ordinário, referente a uma categoria de direitos fundamentais que se não confundem, porém com os da liberdade, porquanto a estrutura dos mesmos é lógica e juridicamente outra. Pois, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas. (BONAVIDES, 2007, p. 566)

Para Bonavides, a tarefa empreendida por Carl Schmitt de identificar as garantias institucionais, referentes ao “funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juízes, a exclusão de tribunais de exceção”, dentre outras não foi difícil.

E, as cita da seguinte forma:

[...] primeiro, que haja uma garantia e que esta, de ordinário, seja de natureza constitucional; a seguir, que a garantia tenha um objeto específico, a saber, uma instituição, visto que do contrário não se poderia falar de garantia institucional; e, finalmente, que se refira a algo atual, presente e existente, dotado de forma e organização, a que já se prende também uma situação jurídica constatável; a garantia institucional contém sempre elementos de garantia de um *status quo*. Porém, alerta Bonavides que não se confunda garantias institucionais com garantias do instituto. As garantias do instituto ocorrem sempre em proveito de institutos jurídicos de direito

privado: a propriedade, o direito sucessório, a família, o casamento; sendo também garantias de direito constitucional, garantem relações jurídicas e complexos normativos típicos, tradicionalmente sólidos, ao passo que as garantias institucionais são pertinentes a instituições de direito público que compõem uma parte da administração de assuntos públicos. (BONAVIDES, 2007, p. 566)

No momento em que há uma violação da garantia institucional fere-se a Constituição. Nesta esteira, no entendimento de Canotilho,

As chamadas garantias institucionais compreendiam as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas. Embora, muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos, diretamente a uma pessoa; as instituições, como tais, tem um sujeito e um objeto diferente dos direitos do cidadão [...]. A proteção das garantias institucionais aproxima-se da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições. (2002, p. 395-396)

Identifica-se um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados materialmente a uma liberdade objetivada, com ligações normativas e institucionais, a valores sociais, tornando-se o Estado um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração.

Bonavides (2007, p. 568-569) destaca a importância das garantias institucionais revalorizarem os direitos da liberdade. Os quais até então eram concebidos numa oposição irremediável entre indivíduo e Estado, e o fizeram na medida em que se pôde transitar de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida. Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração os direitos passaram a compreender além daquelas garantias também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que dispõe a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade, tanto quanto, o da liberdade tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir uma dimensão objetiva de garantia contra atos arbitrários do Estado.

De acordo com Zambam:

O processo de escolha que os indivíduos livremente operam representa a maturidade de uma sociedade democrática e reflete o nível de garantia para o exercício das liberdades substantivas. Nesse sentido, as escolhas podem ser divergentes, contraditórias ou complementares conforme os interesses e habilidades pessoais. São importantes referências para tal objetivo a formação dos valores culturais, as necessidades imediatas, o seu projeto de vida futuro e a organização socioeconômica onde as pessoas estão inseridas, entre outras dimensões. (2012, p. 99)

Assim, passa-se aos direitos de quarta geração. Sarlet (2007, p. 60) comenta que há uma tendência de reconhecer uma quarta geração, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas, mesma posição tem Bonavides a respeito dos direitos de quarta geração.

Dessa forma, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar à existência de uma nova geração dos direitos fundamentais. Em síntese, a evolução dos direitos fundamentais, de acordo com Miranda indica três ou quatro gerações:

a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias. (2000, p. 24)

Sarlet (2007, p. 60) enfatiza que: “[...] todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”.

Por sua vez, Bonavides (2007, p. 571) assume uma posição favorável, no âmbito do direito pátrio, quanto ao reconhecimento da existência de uma quarta geração, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à derradeira fase da institucionalização do Estado Social.

Assim, compreende-se que os direitos de quarta geração dependem da concretização da sociedade aberta do futuro, em sua máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-

se no plano de todas as relações de convivência, principalmente, quando se fala em Direito, Democracia e Sustentabilidade.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser uma democracia direta. Materialmente possível e sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.

Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista; familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; está, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2007, p. 571)

Os direitos da quarta geração não somente culminam à objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem, sem, todavia, removê-la, a subjetividade dos direitos individuais. Tais direitos sobrevivem, e não apenas, ficam abastados em sua dimensão principal, objetiva axiológica, podendo, mais adiante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2007, p. 572)

Assim, é possível partir para asserção de que os direitos da segunda, terceira e da quarta gerações não se excluem, pelo contrário complementam-se e concretizam-se. Dessa concretização reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globalização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade. Imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso, onde o Homem e a sua liberdade, a liberdade concreta, entenda-se parece haver ficado de todo esquecidos e postergados. (BONAVIDES, 2007, p. 572)

Hoje com a globalização o homem representa a figura moral da cidadania. Ele é a constante evolução dos valores sociais, o núcleo, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade dos direitos enunciados, direitos de quatro gerações distintas, é obra do cidadão.

Os direitos de terceira geração, direitos difusos e coletivos, envolvem temas referentes à

paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Entendendo-se que não se destinam à pessoas determinadas ou a grupos de pessoas.

Podendo-se afirmar que tem por destinatário, então, toda a coletividade. Possui uma interligação com àqueles direitos que integram as gerações já descritas, exigindo, contudo novos instrumentos jurídicos para que possa ser efetivada sua tutela.

Para Freitas:

Existe, de fato, o dever ético indeclinável e natural de sustentabilidade ativa, que não instrumentaliza predatoriamente, mas intervém para restaurar o equilíbrio dinâmico. Por outras palavras, existe o dever de ser benéfico para todos os seres, nos limites do possível, não apenas deixar de prejudicá-los. Uma atitude eticamente sustentável é apenas aquela que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza. (2012, p. 61)

Na concepção de Bonavides (2007, p. 572), os direitos de terceira geração estão relacionados a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento que se abriu um espaço para busca de uma outra geração dos direitos fundamentais, até então desconhecida.

Trata-se da geração que tem como base a fraternidade, têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de sua existência concreta.

Protege-se constitucionalmente os direitos de terceira geração, que são os interesses de grupos indeterminados de pessoas, não havendo vínculo jurídico ou fático muito preciso entre eles. Os também denominados direitos de solidariedade ou fraternidade materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis. (BONAVIDES, 2007, p. 58)

Os direitos difusos e coletivos, visam proteger bens jurídicos dentre eles a defesa do meio ambiente, visando à busca por uma melhor qualidade de vida presente e futura. O principal responsável pela garantia dos direitos de terceira geração é o Estado, estando vinculado positivamente quanto à sua realização.

Nesta seara, menciona Miranda:

Trata-se de necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos em determinados indivíduos e que somente podem ser satisfeitos numa perspectiva comunitária. Nem são interesses públicos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projetar-se, de modo específico, direta ou indiretamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas. (2000, p. 69)

Verifica-se, que os direitos de terceira geração possuem características peculiares, titularidade coletiva, indefinida e indeterminável, a qual se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e a qualidade de vida. Em que pese ficar preservada sua dimensão individual, necessitando de novas técnicas em relação a sua garantia e proteção.

Tais direitos são denominados como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. (SARLET, 2007, p. 58-59)

Segundo o autor, quanto a sua positivação considera que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais de terceira geração ficam na dependência de encontrar seu reconhecimento na seara do direito constitucional. Estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, onde já há tratados e outros documentos transacionais.

Conforme Miranda:

Hoje, a relevância do ambiente tornou-se quase obrigatória ou recorrente em quase todos os novos textos constitucionais, entendida à luz das suas coordenadas próprias. Mas esta universalização não significa, só por si, que a efetividade das normas – sejam programáticas ou preceptivas – se mostre muito forte ou idêntica por toda a parte e serão muito poucos Estados que poderão arrogar-se (como bem se desejaria) a qualidade de Estado ambiental. (2000, p. 533)

Os direitos fundamentais de terceira geração podem ser considerados como uma resposta ao fenômeno, denominado por Pérez Luño de “poluição das liberdades”. Tal fenômeno se caracteriza pelo processo de: erosão e degradação, sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias.

O surgimento de um direito de informática ou liberdade de informática, cujo reconhecimento é postulado mediante a um controle cada vez maior, no que se refere à liberdade, intimidade individual, bancos de dados pessoais, meios de comunicação, dentre outros,

que, em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade, de expressão e comunicação, bem como as garantias da intimidade e privacidade ainda provocam certas dúvidas com relação ao seu enquadramento na terceira geração dos direitos fundamentais.

E no que se refere aos direitos de terceira geração, às referências que normalmente são feitas tratam das garantias contra manipulações genéticas, direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo, os quais são identificados por parte da doutrina, como direitos de terceira geração. Porém já há doutrinadores que os enquadram como direitos de quarta geração.

Diante da constante evolução dos direitos, é importante destacar a posição de Oliveira (2000, p. 86), para ele, já se está vivenciando a quarta e quinta geração dos direitos fundamentais. O autor entende ser direitos de quarta geração: “os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia”.

Quanto aos direitos de quinta geração Oliveira (2000, p. 86) apresenta: “[...] a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet”.

Identifica-se a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe o dever de proteção ao Estado, cabendo ao legislador a tarefa de atuar na correção das relações entre particulares caracterizadas por uma desigualdade e na contenção das violações dos direitos fundamentais da parte mais frágil pela mais poderosa.

Nesse sentido, Sarlet sustenta:

Aplicam-se, portanto-, as mesmas diretrizes incidentes nos demais casos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, dependendo o grau de proteção da maior ou menor intensidade da ameaça à liberdade por parte dos que exercem o poder social, viabiliza, em caso de manifesta insuficiência ou mesmo omissão do legislador, a realização do dever de proteção pelos órgãos jurisdicionais, inclusive colmatando eventuais lacunas com base nas próprias normas de direitos fundamentais. [...] restando virtualmente incontestes a importância dos assim denominados poderes privados para o problema da vinculação dos particulares e embora controverso – também aqui – o modo e intensidade da vinculação, importa que se deixe consignada a salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos

fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de “neofeudalismo social”, característico da moderna sociedade industrial tecnológica. (2000, p. 132-133).

É fato que a obrigação de proteção desencadeia prestações positivas para o Estado, as quais podem ser observadas ou cumpridas segundo uma variada gama de meios de atuação ao encargo do Estado administrador, legislador ou juiz, dentro de suas competências, com diferentes medidas de intensidade.

Determinada obrigação existe, quer quando a agressão ou ameaça à pessoa partir do próprio Estado, quer quando provir de outros particulares. Tudo conduz à indiscutível necessidade de serem utilizados parâmetros concretos que permitam visualizar, para além da categoria formal do “sujeito de direito”, “pessoa” que participa dos vínculos jurídicos e sociais, assumindo diversas medidas de responsabilidade. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 71-73)

Sarlet, em análise às teorias da convergência Estatista e State Action, comenta sobre como a negação da própria relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata:

Em face de sua relativa projeção e da considerável relevância de parte de seus argumentos, impõe-se breve exposição da concepção doutrinária sugestivamente designada como teoria da convergência estatista. Originalmente desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, esta corrente, além de negar a relevância da discussão em torno de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que a este incumbe o dever precípua de proteger os direitos fundamentais em geral, de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros (nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais não passa de um problema aparente. O que se percebe, desde logo (e isto basta, por ora), são alguns inequívocos pontos de contato entre a doutrina da state action (ou, de certa forma, a corrente que advoga sua relativização) e a da “convergência estatista”, muito embora não se possa cometer o equívoco de equiparar as duas concepções. Com efeito, as duas doutrinas não deixam de buscar (e penso que nem poderiam deixar de fazê-lo) uma solução para o problema das agressões aos direitos fundamentais oriundas de particulares ou entidades privadas, mas acabam por equiparar esta atuação à ação (ou omissão) estatal ou mesmo imputam ao Estado este comportamento que,

na verdade, provém – ao menos no que diz com expressivo número de casos – da esfera privada. (2000, p. 133-135).

Para Alexy (2008, p. 42-43), é necessário trilhar um caminho para averiguar uma teoria adequada “enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma teoria estrutural é, primeiramente uma teoria analítica”. Complementa o autor que:

[...] não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais [...]. Sua ideia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tem ela caráter normativo-analítico. (2008, p. 43)

Existem normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatário os particulares, bem como, que as teorias em sua formulação originária convergem para o entendimento da superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos um espaço de liberdade e autonomia, assim como garantia contra as ingerências indevidas do poder público, ao menos na sua condição de defesa.

Das considerações tecidas, interpreta-se que há ainda um dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais, exigindo um exame em relação à sua acessibilidade, que deve ser observada com base na sua caracterização teórico-estrutural e em suas normas, como preleciona Alexy (2008, p. 43).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais Enquanto Pilares do Estado Democrático de Direito, realizada no presente estudo, forneceu subsídios para constatar que a democracia se efetiva por meio da participação cidadã.

Buscou-se refletir sobre atos que respeitem a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Constatou-se que os direitos do indivíduo-cidadão devem ser preservados. Abordou-se com base nos direitos fundamentais e por violação destes a democratização do acesso à justiça, tendo como base a dignidade da pessoa humana.

O acesso à justiça enquanto direito fundamental constitucionalizado, encontra-se

consagrado na Carta Política brasileira, no inciso LXXIV, do art. 5º. Já o artigo 1º dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I A soberania; II A cidadania, III A dignidade Humana”.

Há que se fazer referência ao princípio basilar da Carta Política, o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante ao cidadão um tratamento digno e igualitário, independentemente da situação econômica, cultural ou social.

É relevante mencionar que embora não exista discussão acerca dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, sua efetividade e auto-aplicabilidade, ainda é certo que não se realizam de *per si*.

Dessa forma a concretização dos direitos fundamentais depende da ingerência de um poder diverso daquele que teria legitimidade. Nesta esteira, transfere-se ao poder judiciário a responsabilidade quanto à sua concretização.

A Constituição Federal de 1988, trouxe novas questões para o constitucionalismo brasileiro, calha mencionar a judicialização da política e o ativismo judicial, reflexos do modelo de constituição adotados pelo Brasil.

Assim, o poder judiciário como um dos poderes que formam o Estado Moderno, acaba substituindo os poderes Legislativo e Executivo, objetivando efetivar valores consagrados na Constituição Federal.

Contudo, a concretização dos direitos humanos e fundamentais em um Estado Democrático de Direito encontra-se como um desafio, diante disso, forçoso reconhecer a importância das decisões judiciais quando acionado o Estado, através do poder judiciário, a dizer o direito, ou afirmar posição de garantia constitucional reconhecida aos direitos fundamentais, todavia, tal resposta deve vir, por uma interpretação hermenêutica da Carta Magna, evitando assim, interferir no âmbito Legislativo (criar leis), e no âmbito Executivo (judicializar políticas públicas).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do Discurso Racional como teoria da*

Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 36. ed. São Paulo: Globo, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Salette Oro; ZAMBAM, Neuro José. O direito das culturas: compromisso com o reconhecimento, a cidadania e a maturidade democrática. In: REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. (Org.). *Direitos Fundamentais e o Espaço Público*. Passo Fundo: Editara IMED, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2005.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 12 fev., 2015.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?). Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Ativismo x garantismo judicial em matéria tributária – limites e possibilidades. *RJLB*, Lisboa, Ano 1, n. 4, p. 11-150, 2015.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. 4. ed. Lisboa: Editora Guimarães, 1990.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed., Tomo IV Direitos Fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang.(Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com público e o*

privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ed., 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e justificação jurídica: reflexos sobre (in)aplicabilidade dos postulados de Roberty Alexy na moda de uniformização de julgados. In: CAZARRO, Kleber. (Org.). *Reflexões teóricas sobre direito material e processual*. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014.

ZAMBAM, Neuro José. *Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável*. Passo Fundo: IMED, 2012.

ASPECTOS RELEVANTES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PREVISTOS NO ART. 190 DO CPC/2015

Luiz Fernando Bellinetti¹

Nida Saleh Hatoum²

INTRODUÇÃO

A recente sanção da Lei n. 13.105/2015 pela Presidente da República implica necessariamente no estudo, pelos operadores do Direito, das normativas, princípios, mecanismos e instrumentos que constituem o novo Código de Processo Civil, sendo que não são poucas as modificações que, necessariamente, deverão ser enfrentadas.

Reorganizações estruturais relevantes consistentes na divisão entre parte geral e parte especial e na nova disposição dos livros, bem como alterações consideráveis atinentes à base principiológica adotada pelo novo diploma (arts. 1.º ao 12), à tutela provisória (arts. 294 ao 311) e ao processamento dos recursos (arts. 994 ao 1.044), dentre tantos outros pontos, indicam que estudos voltados especificamente a cada um desses temas serão imprescindíveis à compreensão de como se operacionalizará a nova legislação processual.

E é exatamente neste contexto que se encontra inserida aquela vista por muitos como uma das principais inovações trazidas pelo CPC/2015: a possibilidade de realização dos chamados *negócios jurídicos processuais*.

Embora diversos dispositivos abarquem as chamadas “convenções procedimentais” (entre eles os arts. 222, 357, 364, 380, 392 e 471), o art. 190 do Novo Código confere às partes a

¹ Professor do programa de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

² Aluna do Programa de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: nida@medina.adv.br. Telefones: (44) 8414-3655 ou (44) 4001-3800. Escrito pela segunda Autora, sob orientação do primeiro.

faculdade de modificar e regular o procedimento, adequando-o ao caso concreto, e o art. 191 estabelece a possibilidade de fixação de um calendário processual.

Em um cenário que revela a morosidade na tramitação dos processos, o abarrotamento dos Tribunais Superiores, as altas custas que devem ser suportadas pelos litigantes, a instabilidade das decisões judiciais e o crescente aumento de demandas, especialmente envolvendo relações de consumo, a preocupação com o acesso à justiça, a eficácia da prestação jurisdicional e a solução alternativa de litígios torna-se cada vez mais relevante e necessária.

Como é impossível que o ordenamento jurídico regule todas as situações submetidas ao crivo do Poder Judiciário, a possibilidade de convenção de procedimento, de acordo com as peculiaridades de cada lide, se propõe a prestigiar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, estimulando a efetiva solução de conflitos.

Assim, este breve estudo visa à análise das primeiras e mais relevantes impressões sobre o instituto previsto no art. 190 do CPC/2015, bem como quais serão os limites que deverão ser observados pelas partes quando da realização de convenção de procedimento.

Nos capítulos subsequentes, serão abordadas, inicialmente, (i) considerações sobre a teoria geral dos negócios jurídicos *materiais* e sobre o princípio do respeito ao autorregramento da vontade; em seguida, (ii) serão analisados os negócios jurídicos processuais em seus aspectos mais relevantes, cotejando a sua atual utilização e a inteligência do art. 190 do novo diploma, e, por fim, (iii) cuidar-se-á de verificar qual o objeto e o alcance dos negócios jurídicos processuais na sistemática adotada pelo CPC/2015.

Desse modo, tendo em vista a amplitude das questões que envolvem tanto a teoria geral dos negócios jurídicos, como o alcance da cláusula geral que autoriza a realização dos negócios jurídicos processuais (art. 190 do CPC/2015), e não pretendendo esgotar o tema, de grande complexidade, é que se inicia o presente estudo.

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS MATERIAIS E O PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL

Para compreensão do tema central deste estudo, concernente na possibilidade de celebração, pelas partes, de negócios jurídicos processuais (art. 190 do CPC/2015), faz-se

necessário o resgate de alguns aspectos conceituais atinentes aos negócios jurídicos *materiais*, eis que, para que seja possível a realização de acordos processuais relativos à convenção de procedimento, é imprescindível a observância, pelas partes, das normas que regulam os negócios jurídicos de um modo geral.

Também é essencial a análise, ainda que breve, do princípio do respeito ao autorregramento da vontade na legislação processual civil, na medida em que se cuida da base que norteia e motiva a convenção procedimental.

1.1. Os negócios jurídicos no ordenamento jurídico pátrio

As mais elementares lições de Direito Civil ensinam que *fato jurídico em sentido amplo* é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito (GONÇALVES, 2010, p. 314) e que, para ser erigido à categoria de fato jurídico basta que esse fato do mundo seja relevante à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza (MELLO, 1999, p. 38-39).

Do gênero *fato jurídico lato sensu* derivam as espécies (i) fato jurídico *strictu sensu* e (ii) atos jurídicos *lato sensu*, sendo que os primeiros decorrem de simples manifestação da natureza e os segundos da atividade humana (GONÇALVES, 2010, p. 315).

Ainda, o *ato jurídico em sentido lato*³ é gênero do qual são espécies o (i) ato jurídico *strictu sensu*; (ii) o negócio jurídico; e (iii) o ato-fato jurídico.

No que se refere aos atos jurídicos *strictu sensu*, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não atua, em nenhuma medida, quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Assim, a ação humana se baseia não em uma vontade qualificada, mas em simples intenção, como quando alguém fiska um peixe, dele se tornando proprietário graças ao instituto da ocupação (DINIZ, 2002, p. 362-363).

Já quanto aos *atos-fatos jurídicos*, segundo Carlos Roberto Gonçalves, cuidam-se de ações humanas que a lei encara como fatos, sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, demandando apenas o ato material de achar (GONÇALVES, 2010, p.

³ Cf. ensina Marcos Bernardes de Mello (1999, p. 138), são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana, que tenha por objeto da obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.

317).

Tendo em vista o objeto do presente estudo, pince-se, para análise, apenas a segunda categoria.

Na clássica definição proposta por Pontes de Miranda, negócio jurídico é o ato jurídico cujo suporte fático tem como um dos elementos essenciais a manifestação da vontade, com o poder de criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo como pressuposto deste poder o autorregramento da vontade (MIRANDA, 2000, p. 29).

Na concepção de Miguel Reale, ainda, negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. O autor ainda ressalta que tais atos não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade (REALE, 1981, p. 206-207).

Para José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas Araújo, o negócio jurídico constitui o pilar do direito privado, pois expressa, por excelência, o princípio da autonomia privada nas relações negociais (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 153).

Quanto à finalidade dos negócios jurídicos, sabe-se que visam: (i) à aquisição de direitos, que ocorre quando um direito é incorporado ao patrimônio e à personalidade do titular; (ii) à conservação de direitos, que podem demandar medidas repressivas ou preventivas do titular; (iii) à modificação de direitos, eis que estes podem sofrer mutações quanto ao objeto ou quanto ao sujeito; e (iv) à extinção de direitos, que ocorre, por exemplo, quando do falecimento do titular de direito personalíssimo (GONÇALVES, 2010, p. 320- 324).

Já quanto à interpretação dos negócios jurídicos, destaque-se que se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (art. 112 do Código Civil), deverá ocorrer conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113 do Código Civil) e, em se tratando de relação de consumo, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor).

Necessário se faz ressaltar, ainda, que os negócios jurídicos possuem, como regra, dois requisitos⁴ principais: o de existência e o de validade.

⁴ Que, cf. ensina Carlos Roberto Gonçalves, se diferem dos elementos dos negócios jurídicos: “Embora os elementos dos negócios jurídicos sejam as partes que compõem a sua estrutura, e os requisitos as qualidades desses elementos, a doutrina não

Para que o negócio jurídico exista, devem concorrer: (i) a declaração de vontade das partes; (ii) a finalidade negocial, diretamente interligada com a intenção de adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos, já mencionada; e (iii) a idoneidade do objeto. Para que seja válido, devem ser observados os requisitos elencados pelo art. 104 do Código Civil, a saber: (i) capacidade do agente; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) possuir forma prescrita ou não defesa em lei (GONÇALVES, 2010, p. 346-362).

Como já se afirmou, é evidente que, ao celebrarem acordos processuais, as partes deverão, necessariamente, observar as normas e princípios que regulam os negócios jurídicos materiais, sob pena de invalidade ou inexistência das tratativas que versarem sobre convenção de procedimento.

1.2. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil⁵

Conforme ensina Fredie Didier Jr. (2015, p. 22), o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas, isto é, visa tornar o processo jurisdicional um espaço para o exercício da liberdade.

Relembre-se que a teoria dos negócios jurídicos foi fundamentalmente desenvolvida tendo por objeto relações jurídicas de direito privado, que é onde se manifesta a gigantesca maioria dos negócios jurídicos, eis que, guiados pela autonomia privada, os participantes do negócio jurídico criam, modificam ou extinguem relações de direitos. Entretanto, conquanto se manifeste com muito maior amplitude do âmbito do direito privado, que tem como uma de suas fundamentais características a autonomia das vontades, o negócio jurídico pode dar-se também no âmbito das relações jurídicas processuais (WAMBIER et al, 2015, p. 352).

Nesta esteira, tendo em vista o caráter público do Direito Processual Civil, é certo que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade não tem, na esfera processual, a mesma roupagem e amplitude verificada, por exemplo, na esfera do Direito Civil, eis que envolve o

distingue elementos de requisitos, empregando frequentemente como sinônimos” (GONÇALVES, 2010, p. 347).

⁵ Segundo Pontes de Miranda, a terminologia “autonomia privada” deve ser evitada: “Evite-se, outrossim, chama-la de autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer autorregramento da vontade em direito público, o que seria falsíssimo” (MIRANDA, 2000, p. 56).

exercício de uma função pública, a jurisdição. Isso não impede, entretanto, que lhe seja dada a devida importância e destaque (DIDIER JR., 2015, p. 20).

Leonardo Carneiro da Cunha, em uma análise do princípio do autorregramento da vontade, esclarece que há, no CPC/2015, além do art. 190, diversos dispositivos que prestigiam a autonomia da vontade das partes. O novo Código trata, por exemplo, da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 334 a 695) e permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2.º). Há, segundo ele, aliás, um forte estímulo à autocomposição no CPC/2015, destacando-se os §§ 2.º e 3.º do seu art. 3.º (CUNHA, 2014, p. 21).

Afirma o autor, assim, que o autorregramento da vontade no Novo Código é permitido, assegurado e respeitado, eis que o diploma foi estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses.

Esta opinião é corroborada pelo entendimento de Fredie Didier Jr. (2015, p. 23-25), para quem o novo CPC consagra um sistema coerente e que reforça a existência de um princípio comum a diversas outras normas, o do autorregramento da vontade no processo civil.

Para o autor, diversos são os exemplos, no CPC/2015, de sua manifestação: (i) quando o Código estimula a solução de conflitos por autocomposição (art. 165-175; arts. 334 e 695; art. 515, III; art. 725, VIII; art. 515, §2º; e art. 190); (ii) quando estabelece que é a vontade da parte que delimita o objeto litigioso do processo (arts. 141 e 490) e do recurso (arts. 1.002-1.013); (iii) quando prevê um número significativo de negócios processuais típicos (art. 63; art. 65; art. 168; art. 191; art. 225; art. 313, II; art. 337, §6º; art. 357, §2º; art.

362, I; art. 373, §§3º e 4º; art. 471; art. 775; art. 998; art. 999; art. 1.000, dentre outros; (iv) consagra o princípio da cooperação (art. 6.º do CPC/2015); (v) prestigia a arbitragem (Lei n. 9.307/1996); e (vi) prevê uma cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015), objeto deste estudo.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A redação do caput do art. 190 do CPC/2015 prevê expressamente que “Versando o

processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” e, na visão de muitos, consiste em uma cláusula geral que autoriza que as partes, observados alguns requisitos, convençam sobre o procedimento que será adotado⁶.

O primeiro aspecto que deve ser observado sobre os negócios jurídicos processuais, no entanto, é que até pouco tempo subsistiu, na doutrina, entendimentos no sentido de que o instituto não existe no ordenamento jurídico brasileiro.

Cândido Rangel Dinamarco, para quem o negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio da autonomia da vontade, doutrina que todo negócio jurídico pressupõe que seus efeitos sejam, exata e precisamente, aqueles que as partes esperam, o que não ocorre no processo, porque a lei estabelece as consequências dos atos praticados na demanda, sem conferir qualquer margem de intervenção às partes (DINAMARCO, 2009, p. 484).

Compartilhando do mesmo entendimento, José Joaquim Calmon de Passos assenta que os acordos existentes na sistemática atual seriam negócios jurídicos apenas pela relevância que, nessas circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado. No entanto, por carecer de pronunciamento integrativo do juiz para produzir efeitos, a eficácia no processo não seria produzida pelas declarações dos próprios litigantes, razão pela qual não seriam, tecnicamente, negócios jurídicos processuais (PASSOS, 2005, p. 69-70).

Neste sentido também é o posicionamento de Daniel Francisco Mitidiero, para quem não existem negócios jurídicos processuais, vez que os efeitos possíveis, decorrentes dos atos dos sujeitos do processo, já estão normatizados pela legislação (MITIDIERO, 2005, p. 15-16).

O fato é que, após a entrada em vigor do CPC/2015, o debate acerca da existência ou não dos negócios jurídicos processuais perde a relevância, especialmente ante o teor do seu art. 190, que expressamente autoriza que as partes celebrem acordos processuais.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, as negociações processuais constituem meios de se

⁶ Cf. as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello: “O art. 190 do NCPC contém, por assim dizer, uma espécie de norma geral de autorização dos negócios jurídicos de caráter processual, vale dizer, serve de autorização geral para que as partes pactuem, observadas as condições estipuladas no artigo em referência, negócios jurídicos que reflitam no processamento da ação” (WAMBIER et al, 2015, p. 352).

obter maior eficiência processual⁷, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso (CUNHA, 2014, p. 29).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2015, p. 701), por seu turno, afirmam que a finalidade dos negócios jurídicos processuais é abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático.

Na mesma linha, Luiz. R. Wambier (2015, p. 1) entende que a disposição sobre a possibilidade de realização de acordos processuais está inserida no contexto da ideia de cooperação⁸ que permeia todo o Código (art. 6.º do CPC/2015), e que deve ser entendida como a necessidade de que haja esforço de todos os envolvidos na atividade processual para que resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável.

A doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque, a título exemplificativo, há muito ensina que este instrumento, o da *flexibilização procedimental*, atende a ideia de processo justo alicerçada na Constituição Federal, desde que observado o princípio contraditório e desde que não subsista prejuízo às partes (BEDAQUE, 2006, p. 63).

Compartilhando da mesma concepção, Leonardo Carneiro da Cunha posiciona-se no sentido de que se faz necessária a adequação do processo às peculiaridades do caso concreto. Prossegue afirmando que para que a tutela jurisdicional seja efetiva, concretizada pela exigência de um devido processo legal, é imprescindível que haja adequação, sendo que este princípio – o da adequação – é extraído da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e da cláusula do devido processo legal (CUNHA, 2012, p. 83).

Muito embora há quem acredite que se trata de uma inovação⁹, ou seja, que semelhante faculdade não esteve à disposição das partes na vigência do CPC/1973, se faz necessário destacar, já de antemão, a presença de inúmeros exemplos de acordos processuais muitíssimo comuns na praxe forense.

É o caso de situações em que (i) as partes mutuamente renunciam o prazo para recurso

⁷ Sobre o princípio da eficiência, recomenda-se a leitura da produção de CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, Revista de Processo, p. 233-265.

⁸ Sobre o princípio da cooperação no CPC/2015, sugere-se a leitura do comentário ao art. 6.º em MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50-51.

⁹ Inclusive Luiz R. Wambier, ao mencionar que “Estamos diante, de fato, de uma expressiva inovação” e que “Esta inovação certamente é capaz de dar bom rendimento ao processo” (WAMBIER, 2015, p. 2).

quando da celebração de acordo; (ii) convencenam, em audiência, prazo para apresentação de alegações finais escritas; (iii) estabelecem cláusula de eleição de foro para modificar competência relativa; (iv) suspendem o processo ante a iminência de acordo; (v) adiam a realização da audiência em razão da impossibilidade de comparecimento de uma das partes; e (vi) estipulam convenção de arbitragem.

Em uma minuciosa análise dos dispositivos que compõe a legislação processual civil em vigor, inclusive, Leonardo Carneiro da Cunha elenca ao menos trinta e três hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos¹⁰, o que, sem dúvidas, afasta completamente qualquer possível raciocínio de que a possibilidade de convenção de procedimento é previsão exclusiva do CPC/2015¹¹ (CUNHA, 2014, p. 14-16).

No entanto, embora já sejam os negócios jurídicos processuais contemplados pelo ordenamento vigente, o art. 190 do CPC/2015 representa norma que, além de reforçar a ideia de que é possível pactuar sobre procedimento, desde que observados os critérios legais, também amplia sobremaneira o alcance dos referidos acordos, antes delimitado às hipóteses legalmente previstas (WAMBIER et al, 2015, p. 352).

Indiscutivelmente, a roupagem dada aos negócios jurídicos processuais pelo Novo Código confere às partes maior autonomia para pactuarem sobre o que entenderem necessário e conveniente, desde que, obviamente, verse o processo sobre *direito que admite autocomposição*.

¹⁰ São eles: a) modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, § 1º); c) acordo de eleição de foro (art. 111); d) prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); e) desistência do recurso (art. 158; art.500, III); f) convenções sobre prazos dilatórios (art. 181); g) convenção para suspensão do processo (arts.265, II, e 792); h) desistência da ação (art. 267, § 4º; art. 158, parágrafo único); i) convenção de arbitragem em (art. 267, VII; art. 301, IX); j) revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX, e § 4º); k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475 -N, III e V, e

794, II); m) renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); n) convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); o) acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); p) conciliação em audiência (arts. 447 a 449); q) adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); r) convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, §

1º); s) liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); t) escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); u) renúncia ao direito de recorrer (art. 502); v) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); w) desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); x) escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); y) opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); z) desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); bb) dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); cc) opção do exequente pelo por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A); dd) opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); ee) acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); ff) escolha de depositário de bens sequestrados (art. 824, I); e gg) acordo de partilha (art. 1.031).

¹¹ Cf. o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello: “Os negócios jurídicos de caráter processual, a despeito de incomuns, não são exatamente novidade no direito processual civil brasileiro: as hipóteses de suspensão convencional do processo (CPC/72, art. 265, II, repetido no art. 313, II, do NCPC) e de convenção acerca da distribuição do ônus da prova (respeitados os limites impostos pelo art. 333, parágrafo único, do CPC/73, e pelo art. 373, §§ 3.º e 4.º, do NCPC) perfazem exemplos de negócios jurídicos de caráter processual”. (WAMBIER et al, 2015, p. 352)

Neste sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior entende que o CPC/2015, ao instituir, em seu art. 190, uma *cláusula geral de negociação sobre o processo*, coloca os negócios jurídicos processuais no centro dos debates acadêmicos e conduz à conclusão de que, no novo sistema processual, encontra-se presente o *princípio da autonomia ou do autorregramento da vontade no processo*, concretizado no art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015 (ATAÍDE JUNIOR, 2015, p. 1).

Ao que tudo indica, a pertinência e a relevância do instituto residem na possibilidade de as partes convencionarem o procedimento que seja mais adequado às peculiaridades de cada lide e se ajuste às necessidades dos litigantes, na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz à solução do litígio.

A título exemplificativo, é possível cogitar convenções procedimentais que autorizem a realização de audiências de conciliação a cada mês, ou que, em sendo necessária a produção de prova pericial, ao menos três laudos serão elaborados por diferentes peritos, na busca de um maior grau de tecnicismo e imparcialidade. As partes também poderão negociar, se assim quiserem, que se o valor da condenação alcançar determinado patamar não será interposto recurso, ou que o ônus da prova será distribuído de maneira diversa à prevista na legislação.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello, que também entendem que a finalidade primeira do instituto é prestigiar a autorregulação entre as partes acerca de aspectos do procedimento judicial, conjecturam que as partes poderão estipular: (i) número limite de manifestações; (ii) impossibilidade de produção de determinada modalidade de prova (oitiva de testemunhas por carta precatória, por exemplo); (iii) prazos mais exíguos que os legais; e ainda, (iv) a validade da citação postal da pessoa física mesmo que o AR não seja firmado pessoalmente por esta (WAMBIER et al, 2015, p. 352).

Atualmente há, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apenas *dois* julgados, ambos de relatoria do Ministro Luiz Fux, sendo um do ano de 2004 e outro de 2010, que mencionam expressamente a terminologia “negócio jurídico processual”, mas de modo bastante discreto (v.g. STJ, 1.ª T., REsp 1106971/PR, r. Min. Luiz Fux, j. 18/05/2010 e STJ, 1ª. T., REsp 617.722/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 19/08/2004), contexto que tende a mudar na vigência do CPC/2015.

É certo que com a entrada em vigor do Novo Código, haverá, à disposição das partes, inúmeras possibilidades, algumas sequer cogitadas até o momento pela doutrina, de

convenção de procedimento, de modo que caberá aos Tribunais impor *limites* à celebração dos negócios jurídicos processuais, tanto em razão do objeto quanto em razão do seu alcance.

3. O OBJETO E OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SEGUNDO A SISTEMÁTICA DO CPC/2015

Ao que parece, as principais questões envolvendo os negócios jurídicos processuais, após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, versarão sobre seu objeto, ou seja, o que poderá ser convenionado pelas partes, além de quais serão os limites impostos aos litigantes para celebração de acordos processuais.

É evidente que, na vigência do Novo Código, inúmeras serão as possibilidades de convenções processuais firmadas pelas partes, o que não significa, necessariamente, que qualquer acordo será possível e convalidado.

Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello, sustentam que não vigora, *ipso facto*, o “vale tudo” processual, e completam afirmando que o negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão (WAMBIER et al, 2015, p. 356).

Passa-se, assim, à breve análise, em primeiro lugar, do que poderá ser objeto de convenção processual e, em seguida, de como se dará o controle de validade pelo juiz nos casos previstos no art. 190, parágrafo único, do CPC/2015.

3.1. O objeto dos negócios jurídicos processuais

Acredita-se que o primeiro requisito que as partes deverão observar, quando da elaboração de negócios jurídicos processuais, é que o *caput* do art. 190 do CPC/2015 é claro ao estabelecer que poderão ser objetos de convenção processos que versem sobre “direitos que admitam autocomposição”.

Importante destacar que o conceito de *direitos que admitam autocomposição* e de *direitos*

*indisponíveis*¹² não se confundem. Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello ensinam que os primeiros perfazem categoria jurídica mais ampla que os direitos disponíveis. Explicam, ainda, que a autocomposição deve ser entendida como o conjunto de técnicas por intermédio das quais as partes podem atingir a solução da controvérsia entre si estabelecida sem que exista a prolação de uma decisão judicial de acerto de direitos (WAMBIER et al, 2015, p. 353).

Poderão ser objeto de negócio jurídico processual, portanto, aqueles litígios que poderiam ser solucionados por mediação ou conciliação, por exemplo (cf. art. 3.º, § 3.º, do CPC/2015).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, acordos processuais não poderão ter por objeto os poderes do juiz ou a renúncia de direitos fundamentais, assim como não serão válidos acordos irrevogáveis ou aqueles que importem renúncias sem benefício correlato proporcional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 244).

Assim, a questão atinente a quais direitos poderão ser objeto de convenção pelas partes adquire relevo quando da análise de determinadas situações. É o caso, por exemplo, de eventual acordo processual que estabeleça a impossibilidade de interposição de recurso pelas partes. Indaga-se: tal convenção seria inconstitucional, por violar o duplo grau de jurisdição¹³?

Para Paulo Mendes de Oliveira a resposta é negativa. Segundo seu entendimento¹⁴, a única Constituição que previu o duplo grau como garantia constitucional foi a de 1824. Desde então, é possível encontrar nas Constituições previsão de tribunais com competência recursal ou mesmo cláusulas gerais que se referem ao direito dos litigantes à “ampla defesa com os meios e recursos a ela inerente”, mas sem qualquer regramento específico que confira à dúplici revisão o *status* de garantia constitucional. Lembra, outrossim, que o direito de recorrer pode ser renunciado pelas partes, e que é possível desistir do recurso, mesmo depois de tê-lo interposto,

¹² Cf. entendimento já sedimentado no Superior Tribunal de Justiça: “Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor”. (STJ - REsp 369.822/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 22/04/2003, p. 254)

¹³ Para Nelson Nery Junior, “o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no do direito processual civil ou do trabalho”. (NERY, 2010, p. 288)

¹⁴ Baseado na doutrina de Oreste Nestor de Souza Laspro e Luiz Guilherme Marinoni (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190-206, p. 194 et passim; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233, p. 214), o autor entende que a discussão sobre o status de garantia constitucional do duplo grau de jurisdição está superada na doutrina pátria.

independentemente de autorização judicial ou anuência da parte adversa (cf. art. 501 do CPC/1973), o que conduziria à conclusão de que é válido acordo processual que proíba as partes de interpor recurso (OLIVEIRA, 2015, p. 434).

Na mesma linha se posicionam Julia Lipiani e Marília Siqueira, ao sustentarem que, embora as partes não possam negociar sobre o cabimento dos recursos, por cuidar-se de remédio voluntário, cuja natureza é a extensão do direito de ação e cuja classificação é de direito potestativo, as partes podem firmar negócio jurídico processual para suprimir o acesso à segunda instância (LIPIANI; SIQUEIRA, 2015, p. 476).

Outra dúvida importante diz respeito à possibilidade ou não de as partes pactuarem sobre seus deveres. Isso porque, em que pese o *caput* do art. 190 do CPC/2015 autorize a convenção sobre *deveres processuais*, não parece razoável que os litigantes possam dispor sobre condutas que lhes são impostas imperativamente pela legislação, sob pena de comprometer-se a postura processual leal e lícita que se espera dos envolvidos no processo (art. 5.º do CPC/2015).

Nesta esteira, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello entendem que *ônus*, *faculdades* e *poderes* consistem em temas que preponderantemente atinam à esfera jurídica das partes. Assim, se o litigante entender conveniente dispor sobre um ônus que lhe caiba, ou sobre um poder ou uma faculdade, estará atuando em sua esfera privada. Já quanto aos deveres processuais, há evidente preponderância do *caráter público*, de modo que eventuais convenções sobre deveres poderão ser reputadas inválidas, por ser-lhe ilícito o objeto¹⁵ (WAMBIER et al, 2015, p. 356).

Ainda no que se refere às normas cogentes, Marcos Bernardes de Mello afirma que as normas jurídicas cogentes são como um limite geral de validade dos negócios jurídicos e que vigora no sistema jurídico brasileiro um princípio implícito, o *princípio da respeitabilidade das normas cogentes*, segundo o qual a ninguém é permitido infringir norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, sob pena de, em assim procedendo, cometerem ato contrário a direito, cuja consequência implica a nulidade do ato jurídico, salvo se outra sanção não lhe é,

¹⁵ Ainda sobre a (im)possibilidade de convenção, pelas partes, sobre seus deveres processuais, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello prosseguem afirmando que: “O negócio jurídico processual, ao contrário dos negócios jurídicos materiais, reserva para si uma característica que lhe deve nortear a existência e a interpretação de suas disposições: tem por objeto uma relação de intenso color público (a própria relação processual é de direito público), e esta característica lhe é inata, o que exige sua compatibilização com normas processuais de caráter cogente, imperativo. Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá não ser fundamentada, ou que não vigora o dever de cumprir as decisões judiciais. Admiti-lo seria algo incompatível à admissão do objeto ilícito na celebração do negócio jurídico processual” (WAMBIER et al, 2015, p. 356).

taxativamente, cominada (MELLO, 2014, p. 93).

Ainda, em ações coletivas, poderá o Ministério Público, ou outro legitimado extraordinário, firmar negócios jurídicos processuais, ante à indisponibilidade do direito material?

Antonio do Passo Cabral entende que sim. Menciona, para tanto, o Enunciado n.º 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, cujo teor é “*A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual*”. Esclarece também que, com maior razão, a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Ilustra com situações hipotéticas, em que o legitimado ativo poderá (i) fixar um foro competente que seja mais eficiente para colheita de prova, ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; (ii) majorar os prazos para cumprimento dos atos processuais; (iii) ampliar os meios de prova; e (iv) facilitar o acesso à justiça do incapaz (CABRAL, 2015, p. 551).

Relembre-se, ainda, que o Enunciado n.º 225 do FPPC estabelece que “*É admissível a celebração de convenção processual coletiva*”, o que atrai a análise a respeito da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais para o âmbito das ações coletivas, que visam precipuamente à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*¹⁶.

Além de todas essas situações, se faz necessário destacar que, no sistema processual brasileiro, há vários exemplos de normas de *ordem pública*, tais como as que tratam da coisa julgada, da competência absoluta, da fundamentação, da imparcialidade, da capacidade processual, do vício de vontade, dentre outras. Neste sentido, segundo Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior, é de se reiterar: as questões de *ordem pública* exsurtem, e com toda relevância, como limites ao autorregramento da vontade no processo (ATAÍDE JUNIOR, 2015, p. 19).

Para Leonardo Carneiro da Cunha, é imprescindível a observância quanto à licitude do objeto do negócio processual, de modo que não será admitido acordo que autorize a utilização de prova ilícita, que dispense a fundamentação das decisões judiciais, que imponha o segredo de justiça, à despeito do princípio constitucional da publicidade, que modifique a competência absoluta, que dispense o reexame necessário ou que dispense a intervenção do Ministério Público nas hipóteses obrigatórias (CUNHA, 2014, p. 30).

Ademais, o art. 166 do Código Civil prevê sete hipóteses que, se configuradas, conduzirão à

¹⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre as espécies de interesses coletivos *lato sensu*, sugere-se a leitura de BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 666-671.

nulidade dos negócios jurídicos, a saber: (i) incapacidade das partes; (ii) se for ilícito, impossível, ou se tiver objeto indeterminado; (iii) se o motivo dominante, comum a ambas as partes, for ilícito; (iv) se não revestir a forma prescrita em lei; (v) se for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (vi) se tiver por objetivo fraudar a lei; e (vii) se a lei taxativamente considerá-lo nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Portanto, por óbvio, como já se expôs na seção 1.1, os negócios jurídicos processuais se sujeitam ao regime de validade e existência dos negócios jurídicos *materiais*, de modo que, se ausentes um dos requisitos dos negócios jurídicos (art. 104 do Código Civil), quais sejam: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei, ou se revelar-se presente quaisquer das hipóteses elencadas no *supra* mencionado art. 166 do CC, a convenção processual restará inválida e nula.

3.2. O controle de validade pelo juiz como fator limitador ao alcance dos negócios jurídicos processuais

O art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, prevê que “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

O que se verifica é que o legislador nitidamente se antecipou a determinadas situações que, a despeito da finalidade do instituto, que é prestigiar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes e atribuir à lide um resultado mais eficaz e adequado, poderão comprometer a igualdade entre os litigantes, violando o princípio incutido no art. 7.º do novo diploma, que dispõe que “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”¹⁷.

São, pois, duas as hipóteses em que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade dos negócios jurídicos processuais, a saber, quando constatar (i) cláusula

¹⁷ Sobre o art. 7.º do CPC/2015, José Miguel Garcia Medina afirma que “Rege-se o processo pelo princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, caput e I, da CF/88), devendo o juiz assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I, do CPC/2015). [...] O CPC/2015, a este respeito, dispõe que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7.º). Dizer que o juiz deva assegurar às partes paridade de tratamento não significa dizer que deva o juiz agir passivamente, diante da desigualdade material existente entre as partes”. (MEDINA, 2015, p. 52)

abusiva em contrato de adesão ou (ii) que alguma das partes está em situação de vulnerabilidade.

Com o crescente aumento das lides submetidas à apreciação do Poder Judiciário, especialmente aquelas envolvendo relações de consumo, surge a chamada sociedade de massa, que, segundo Luiz Fernando Bellinetti, exige que o sistema processual se dote de mecanismos aptos a atender esta demanda (BELINETTI, 2005, p. 666/671).

Como consectário lógico das *relações massificadas*, ganham cada vez mais espaço no campo das relações negociais os contratos de adesão, assim compreendidas as tratativas que uma das partes tem que aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos (GOMES, 1998, p. 119).

Ora, é princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). É dizer: não foi por mero acaso que o legislador se ocupou de prever que as cláusulas abusivas inseridas nos contratos de adesão terão sua validade controlada pelo magistrado. Ao que parece, o objetivo é inibir, desde logo, que fornecedores, por exemplo, incluam disposições nos contratos de adesão que coloquem o consumidor em flagrante posição de desvantagem.

Sobre o assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello assentam que o simples fato de constar de contrato de adesão não conduz à conclusão de que deva ser rejeitada a aplicação do negócio jurídico processual: é necessário que se afira seu real poder de causar prejuízo ao comportamento processual de uma das partes, gerando-lhe iniquidade ou inferioridade de posição processual (WAMBIER et al, 2015, p. 355).

Ou seja: para que seja declarada nula, não basta que determinada cláusula que disponha sobre convenção procedimental conste em contrato de adesão. É imprescindível que possua, para tanto, caráter abusivo.

Já quanto às hipóteses de vulnerabilidade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2015, p. 701) entendem que este parágrafo já se antecipa a uma situação possível, a de manipulação do acordo de procedimento e do calendário em contratos de adesão ou em situações em que uma das partes esteja em situação de clara vulnerabilidade em relação à outra. À toda evidência, se uma das partes não está em condições de igualdade para negociar, não há como o acordo de procedimento ser válido.

Sobre o conceito de *vulnerabilidade*, a doutrina de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem ensina que não consiste necessariamente em uma comparação entre sujeitos. É mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120).

Neste aspecto, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello posicionam-se no sentido de que a *vulnerabilidade*, tal como tratada no art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, deve ser avaliada sob dois enfoques, a saber: (i) será inaplicável o negócio jurídico processual que tenha sido celebrado em cenário de antecedente hipossuficiência de uma parte relativamente à outra (vulnerabilidade prévia ao negócio jurídico processual), ou que (ii) torne uma das partes vulnerável relativamente à outra em virtude do negócio jurídico processual (vulnerabilidade derivada do negócio jurídico processual) (WAMBIER et al, 2015, p. 355).

O que se verifica, no entanto, é que as hipóteses em que o juiz controlará a validade do negócio jurídico processual, embora relevantes, são extremamente restritas, eis que se limitam à inclusão de cláusula abusiva em contrato de adesão ou em situações em que se constatar vulnerabilidade de uma das partes, de modo que não é possível afirmar que o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 compromete, neste aspecto, a aplicação do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é impossível que o ordenamento jurídico preveja procedimentos específicos a cada caso concreto, até mesmo ante à dinamicidade das relações, os negócios jurídicos processuais tendem a ajustar o procedimento às peculiaridades da demanda, inclusive como instrumento de

acesso à justiça¹⁸.

Da análise do instituto e do próprio art. 190 do CPC/2015, algumas conclusões podem ser alcançadas.

A primeira, diz respeito à superação da discussão acerca da existência ou não dos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro. Com a entrada em vigor do novo diploma, que textualmente autoriza que as partes convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, certamente o debate, até pouquíssimo tempo intenso na doutrina, perderá o sentido.

A *segunda* é que, embora não represente necessariamente uma inovação se comparado às disposições do CPC/1973, quando já era possível celebrar acordos processuais, a previsão de uma *cláusula geral* que autoriza a realização de negócios jurídicos processuais no CPC/2015 tende não somente a ratificar o instituto, mas também ampliar o seu alcance, que não mais estará condicionado às hipóteses legalmente previstas.

A *terceira*, por sua vez, é que a finalidade do instituto é conferir às partes a autonomia de convençionarem sobre procedimento, antes ou durante o processo, o que poderá viabilizar não apenas um julgamento mais adequado, mas também um maior grau de conformidade à parte sucumbente, porquanto tenha participado ativa e democraticamente do processo. Ao que parece, a intenção do legislador foi prestigiar a efetiva solução de conflitos pelo Poder Judiciário, em detrimento de meros julgamentos.

A *quarta*, consiste no fato de que o ponto nevrálgico sobre a celebração dos negócios jurídicos processuais certamente versará sobre os limites que serão impostos pela jurisprudência, bem como da discussão sobre o que poderá ser objeto de convenção. É possível, por exemplo, que subsista o debate sobre quais direitos admitem *autocomposição*, eis que, como se verificou, há diferença entre este conceito e o de *direito disponível*.

Não há como negar que a utilização correta deste instituto poderá trazer benefícios aos jurisdicionados, na medida em que poderá proporcionar resultados práticos mais adequados e viabilizará o acesso à justiça, compreendido aqui não meramente como a possibilidade de as partes ingressarem em juízo, mas sim como o direito a uma prestação jurisdicional adequada,

¹⁸ Sobre o moderno conceito de acesso à justiça, colaciona-se o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem o sentido de acesso à justiça vem passando por uma renovação, eis que inicialmente relacionava-se à concepção de monopólio estatal, e atualmente cede espaço a novas ideias e propostas, aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos. (MANCUSO, 2011, p. 23)

eficaz e em um tempo razoável¹⁹.

Entretanto, é certo que quando da entrada em vigor do CPC/2015, será necessária a análise para verificar se o instituto previsto em seu art. 190 realmente alcançará a finalidade que lhe foi destinada, ou se, em contrapartida, servirá como instrumento de supressão de direitos na busca de julgamentos mais rápidos, porém menos eficazes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e Campos-dependentes: Sobre os limites nos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 393-423, jun.2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n.º 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: _____; NOGUEIRA, Pedro Henrique (orgs.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 541-557.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 29 ago. 2015.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador:

¹⁹ Cf. são as lições de Mauro Capelletti e Bryant Garth em CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

Editora JusPodivm, 2015. p. 19-25.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18^a ed., atualizada e anotada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 445-479.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código Civil Comentado: com súmulas, julgados selecionados e Enunciados das Jornadas do CJF*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. MARTINS-COSTA, J.; FRADERA, V. J. (orgs.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 79-95.

_____. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 03. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005. t. 2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 417-443.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. WAMBIER, Luiz R. Sobre o Negócio Processual, previsto no CPC/2015. *Cadernos Jurídicos*, Curitiba, n. 58, p. 1-3, maio 2015. Série especial, Novo CPC.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TRANSNATIONAL LAW AND THE UNIVERSAL INTERNATIONAL COMMUNITY OF VALUES

BRUNO SMOLAREK DIAS¹

INTRODUCTION

The main goal of this article is to reflect on the role of Transnational Law in the construction of contemporary society, filled with changes, and to demonstrate that Transnational Law can be a vessel to the recognition of an Universal Community of Values, based on Human Rights. To achieve such a goal it is going to be analyzed in the prime momentum the role that is proposed to Law in its theorization, its structure in sight of the positivist paradigm. It is studied the Jurisprudence (Juridical Order) of Positivism, since the actual period is deemed as a Post-Positivist one, restructuring and remodeling the juridical paradigm, without obliterating the conquers of the past. The structure of Jurisprudence leads to the question of which reforms are due to adapt such a social conformation?

Then it is presented the Transnationality as a neo-social paradigm in which social conditions generate the approximation between people and cultures, through communication and economical relationship among others, situations that relate the State as the one base model for the international reality, leading, therefore, to the restructure of the premises set forward by the Peace of Westfall (Vestfália).

In relating the role of the State in the present and near future, some consequences are generated primarily to the sovereignty of such State, deemed as an isolated and supreme entity in international relations. Being imperative the urge that all should submit to a higher interaction, under the consequence of not possessing conditions to properly handles its people needs and relations.

¹ Major Degree in Law by Centro Universitário Positivo (2004) and Master in Law by Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doctor in Juridical Science by Universidade do Vale do Itajaí - SC, former fellowship for internacional doctorate by the Brazilian government in Universidade do Minho - Portugal. Doctor in Public Law by Università degli Studi di Perugia - Italy. Professor in Law in Universidade Paranaense – UNIPAR - Campus Francisco Beltrão, and Faculdade Assis Gurgacz – FAG – and also Faculdade Sul Brasil - FASUL. Professor in the Masters Program in Procedure Law and Citizenship of Universidade Paranaense - UNIPAR. E-mail for contact: professorbruno@unipar.br.

As a result of such a need to interact it is conceptualized the International Community. Present in texts of International Law at least for four centuries now, and nowadays more actual than never, as can be seen by the refugees phenomenon in South America and in Europe that moves us closer and permeate our physical, social and legal borders.

As a consequence to such a reality Law itself will need to transnationalize to create and make possible a more effective and human jurisprudence taking in to account its primary objective, the needs of men and their relations.

1. DEVELOPMENT

1.1. LAW

In a given historical moment, unidentified and very discussed, the man passes to live in common with other humans beings, creating so little communities, tribes or societies. According to some authors, it is due to the need of contact and to live together to other beings of their species, with the conclusion from Aristóteles that the “man is naturally a political animal” (ARISTÓTELES, 1998).

There are other authors, however, that describe that such conducts were generated by intellectuality. The man, in the use of his mental capabilities, perceives that the fact of common living, contributing to others, might favor himself in what he lacks, making it beneficial throughout all the involved.

Contractualism² is perceivable in Hobbes, as it is seen in his “Leviathan”, where man, that, *a*

² About contractualism it is presented the explanations of Norberto Bobbio: “Em sentido muito amplo, o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político [...] fazem do estado de natureza mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a idéia racional ou jurídica do Estado, do Estado tal qual deve ser, e de colocar assim o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; outros, ainda, prescindindo totalmente do problema antropológico da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, vêem no contrato um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder. [...]”

No segundo nível, aquele em que se move de preferência o Contratualismo clássico, predomina, mas não é exclusivo, o elemento jurídico como categoria essencial da sintaxe explicativa: é que se vê precisamente no direito a única forma possível de racionalização das relações sociais ou de sublimação jurídica da força. Isto se explica com base numa tríplice ordem de considerações: a influência contemporânea da escola do direito natural, com a qual o Contratualismo está estreitamente aparentado; a necessidade de legitimar o Estado, seja suas imposições (as leis), num período em que o direito criado pelo soberano tende a substituir o direito consuetudinário, seja seu aparelho repressivo, num período em que o exercício da força era por ele monopolizado; finalmente, uma exigência sistemática, a de construir todo o sistema jurídico — aí compreendido o público e o internacional — usando uma categoria tipicamente privada que evidencia a autonomia dos sujeitos, como é o contrato, e colocando assim, como base de toda a juridicidade, o *pacta sunt servanda*. Tudo isto se desenrola dentro de um novo

priori, lived in a “state of nature”, an state marked by the liberty of human action, in which the only repressor of wills would be one selves and their consciousness (HOBBS, 2002).

So, for Hobbes, “Man, in the state of nature, are luxuriously selfish, inclined to a lonely life, poor, repulsive, animalesque and brief. This is what makes, according to his classical expression, ‘the war between all against all’” (DALLARI, 2005, P. 13) (translation by the author).

Man was not in search of something to compose in his quest for growth, they searched for the safety of what was already conquered. Mankind seeks for ways and forms to organize society to warranty rights and liberties conquered, by them individually.

In this premise, the social contract is celebrated in a way that the cession of rights between free subjects of law and “sovereign” in its “state of nature”, as a fruit of this cession of rights made plainly rationally, it is created the personality that organizes them in society, obligating themselves in the maintenance of order in such a society (HELLER, 1968).

For the relations between men were made possible, this juridical personality starts to regulate men actions is nominated as the State, an entity of great power, constructed by natural man for his protection and defense.

The State, so that he is comprehended in the sense that this article means to give, should be understood as not only an “administrative bureaucratic apparel” (BERCOVICI, 2006), but as the set of acts of government and abstract politics that receptions the figure of sovereignty, when it was taken from Absolute Monarchs.

Once established some parameters on the causes of human living in social models, the reason for human beings to live together instead for doing it alone, it is set to establish the parameters for the existence of an organization, the existence of order in this commonly living.

Law develops so as a way to regulate social behavior, once man decide to organize themselves in society, sharing spaces between them, and depending on the theory, searching common benefits that could not be obtained in another ways, Law as a regulator begins as

clima cultural que vê cada vez mais o Estado como máquina, isto é, como algo que pode e deve ser construído artificialmente, em oposição à concepção orgânica própria da Idade Média.

Foram três as condições para a consolidação na história do pensamento político das teorias contratualistas, no âmbito de um debate mais amplo sobre o fundamento do poder político. [...] Em segundo lugar, que houvesse uma cultura política secular, isto é, disposta a discutir racionalmente a origem e os fins do Governo, não o aceitando passivamente por ser um dado da tradição ou de origem divina. [...] A finalidade é sempre a de dar uma legitimação racional às ordens do poder, mostrando que ele se fundamenta no consenso dos indivíduos.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. VARRIALE, Carmen C. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 272-3.

inherent and needed to such a social organization³.

Law begins to select behaviors that are deemed to be considered as accepted and those considered unaccepted in a determined social organization (KELSEN, 1998). The acceptability or not of a determined social behavior depends on the juridical assets that are by it protected (VON LISZT, 1899), theory mainly of penal structure, but can be applied to any area of Law, since the jurisprudence in determining the conduct only occurs once the consequences to a juridical asset are unacceptable, or not wishful (ZAFFARONI, 2001).

Assets this, treated in different ways by various authors. To some author, the juridical asset are those deemed relevant to the legislator to be protected by norms, so being, pass to exist in the moment they are positivated, so that they can compound the foundations, or essential assets to a society (GUIMARÃES, 2000). Theory that should not be considered the most acceptable, given the existence of the juridical asset has to be prior to its legislation, so that it can, in response to such existence, it can be protected by Law.

To Von Liszt (1899), the juridical assets should be observed by legislators in society so that they can be incorporated, better saying, protected by norms. Setting this way the author a limitation on the powers of legislations, by giving the need to base the legislators in the pillars erected by society. Pillars that the Parliament should portray in a juridical, normative, way.

Having in sight the presented structure it can be said that in basis of social questions of higher sensibility of citizens are created by conducts to organize this social group in actions considered as acceptable or not.

In this way, it is possible to structure the logic that permeates Law. Society decides and referents some values and assets of juridical importance to be specially protected, and government, in the view of Norberto Bobbio (1997), should be through the political and juridical instruments done in the measure of the social groups interests that they regulate.

In spite of the inherent problems of kelsenian positivism and its pure theory of law, the structure of the juridical order continues to be respected, at least in the means of hierarchy and the validation of norms.

³ “Se este caos é o inimigo da sociedade política, contra o qual os homens lutam de várias formas – e aqui o direito ocupa um papel central, como forma privilegiada de estabilização e fechamento de sentido – ao mesmo tempo ele significa a afirmação da ação política pois, sem ele, esta seria carente de sentido. Se a ordem natural fosse a estabilidade, não haveria necessidade de momentos e instrumentos de estabilização”. KOZICKI, Katya. Analisando as relações entre o Direito e a Política Democrática. *In XXIII LASA International Congress*, 2001, Washington: LASA 2001, 2001.

Law is considered to be then seen as a normative science whose objective of study is the positive norm (KELSEN, 1998). This norm is considered as valid in scientific ends if it respects a system of validation composed by several layers of normative superposition.

There is a Hypothetical Fundamental Norm that give foundation to the system, followed by the norm that establishes the system and the ways of use of governmental powers of a people (its Constitution), and, by consequence, the norms that establishes when and how this controls are used, and by ends, that who exercises the control and apply the sanctions concerned to incompliance.

Sanction is only valid if it is established in this system that posses the logical validity, as well as positive validity, being made in accordance with the procedures in the system.

The geometrical designation given to the system is called as Kelsen's pyramid, having in mind the augmentation of the number of laws once it is descends in each of this layers of legality, specification and territory (BOBBIO, 2011).

A juridical system only has validity once it is set over a rationally postulated norm that can warrant the validity and existence of such a system (KANT, 1994). This Kelsenian Hypothetical Fundamental Norm must be translated in the Constitution of a State, working as the logical and juridical basis and as the juridical normative limiter of the juridical order.

Carl Schmitt (1996) imagined this proposition and structure of the juridical order, seeing the Constitution as a fundamental political decision, translating the most relevant interests that should work as basis for the jurisprudence of a given society.

Believing in the determinations of Hermann Heller to "putting in new terms (and new presuppositions) the problem of political unity, in a way distinct of the solutions of Kelsen and Schmitt" (BERCOVICI, 2006) (translation by the author). The State cannot be understood as a part of a Law that it conforms, but as a social phenomenon, connected to the hole of lives social acts, the government should be studied by the holistic prism and not as part of social facts (HELLER, 1968).

In consonance with the thoughts here explicit, it is believed in the need that the existence of a set of values, political decisions and juridical assets that will base the existence of a set of norms that is proposed to regulate a juridical community, being it composed by individuals or political entities as it is in International Law.

1.2. TRANSNACIONALITY

Transnationality is seen as a new social paradigm, representing a new social and economical context in which State borders no longer represent limits to communication between different societies. With the intensification of the world communication systems occurred in the evolution post wars (first and second), and the economical transactions between people located in the most various parts of the planet, was generated the social “deterritorialization”, as it happens in modern times with Haitians in South America and Syrians in contemporary Europe. Culminating with the need of a new regulation to order a new social conformation (STELZER, 2010).

It is not to be disconnected the transnationalization from globalization or mundialization⁴, circumstances that would lead the researcher to the complex and infinite research of doctrinators, any one in its own way, to denominate the emergent circumstances, that mold contemporary life or, as Ulrich Beck says, search for a definition of globalization “seems more to the attempt to nail a pudim on a wall” (STELZER, 2010) (translation by the author).

On the subject of the terms used as explained by André-Jean Arnaud (1999), the expressions globalization and mundialization differ not only on the origin, as determined by some. Due to the fact that beyond the Anglo-saxonic origin the expression globalization is connected to political and economical issues, while the term mundialization, originated from continental Europe (France), is restricted to the legal world, its reflexes and analysis.

Complex and multifaceted realities are interpreted by different social areas, be them economical, social, political, legal, religious and cultural, with common or different nouns, but when analyzed as a whole they manage to conclude that it is a process of approximation of those

⁴ For a better comprehension of the expressions used, several of the texts use the basis created by Mireille Delmas-Marty: “Retornemos ao significado mais específico e aos termos empregados até o momento como sinônimos: mundialização, universalização, globalização. Se uns e outros descrevem um movimento, um processo em curso, eles adquiriram colorações diferentes, as quais a etimologia não esclarece verdadeiramente, levando no mais das vezes a confusão. Se o significado de globo se reduz, com efeito, ao planeta, em troca o mundo e o universo são, à primeira vista, sinônimos em sua extensão sem limites conhecidos. A mundialização é com freqüência confundida com a globalização (único termo disponível em inglês), enquanto a universalização é geralmente delas distinguida, às vezes fortemente, como sugere notadamente Zaki Laidi. Ele pediu a Philippe Petit para precisar a diferença entre a mundialização e a universalização, ao que ele respondeu com um exemplo: ‘Dizer-se que a Coca-Cola é bebida mundial, global ou universal é rigorosamente a mesma coisa. Em contrapartida, quando se passa dos objetos aos produtos, ou das técnicas a alguns valores, o sentido dos termos *universal* e *mundial* diverge seriamente. A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma idéia. A universalização implica um compartilhar de sentidos’. ‘Difusão espacial’ de um lado ‘compartilhar de sentidos’ de outra, estas duas fórmulas descrevem muito bem as diferenças que separam os dois fenômenos que eu denominarei globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os direitos do homem”. DELMAS-MARTY. Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Título Original: *Trois Défis pou un Droit Mondial*. p. 8-9.

that once where distant, being nominated as globalization, mundialization of universalization (SANTOS, 2005).

Therefore, transnationalization can be understood as the phenomenon in which the limitations of the National States no longer hold social relations, that pass and per pass the containments of territory, nationality and foremost sovereignty.

On the matter of differentiating transnationality from internationality or globalization, Joana Stelzer explains that such differences. It is not a matter of changing names for internationality, cause on those the political and legal relations developed in a bilateral or multilateral way, but without the means of technological transformations and the multitude of entanglements it brought in communications and worldwide transportation (STELZER, 2010).

It is not the same phenomenon, cause in internationalization the figure of the Nation State continues to have a major role, accepting the limitations of its sovereignty, trough bi or multilateral agreements; while on transnationality the State is mitigated in ways that in some stances its elementary characteristics are no longer recognized (STELZER, 2010, P. 21).

Mitigation that does not exclude the State, only demands it to minor roles or to cooperate with the other actors from the transnactional scenery, as the non-governmental organizations, transnational companies among others.

On the matter of sovereignty mitigation, the Italian professor Luigi Ferrajoli (2002) explains that the concept of State sovereignty in its external facet had the means to justify the need of defense against other external enemies, therefore enemies from society that needed to be kept away and to protect themselves from them. Nowadays, with the fall of the bipolar world that lead international relations from 1950 till the end of the 1980's, and the independence of world markets, such need was overcome. The world reunited in several new proposals of peace for the avoidance of World Wars, giving the example or the UN Charter (FERRAJOLI, 2002).

This phenomenon demands the creation of new regulating systems for their activities, having in mind the fact that the State could not regulate several elements from this reality in a satisfactory way.

As seen previously, the National State does not possess the solution for the complex new

realities brought by contemporary times⁵. The National State crisis open spaces for the creation of new structures or institutions, capable of more efficient answers to the needs of the population on the matter of the above issues (CRUZ, 2010).

1.3 TRANSNATIONAL COMMUNITY

Among those possibilities comes the hypothesis of a single political unity, since the vocation is no other than the need to safeguard the Planets Environment since its social correspondence is to save human species (FERRER, 2002).

If contemporary society⁶ is seen as a global society (BASTOS, 2004), in which risks and benefits are globally divided, in spite that not equally (BECK, 2009), the solution might be in a global answer.

The creation of a transnational community is possible if its basic requirements are fulfilled, as the spontaneous creation and the subjective identity that connect its members, being those family, social, cultural or religious ties. This community is organized to purpose an equal relation, that would differ it from an ordinary society (SIMMA; PAULUS, 1998).

This article proposes the recognition of the already existence of such a transnational community, taking in account the territory that binds us, meaning, we all belong to the same transnational community, since the risks are all the same for sharing the same environment, the planet⁷. The innumerable environmental connections that, although diffuse, binds all (BOSELNANN, 2008).

On the creation of societies there were convergence of interest that lead to a power

⁵ About the subject see: BECK, Ulrich. **O que é globalização?** trad. André Carone, S. Paulo: Paz e Terra, 1999. Título Original: *What is globalization?*; ou BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade.** Sao Paulo: Editora 34, 2010. Título Original: *Risk Society – towards a new modernity.*; ou ainda, BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Conseqüências Humanas.** Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999. Título Original: *Globalization: The Human Consequences.* New York: Columbia University Press.; ou, BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001. Título Original: *Liquid Modernity.* Cambridge: Polity.

⁶ “A expressão sociedade pode assumir vários significados: I) de campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação; e, também II) de totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; e, ainda, III) como um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada”. TEIXEIRA, Carla Noura. **Por uma nova ordem internacional – Uma proposta de Constituição Mundial.** 306 pp. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009. p. 25.

⁷ “A sociedade desponta, em primeiro plano, como um necessário conjunto geográfico, resumido – até o momento – ao Planeta Terra. A estrutura geográfica e política do Planeta tece os contornos, os limites, da sociedade internacional no século XXI”. TEIXEIRA, Carla Noura. **Por uma nova ordem internacional – Uma proposta de Constituição Mundial.** 306 pp. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009. p. 30.

centralizing entity limited by the rules of such a society.

In the International Community the process has developed in a different way. In the lessons of great international law professors, among them: Malcolm Shaw⁸, Henry Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman⁹, Ian Brownlie¹⁰, Alfred Verdross¹¹, and among the Brazilian ones: Antonio Augusto Cançado Trindade¹², Hildebrando Accioly¹³ and Francisco Rezek¹⁴, international community organizes itself in a non centralized manner, without the structure that forms the National State.

Immanuel Kant (1995, p. 15-6) in his Perpetual Peace stated that:

People, while States, can be considered as singular men that, in their nature state (independent from external laws), harm each other by their simple coexistence and each of them, referring to their security, can and should demand from others that they create a contract in a similar way form the civil constitution, in which each one's rights can be secured (translation by the author).

States can and should demand from its counterparts the constitution of a community of common values. As it was said by old notion of law "ubi societas, ibi jus", but in a certain manner restructured to contemplate the existence of the international community and the Law that will limit it (SIMMA; PAULUS, 1998).

This transnational community, that converges global population, needs the existence of a jurisprudence, of a law, also transnational, having basis on established principles and in the sustainability to be valid in humanities near future.

⁸ SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁹ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3. Ed. New York: Oxford University Press Inc. 2007

¹⁰ BROWNLIE, IAN. *Princípios do Direito Internacional Público*. Tradução de: Maria Manuela Ferrajota; Maria João Santos; Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 1997. Título Original: *Principles of Public International Law*.

¹¹ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1980. Título Original: *Völkerrecht*.

¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Princípios do Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. In: BROWNLIE, IAN. *Princípios do Direito Internacional Público*. Tradução de: Maria Manuela Ferrajota; Maria João Santos; Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 1997. Título Original: *Principles of Public International Law*.

¹³ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁴ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

1.4. TRANSNATIONAL LAW

Law is an order of human conduct (KELSEN, 1998), organized in a society by common goals, being the result of human interaction, and being society nowadays global, so should it be its jurisprudence.

In a manner, as proposed by Professors Paulo Márcio Cruz and Zenildo Bodnar (2010), Law should also transnationalize. No longer under the command of a State, but known and recognized in the current topics.

Transnational Law can be the fruit of a society or community that is not organized in a State basis, as said by Hermann Heller (1968), State is a peculiar organization in a determined period of time and with characteristics that cannot be translated to other instruments and periods.

Wolfgang Friedmann (1964) described the existence of two models among International Laws possibilities the Law of Coexistence and the Law of Cooperation¹⁵.

The division proposed by Friedmann incorporates two manners or models in which International Law can approach the issue, much more than a division of norms that can be verified as being materially coexistent or cooperative. Division is referred to the approach done by International Law as it regulates itself.

On the Law of Coexistence marked by the period of transition between Middle Ages and Modern Times, in which the Westfall peace was its major character, because "Far from presupposing the existence of any form of community among its subjects, it is a law which aimed to establish and manage the disintegration of a community"^{16,17}.

According to Georges Abi-Saab (1998), it would be a way to regulate the minimum order among divergent entities that do not recognize any superior authorities to themselves, therefore, sovereign, and that perceive their relations as a game in which victory of one is immediately and irrevocably seen as the defeat of the other.

Cooperation Law, by the other hand, should be seen as a possibility of common interests

¹⁵ FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law**. New York: Columbia University Press, 1964.

¹⁶ Reference made by the author to the religious wars, Thirty years War, in Europe that the Westfall Peace brought to an end.

¹⁷ "longe de pressupor a existência de qualquer forma de comunidade entre os seus sujeitos, é uma lei que procurava obter estabilidade e gerir a desintegração de uma comunidade". ABI-SAAB, Georges. Whither the International Community. **The European Journal of International Law**. Vol. 9. 1998. pp. 248-265. p. 251.

among diverse subjects¹⁸, and that this interests of legal goods are not possible to be guarded unilaterally, just by cooperation of all the interested it is effectively guarded. “In other words, it is based on a premise or an essential presumption, which is the existence of a community of interests or of values”¹⁹.

Transnational Law should be constructed in a Cooperation Law basis, in Friedmann’s structure, or, in Kant’s view, as said by Bull, that determines that those who accept the theory, in spite to recognize the end of the State, do not see it as an end to itself (BULL, 1995), or as seen by Grotius, the surfacing of a Common States Organization, with emphasis in common interests and the creation of common institutions.

Both Hedley Bull’s theories presented are proper to the discussion of Transnational Law, since they bring the States role in to discussion, and the role of those represented by States, along with the moments in which this representation is dismissed and they made themselves listened.

Transnational Law should be seen not as a Field in which individuals are full members and executives of their own rights, but as they should always be seen, as the goal to Law. The works in juridical philosophy always designate as Law’s final goal social ordenation, and the societies goal the common good of its members.

The philosopher Joaquim Maria Rodrigues de Brito, professor in the Coimbra Law School in 1871 published a book called “Philosophia do Direito”, in which he said “Law is a product of Man to Man”, so “it is not the man who is created by law, law surges as a creation of men”(Translated by the author).

The ground for Transnational Law should be human beings, that in a consequence of the changes of contemporary society is in an imperious need of a restructure that will give them perpetuity through sustainability that is so desired at this time.

As said by Habermas (1996) the world was united by the risks we are all exposed. Therefore the role of Transnational Law would be to set basis of the values around which States and their

¹⁸ “In this conception, the element which distinguishes a ‘community’ from its components it a ‘higher unity’, as it were, the representation and prioritization of common interests as against the egoistic interests of individuals. In this view, a mere ‘society’ (Gessellschaft), in contrast, does not presuppose more than a factual interdependence among a number of individuals. Hence, if there is an international community, it needs to have certain interests common to all its members and a certain set of common values, principles and procedures”.SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. The ‘International Community’: Facing the challenge of globalization. **The European Journal of International Law**. N. 9. 1998. P. 266-277. p. 268.

¹⁹ “Em outras palavras, é baseada em uma premissa ou em uma presunção essencial, que é a existência de uma comunidade de interesses ou de valores”. ABI-SAAB, Georges. Whither the International Community. **The European Journal of International Law**. Vol. 9. 1998. pp. 248-265. p. 251.

internal jurisprudence could interact to others, taking into account the Hypothetical Fundamental Norm in which, if not all, almost all Legal Orders are structured by values presented in their constitutive charters.

To give back to Law its character of maintaining its greatest guarded legal good, human being, warranting greater effectiveness in Human Rights dispositions. Not necessarily taking to the creation of institutions, but in the establishment of general rules under which we can all live and, as said by Friedmann (1964), cooperate in the search of development, in a moment that even what was deemed first world, or the richest countries, are in difficulty.

CONCLUSIONS

Contemporary society's complexity projected changes in its structure, producing new subjects for International Law as the International Organizations and the individual. This complexity was not restricted to a situation or to a time frame, social reality becomes complex as time goes by, creating the need of a more frequent adaptation of legal institutions.

The counter position between jusnaturalists and juspositivists do not provoke reciprocal exclusion, and should be structured in to create of a new theory that could answer to the calls of International Community, giving space to the theoretical benefits of both theories, being those the structure of norms based on axiological inspiration by a greater norm, the structure of the legal order in a hierarchical manner, the dismissing of the voluntary system to a concrete collective values search, and the respect and effectiveness of established legal rules.

The factual existence of International Community, its reality, provokes the mandatory restructure of International Law, and as it is rewritten must take into account the pungent social movement of Transnationality.

Transnationality that due to the relations among the members of International Community, generated the elimination of differentiation borders among them, being nowadays impossible to separate between national and international, between self and foreign, and between public and private.

The incorporation of legal institutes and instruments by innumerable legal orders, and the existence of an axiological universal nucleus destroys any pretension of theoretical sustainment based by medieval sovereignty and in the isolation from the global collective sphere.

In this objective is set the restructure of an intellectual apparatus that can make more effective the legal norms that guard the interests of human beings, giving greater dignity to the cores of the legal norm. Trough which the various legal orders do not limit but interact in the process to its achievement.

REFERENCES

ABI-SAAB, Georges. *Whither the International Community. The European Journal of International Law*. Vol. 9. 1998. pp. 248-265.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução e Notas: António Campelo Amaral, Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998. Título Original: *Politikon* (ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ).

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições filosóficas do Direito e do Estado*. Trad. Patríce Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Título Original: *Entre modernité et mondialisation: cinq leçons d'histoire de la philosophie du Droit et de l'État*.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Conseqüências Humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999. Título Original: *Globalization: The Human Consequences*. New York: Columbia University Press.;

_____. **Modernidade Líquida**. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001. Título Original: *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid, Siglo XXI, 2009. Título original: *World Risk Society*.

_____. **O que é globalização?** trad. André Carone, S. Paulo: Paz e Terra, 1999. Título Original: *What is globalization?*;

_____. **Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade**. Sao Paulo: Editora 34, 2010. Título Original: *Risk Society – towards a new modernity*.;

BERCOVICI, Gilberto. *As possibilidades de uma Teoria do Estado*. In LIMA, Martonio Mont'Alverne

et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p.325 a 343.

BINDING *apud*. GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. Dogmática Penal e Poder Punitivo: Novos Rumos e Redefinições. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. Título original: *Stato, governo, società. Per una teoria generale della política*.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Editora EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. VARRIALE, Carmen C. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOSELMMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. Hampshire, England: Ashgate, 2008.

BRITO, Joaquim Maria Rodrigues de. *Philosophia do Direito*. 2. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1871.

BROWNLIE, IAN. Princípios do Direito Internacional Público. Tradução de: Maria Manuela Ferrajota; Maria João Santos; Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 1997. Título Original: *Principles of Public International Law*.

BULL, Hedley. *The Anarchical Society: A study of order in world politics*. 2. Ed. New York: Columbia University Press. 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Princípios do Direito Internacional em um Mundo em Transformação. In: BROWNLIE, IAN. Princípios do Direito Internacional Público. Tradução de: Maria Manuela Ferrajota; Maria João Santos; Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 1997. Título Original: *Principles of Public International Law*.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DELMAS-MARTY. Mireille. Três Desafios para um Direito Mundial. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Título Original: *Trois Défis pou un Droit Mondial*.
- FERRAJOLI, Luigi. Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauría Filho. Revisão: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La sovranità nel mondo moderno*.
- FERRER, Gabriel Ferrer. *La Construcción del Derecho Ambiental*. Revista Aranzi de Derecho Ambiental, Pamplona, España, n. 1, p. 73-93, 2002.
- FRIEDMANN, Wolfgang. The Changing Structure of International Law. New York: Columbia University Press, 1964.
- HABERMAS, Jürgen. *Las paix perpétuelle, le bicentenaire d'une idée kantienne*. Paris: Ed. Du Cerf, 1996.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2002. Título Original: *Leviathan or the Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*.
- KANT, Immanuel. A Paz Perpétua: Um projeto filosófico. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1995. Título Original: *Zum ewigen frienden, philosophischer entruff*. p. 15-6.
- _____. Crítica da Razão Prática. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1994. Título Original: *Kritik der praktischen Vernunft*.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *General theory of Law and state*.
- _____. Teoria pura do direito. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.
- KOZICKI, Katya. Analisando as relações entre o Direito e a Política Democrática. *In XXIII LASA International Congress, 2001, Washington: LASA 2001, 2001*.

- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Globalização: Fatalidade ou utopia?* 3. Ed. Porto: Afrontamento, 2005
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. Versión española* de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. Título original: *Verfassungslehre*.
- SHAW. Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas L. *The 'International Community': Facing the challenge of globalization. The European Journal of International Law*. N. 9. 1998. P. 266-277.
- STEINER, Hnery J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3. Ed. New York: Oxford University Press Inc. 2007
- STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed. (ano 2009), 1 reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.
- TEIXEIRA, Carla Noura. *Por uma nova ordem internacional – Uma proposta de Constituição Mundial*. 306 pp. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo, 2009.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1980. Título Original: *Völkerrecht*.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Vol. 1. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Co. 1899. Título Original: *Lehrbuch äes deutschen Strafrechts*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual De Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: UMA NORMA CONSTITUCIONAL PARA INGLÊS VER?

Marcio Cristiano de Gois²⁰

Matheus Felipe de Castro²¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem objetivo promover uma reflexão acerca do direito da propriedade e do direito à liberdade na relação de escravidão contemporânea e histórica. Neste passo, objetiva-se analisar o papel dos direitos fundamentais, bem como a valorização da desapropriação confiscatória como instrumento de combate ao trabalho forçado vivenciado na atualidade.

Como será visto ao longo do trabalho a norma constitucional introduzida pela Emenda Constitucional nº 81 é inaplicável, haja vista que depende de lei específica para a sua regulamentação.

Verifica-se no processo de criação da lei regulamentadora que o poder legislativo tem encontrado dificuldade na elaboração da respectiva norma, haja vista as diversas discussões fornecidas sobre o que seria realmente a escravidão contemporânea.

A partir da redação trazida pelo artigo 149 do Código Penal é possível identificar que a tentativa de tutelar a escravidão e conceitua-la de forma totalmente ampla e aberta traz enormes prejuízos. Assim, quando se procura tutelar tanto um direito fundamental e ampliar sua conceituação, tem-se como resposta o próprio desrespeito ao respectivo direito.

Quando o artigo 149 do Código Penal tipifica o crime e apresenta expressões como “jornada exaustiva” e “condições de trabalho degradante” insere a discussão além do que seria uma jornada exaustiva, qual jornada não seria exaustiva.

²⁰ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC na área de concentração dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, Especialista em Direito Tributário pela UNIDERP, professor assistente da Universidade Paranaense – UNIPAR campus de Francisco Beltrão. E-mail degois@hotmail.com

²¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, professor adjunto III do Departamento de Direito da UFSC, professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC e advogado em Florianópolis. E-mail:matheusfelipedecastro@gmail.com.

A problemática criada representa a própria consequência do defeito do ordenamento jurídico brasileiro que não trata a conceituação do trabalho escravo de forma uniforme, ou seja, trabalho escravo é algo para o direito do trabalho, algo para o direito penal e na confecção da lei regulamentadora vem sendo outra coisa dentro da seara administrativa constitucional.

O presente trabalho, a partir de uma comparação entre os modelos dos estados absolutistas, liberais e sociais, procura estudar o direito da propriedade e liberdade, no intuito de identificar a relação intrínseca que possuem tais direitos ao longo destes períodos históricos.

Busca-se, apresentar dados da Organização Internacional do Trabalho, bem como documentos nacionais e internacionais que justificam a importância do debate, bem como a necessidade de coibir a prática que promove a coisificação do homem, promovendo uma das mais graves formas de violação aos direitos humanos da contemporaneidade.

O presente artigo foi dividido em quatro capítulos, utilizando-se da pesquisa qualitativa e do método dedutivo, pois procura estudar tanto a importância da tutela aos direitos fundamentais, bem como o papel que a desapropriação confiscatória irá promover no combate ao trabalho forçado.

O primeiro capítulo busca estudar a escravidão contemporânea e o caráter simbólico da emenda Constitucional nº 81, bem como a identificação desta “lei para inglês ver” também no Código Penal. Neste capítulo será abordado que além da criação de uma lei rígida é preciso que sejam implementadas políticas públicas de capacitação as pessoas escravizadas.

O segundo capítulo procura estudar a relação entre Direito da Propriedade e da Liberdade, procurando num desfecho final promover o debate acerca da relação de dependência existente entre esses direitos, analisando suas peculiaridades e características durante os modelos de Estado Absolutista, Liberal e Social.

O Terceiro Capítulo busca estudar a desapropriação confiscatória e, principalmente a Emenda Constitucional nº 81/2014 que alterou a redação do Artigo 243 da Constituição Federal incluindo a previsão expropriatória sem indenização nos casos em que for verificada a presença da exploração de trabalho escravo dentro da propriedade.

Por fim, conclui-se o trabalho visando analisar a importância da expropriação confiscatória no combate do trabalho escravo e na efetividade do direito fundamental à liberdade.

Apresenta-se, por fim, as atuais dificuldades existentes na norma Constitucional

expropriatória, especialmente em relação a sua (des)necessidade de regulamentação. Caso seja necessária a criação de uma lei específica somente será possível expropriar uma propriedade particular após a vigência da PLS nº 432/2013.

Contudo, no intuito de valorizar a norma constitucional, bem como das obrigações assumidas internacionais, fomenta-se a discussão se no nosso ordenamento jurídico já existem normas que permitiriam a desapropriação confiscatória, como é o caso da combinação dos artigos 91 e 149 do Código Penal.

1. A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

De acordo com a OIT (2006)²² por mais que existissem diversas denúncias sobre a presença de trabalho escravo no Brasil desde 1985, o país somente reconheceu e admitiu internacionalmente a existência de trabalho escravo em 1995. Contudo, por mais que tenha reconhecido o fato internacionalmente, pode-se destacar que somente em 2003 foi lançado o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

Após o reconhecimento da exploração da escravidão, na busca de reconhecimento internacional no cumprimento das disposições contidas nas Convenções nº 29 e 105, o Brasil e a Organização Internacional do Trabalho aprovaram o Projeto de Cooperação Técnica no combate ao trabalho escravo, iniciando suas atividades em abril de 2002.

Verifica-se dentro deste cenário político internacional que a partir do momento em que o País reconhece de forma aberta a presença de trabalho escravo, assume um grande risco, haja vista que desde a década de cinquenta já tinha se comprometido em adotar medidas de combate ao trabalho escravo.

Desta maneira, reconhecendo internacionalmente a exploração do trabalho escravo, o país carimbou o atestado de violador de direitos humanos fundamentais. Desta maneira, deverá necessariamente adotar medidas expressas que comprovassem que o país respeita tais preceitos e que no país o trabalho escravo e os direitos humanos fundamentais são combatidos e tutelados.

Violar direitos humanos é um grande problema para o país, especialmente quando se conceitua a soberania globalizada O descumprimento das obrigações assumidas ou a ignorância

²² http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf

para a implementação de práticas positivas ao combate do trabalho escravo podem colocar em cheque a posição que o Brasil ocupa no cenário internacional. A ignorância das nossas obrigações internacionais podem acarretar em pressões financeiras, embargos econômicos outros tipos de sanções da comunidade internacional.

Destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o país é signatário, traz em seu Artigo IV que: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”

Desta forma, a partir do momento em que o Brasil chega no plano internacional e assume que há exploração de trabalho escravo, macula sua imagem e se transforma em um confesso violador de direitos humanos fundamentais.

Segundo informações da OIT (2011), existem no mundo hoje mais de vinte milhões de pessoas submetidas ao trabalho escravo contemporâneo, isso pressupõe que deve existir trabalho escravo nos mais variados países. Contudo, a partir do momento em que o Brasil assume que existe trabalho escravo perante o cenário mundial, deixa de ser um mero suspeito e passa a ser um réu confesso no cenário dos violadores de direitos humanos fundamentais.

Para mudar essa caracterização e cumprir a pena que o cenário internacional lhe impõe, o Brasil deve apresentar instrumentos de combate ao trabalho escravo. Dentre estes instrumentos, pode-se destacar sumariamente a Lei 10.803/2003 que alterou o artigo 149 do Código Penal.

De acordo com BITENCOURT (2007) bastou a vinculação de uma reportagem no ano de 2002 pelo jornal Correios Braziliense, que denunciava que o MPT tinha libertado nos últimos anos mais de 29.000 trabalhadores do regime de escravidão e que destes, 11.800 teriam voltado à escravidão por falta de oportunidade de emprego, com um índice de reincidência que chega em 40% em alguns estados.

Assim, diante da pressão política existente após o reconhecimento, bem como o fato acima destacado, além de diversas reportagens sobre o assunto na época, a solução apresentada foi a alteração da redação do artigo 149 do código Penal.

Através da lei 10.803/2003 o crime de exploração de trabalho escravo passou a possuir uma redação muito mais extensa, cheia de expressões interpretativas abertas e ao que tudo indica, incompatível como o modelo penal, como destaca Bitencourt o legislador partiu de casos concretos para exemplificar a proposta simples e barata com a criação de um tipo penal complexo.

O legislador brasileiro, como sempre faz, mais uma vez, legisla sempre em cima de casos concretos: basta acontecer um fato de repercussão social e, imediatamente, já se tem um projeto de lei no forno pronto para ser transformado em lei que, independentemente da qualidade, conveniência e oportunidade, prolifera no parlamento brasileiro. É mais fácil e mais barato para o Poder Público editar novas leis penais e aumentar as respectivas sanções, do que adotar políticas públicas ou tentar criar novos empregos (BITENCOURT, 2007, p. 387)

Na simples leitura do artigo 149, pode-se visualizar uma mudança significativa, contudo, trata-se de mais uma tentativa política de violar a função do direito penal e tentar, nesta ciência, em sua característica “aterrorizante” e de temor, mostrar perante o cenário internacional que no Brasil os direitos humanos fundamentais são tutelados.

Assim, como a lei 10.803/2003, a Emenda Constitucional nº 81 de 2014, alterou o Artigo 243²³ da Constituição Federal, sendo incluído como possibilidade de sanção a desapropriação confiscatória em caso de trabalho escravo.

Desta maneira, perante o cenário nacional e internacional, o que se pode notar, a priori, é que no Brasil o crime do trabalho escravo é duramente punido, basta analisar o artigo 149 do código Penal.

Além disso, a partir da leitura do artigo 243 é possível concluir que no Brasil a Constituição Federal estabelece que aquele que explora trabalho escravo perde a sua propriedade sem direito a qualquer indenização.

Neste sentido, o cenário internacional analisaria que o Brasil vem cumprindo seus objetivos no combate ao trabalho escravo, no entanto, as mencionadas leis não são aplicáveis, portanto, a posteriori, percebe-se que são legislações simbólicas, feitas para “inglês ver”.

Trata-se de mais uma legislação simbólica como definiria Marcelo Neves. Percebe-se nítida influência política conciliada a uma pressão internacional na adoção de medidas de combate ao trabalho escravo. Pode-se absorver a proximidade da legislação trazida pela Lei 10.803/2003 e da emenda constitucional nº 81 como um álibi político internacional, uma justificativa ao cumprimento de exigências internacionais. Sobre a obra de Marcelo Neves destaca (BOAS, p.4) que:

²³ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei."

[...]a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa, Marcelo Neves, baseando-se em Harald Kindermann, propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo. Nesse sentido, a legislação simbólica serviria a diversos propósitos: a) confirmação de valores sociais; d) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais); c) fórmula de compromisso dilatatório (adiamento de solução dos conflitos).

Dentro da definição trazida acima, identificasse na legislação penal e constitucional administrativa uma proximidade com a classificação em que aponta a lei, como instrumento de uma ação do Estado, de uma legislação que funcionaria como álibi internacional no cumprimento dos acordos internacionais. Neste sentido, a norma penal e constitucional estariam sendo utilizadas com nítidas funções políticas.

O nosso ordenamento jurídico brasileiro possui essa característica, ou seja, possui um grande número de leis, as quais, em virtude de sua abstração, complexidade ou pela falta de complementariedade acabam não sendo executadas, portando, ineficazes.

Assim, quando surge uma lei a qual não é executada ou é inaplicável apresenta-se a expressão clássica que se trata de uma norma para inglês ver. Essa expressão surgiu com a Lei Feijó, a qual foi criada em decorrência de uma ordem internacional, vinculada a exigência inglesa que precisava de um mercado de consumo compatível com o início da fase industrial capitalista, contudo a lei formalmente criada para acalmar os ingleses e com eles continuar comercializando era materialmente inaplicável no ordenamento escravocrata brasileiro.

Promulgada em 7 de novembro de 1831, a primeira lei de proibição do tráfico Atlântico de escravos para o Brasil é origem de uma das expressões mais populares no país, sempre utilizada quando se deseja fazer referência, sobretudo, a dispositivos legais pouco ou nada efetivos: “lei para inglês ver”. Fruto das pressões exercidas pelo governo britânico, interessado na extinção do comércio negreiro, a lei Feijó foi praticamente ignorada por traficantes escravista, e mesmo pelo Estado, até que a lei Eusébio de Queiroz, promulgada em 1850, determinou o que seria um ponto final na importação de braços africanos para terras brasileiras. Ao contrário do que se sustentou durante muito tempo, a lei de 1831 não serviu apenas para distrair os “olhos” ingleses (COTA, 2015, p. 65)

Por mais que recentemente o Art. 149 do Código Penal tenha sido alterado, bem como tenha sido alterada a Constituição Federal para a hipótese de desapropriação sem indenização pela prática escravista, nota-se que os dois instrumentos acima ainda não produzem efeitos diretos no combate ao trabalho escravo.

O crime como visto e sua ampla redação promoveram inúmeros defeitos, destacando-se

como um crime especial, com inúmeras expressões abertas de difícil definição e conceituação, o que colabora com situações nítidas de *abolitio criminis* pelo caráter aberto da norma.

Ou seja, quando o direito tenta punir de forma demasiada, quando a legislação tenta defender tanto um direito, acaba muitas vezes não protegendo qualquer direito, deixando a norma sem qualquer efeito.

Quanto se nota a redação do artigo 243 da Constituição Federal, a impressão primária que se absorve é que o Brasil defende tanto a liberdade, coíbe tanto a escravidão que inclusive alterou a sua Constituição Federal.

No entanto, analisando a texto percebe-se que se trata de uma norma de eficácia limitada que precisa de regulamentação para ser cumprida, desta maneira, inaplicável.

Para regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, encontra-se em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) nº 432/2013 e, traz como destaque o parecer do Ministério Público do Trabalho²⁴, destaca-se no parecer a tentativa do Poder Legislativo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

Assim, pode-se analisar que a Lei Feijó foi uma lei criada em decorrência de uma obrigação comercial internacional para acalmar os ânimos ingleses que queriam acabar com a escravidão, pois o escravo era um sujeito incompatível com a proposta econômica e consumerista do capitalismo.

Coincidentemente, o Artigo 243 da Constituição Federal aparenta ser uma norma forte, haja vista o seu status constitucional, contudo, é mais uma “lei para inglês ver”, uma vez que embora estabeleça que uma pessoa que explore trabalho escravo irá perder a sua propriedade, enquanto não existir uma lei específica para regular a norma, a previsão constitucional

²⁴ Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepujados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado à idade média, e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta com a morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. As condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). Razões de Inconformismo deste Órgão ao PLS nº 432/2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165708&tp=1>> acesso em 27/05/2015, p. 02

aparentemente é inaplicável.

Já em 1930 o Brasil fora signatário da Convenção 29, da OIT, sobre a erradicação do trabalho forçado ou obrigatório, documento inaugural que obrigava os países signatários a adotar medidas apropriadas para o Combate ao trabalho forçado²⁵.

Pode-se destacar no mencionado documento as seguintes obrigações assumidas: “medidas apropriadas serão tomadas” e “Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório”.

Assim, a desapropriação confiscatória é mais um dos instrumentos de efetividade para o cumprimento de acordos internacionais que o Brasil firmou e, nos quais comprometeu-se a tomar e implementar medidas adequadas para o reconhecimento, divulgação e vedação da prática de trabalho forçado.

A tutela universal dos direitos fundamentais que se procura efetivar faz com que a soberania do Estado e a proteção aos direitos humanos sejam um vetor único de implementação tanto no plano interno como no externo. Considerado o Brasil como um Estado Democrático de Direito e tendo ele reconhecido a presença de trabalho escravo, outra não seria a opção a não a criação de medidas efetivas de combate a escravidão e, neste sentido, o perdimento da propriedade aparenta ser outro instrumento de combate à escravidão contemporânea.

No entanto, discute-se se a criação desta norma não seria mais uma “lei para inglês ver”, assim como a Lei Feijó que foi criada para acalmar os ânimos e interesses ingleses, talvez seja a emenda constitucional mais um instrumento de justificativa perante o cenário internacional, mas que dentro do cenário nacional, trata-se de mais uma das tantas leis criadas para, ingleses e brasileiros verem e não sentirem.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE E PROPRIEDADE

Liberdade e Propriedade sempre estiveram intimamente interligadas, ainda mais quando

²⁵ “Artigo 24. Medidas apropriadas serão tomadas, em todos os casos, para assegurar a rigorosa aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego de trabalho forçado ou obrigatório, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de algum organismo de inspeção já existente para a fiscalização do trabalho voluntário, seja por qualquer outro sistema adequado. Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.”

se aborda temas relacionados com o trabalho escravo. Contudo, inicialmente procura-se estudar esses dois direitos em capítulos separados, como se fossem isolados.

2.1. DIREITO DA PROPRIEDADE

Em cada momento histórico e em cada concepção e modelo de Estado o direito de Propriedade vem sendo tratado de forma diferente. Com a finalidade de limitar o objeto deste estudo, busca-se o estudo da propriedade a partir do fim do Estado absolutista, especialmente com o surgimento do Estado Liberal e com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão.

Dentro do modelo liberal é importante que seja destacado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ela trata da propriedade da seguinte forma: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.”

Desta forma, durante o Estado Liberal, assim como a liberdade, o direito à propriedade seria um direito natural do homem. Contudo, analisando novamente a Declaração pode-se destacar que a mesma traz em seu artigo dezessete a afirmação que o direito de propriedade além de natural, também é um direito inviolável e sagrado e somente poderia ser privado do particular, quando houver uma necessidade pública comprovada e mediante uma justa e prévia indenização.

No modelo de Estado Absolutista a concentração do poder encontrava-se nas mãos de uma única pessoa, o monarca, desta forma, o surgimento do Estado Liberal se deu em razão do inconformismo da sociedade que aspirava uma pretensão libertária e de acesso à propriedade que se encontrava nas mãos de uma classe restrita.

Contudo, o Estado Liberal não nega que deve existir um Estado, como seria o pensamento anarquista, mas crê que ele não deve intervir na economia diretamente e nem na vida privada da comunidade, em especial no direito da propriedade, partindo da premissa de um modelo de Estado mínimo não interventor.

O Estado liberal visto sob a forma teórica e abstrata descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, parte da premissa de que todos os membros da sociedade são iguais e, além disso são igualmente livres em direitos e deveres. Para isso uma das formas da representatividade do direito da liberdade, encontrava-se necessariamente no direito à propriedade, presumindo que seria livre aquele que tivesse uma propriedade e o direito de

explorá-la sem a intervenção do Estado.

Nesta época, verifica-se, portanto, o surgimento do direito da propriedade como um direito absoluto, divino e natural. Neste sentido:

Cria-se a estrutura liberal da propriedade, na qual o proprietário possuía uma gama de poderes, com escassas limitações, uma vez que explorava a propriedade com pouca intervenção estatal. O Estado, por sua vez, naquela época, preocupava-se, prioritariamente, com a produção, para gerar cada vez mais riquezas através da exploração da terra. [...] o Estado liberal surgiu pela necessidade de garantia dos direitos individuais, sendo que o direito de propriedade se insere nesse contexto; no entanto, sendo exercido sem preocupação com obrigações sociais, ou seja, no que tange à propriedade, ela poderia ser explorada com respaldo, de forma que o proprietário assim o desejasse para alcançar os seus objetivos com a exploração, sem que houve aquela troca de obrigações entre os senhores feudais, reis, servos ou camponeses. (SOARES 2007, p. 29)

Contudo a valorização apenas das liberdades e a despreocupação com as questões sociais começaram a apresentar os problemas do modelo liberal proposto, especialmente com a Revolução Industrial Inglesa, fato que gerou o início da decadência deste modelo de Estado.

O modelo liberal que trouxe a premissa de que o Estado deve ser um mero expectador das questões sociais e que o seu papel encontra-se atrelado apenas na garantia da liberdade absoluta, natural e ilimitada encontra desafios com o início do desenvolvimento industrial. Neste momento em que o homem começa a ser objeto da produção parece não representar mais de forma uníssona às aspirações da sociedade, neste momento só a liberdade não basta.

Com o início da industrialização o que se constatava era uma sociedade teoricamente livre, mas que no dia a dia, na sua forma de trabalho e a forma que conduzia a vida era materialmente escravizada (MALUF, 1999, p. 130) Neste modelo surge um novo indivíduo, aquele que começa a comercializar a sua mão de obra em troca do sustento de sua família, provocando questionamentos acerca do modelo do Estado Liberal.

Desta maneira é com o surgimento da industrialização, que o papel do Estado de apenas observar e garantir a liberdade dos indivíduos, direito negativo, não representava mais a vontade maciça da população. Surge assim a necessidade e o clamor por medidas sociais, direitos positivos, e que o Estado de certa forma venha a intervir no direito da propriedade para garantir direitos coletivos, especialmente da classe trabalhadora oprimida.

Pela revolução industrial nascem outros ideários que distanciam do modelo de Estado Liberal, surge assim a primeira concepção do Estado social com suas raízes ideológicas nos

pensamentos de Marx e Rousseau.

A causa mais importante – e portanto não a única – foi sem dúvida a ocorrência no século XX de crises econômicas que, provocando a recessão e o desemprego, demonstravam ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional. A presença do Estado se fazia, pois, imprescindível para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais que não disciplinavam a sua economia por meio de um planejamento centralizado, como se dava nos países comunistas. (BASTOS, 1999, p. 142.)

Com o nascimento do Estado Social, intensificam-se os movimentos sociais, que visam à inclusão social para garantia do mínimo de dignidade, uma vez que a liberdade econômica alcançada até então não gerou contribuições positivas igualitárias para a população. Ao contrário muitas vezes o uso ilimitado da propriedade contribuiu na violação da liberdade da classe operária.

Desta forma o direito pleno do exercício da propriedade a qualquer custo, que foi visto a um primeiro momento pela Revolução Francesa como um instrumento de efetivação do direito de liberdade, com a sua utilização ilimitada culminou na promoção da desigualdade e conseqüentemente a promoção do cerceamento da liberdade.

No Estado Social o direito de propriedade começa a sofrer limitações no plano normativo eis, que surge a ideia de que a propriedade deve necessariamente cumprir uma função, deve-se analisar a propriedade sob uma visão coletiva na promoção da igualdade social.

Importante destacar que esses dois modelos de Estado acabaram trazendo conclusões importantes acerca do direito da propriedade. O primeiro deles, Estado Liberal, trouxe a realidade de que a limitação de acesso total ao direito da propriedade como era realizada pelos modelos absolutistas, representam necessariamente a privação da propriedade e da liberdade.

A concepção do direito da propriedade como um direito natural igual à liberdade, no modelo liberal, acaba transformando e proporcionando que o uso indevido da propriedade na busca do lucro a qualquer custo, promovendo reais limitações ao direito de liberdade dos trabalhadores, sendo necessária a criação de outro modelo de Estado e outra visão do direito da propriedade, que venha intervir nestas relações.

A transformação no modelo de Estado Social trouxe a preocupação que nunca se teve à propriedade, qual seja, não basta a existência de um título para ser considerado proprietário, resta necessário que seja dado aquela propriedade a devida destinação, visando promover o

desenvolvimento e não se tornar ferramenta de especulação e maior desigualdade social, necessitando uma atividade positiva e interventiva do Estado.

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se a concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise. SILVA (2003, p. 271)

Desta forma, conforme observa SOARES (2007) no modelo social como no social regulador, o direito da propriedade não será mais ilimitado, natural e divino como diziam os liberais, nestes modelos da sociedade pós-moderna a preocupação prescinde o direito de propriedade para o cumprimento de sua função social.

No modelo liberal pouco importava o que o particular fazia com sua propriedade, esse sentimento inclusive era a representatividade do direito da liberdade, contudo, com os inúmeros problemas sociais o direito da propriedade sob essa ótica divina e natural não pode mais ser aceita. Quanto a propriedade: “[...] Isto tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da relação de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (SILVA, 2003, p. 269-0)

Assim, após o modelo de estado liberal, assume a propriedade uma função de extrema importância para o cumprimento dos demais direitos fundamentais, desta forma deixa a propriedade de ser considerada um direito fundamental totalmente puro e intocável, ela começa a sofrer restrições, ou melhor, para existir o direito de propriedade, além do título, deve existir o cumprimento de expectativas que se tem sobre o bem.

A partir do que foi escrito, é possível concluir que a propriedade sempre teve suas prerrogativas alteradas no decorrer do tempo, durante o modelo absolutista pode-se dizer que o Direito a propriedade era um sinônimo da própria ausência da liberdade, ou de uma liberdade cerceada a poucos.

Com o Estado liberal, em um primeiro momento só poderia imaginar uma liberdade se o indivíduo tivesse acesso à propriedade e, que tanto liberdade, quanto a propriedade seriam

direitos naturais, ilimitados e divinos.

Com a revolução industrial, o uso ilimitado da propriedade representou mais uma vez a ofensa ao direito da liberdade, especialmente no seu aspecto social e na exploração da classe operária que buscava uma condição digna de vida. Nesta época o indivíduo era livre no plano dos direitos, mas materialmente, no plano fático o que se identificava era um novo modelo de escravidão.

Uma gênese histórica passaria pela descrição do poder soberano que vem pôr fim às guerras religiosas e que, posteriormente, submete-se aos limites impostos pelo movimento liberal e pelos direitos de propriedade; em seguida, são acrescentados os direitos sociais, como um compromisso entre capitalismo e democracia: o resultado é um sistema jurídico autopoiético que “juridifica” suas próprias condições de legitimidade. (MEYER, 2005, p. 39)

Com o surgimento do Estado social a propriedade deixa de ser um bem absoluto e passa a ser instrumento de políticas sociais, voltadas a promoção das desigualdades sociais. Assim, a propriedade deixou de ser um bem totalmente intangível, absoluto, ilimitado e divino.

A propriedade existe com a necessidade do cumprimento de sua função social, com a responsabilidade daquele que lhe é dono, que lhe deve dar uma função essencial em prol da coletividade, só assim poderá ter direito a ela de forma livre e, desta maneira exercer o seu direito de liberdade sobre a propriedade.

2.2. DIREITO À LIBERDADE

Quando se aborda o tema escravidão, trabalho forçado, trabalho escravo, necessariamente o bem jurídico violado ao caso será o direito de liberdade. Esse direito, como já destacado no tópico da propriedade teve o seu auge conquistado com a ruptura do modelo absolutista.

Desta forma, diante da alta complexidade do direito de liberdade e por suas diversas interpretações, classificações e espécies, tem-se neste trabalho a finalidade de não ignorá-las, mas justificar o estudo apenas do Direito da Liberdade da pessoa física, de locomoção, de ir e vir.

No tema proposto e na vinculação do Direito de liberdade sob a ótica da escravidão, pode-se repousar a violação do bem jurídico tutelado da liberdade tanto em seu gênero como em todas as suas espécies.

Quer-se dizer, portanto, que durante o modelo da escravidão colonial tem-se o direito da liberdade ofendido em todas as suas modalidades, seja o direito de ir e vir, seja na liberdade de

pensamento, liberdade de expressão, liberdade de exercício de trabalho, bem como liberdade econômica. Contudo, como destaca SILVA (2003), parece que é na violação da liberdade da pessoa física que mais se adere no trabalho escravo colonial e contemporâneo.

Assim, como foi objeto no capítulo anterior que, pretende neste momento estudar o direito da liberdade apenas em dois momentos históricos específicos, durante o Estado Liberal e o Estado Social. Isso não quer dizer que durante a análise destes modelos não serão trazidas lembranças históricas da época colonial brasileira, muito menos que será esquecido o período absolutista que antecedeu o Estado Liberal.

No entanto, no conflito propriedade e liberdade, aparenta ser a criação e a passagem do modelo de Estado Liberal para Social que mais contribui para o tema proposto, uma vez que o instituto da desapropriação confiscatória por trabalho escravo colide nesses dois direitos, liberdade e propriedade, especialmente na tentativa de valorizar a propriedade sobre a liberdade.

Como já visto, foi com a Revolução Francesa e com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em que se pode sacrificar o Direito da Liberdade como um direito universal, divino e imprescritível de todos os homens.

A Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão, após a revolução Francesa foi responsável por incorporar o direito à liberdade no pensamento francês. Pode-se verificar no Artigo primeiro e Segundo da respectiva declaração tal direito: “Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos; Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.”

Considerando a liberdade como o direito da primeira geração dos direitos fundamentais, direito negativo, reflete a característica de ser um direito em oposição a figura do Estado, promovendo uma necessária prestação negativa, uma atividade decorrente do ato de não fazer do Estado em prol do indivíduo.”[...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2010, p. 563-4)

Uma das razões principais para figurar como direito da primeira geração seja seu aspecto histórico valorativo como destaca (SILVA, 2003, p. 231) no sentido de que a liberdade “depende

do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico”. Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”

Durante a história o direito à liberdade nem sempre foi visto como um direito fundamental a ser tutelado, inclusive durante um longo período de tempo a prática escravagista era considerada como prática legal e lícita. Neste sentido destaca (GORENDER, 2010) que durante a história pode-se identificar a presença de leis específicas do modo de produção escravista, assegurando portanto direito de dispor aos proprietários de escravos.

Assim, pode-se verificar a importância do direito da liberdade, uma vez que, como dito acima, a existência de regulamentação da propriedade de homens, valorizava o instituto do capital, da propriedade sobre o direito de liberdade dos escravizados, em razão disso, verifica-se a vinculação do direito da liberdade ao próprio direito da dignidade da pessoa humana, especialmente com os exemplos e valores adquiridos ao longo da história. “ A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.” (BONAVIDES, 2010, p. 562)

No sentido da vinculação do direito à liberdade com a dignidade humana, é importante observar que integra o direito à liberdade como um atributo do próprio homem e, por isso a ele está ligado com a sua dignidade, assim como destaca SARLET (2005) quando os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados, não há espaço para a dignidade, razão pela qual será objeto do arbítrio de injustiça.

São, portanto, dignidade e liberdade institutos inseparáveis que durante a escravidão transformaram o homem a um objeto; uma coisa; uma propriedade. A liberdade integra a própria definição do que define o próprio homem, como observa MAURER *in* SARLET (2005, P. 75 [...] *a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade. De fato, encerrar a dignidade numa definição é negar o irreduzível humano.*

Neste sentido, por muito tempo, possuíam relações estreitas os direitos da propriedade, liberdade e dignidade, confundindo-se inclusive, contudo:

Atualmente, os direitos humanos parecem assumir uma outra dimensão. Eles não estão mais centrados na

propriedade, mas na dignidade. A diferença é de medida. A referência à dignidade da pessoa humana é, por isso, considerada como a última proteção contra o liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por partes dos poderes público, mas também por parte dos indivíduos. MAURER *in* SARLET (2005, P. 78)

Desta forma, no modelo liberal tem-se no direito da propriedade uma das expectativas da garantia do direito à liberdade. Na atualidade, o modelo proposto assume outra dimensão e afasta a ideia da universalidade do direito da propriedade e valoriza o direito a liberdade. No entanto, exercendo a propriedade de sua função social possuirá o proprietário a liberdade de explorá-la, desde que de forma sustentável e consciente.

Assim, como pode ser visto, no Estado Liberal o ideário da liberdade esteve atrelado ao ideário da universalidade do direito da propriedade. No entanto, o resultado foi o de que o direito natural e ilimitado da propriedade, muitas vezes foi responsável pela privação da liberdade de muitos durante a revolução industrial.

Desta forma, os direitos da propriedade e da liberdade não se encontram em um mesmo nível, o direito da propriedade é acessório ao direito da liberdade e somente pode ser tutelada a propriedade se agir no cumprimento de seu dever. Agindo contra sua função, como é o caso do trabalho escravo, a propriedade deve ser perdida como prevê a nova redação do Artigo 243 da Constituição Federal, não só pelo descumprimento da função social, mas pela prática do crime de exploração de trabalho escravo.

2.3. A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E DA PROPRIEDADE

A primeira função dos direitos fundamentais se encontra na intenção de promover a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Sobre essa primeira função de garantir o direito de defesa:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob um dupla perspectiva (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes público, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO 2000, p. 408)

Pode-se destacar que outra função dos direitos fundamentais é a função de prestação social e da função de não discriminação, contudo, em nosso tema verifica-se aderência a terceira

função dos direitos fundamentais destacadas por (CANOTILHO 2000, p. 409), trata-se da função de proteção perante terceiros.

Desta forma, pode-se atrelar à função dos direitos fundamentais a necessidade de um dever ao Estado de proteger perante terceiros os direitos fundamentais. Assim, cabe ao Estado tutelar os direitos fundamentais e muitas vezes impor medidas que visem resgatar direitos fundamentais violados.

Desta maneira, partindo da premissa que o Estado possui tanto a função de guardião dos direitos fundamentais perante terceiros, bem como possui a função negativa de que o Estado não pode se ingerir na esfera individual do indivíduo, tem-se que na Desapropriação Confiscatória, a esfera positiva e participativa do Estado que respeita um desses direitos (Liberdade) e, por consequência acaba violando outro (Propriedade). Neste sentido a Liberdade, no plano jurídico, encontra-se acima da propriedade.

A desapropriação confiscatória, prevista no Art. 243 da Constituição Federal é uma modalidade de confisco, expropriação do Estado sem qualquer indenização pela ocorrência do plantio de plantas psicotrópicas ilegais, bem como pela exploração de trabalho escravo.

Desta forma, para proteger a liberdade do indivíduo contra a escravidão, o Brasil cumpre a sua função de guardião dos direitos fundamentais, contudo, a forma que utiliza para guardar e desestimular essa prática é retirando a propriedade do infrator.

Sob esse ponto de vista é possível concluir em um primeiro momento, que no período histórico trazido neste estudo, tanto o direito de propriedade quanto o direito da liberdade estiveram umbilicalmente interligados.

Contudo, na atualidade, é possível concluir que existam sim esses dois direitos fundamentais no modelo brasileiro, propriedade e liberdade, contudo, o capital se encontra submisso ao direito da liberdade. No entanto, é a propriedade e o uso dela no plano econômico que justificam ainda a existência do trabalho escravo no mundo.

3. A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO

A Emenda Constitucional nº 81 de 2014 alterou o Artigo 243²⁶ da Constituição Federal e trouxe a possibilidade da desapropriação confiscatória em caso de exploração de trabalho escravo.

A Desapropriação em sua essência é uma representatividade decorrente de um ato do Poder de Polícia do Estado e uma forma de aquisição da propriedade pelo Estado, além de nítida intervenção na propriedade privada, o requisito essencial encontra-se fundado na prévia indenização, ou ainda, nas situações por descumprimento da função social da propriedade e na práticas de crimes, como é o caso do trabalho escravo e no plantio de plantas psicotrópicas ilícitas.

Para os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, ocorrerá a desapropriação em sua modalidade originária caracterizada pela prévia indenização, adquirindo o Estado a propriedade do particular, como observa DI PIETRO (2011)

Quando se trata de desapropriação por descumprimento da função da propriedade urbana e rural, tem-se a característica da posterior indenização, a qual será paga através de títulos, chama-se essa modalidade de desapropriação sanção, não tem a função de adquirir a propriedade com a intenção de realizar uma obra de interesse público, mas retirar do particular uma propriedade que não vem cumprindo sua função.

Desta forma, pode-se destacar que com a desapropriação o Estado retira do particular sua propriedade e necessariamente paga uma justa indenização, seja prévia nos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social ou pagamento posterior nos casos de descumprimento da função social.

O Artigo 243 da Constituição Federal não se enquadra em nenhuma dessas modalidades, trata-se de uma expropriação nitidamente confiscatória em que ocorre o perdimento da propriedade sem qualquer indenização ao proprietário. Não se trata apenas em descumprimento da função social da propriedade, mas a necessidade d a prática de um crime e que acarreta o perdimento da propriedade.

²⁶ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Para regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, encontra-se em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) nº 432/2013 e, traz como destaque o parecer do Ministério Público do Trabalho²⁷, destaca-se no parecer a tentativa do Poder Legislativo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

Contudo, por mais que ainda esteja em trâmite a lei que irá regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, cumpre destacar que no modelo penal brasileiro, tem-se a definição do trabalho escravo como crime, de acordo com o Art. 149²⁸ do Código Penal e, essa é a linha de raciocínio do Ministério Público do Trabalho, no sentido de que não é necessário regular novamente o trabalho escravo, pois a lei penal já traz elementos suficientes para a identificação do trabalho escravo.

Desta forma, configurado o crime e, mesmo não tendo sido ainda aprovada a PLS 432/2013, fomenta-se a discussão se na atualidade, ocorrendo o crime de trabalho escravo o que ocorreria com a propriedade, ainda mais com a redação do Artigo 243 da Constituição Federal. Ao que tudo indica o artigo seria uma norma constitucional de eficácia de limitada, ou seja, necessita de uma Lei específica para regular o tema, desta forma, enquanto não aprovada a PLS n 432/2013 a norma constitucional não produz qualquer efeito, ou seja, quem explora trabalho escravo não terá confiscada a propriedade.

Contudo, diante da riqueza do tema, pelo problema mundial, pelo reconhecimento do trabalho escravo no Brasil e, principalmente, pela importância dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, pode-se observar que talvez seja possível executar a expropriação por uma norma vigente no país.

O Artigo 9129 do Código Penal define são efeitos da condenação a perda em favor da

²⁷ Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepajados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado á idade média, e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta com a morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. As condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva. (MPT, 2015, p. 02)

²⁸ “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”

²⁹ Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-

união dos instrumentos do crime, bem como qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, tornando possível que o magistrado na sentença penal condenatória aplique como efeitos da condenação o perdimento da propriedade em favor da união, assim como ocorre, diariamente, nos crimes de contrabando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escravidão como pode ser observada ao longo do estudo não é uma passagem histórica que relembra a época do Brasil colônia. Os relatórios fornecidos pela OIT, bem como os dados divulgados pelo Ministério Público do Trabalho permitem a conclusão que o trabalho forçado é um tema presente, o que reflete a importância do debate.

No ano de 2014, a Emenda Constitucional n. 81 alterou o artigo 243 da Constituição Federal de 1988, prevendo a hipótese de expropriação de propriedades urbanas e rurais onde fosse identificada a ocorrência de trabalho escravo, como já acontecia no caso de utilização da propriedade privada para fins de culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Durante o modelo liberal a propriedade foi elevada ao *status* de um direito natural, universal e divino, assim como a liberdade. Contudo, pelo uso de forma livre da propriedade motivou o surgimento de conflitos sociais que muitas vezes colaboram e promoveram restrições ao direito da liberdade, como foi o caso das revoluções industriais.

Diante disso, com o surgimento do Estado Social, a propriedade deixa de ser um bem natural e divino e, em proteção da coletividade, e do direito da liberdade. Contudo, mesmo que se tenha previsão de tal supremacia do direito da liberdade sobre a propriedade no plano jurídico, dentro dos fatos, materialmente ainda existem milhões de pessoas que são escravizadas, mostrando a dura reflexão envolvendo propriedade e liberdade.

Isso quer dizer que a propriedade pode significar a efetivação do direito à liberdade, especialmente quando é utilizada para que o cidadão possa ter acesso a ela e a utilizá-la de forma pacífica. Contudo, o direito da propriedade também pode representar a violação da liberdade, quando é utilizada de forma ilimitada como ocorreu na revolução industrial, bem como quando é

fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

empregada na captação e exploração de trabalho escravo como ocorre na atualidade.

A Desapropriação Confiscatória é instrumento de efetividade do direito fundamental à liberdade e, neste sentido os direitos fundamentais devem cumprir uma função de prestação social e, também implementar medidas de combates a sua violação.

Dessa forma não cabe mais ao Estado apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também programar medidas concretas no combate de práticas que oportunizem a sua violação.

Sendo o trabalho escravo uma violação ao direito da liberdade e, destacando os diversos compromissos internacionais assumidos no combate do trabalho escravo, a desapropriação confiscatória é instrumento eficaz do direito fundamental da liberdade.

Tendo em vista, a existência do artigo 149 do Código Penal, fomenta-se a discussão acerca da (in)aplicabilidade da norma constitucional pela ausência de regulamentação especial, propõe-se a discussão sobre a lei que irá regulamentar a desapropriação confiscatória, bem como a possibilidade de ser utilizada a previsão contida nos Artigos 91, II e 149 do Código Penal até que seja regulamentada eventual lei específica.

A situação do trabalho escravo vem sendo observada de maneira isolada, como se dentro do conceito existissem várias espécies, desta maneira dentro da relação observada pela justiça do trabalho existiria uma espécie de conceito do que seria o escravo contemporâneo.

Dentro da seara penal existe outra concepção do que seria o escravo contemporâneo, que não precisa necessariamente ser a mesma dada pela justiça do trabalho e, pela redação totalmente aberta do artigo 149 do Código Penal, ainda não há unanimidade sobre o que configuraria o crime de trabalho escravo.

Assim, dentro da esfera do direito constitucional administrativa, a criação de uma lei regulamentadora de trabalho escravo vem tentando apresentar outro significado, mais uma espécie. Desta maneira, a existência de vários significados e a ampliação da tutela do escravo contemporâneo, bem como a falta de uniformidade dos conceitos tem-se um direito que gera insegurança jurídica e sua aplicabilidade é muito discutida.

Diante disso, assim como ocorreu com a pressão internacional durante a industrialização inglesa em que o Brasil cria a Lei Feijó, cria-se para acalmar os ânimos de um país que é réu confesso de violador de direitos humanos fundamentais, uma norma constitucional que representa o simbolismo da legislação e não sua efetividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial, volume 2- 6 ed. Ver. E atual.* – São Paulo: Saraiva, 2007.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. *O problema da constitucionalização simbólica* (Resenha do livro: Neves, Marcelo. A constitucionalização simbólica São Paulo: Martins Fontes, 2007. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>> Acesso em 15/09/2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto n. 41.721, de 25 de Junho de 1957. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101 firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 29 - *Convenção Internacional sobre o Trabalho Forçado*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm> acesso em 29/04/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^o Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

COTA, Luiz Gustavo Santos. *Não só “para inglês ver”*: justiça, escravidão e abolicionismo em Minas Gerais. Dissertação (Mestrado em História). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2011. Disponível em <<http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/viewFile/912/683>> Acesso em 04 ago. 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GORENDER, Jacob. *O Escravismo Colonial*. 4^oEd. São Paulo; Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A tese central de Jurgen Habermas em Facticidade e Validade*. Revista Estudos Jurídicos Unisinos, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAURER, Beatrice in SARLET *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito*

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.¹

Leandro Caletti²

Márcio Ricardo Staffen³

1. UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Embora o tempo imponha sua marcha, batendo, já, à porta da pós-modernidade, ainda se consome tempo e energia na discussão que perquire se os direitos humanos se constituem em direitos naturais e inatos, positivos, históricos ou, mesmo, derivados da moral.

Mesmo que, *a priori*, a historicidade dos direitos humanos pareça ser o caminho mais correto, posto não se trate de um direito posto, mas construído na rotina diária e quotidiana, a verdade é que os direitos preditos encerram, em seu âmago, uma pitada de cada atributo dos enumerados alhures.

De efeito, os direitos humanos enquanto posição de interesse legítimo internacional tiveram como embriões a redefinição de soberania estatal (mitigação) e a modificação de

¹ Texto produzido a partir do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (IMED/CNPq).

² Mestrando no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade Meridional (PPGD-IMED). Área de concentração: Direito, Democracia e Sustentabilidade. Linha de pesquisa: Fundamentos do Direito e da Democracia. Orientador: Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen. Membro dos Grupos de Pesquisa "Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos" e "Ética, Cidadania e Sustentabilidade". Bolsista PROSUP/CAPES vinculado ao PPGD-IMED. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3650515438834580>> E-mail: <cttlers@gmail.com>.

³ Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Conceito CAPES 5). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - IMED. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Professor nos cursos de graduação em Direito e especializações no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI) e na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Advogado (OAB/SC). Coordenador da Escola Superior de Advocacia Subseção Rio do Sul (OAB/SC). Realizou cursos junto à Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, Università degli Studi di Perugia UNIPG, Università Roma Trè, Università degli Studi di Camerino UCAM, Universidad de Alicante - UA e Universidade Karlova IV (Praga). Membro do Comité da Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia del Callao (Peru). Membro Honorário do Ilustre Colegio de Abogados de Ancash (Peru). Membro efetivo da Sociedade Literária São Bento. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Líder do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (PPGD-IMED) e do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco (GPDC-UNIDAVI).

mentalidade acerca da titularidade desses direitos, alçando-se a pessoa a sujeito de direito internacional, mormente a partir do surgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Não sem razão, porquanto os sistemas legais anteriores se consubstanciaram em verdadeiros artifícios para a prática do genocídio, por exemplo.

Tem-se, nessa toada, a Convenção de Viena⁴ como confirmatória do movimento iniciado décadas antes com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal (sem esquecer os avanços da I Conferência⁵, em Teerã, em 1968), de internacionalização e universalização dos direitos humanos. A partir dela, a par de se erigirem os Estados como responsáveis internacionais pela garantia dos direitos humanos, ao efeito de que não se permitisse o tratamento desses direitos como assuntos internos, as pessoas, agora, surgiam como sujeitos de direitos humanos.

O modo de processamento dessa internacionalização e universalização exigiu, por óbvio, a necessidade de implementação, efetivação e garantia desses direitos, o que só se mostraria possível a partir de uma sistemática internacional de monitoramento e controle (*international accountability*), o que se perfectibilizou com a adoção de instrumentos de alcance global e regional, que constituem, respectivamente, os sistemas Global e Regional de proteção internacional dos direitos humanos.

Simultaneamente, à preocupação com o Estado ganhou espaço a atenção com o seu modelo constitucional. Ademais, toda reflexão sobre o Estado importa em análise da Constituição⁶ e, toda apreciação atenta da Constituição atinge a funcionalidade do Estado. Ocorre que os tempos presentes têm-se apresentado uma nova moldura ao Estado e à sua Constituição, sobre a qual sobre-existem determinadas estruturas mas, esquadrejadas sobre novos *standards*.

Desde já se pontua que, neste estudo, pela delimitação proposta, não se esmiuçarão as fases citadas, importando, isto, sim, uma análise crítica e atualizada. Esse limite temático, entretantes, não pode furtar ao leitor o esclarecimento de Peces-Barba Martínez acerca do ponto:

Desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada una, hay que precisar que la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de derechos humanos, la histórica en lo que he llamado el proceso de generalización de los derechos

⁴ Conferência Mundial Sobre os Direitos do Homem, Viena, 14-25 de junho de 1993.

⁵ I Conferência Internacional de Direitos Humanos, Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968.

⁶ MATTEUCCI, Nicola. *Lo stato*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

y la espacial, en él de internacionalización. Las dos primeras son hoy más teóricas y doctrinales, aunque la generalización representó una importante lucha especialmente en el siglo XIX, y la tercera está hoy, además de en un plano teórico, en el núcleo de una lucha práctica por la extensión a todas las zonas del mundo de los derechos humanos, superando la idea de que se encuentran en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados y con el lento avance de normas a nivel regional (europeo o americano) o mundial (de Naciones Unidas). (1994, p. 617).

Bittar (2009, p. 290), nessa linha argumentativa, discorre:

Sem maiores delongas, é com Foucault, a partir das reflexões de Marcio Alves da Fonseca, que se pode falar em quebra da universalidade da concepção de direitos humanos. A quebra da sua universalidade não importa em desprezo ou relativização desta categoria de direitos, mas em mudança de eixo na discussão dos problemas que os afetam, do plano da justificação metafísica para o plano da real efetividade na qual se assentam as práticas sociais afirmativas de direitos humanos.

Assiste razão, de fato, às novas posições que pretendem transpor estereótipos enraizados acerca dos direitos humanos, propugnando por leituras e interpretações que, não obstante não neguem importância às questões históricas e conceituais, deem mais atenção à problemática envolvendo a sua realização diária e quotidiana.

Ademais, o fenômeno da universalização de determinada categoria jurídica jamais foi sinônimo – muito menos na atualidade – de efetividade da mesma. O critério, pois, da universalidade serve muito mais à confiabilidade do que à concretização dos direitos, afeta essa última a ponderações de cunho programático.

Assim, nos dizeres de Vladimir Safatle⁷ as relações entre Justiça e Direito se extinguem no seio de “Estados ilegais” que bloqueiam o acesso substancial dos indivíduos ao gozo efetivo das prerrogativas humanitárias e democráticas. Logo, não se pode perder de vista a advertência de Slavoj Žižek ao tratar do afastamento da ética política no mundo atual.

Numa visão mais ampla, crítica e serena, o já citado Peces-Barba Martínez situa em três planos – imbricados na raiz – a questão da universalidade dos direitos humanos, a saber, lógico, temporal e espacial. No primeiro, se faz referência à titularidade, inerente a todos os seres humanos, dizendo, o segundo, com o caráter racional e abstrato à margem do tempo e válidos para qualquer momento histórico. O terceiro, por fim, pertine com a extensão da cultura dos direitos humanos a todas as sociedades políticas, sem exceção. (1999, p. 181).

⁷ Como sugestão: SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e falência da crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.

Importa reconhecer que a maioria da doutrina, mormente a relativista cultural, para quem “o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral” (PIOVESAN, 2002, p. 157), sempre se ateve ao primeiro plano elencado pelo precitado jurista espanhol (lógico).

Essa visão, todavia, é obliterada, posto que os critérios lógico e racional da universalização acabarão conduzindo os direitos humanos a uma limitação de ordem positivo-territorial, entendendo-se por um direito humano universal aquele exercido por qualquer pessoa, todavia, dentro da jurisdição territorial de um ordenamento nacional.

Peces-Barba Martínez esclarece, no ponto, com a propriedade habitual:

Me parece que los objetivos que se pretenden, en la relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto con la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración “a priori”. (1999, p. 188).

Com acerto, a sementeira do universalismo característico dos direitos humanos repousa nessa pretensão moral justificada que congrega realidade histórica e vida quotidiana, tudo culminando numa atualização constante de valores aptos a tornar possível uma vida social em consonância com a dignidade humana.

Todavia, praticar o universalismo dos direitos humanos na aplicação, em última análise, do direito internacional dos direitos humanos de forma generalizada a todos os Estados, tanto no sistema interno, como no internacional, ainda se constitui em aspirada utopia. Isso porque se parte da noção – parcial – de que os direitos humanos retratam unicamente um interrelacionamento entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais.

Onde repousa, entretanto, o defeito dessa concepção? Reside em desconsiderar o humanismo ínsito ao ideal de direitos humanos, o qual, aliás, lhe serve de substrato. Um humanismo que parte dos ideais mais nobres de caridade (não apenas a material), solidariedade e fraternidade, características essas que, metafisicamente, compõem a própria nascente dos direitos humanos.

Nesse estado de coisas, ainda que de forma paulatina e demorada, o eixo de visão do direito pós-moderno, que engloba o universalismo predito, vai se modificando de um cenário

lógico-formal para uma postura axiológica e compreensiva que acolhe os direitos humanos enquanto anteparo da própria manutenção da vida e da espécie humana. Vai se permitindo, assim, uma interação com novas fontes do direito, gestadas a partir das novas relações dos direitos humanos e internacional (direito global), até então inexploradas.

Hoje, o intérprete do direito, além das leis, códigos, Constituição, jurisprudência e doutrina internas, precisa se familiarizar com o *corpo juris* dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, com a jurisprudência internacional, com o direito supraconstitucional universal e com a jurisprudência das cortes universais.

Chega-se, hodiernamente, inclusive, a se falar de organizações privadas regulando assuntos globais e de interesse direto e crucial dos direitos humanos, como observa Staffen, de forma judiciosa:

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte. (2014, p. 228, grifo do autor).

Contudo, tão significativa quanto o desvelar dessa nova estrutura de fontes do direito pós-moderno é a constatação no sentido de que há um entrelaçamento dialogante e interdependente entre elas, a permitir – no que toca diretamente com a temática deste estudo – uma porosidade do ordenamento jurídico interno brasileiro às normas de matriz internacional que protejam direitos humanos, inclusive com o afastamento das primeiras em detrimento das segundas, nas hipóteses de inconveniência, do que se passa a tratar.

2. POROSIDADE DO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO ÀS NORMAS DE MATRIZ INTERNACIONAL.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriu-se o ordenamento interno ao respeito aos direitos humanos, notadamente através da adoção, no inciso II do artigo 4º, do “princípio da prevalência dos direitos humanos” como objetivo da República. Esse dispositivo constitucional representou o ressurgimento do Brasil no cenário de direito internacional, do qual

estivera ausente pelos vinte e um anos de período ditatorial de exceção.

A par de um norte louvável, tal norma se consubstanciou em verdadeira diretriz de atuação para o Estado brasileiro na ordem internacional, todavia, não apenas na participação elaborativa e deliberativa de normas convencionais protetivas dos direitos humanos (relações entre Estados), mas também – e principalmente – na sujeição de seus comportamentos ao regramento convencional a que se obrigou voluntariamente.

Em paralelo, mas com imbricação clara, erigiu o legislador constituinte a cláusula de abertura material do parágrafo 2º do artigo 5º, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional, sendo, ao revés, receptivo das normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira.

Abriu-se, assim, o direito constitucional positivo brasileiro a uma fundamentalidade material assim retratada por Sarlet:

Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. (2009, p. 78-79).

De efeito, essa porosidade do ordenamento interno ao internacional traz consequências de duas ordens: uma, no âmbito da titularidade de novos direitos fundamentais (de índole material), e, outra, na compatibilidade da produção normativa doméstica com as normas de matriz internacional ratificadas.

No tocante à primeira, leciona Trindade (1993, p. 53):

Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

Referentemente à segunda ordem de consequências, é preciso perquirir por como se fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema da hierarquia das normas de matriz internacional ratificadas, depois de anos de discussões entre monismo e dualismo⁸.

No Pretório Excelso, desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004, em 1977,

⁸ Confira-se, a respeito da celeuma, PIOVESAN, 2002, p. 75-98.

vigorou o entendimento da paridade entre normas oriundas de tratados internacionais – de que natureza fossem – e a legislação ordinária. Eventual dissenso, nesse cenário, era resolvido pelos critérios ordinários de solução de antinomia de regras (cronológico, especialidade e hierárquico), em se tratando de incompatibilidade com a legislação ordinária, e a absoluta supremacia das normas constitucionais, nas hipóteses de confrontos com o texto constitucional.

A partir, todavia, do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas de matriz internacional atinentes a direitos humanos gozam de supralegalidade em face da legislação ordinária nacional.

Malgrado se afigure indubitável o avanço obtido com o predito julgamento em termos de otimização e exigibilidade dos direitos humanos – nos parágrafos subsequentes se verá por que –, quedou-se perdida a oportunidade de atribuir nível materialmente constitucional às normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais (independentemente da aprovação qualificada do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição), o que advogo de longa data (todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor têm índole e nível de normas constitucionais, material ou formalmente, não importando *quorum* de aprovação do tratado – inteligência do artigo 5º, parágrafo 2.º, da Constituição). Era precisamente essa, aliás, a tese que restou vencida por cinco voto a quatro (dois ministros não participaram do julgamento), defendida pelo ministro Celso de Mello.

Seja como for, sublinha-se que a posição vencedora no julgamento – supralegalidade –, embora progressiva, acaba conduzindo a uma impropriedade de alta indagação. Ela faz nascer, no ordenamento, uma duplicidade de regimes jurídicos impertinente para o atual sistema de proteção dos direitos humanos, uma vez que erige categorias de tratados que têm o mesmo fundamento jurídico (conforme ingressados a partir dos mecanismos do parágrafo 3º [nível constitucional] ou do parágrafo 2º [nível supralegal] do artigo 5º da Constituição Federal). E veja-se que esse fundamento jurídico (que também é ético, moral e humanitário) não lhes é dado por alguma instância interna (direito ou Poder), mas, sim, emana da própria ordem internacional de onde tais tratados provêm.

Efetivamente, ao produzir as “categorias” dos tratados de nível constitucional e supralegal, a tese da supralegalidade finda por nortear instrumentos iguais de maneira totalmente diferente. Mais: ao criar uma categoria supralegal de normas, por via oblíqua, relega essas normas a um

plano de paralegalidade, dando a entender que os tratados de direitos humanos insertos nessa condição encontram-se apartados do arcabouço jurídico aplicável.

Ainda assim, a partir da conclusão do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, se verifica uma nova divisão na pirâmide normativa clássica, localizada entre a base (legislação ordinária) e o topo (Constituição) e representada pelas normas oriundas de tratados internacionais inerentes a direitos humanos. Importa referir que, no tocante aos tratados de matéria ordinária ou comum, a supralegalidade emerge diretamente do artigo 27 da Convenção de Viena, internalizada através do Decreto n. 7.030/09⁹.

Nas palavras de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 15), a partir da adoção da tese da supralegalidade, já se pode afirmar que Estado brasileiro se qualifica como “um Estado de Direito onde tem relevância ímpar o Direito Internacional”. No ponto, parece-nos que a relevância destacada é dos direitos humanos, não do internacional, ainda mais se tendo em linha de consideração que os primeiros têm se mostrado de mais fácil aplicação do que os segundos. Aliás, parece ter sido exatamente essa a preocupação do constituinte reformador, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º do texto constitucional.

Doravante, promulgou-se a Emenda à Constituição n. 45, que acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, têm equivalência com emendas constitucionais.

Outra vez, querela surgiu acerca da temática da recepção dos tratados anteriores, concomitantes e futuros à inserção constitucional, cuja solução o leitor pode encontrar em trabalho anterior de nossa lavra¹⁰, cuja revisitação, neste texto, escaparia à delimitação necessária.

No que toca diretamente com o controle de convencionalidade, nos dizeres de Mazzuoli (2011, p. 73),

⁹ Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

¹⁰ CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista Virtual da AGU*. n. 66. jul. 2007. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/79953>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[...] a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade¹ das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Noutras palavras, os tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição¹¹ se constituem em paradigmas, inclusive, para o controle jurisdicional concentrado de convencionalidade, visto que a apreciação pela via difusa já era permitida desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e, mesmo, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no julgamento do recurso extraordinário n. 466.343 (atribuição de supralegalidade às normas oriundas de tratados de direitos humanos em relação à legislação interna).

Releva assinalar, aqui, que o objeto do presente exame se circunscreve à forma difusa do controle predito, em cujo âmbito a jurisprudência nacional, ainda que esparsa e pontualmente, tem registrado alguma evolução.

O controle de convencionalidade se constitui, portanto, em instrumento de anteparo e de concretude das normas de direitos humanos, desiderato esse cumprido, mormente, como escrito alhures, através do controle jurisdicional difuso, numa importante imbricação entre processo (procedimento) e direitos humanos.

3. O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.

O controle de convencionalidade, que, com essa denominação, aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹², se constitui em ferramenta que permite aos Estados cumprir a obrigação de

¹¹ Até o presente momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

¹² Adota-se o ponto de partida do surgimento do instituto na Comissão Interamericana de Direitos Humanos devido ao

garantia dos direitos humanos no âmbito interno.

Isso se concretiza na verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹³, com outros instrumentos convencionais internacionais e com a jurisprudência principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa obrigação emerge diretamente, portanto, do artigo 2º, combinado com o artigo 74.2 (depósito dos instrumentos de ratificação), ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O referido artigo 2º ostenta a seguinte redação:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Demais disso, o predito encargo sofre o reforço do já citado artigo 27 da Convenção de Viena, que preconiza a impossibilidade de determinado Estado se escudar em disposições do seu direito interno para afastar o cumprimento de obrigações convencionais internacionais.

Seja como for, o que interessa ao deslinde da questão atinente à otimização e à exigibilidade dos direitos humanos, é que tribunais e juízes efetivamente realizem o cotejo de compatibilidade vertical do direito doméstico com o corpo de tratados que versem direitos humanos, seja pela via concentrada (Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados), seja pela difusa (Poder Judiciário), no exercício da competência dos tratados, afastando a validade das normas internas incompatíveis.

Releva chamar a atenção, no ponto, para uma conclusão advinda com o controle de convencionalidade: a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno. Essa garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de

reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sua jurisdição obrigatória. Acerca dos antecedentes históricos do instituto, consulte-se MAZZUOLI (2011, p. 81-82).

¹³ O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e, mediante o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu, o Brasil, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

supralegalidade¹⁴).

A negativa de vigência das normas de direitos humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos direitos humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Em reiteradas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que o Estado-parte em que verificada a incompatibilidade entre a norma de matriz internacional ratificada e a legislação interna realizasse o efetivo controle de convencionalidade¹⁵.

Confiram-se, no ponto, a título ilustrativo, excertos extraídos do Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173. (CIDH, 2015, p. 4, grifo do autor).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que

¹⁴ Cunhou-se a expressão “controle de supralegalidade” para designar o juízo de compatibilidade das normas domésticas com o corpo de tratados que versa matéria comum ordinária, não atinente a direitos humanos.

¹⁵ O fundamento convencional da natureza obrigatória das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos repousa no artigo 68, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151. (CIDH, 2015, p. 8-9, grifo do autor).

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. *En el mismo sentido*: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311. (CIDH, 2015, p. 9-10, grifo do autor).

Relativamente à República brasileira, colhe-se o seguinte julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, retratado por Piovesan (2012, p. 96, grifo nosso):

Em 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. Realçou a corte que as disposições da lei de anistia de 1979 *são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana*, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos *são incompatíveis com o Direito Internacional* e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respalidou a sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das

Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas *invalidando* leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia.

Antes de se prosseguir com o exame das medidas pontuais de controle difuso de convencionalidade que vêm emergindo pelos tribunais do país, se afigura pertinente uma pausa para lançar algumas linhas acerca do julgamento do “Caso Guerrilha do Araguaia”, acima citado, e a oportunidade que tivera, antes, o Supremo Tribunal Federal de controlar a convencionalidade. Malgrado, na espécie, se esteja a pisar no terreno do controle concentrado de convencionalidade, que não é objeto deste estudo, as considerações doravante articuladas contextualizam o cenário brasileiro do instituto, de inexorável olhar para a boa compreensão.

A sentença cujo excerto foi colacionado restou proferida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010. Sucede que, em 29 de abril daquele ano, o Supremo Tribunal Federal julgara improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, que perseguia a declaração de não receptividade, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia).

Equivale dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo ciente do julgamento de receptividade da Lei de Anistia pelo Pretório Excelso, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acabou admoestando a Corte constitucional brasileira, ao condenar a República no caso submetido à jurisdição interamericana.

E isso não é sem razão, porquanto o julgamento do Supremo Tribunal Federal, excepcionada breve referência no voto do Ministro Celso de Mello, ignorou solenemente a jurisprudência maciça da Corte Interamericana de Direitos Humanos atinente à matéria (colacionada alhures). Mesmo os votos vencidos não contêm uma linha sequer dos julgados da Corte intercontinental.

O problema central dessa omissão, entretanto, em nosso sentir, não repousa no fato de a Corte suprema de um país que aceitou se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desconsiderar os julgados dessa última; reside, isto, sim, em encaminhar o Estado brasileiro a um sancionamento por ilícito internacional, circunstância que se verificou meses depois. A par, é claro, de, enquanto instância máxima do Poder Judiciário nacional, desencorajar as instâncias inferiores à prática – salutar e otimizada de direitos – do controle de convencionalidade.

É exatamente por essa razão que se afirmou, linhas atrás, que desconsiderar a negativa de

vigência das normas de direitos humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos direitos humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Seja como for, esse precedente interamericano parece ter sido, internamente, a centelha de uma maior atenção, dos juízes e tribunais, para a necessidade de se controlar, além da constitucionalidade das normas internas, a sua compatibilidade vertical com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Atendendo, pois, a essa exigência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – que, no defender deste estudo, otimiza e confere exigibilidade aos direitos humanos em casos processuais práticos –, a atividade pretoriana nacional tem se dedicado a controlar, na via difusa, a convencionalidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil¹⁶.

Em 17 de março de 2015, proferindo sentença nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, o magistrado Alexandre Morais da Rosa controlou a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal em face da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão (inscrita no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos), ponderando o seguinte:

[...] cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “treaty bodies” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.

De efeito, no caso concreto colacionado, afastou-se a incidência do artigo 331 do Código Penal porque incompatível (norma existente, mas inválida) com a norma do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Igual modo, em 17 de junho de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho, no exame do recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, controlou a convencionalidade do artigo 146 da

¹⁶ No Brasil, por ora, não logrou reverberar, em contraponto ao exercício do controle de convencionalidade, a teoria da “margin de apreciación”, comumente defendida perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A pretexto, pois, de uma análise mais aprofundada acerca da fundamentação predita, recomenda-se a leitura de Contreras (2014, p. 235-274).

Consolidação das Leis do Trabalho em face dos artigos 4º e 11 da Resolução n. 132 da Organização Internacional do Trabalho. Do voto condutor do julgamento colhem-se os seguintes fundamentos:

Ao caso, interessa o disposto no parágrafo único do artigo 146 da CLT, com redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.535, de 13/04/1977, ainda em vigor, que prevê que, em tal hipótese, não terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias. Dispõe a citada norma:

"Art. 146 - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)

Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, *desde que não haja sido demitido por justa causa*, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)" (grifos nossos)

No mesmo sentido, esta Egrégia Corte editou a Súmula n. 171, com redação original datada do ano de 1982, que trata da mesma questão discutida nos autos:

"FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (republicada em razão de erro material no registro da referência legislativa), DJ 05.05.2004

Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51)."

A análise do citado dispositivo legal poderia conduzir à ilação de que a lei ordinária autorizaria o acolhimento da restrição nele imposta, no sentido da inexistência do direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, no caso em análise.

Contudo, a meu sentir, outra é a interpretação, a partir da afirmação de que *não há como se sustentar a recepção da norma acima citada no ordenamento jurídico* e, por conseguinte, não há como serem acolhidas quaisquer interpretações baseadas no caráter especial da regra contida na CLT e no fato de se encontrarem, ambas (a CLT e a Convenção nº 132) no mesmo plano, em virtude do fato de a *norma internacional incorporada autorizar o pagamento de férias proporcionais ao empregado, independente do motivo de sua dispensa*. É o que se extrai dos seus artigos 4º e 11 abaixo citados:

"Artigo 4

1. - *Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo terceiro acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.*

2. - Para os fins deste Artigo o termo 'ano' significa ano civil ou qualquer outro período de igual duração fixado pela autoridade ou órgão apropriado do país interessado." (Convenção nº 132 da OIT – grifos nossos);

"Artigo 11

Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito em caso de cessação da relação empregatícia, *ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.*" (Convenção nº 132 da OIT – grifos nossos).

Portanto, a regra internacional autoriza seja pago a toda pessoa empregada um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço, *sem qualquer exceção.* (grifo do autor).

O precedente adrede citado retrata com perfeição em que medida o controle de convencionalidade pode contribuir para a otimização e a exigibilidade dos direitos humanos de matriz internacional.

Vale dizer, a norma internacional confere ao trabalhador nacional o benefício de concessão de férias proporcionais, mesmo na hipótese de demissão por justa causa, o que era vedado pela legislação interna, inclusive com a reafirmação através de verbete sumular do tribunal superior.

Ora, se circunstâncias que tais, possibilitadas unicamente pelo controle difuso de convencionalidade, não se constituem em mecanismo de otimização e exigibilidade dos direitos humanos, nada se constitui, visto que incidente norma de matriz internacional diretamente no afastamento da validade de norma interna, no âmbito de relação processual de nítido caráter privado.

Prima facie, àqueles que torcem o nariz para a modificação que as fontes do direito têm passado, pode ressoar até metafísica a aspiração de que normas de direitos humanos de matriz internacional, convencionais e, não raro, até oriundas mesmo de instituições que não possuem caráter de direito público externo, tenham eficácia e sejam efetivas a ponto de suplantar norma doméstica positiva e tida por recepcionada pela Constituição vigente.

Todavia, na esteira da nova estruturação das fontes do direito – que não mais se estratificam na forma piramidal, assemelhando-se, agora, a uma infinita rede ou teia, com interligações e ramais –, o ordenamento interno, que, outrora, se mostrava sólido, passou a ostentar uma porosidade que dá azo à entrada e à efetividade das normas de estatura

internacional.

E tanto é assim, que o próprio Poder Executivo já se lança a, em condutas proativas e administrativas, controlar previamente a convencionalidade. A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a título ilustrativo¹⁷, editou, em 23 de abril de 2015, a Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015, que ostenta a seguinte redação:

A incriminação por desacato, delito previsto no artigo 331 do Código Penal, afronta o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ao impedir que o cidadão manifeste-se criticamente diante de ações e atitudes dos funcionários públicos, no exercício de sua função. Desta forma, RECOMENDA-SE aos Defensores Públicos que sustentem a absolvição do indivíduo, no bojo das ações judiciais, utilizando como instrumento o controle de convencionalidade.

Por derradeiro, como, de forma insistente, tem exposto a Corte Interamericana de Direito Humanos, os tratados modernos sobre direitos humanos têm um caráter peculiar, cujos objeto e fim desaguam num ponto comum, a saber, a proteção dos direitos dos seres humanos, com independência da sua nacionalidade, tanto frente ao próprio Estado (consabidamente, o maior violador de direitos humanos), quanto aos restantes estados contratantes.

Significa compreender que não se está a tratar de tratados multilaterais tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes; ao contrário, quando os Estados aprovam um tratado sobre direitos humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida – como também o seria o concentrado, se admitido, por via das ações constitucionais –, afora se consubstanciar em anteparo às normas de direitos humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e exigibilidade desses últimos.

Essa afirmação tem cabimento não apenas pela importância e pela pertinência teórica do exame de compatibilidade vertical da produção doméstica com o corpo de tratados, que desvela maturidade democrática institucional e credibilidade internacional, mas também e mormente por seu efeito prático e concreto na vida das pessoas.

¹⁷ Para exame de outro caso de controle de convencionalidade pelo Poder Executivo, em suas estruturas, consulte-se o seguinte noticioso <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/>>.

Noutras palavras, trata-se mesmo de concretizar a Constituição, através de sua interpretação no caso concreto, na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico e na influência direta que esse bem e o que o rodeia tem na vida das pessoas envolvidas.

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 14-15).

Significa consolidar, como lido, a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como propugnado por Peter Häberle, pela qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional num cenário multinível de proteção dos direitos humanos que se espraia sistema jurídico afora, inclusive com a circulação de modelos jurídicos no âmbito de um direito global, que, embora ainda não totalmente conhecido, entendido e explorado, se mostra um fato incontestável. Se a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras coerentes para sua interpretação e vivência.

Em complemento, faz-se necessário reconhecer a compulsoriedade de vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais. Não se duvida que os Direitos Humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico¹⁸, precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Somente quando se está inserido neste processo vigora o interesse na defesa das suas determinações. Em síntese os Direitos Humanos não podem ser divorciados das rotinas mais “simples” da vida social.

¹⁸ Aqui, duas ressalvas são pertinentes. Primeiro, a transcendência da simplória e minimalista compreensão da lei como instrumento de coação. Segundo, a necessidade de manter atento à produção legislativa infraconstitucional. O avanço de teorias constitucionais não pode significar um preterimento da legislação, sob pena de se viver em duas realidades paradoxais. Recomenda-se: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009; e LEAL, PEREIRA Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos direitos humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundam na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

De igual sorte, conforme adverte Häberle¹⁹ do ponto de vista jurídico o povo (enquanto elemento humano do Estado) tem uma Constituição. Mas isto não pode ser exauriente. É necessário que se avance para sendas mais abertas e se reconheça que a humanidade é parte da Constituição, seguindo recomendação de Heller²⁰.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 16. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 15 mai. 2015.

BRASIL. Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acesso em 15 mai. 2015.

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. p. 33.

²⁰ “No atual estágio da nossa evolução social é justamente a Teoria do Estado que há de responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 307.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* n. 153, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* n. 80.004, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* n. 466.343, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ação Penal* n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015.

Disponível em: <
<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>.

Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista* n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: <
<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000804&digitoTst=12&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0292&submit=Consultar>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidade, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*. Talca, n. 2, 2014, p. 235-274.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: control de convencionalidad*. n. 7. San José: CIDH, 2015. Disponível em: <
http://www.corteidh.or.cr/tablas/cuadernillos/7.%20Cuadernillo_control_convencionalidad.pdf>
Acesso em: 20 abr. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Themis*. Lisboa, n. 18, 2010, p. 5-31.

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. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Tiempo de Paz*. Madrid, n. 52-53, 1999, p. 180-190.

_____. La universalidad de los derechos humanos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. Madrid, n. 15-16, v. II, 1994, p. 613-633.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. O direito na perspectiva global: *quo vadis?* In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salette Oro (Orgs.). *Direito, democracia e sustentabilidade: anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED Editora, 2014. p. 215-241.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

A ADVERTÊNCIA PARA QUE AS PARTES DIGAM A VERDADE NO MOMENTO DE SEU DEPOIMENTO

CELSO HIROSHI IOCOHAMA ¹

BRUNO SMOLAREK DIAS ²

INTRODUÇÃO

A preocupação com a responsabilidade ético-processual das partes sempre mereceu atenção do legislador, com destaque a partir da codificação de 1939, registrando-se dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 e ampliando-se a partir do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 1973 trouxe a expressão “lealdade e boa fé” (art. 14, inc. II ³) de maneira a construir importantes indicativos éticos, exigindo da parte um comportamento responsável, a ponto de atribuir-lhe o conceito de litigante de má-fé, punindo-a. O novo Código de Processo Civil suprimiu a expressão “lealdade” dos deveres, mantendo-se, contudo, a exigência da “boa-fé” (art. 5º ⁴).

Num primeiro momento desse estudo, procura-se, portanto, reforçar o significado da lealdade processual e sua interligação com a boa-fé, ressaltando a importância ética que incorporam para o processo judicial civil.

Para o foco da abordagem, têm-se como diretrizes os seguintes questionamentos: é possível a aplicação da lealdade processual e da boa-fé no depoimento das partes? O tratamento dessa aplicação dependeria de um exercício interpretativo ou de uma reforma que venha a atingir

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania, na Universidade Paranaense - UNIPAR.

² Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Doutor em Diritto Publico pela Università degli Studi di Perugia na Itália. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor da Graduação em Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR – e na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e da Cidadania, na Universidade Paranaense – UNIPAR.

³ Afirma o art. 14 (com a redação dada pela Lei n. 10.358, de 27.12.2001): “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II – proceder com lealdade e boa-fé”.

⁴ Do CPC de 2015: Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

a legislação vigente ou que está para vigorar?

Com isso, analisa-se as repercussões desses princípios da lealdade e da boa-fé para a manifestação oral das partes, seja pelo depoimento pessoal como pelo interrogatório informal. Enfrenta-se, neste ponto, as críticas que se poderiam lançar sobre a interpretação sistemática das disposições processuais ligados à ética e a manifestação oral das partes, analisando-se a previsibilidade legal para tal imposição, bem como o direito de não se auto-acusar.

No ponto principal do estudo, traçam-se elementos para a compreensão e aplicação da advertência das partes sobre a litigância de má-fé, considerando-se o princípio da veracidade e o sistema ético-processual vigente, mesmo sob a égide do novo Código de Processo Civil, tendo-se por base o princípio da não surpresa, no equilíbrio entre o direito de ciência da parte sobre os termos do processo e a importância da atuação do magistrado dentro de um escopo educativo da tutela jurisdicional.

1. A LEALDADE PROCESSUAL E A BOA-FÉ

O Código de Processo Civil de 1973, consagrou a lealdade processual e a boa fé como um dever ético, assim estabelecendo em seu artigo 14:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

II – proceder com lealdade e boa-fé;

Com efeito, apesar as duas expressões (lealdade e boa-fé) não se prestam como sinônimas, apesar de intimamente ligadas.

Com efeito, a palavra *lealdade* representa “fidelidade, sinceridade, franqueza, probidade, honestidade, honra; devotamento, dedicação”⁵, mas, tendo em vista a sua origem latina, a palavra está ligada à expressão “*legalitas*”, constituindo o mesmo que “*fidelitas*”. Assim, a *lealdade* significaria “estar de acordo com a lei”, enquanto que fidelidade seria “confiança, sinceridade”. Sob o aspecto de um *conceito ético*, compreenderia duas espécies: “a) lealdade moral = fidelidade a si próprio, coerência de princípios; e b) fidelidade ou lealdade jurídica =

⁵ CÂNDIDO JUCÁ (filho), *Dicionário Escolar das Dificuldades da Língua Portuguesa*, p. 454.

adequação à ordem estabelecida, externa, social, política”⁶.

É importante lembrar que a origem da *lealdade* vinculada à *lei* não representa necessariamente que o significado desta última (lei) tenha a conotação atual que a mesma recebe, atrelada à atuação estatal. Como bem anota Pontes de Miranda⁷, “nem todas as leis são regras jurídicas: há regras morais, éticas, regras artísticas, estéticas, regras de usos e costumes, regras religiosas (fora das regras jurídicas religiosas), regras econômicas, regras políticas, regras científicas, regras de moda, e muitas outras”. Conforme relata, a expressão viria de “*lex*”, que por sua vez adviria de “*legare*, como *collega*, *legere* (lei) e muitas outras palavras, como *legitimum*, *privilegium*, *delegare*, *allegare* (citar um exemplo)”.

Com efeito, da forma como se tem apresentado, a conceituação da lealdade está sempre ligada a um determinado paradigma, já que em si representa apenas uma noção de valor cuja apuração depende de determinada circunstância. Neste sentido, ser *leal*, representando ser *sincero*, *verdadeiro*, *fiel*, *honesto*, *honrado*, depende de um valor externo, pois só o é se tal palavra estiver posta em relação a algo.

É claro que, como uma qualidade (ser leal), poderia estar genericamente referindo um valor que, *a priori*, não necessitaria de demonstração concreta para ter o seu respectivo valor. Entretanto, na apuração da lealdade, necessário que se tragam elementos fáticos que irão apontar pelo seu preenchimento. A *fidelidade* exige o sujeito que é fiel e o objeto/sujeito para quem se é fiel (e dentro dessa relação, os elementos fáticos que pressupõem a fidelidade).

Por ser turno, o estudo da lealdade está implicitamente ligado à boa-fé e à compreensão de que uma completa a outra (quando não se confundem).

Por certo, ainda que a expressão *lealdade* tenha origem atrelada à lei, sua conotação extrapola em muito tal sentido. Hélio Tornaghi⁸ vincula a expressão à observância das regras da “lei moral”, dispondo que leal é aquele que “faz jogo limpo, sem ardis, sem enganos, sem fraude, sem astúcia”, lembrando que, do grego, a *lealdade* é definida pelas palavras *beleza* e *bondade*.

Nesse passo é que em muito está próximo da boa-fé.

⁶ SILVIO DE MACEDO, verbete “**Lealdade**”, Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 48, p. 125.

⁷ **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 1, p. 345.

⁸ **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1 p. 145. Por isso, o princípio da lealdade processual também é encontrado sob o nome de princípio da probidade, como em ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *O princípio da probidade no Código de Processo Civil*, Revista Forense n. 268, p. 3-46.

No plano do direito material, a boa-fé tem solo fértil, sendo objeto de inúmeras considerações, na maioria das vezes voltadas ao direito contratual/obrigacional, onde é mais invocada. Nesse sentido, busca-se, doutrinariamente, realizar sua distinção em duas espécies: a *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva*.

Judith Martins-Costa, analisando-as sob o prisma do Direito Privado, explica que primeiramente, a *boa-fé subjetiva* denota uma “idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião)”. Secundariamente, poderá ter “a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição **egoística** à literalidade do pactuado”⁹.

Como explica Fernando Noronha¹⁰, “na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na *aparência*. A situação de aparência gera um estado de *confiança* subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas”.

Por outro lado, a *boa-fé objetiva* seria vista como uma “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do **alter**, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”¹¹.

Como destaca Fernando Noronha, a *boa-fé objetiva* representa um estado de conduta, “um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para ... não frustrar a confiança legítima da outra parte. Essa boa-fé objetiva também é designada de **boa-fé lealdade**, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação que lhe é dada, é a de **boa-fé confiança**,

⁹ **A boa-fé no Direito Privado**, p. 411-412.

¹⁰ *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 132.

¹¹ Conforme Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito Privado*, p. 412.

que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações”¹².

Com efeito, o tratamento do aspecto *subjetivo* e do aspecto *objetivo*, procura identificar diferentes nuances da noção de boa-fé, como ocorre em estudos que procuram diferenciar as espécies de moral e da justiça, muitas vezes sob a mesma denominação¹³. A diferença consiste justamente entre a concepção que um sujeito tem daquela que a comunidade ou o contexto social faz transparecer.

É que nem tudo que se passa na noção subjetiva, produzida particularmente por determinado sujeito, ocorre no plano coletivo, social. Se, na *visão subjetiva*, prevalece o entendimento pessoal de quem visualiza determinado objeto, na *visão objetiva* esse conceito é visto a partir de vários entendimentos expendidos por uma quantidade tal de pessoas, que perde as características particularizadas e se apresenta com um entendimento predominante, que por si só apresenta uma identificação peculiar, podendo ou não se conciliar com um entendimento pessoal, mas prevalecendo pela *força social* de sua admissibilidade.

Assim, enquanto a *boa-fé, sob o prisma subjetivo*, busca identificar um sentimento de correteude que parte de quem a vê sobre sua própria conduta, a *boa-fé, sob o prisma objetivo*, depende da averiguação de tal comportamento em face de um modelo ou arquétipo que indica como deveria ser realizado.

Sem dúvida, tanto a *boa-fé subjetiva* como a *objetiva*, apresentam importância para o Direito, variando na medida em que se figura mais relevante a constatação da boa-fé do agente segundo a sua convicção ou importando o que socialmente se expressa como o modelo a ser seguido.

¹² O *Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 136. Anotando sobre essa *boa-fé-lealdade* sob a perspectiva do *ato jurídico*, Alípio Silveira (*A boa-fé no Código Civil*, p. 08) apresenta sua definição como sendo um “comportamento inspirado no senso da probidade, quer no exercício leal e não caviloso dos direitos e das obrigações que dele derivam, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los, respeitando em qualquer caso o escopo visado pelo ato jurídico, a harmonia dos interesses das partes e as exigências do bem comum”. Sobre a boa-fé objetiva vide ainda Ubirajara Mach de Oliveira, **Princípios informadores do sistema de direito privado**: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva, *Direito do Consumidor* n. 23-24, p. 41-78. Observe-se, também, o posicionamento de Teresa Negreiros, no sentido de defender a interpretação do princípio da boa-fé no plano constitucional (**Fundamentos para uma interpretação Constitucional do princípio da boa-fé**).

¹³ No plano da moral, costumam os autores diferenciar a moral individual ou autônoma da moral social. A primeira seria constatada a partir da concepção do próprio indivíduo. A segunda (moral social), a partir do contexto assumido pela sociedade. Sobre tais noções, vide: Paulo Nader, **Introdução ao estudo do Direito**, p. 39. Da mesma forma, a justiça subjetiva é a noção extraída dentro do ângulo de vista da pessoa que a define (a justiça segundo um indivíduo). A justiça objetiva, de outro modo, seria representada pela noção do justo prevalecente sobre uma determinada sociedade, representando a somatória da justiça subjetiva de cada um de seus membros, naquilo que se aponta harmonioso. Sobre tal classificação, vide: Maria Helena Diniz, **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**, p. 364-365; Miguel Reale, **Lições preliminares de Direito**, p. 371-372.

Diante de tal diferenciação, cabe retornar à expressão *lealdade* para se notar que se confundirá com a *boa-fé objetiva*, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do *modelo padrão* de honestidade/lealdade.

Logo, a *boa-fé subjetiva* não pode ser confundida com a noção de lealdade, pois, se há importância para o estudo da primeira e sua conotação jurídica, a lealdade vista do ângulo exclusivo do sujeito para o qual é atrelada não tem qualquer relevância.

É interessante observar, por fim, que não há maiores preocupações, no plano material, com o dever de lealdade (não se discute num contrato a lealdade). Busca-se, sim, a boa-fé, que apresenta aspecto mais amplo, revelando tanto o que se tem íntima como externamente configurado (incorporando de certa forma o estudo indireto da lealdade).

Interessante observar que o Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a expressão lealdade dos deveres éticos. Assim afirma a regra do art. 5º: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé”.

A nosso ver, não parece ser intenção do legislador em se regredir no aspecto ético para se suprimir a noção de lealdade processual do comportamento das partes. De há muito se tem buscado transformar o processo judicial civil como um campo de debates sobre o Direito sem que se permitam comportamentos vis que dificultem ou impeçam a melhor apreciação jurisdicional para os casos.

De fato, se a supressão da palavra lealdade implicasse afirmar que as partes poderiam, a partir do novo Código de Processo Civil, serem desleais, chegar-se-ia a uma conclusão muito diminuída do que se espera de um processo judicial. O processo não é lugar para que as partes abusem de comportamentos prejudiciais, provoquem medidas desnecessárias, alterem a verdade dos fatos, simulem comportamentos ou busquem enganar o Estado para se impor a declaração de direitos. O que se espera, portanto, da reforma dada ao CPC neste ponto, é que a manutenção da expressão “boa-fé” mantenha intrinsecamente a noção de lealdade processual como se afirmou, vinculando ambos (lealdade e boa-fé) num contexto objetivo de comportamento idôneo.

1.1 A importância da lealdade e da boa-fé

A consagração do dever de lealdade e boa-fé, junto ao artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973 (e da boa-fé no art. 5º do CPC de 2015), determinadas para todos aqueles que de qualquer forma participarem do processo, elimina uma possível margem de dúvidas sobre a responsabilidade ética das partes no processo.

Por certo, mesmo antes da reforma havida pela Lei n. 10.358/2001, as partes já se destacavam como sujeitas dos deveres inseridos por tal artigo 14, tendo a incumbência de *expor os fatos em juízo conforme a verdade e proceder com lealdade e boa fé*, dentre outros.

A lealdade e boa-fé, por certo, não gera a responsabilidade de se atuar com ética em relação à parte adversa. Exigir-se a atuação leal e de boa-fé da parte está intimamente ligada com a função jurisdicional, que não pode sofrer desvios do objetivo principal de solução dos conflitos com base em informações inverídicas ou estar sendo prejudicada por comportamentos que dificultem o seu exercício.

De fato, o novo Código de Processo Civil (2015) agregou a este contexto o dever de cooperação, inserto no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A *cooperação das partes*, num primeiro aspecto, deve ser vista dentro de uma limitação que ultrapassa a mera estrutura contraditória e conflituosa existente a partir do litígio. De fato, “embora no processo se trave uma luta em que cada um se vale livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra limite no dever de respeitar as *regras do jogo*; e estas exigem que os contendores se respeitem reciprocamente na sua qualidade de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade das suas respectivas posições”, de maneira que “cada uma das partes deve evitar o emprego de manobras ou artifícios que possam impedir a outra de defender [*far valere*] as suas razões perante o juiz da maneira mais ampla e com todas as garantias previstas em lei. Inclui-se, pois, na atividade proibida, especialmente tudo aquilo que perturbe a plena e regular aplicação do princípio do contraditório[...]”, como já observava Liebman (1985, p. 124).

Num outro aspecto, é importante destacar que a conduta das partes deve estar atenta a um plano maior do que a participação da parte contrária, pois que sua atividade atinge diretamente a prestação da tutela jurisdicional.

De fato, a superação do *individualismo* predominante ao processo e a sua valorização

como um instrumento social vem acompanhada dessa importância que se dá aos seus participantes, estabelecendo certos padrões de comportamento que visam a idoneidade da função jurisdicional, até porque se exige a necessidade de um resultado idôneo o suficiente para que possa servir como um efetivo instrumento de satisfação de direitos.

Assim, o sistema processual brasileiro é claro em estabelecer a lealdade e da boa-fé (que se dirige não somente às partes) como um dever ético. A parte, portanto, deve adotar comportamento leal para respeitar as regras do jogo, adotando conduta pautada nos limites legais e éticos para seu comportamento, não somente em respeito à parte contrária mas principalmente em relação à função jurisdicional, que não pode ter o seu fim desvirtuado por atitudes inidôneas das partes litigantes.

1.2 As figuras legais para o dever de lealdade e da boa fé no depoimento das partes

É possível afirmar-se, com segurança razoável, que a aplicação da lealdade e da boa-fé é plausível sobre o depoimento das partes, seja diante do depoimento pessoal como do interrogatório informal.

Por certo, genericamente é possível entender que todos os atos processuais praticados pela parte devem estar harmoniosos com os princípios da lealdade e da boa-fé, porque não faz qualquer distinção da amplitude de tais princípios do contexto do processo judicial civil.

De fato, avaliando-se a manifestação oral da parte, é importante observar a aplicação da lealdade processual não faz distinção entre o tratamento dado ao depoimento pessoal (art. 343 do CPC de 73 e 385 do CPC de 2015) daquele dirigido ao interrogatório informal (art. 342 do CPC de 73).

Assim, para a análise da lealdade e da boa-fé é interessante perceber-se que sua real importância está no seu momento negativo, justamente quando se pratica a má-fé, até porque a presunção de que todo ato está investido de boa-fé até prova em contrário retira a importância de um estudo desse momento de exclusivo comportamento idôneo (o estudo tem importância, desta forma, quando se está no comportamento que nega a lealdade ou a boa-fé).

Nesta linha, ambos os Códigos de Processo Civil (de 1973 como o de 2015) apresentam um rol de comportamentos que entendem configurar, tipicamente, como atos de litigância de má-fé. Neste sentido, com uma insignificante diferença de redação (no CPC de 1973 o inc. VI tem

redação no singular e no CPC de 2015 o inc. VI tem redação no plural), os comportamentos indicativos da litigação de má-fé estão regidos no artigo 17¹⁴ (do CPC de 73) e 80 (do CPC de 2015).

Assim, apesar de existirem diversas outras oportunidades em que ambos os Códigos de Processo Civil e a legislação complementar regulamentem circunstâncias de atos desleais (má-fé) praticados pelas partes, a relevância específica para o depoimento deve ser exclusivamente extraída do artigos 17 (CPC de 73) e 80 (CPC 2015).

Observando-se tais dispositivos, é possível constatar que não são todas as hipóteses de litigância de má-fé que podem ter interferência no depoimento das partes.

Neste aspecto, *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso* (inciso I), depende de manifestação escrita ou mesmo oral, que corresponda à manifestação voluntária e independentemente de provocação, e nas hipóteses do depoimento pessoal e do interrogatório informal, apesar da manifestação ter de ser voluntária, ela deve ser provocada, seja por solicitação da parte adversa, seja pelo próprio magistrado.

Além disso, de regra a parte não será questionada em sede de depoimento sobre a interpretação da lei ou em relação a fatos incontroversos, de maneira que não haverá como incorrer em tal dispositivo legal como má-fé no depoimento. Logo, tal dispositivo legal não tem relevância direta para ser invocada nesta oportunidade. Mesmo que a parte insista em querer falar algo que envolva fato incontroverso, provavelmente será impedida pelo magistrado, justamente porque a matéria envolvida não mais é sujeita à produção de prova (art. 334, III do CPC de 1973 e art. 374, III do CPC de 2015).

Da mesma forma, *usar do processo para conseguir objetivo ilegal* (inciso III), não tem adequação própria para com o depoimento das partes.

É certo que, através do depoimento pessoal ou mesmo nos esclarecimentos pelo interrogatório informal, pode-se corroborar a intenção de atingir objetivo ilegal através do processo, mas não é o depoimento em si que terá esta característica principal, pois este comportamento de litigância de má-fé já se estrutura principalmente no próprio exercício da

¹⁴ Dispõe o art. 17, do CPC: “Repute-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

demanda, viciando, assim, o nascimento da pretensão, de modo que o depoimento da parte será um reflexo indireto do que já está evidenciado no processo por ato anterior da parte.

No mesmo sentido está a conduta de *opor resistência injustificada ao andamento do processo* (inciso IV). Não há como configurar uma oposição através do depoimento, salvo empregando medidas que venham a adiar o próprio ato, com a apresentação de motivos para o seu adiamento, fundados em situações escusas, mas, neste caso, como se pode perceber, não é o depoimento em si que pode ser usado para uma resistência injustificada, mas sim atos que a ele antecedem, de maneira que também não se faz relevante tal hipótese para o tema em questão.

O mesmo se diga para a hipótese do inciso V, qual seja *proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*. Não há como se qualificar o depoimento pessoal ou o interrogatório informal dentro do aspecto de um procedimento *temerário* ou mesmo como um próprio *incidente*, restringindo-se tal qualificação para situações diversas ao ato em si.

A provocação de *incidentes manifestamente infundados* (inciso VI) também não pode corresponder aos depoimentos das partes, que, se são solicitados pela parte adversa (no depoimento pessoal) ou pelo magistrado (no interrogatório informal), não podem ser taxados como um procedimento de litigância de má-fé, já que a lei os garante (e no caso de interrogatório informal, sequer pode constituir litigância, vez que é determinado de ofício e não depende da relação direta com a parte).

Por fim, idêntica exclusão deve ser aplicada para a hipótese do inciso VII, referente à interposição de *recurso com intuito manifestamente protelatório*, que obviamente não está afeta ao depoimento.

Logo, a conclusão mais acertada está voltada para a aplicação do inciso II, propositalmente deixado por último, para que se pudesse destacar que, realmente, é a *verdade dos fatos* que tem relevância no depoimento, e a circunstância de alterá-la ou não, coaduna com esse momento pessoal da parte em apresentar sua manifestação oral.

Assim, a avaliação da (des)lealdade ou má-fé das partes é possível de ser realizada diante do depoimento das partes, quando se coloca em questão a afirmação da veracidade dos fatos, de modo que é sobre este aspecto que as opiniões se centralizarão, vinculando-se a aplicação do art. 17, inc. II do CPC de 73 (ou 80, inc. II do CPC de 2015), combinado com o art. 14, em seus incisos I e II do CPC de 73 (ou 5º e 77, inc. I do CPC de 2015).

3. OS PROBLEMAS E AS SOLUÇÕES PARA A APLICAÇÃO DA LEALDADE NO DEPOIMENTO DAS PARTES

Ainda que se possa afirmar, como se tem afirmado, que sobre o depoimento das partes deve pairar e ser aplicado os princípios da lealdade e da boa-fé, é importante que se refutem quaisquer obstáculos apresentados para tal conclusão.

Na verdade, o principal problema para a concepção da lealdade e da boa-fé no depoimento pessoal é o aspecto cultural que envolve a realidade processual brasileira, a qual, no espelho da História, jamais deu grande relevância à lealdade ou à boa-fé da parte em suas afirmações orais apresentadas por via de depoimento.

É claro que esse particular *aspecto cultural* é formado pela prática forense que, no dia-a-dia de sua execução, não observa que a importância de se dizer a verdade não está somente nas oportunidades escritas das manifestações das partes, mas, principalmente, no que elas podem afirmar pessoalmente.

Certo, também, que o próprio espírito liberal que predominou para as concepções processuais, induziu à noção de responsabilidade e interesse de cada um por seu direito ou pretensão, deixando de ter relevância os argumentos próprios, a não ser para seus exclusivos interesses.

Mas, se há tantas opiniões sobre as mudanças conceituais que o processo civil sofreu, com a ampliação dos poderes do magistrado, a fixação de objetivos sociais para o processo e outros elementos de natureza extraprocessual, além de uma evolução ética mais apurada, com a maior delimitação do comportamento das partes, não parece crível supor que o depoimento destas últimas ficou relegado à velha concepção liberal, de não ser fator mais relevante do que a produção da confissão (no caso do depoimento pessoal) ou de um *mero* esclarecimento (na hipótese do interrogatório informal), de exclusivo interesse da parte adversa quanto à repartição do ônus da prova e a aplicação restrita do princípio do dispositivo.

Sem dúvidas, as concepções tradicionais refletem os dogmas que sobre elas operam. Porém, é de extrema necessidade que os conceitos sejam sempre revistos, a ponto de não se permitir a desconexão com outros elementos de relevância. É o que deve ser feito com o depoimento das partes, o qual deve procurar acompanhar toda a evolução que o processo civil está recebendo, afinando-se com toda importância por ele merecida.

Assim, se é possível apresentar argumentos para a não incidência do dever de lealdade e veracidade no depoimento das partes, necessário que se apontem as razões suficientes para fazê-los sucumbir diante de uma necessária revisão de mentalidade que deve ser pontuada sobre o funcionamento do processo, sob pena de se negar a visão sistemática e finalística trazida pela intenção legislativa e doutrinária mais moderna.

3.1 A suposta *ausência* de previsão legal e o direito de não se auto-acusar

Um argumento que pode ser apresentado para tentar impedir a incidência do dever de lealdade processual e da boa fé sobre o depoimento da parte é que não há norma específica tratando sobre o tema, prevendo a incidência dessa responsabilidade, ferindo, portanto, o princípio constitucional da legalidade ou mesmo ainda da interpretação restritiva das sanções.

Ao ver desta linha de raciocínio, o depoimento da parte não estaria relacionado entre aqueles que produzissem comportamentos relativos à litigância de má-fé.

Poder-se-ia afirmar, inclusive, tratar-se de um mero dever moral, como o fez Moacyr Amaral Santos¹⁵, não observando sanção legal para o fim de exigir que a parte fale a verdade, diante do depoimento pessoal.

Contudo, parece claro que o depoimento da parte não se isenta da possibilidade de causar comportamento desleal, justamente porque entre outros meios de prova, servem para trazer ao processo os fatos, que são o objeto da análise da verdade.

Por certo, a verdade que se busca para o processo não é a do direito, que depende exclusivamente de atividade interpretativa para ser extraído. Importa mesmo são os fatos, que, controvertidos, fazem o magistrado duvidar do melhor caminho a ser adotado para a solução judicial.

A opção por qual posicionamento acerca do fato controverso é que exige uma preocupação com a verdade, pois, na medida em que mais dela se aproximar, melhor será o resultado jurisdicional acerca da aplicação do direito, com a respectiva subsunção.

Os fatos, assim, são trazidos pelos documentos, pelas alegações escritas das partes e pelas

¹⁵ **Prova judiciária no cível e comercial**, v. 2, p. 170 e **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, p. 83. Antonio Luiz da Câmara Leal também faz referência no sentido de que a mentira, no depoimento pessoal, assume um exclusivo caráter moral (**Do depoimento pessoal**, p. 91).

testemunhas, aclarados por peritos e confirmados (ou não) oralmente pelas partes. E em qualquer desses momentos, a verdade deve ser a preocupação constante, já que fomentará a convicção do magistrado e ensejará a conseqüente decisão judicial.

Se sobre os fatos pode pairar a mentira e são eles o objeto do depoimento das partes, logicamente que poderão ser mentirosos nas palavras orais que as mesmas realizam e, por isso, fica claro que a *alteração* de sua *verdade* – próprio elemento da litigância de má-fé, poderá ser praticado pelo depoimento.

Com isso, se a preocupação é quanto a tipificação do comportamento de má-fé, o artigo 17, inciso II (do CPC de 73) e o artigo 80, II (do CPC de 2015) resolvem o problema. Mesmo a visão restritiva das penas é solucionada pela capitulação do artigo 18 (CPC de 73) ou 81 (CPC de 2015).

Frise-se que nosso ordenamento reforça a vedação da mentira, não somente pelo texto dos artigos 17, inciso II (do CPC de 73) e o artigo 80, II (do CPC de 2015), citados mas também pelo preceito do artigo 14, inciso I do CPC de 73 (*compete às partes expor os fatos em juízo conforme a verdade*) – repetido pela regra do art. 77, II, do CPC de 2015, bem como a norma cogente do artigo 339 do CPC de 73 (*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário pra o descobrimento da verdade*) – repetido pela regra do art. 378 do CPC de 2015.

Há, contudo, um problema que existe para este dever de dizer a verdade, quando se faz uma comparação entre o CPC de 73 e o CPC de 2015. Pelo CPC de 73, a regra é bem clara, quando se estabelece, no artigo 340 :

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

[...]

De fato, partindo-se de uma interpretação literal do citado dispositivo (artigo 340) leva-se a entender que, por óbvio que se apresenta, o artigo 14 deverá ser aplicado à parte¹⁶, em conjunto com o inciso do citado artigo 340, dentre os quais está justamente o dever de responder ao que lhe for interrogado.

Assim, interpretando todos os dispositivos indicados, é de se verificar que a previsão legal

¹⁶ Onde não somente a veracidade, como o dever de lealdade processual e de boa-fé também se operam (art. 14, II do Código de Processo Civil).

existe para impor a quem depõe, o dever de dizer a verdade, reforçada em inúmeros momentos diante do próprio Código de Processo Civil de 73.

Então, dentro do regime desse CPC (de 73), é de se perceber que a solução para a incidência da lealdade processual sobre o depoimento das partes é gerada pela simples interpretação do que dispõem os artigos 14, I, II, 17, II, 339 e 340, I, notando-se, com isso, não havendo lacuna sobre o tema.

Com isso, ficaria afastada a natureza meramente moral da parte em dizer a verdade pois, se tal comportamento inegavelmente tem valor moral, também está contemplado pelo Direito¹⁷ e, por isso, assume a força coativa necessária para ser imposto e respeitado.

Ocorre, porém, que o novo CPC traz regra altamente criticável para a produção da prova, que tem inclusive repercussão no depoimento da parte, que é o estabelecido pelo art. 379, que afirma:

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

Diante de tal dispositivo, surge a inevitável questão: se a parte for dizer a verdade e com isso gerar prejuízos para a sua pretensão, poderia não responder ao que lhe for interrogado, invocando o direito ao silêncio?

De fato, antes da existência desse dispositivo (que virá com o novo CPC), era um argumento comum para se invocar a inaplicabilidade do dever de lealdade processual (e mais especificamente de veracidade) no depoimento das partes o princípio da não auto-acusação, ou, como lembra Mauro Cappelletti: *"nemo tenetur edere contra se"*¹⁸.

De fato, no Direito Processual Penal, há uma regra fundamental introduzida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, ao afirmar que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O ponto principal de tal dispositivo, para o caso em tela, reside na garantia do direito de "permanecer calado", que implicaria, portanto, recusar-se, legitimamente, em depor.

¹⁷ Com um típico exemplo para a teoria dos círculos secantes, de Du Pasquier, conforme PAULO NADER, *Introdução ao estudo do Direito*, p. 46.

¹⁸ *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, p. 380.

No Direito Processual Penal, tal norma apresentou certo debate, diante do conflito provocado com o dispositivo do antigo art. 186 do Código de Processo Penal (antes da reforma trazida pela Lei 10.792/2003, que afirmava:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Além esta regra, o artigo 191 do Código de Processo Penal faz constar expressamente a consignação das perguntas formuladas pelo juiz e não respondidas pelo acusado, a fim de que fique patente que esse teve a oportunidade de defender-se, mas não o quis. Como agravante, o artigo 198 expressava que o “silêncio do acusado não importará confissão”, advertindo, porém, que “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Contudo, com o advento do referido dispositivo constitucional, imperou o entendimento de que o citado artigo 186 estaria revogado, de maneira a prevalecer o direito ao silêncio, bem como todos os demais que a ele se vinculavam.

Neste sentido, frisa Lorette Garcia Sandeville¹⁹ demonstrar-se no “mínimo incoerente admitir que o réu possa silenciar, se assim desejar, mas que esse silêncio será interpretado em seu desfavor”, equivalendo tal atitude em “amesquinhar a ampla defesa”.

De fato, Fernando da Costa Tourinho²⁰ questionava a aplicação do artigo 186: “de que lhe pode servir o direito de calar-se, ante aquela ameaça de que o seu silêncio poderá prejudicar a sua defesa? Assim, em face da consagração do direito ao silêncio como dogma constitucional, evidente que o Juiz não poderá fazer a advertência do art. 186.”

Antonio Magalhães Gomes Filho²¹, destacando que a garantia constitucional reflete

¹⁹ O direito ao silêncio, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dezembro/1991, p. 242.

²⁰ *Código de Processo Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 341. Vide ainda: DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, Revista dos Tribunais n. 682, p. 285-295. Tal entendimento restou consagrado perante a jurisprudência pátria, tendo o Supremo Tribunal Federal assim decidido: “INTERROGATÓRIO – ACUSADO – SILÊNCIO – A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido.” (STF – RE 199570 – MS – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 20.03.1998) – CD ROM *Juris Síntese Millennium 2000*, verbete n. 5002098, JCPP.186.

²¹ *Direito à prova no processo penal*, p. 113. No mesmo sentido, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, v. 3, p. 274.

entendimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²², anota ainda que tal norma não deve ser restringida apenas ao preso, concluindo que abrange qualquer pessoa, com a aplicação da *presunção de inocência*, que exige a prova da culpabilidade, a qual está incumbida exclusivamente à acusação.

Com efeito, em 2003 foi promulgada a Lei 10.792, que promoveu diversas alterações na Lei de Execução Penal (7.210/84) e no Código de Processo Penal, dentre elas a mudança da redação do art. 186 citado, passando ao seguinte texto:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Antes dessa reforma, o artigo 191 do Código de Processo Penal (que na redação antiga afirmava: “consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”) também já recebia críticas, a exemplo do que registrava René Ariel Dotti no sentido de que também tal norma não estaria recepcionada²³. Com a reforma dada pela Lei 10.792/2003, a redação foi ab-rogada, sem qualquer substituição voltada para impedir o direito ao silêncio (a nova redação do art. 191 passou apenas a determinar que, em havendo mais de um acusado, devem ser eles ouvidos separadamente).

De qualquer modo, todo este debate na seara processual penal não produziu efeitos perante o Processo Civil, porque até antes da elaboração do novo Código de Processo Civil (2015), não havia quem sustentava o direito ao silêncio no Processo Civil, a não ser pela própria previsão já existente no CPC de 73 em relação ao direito ao silêncio decorrente de circunstâncias fáticas ligadas à práticas criminosas.

Com efeito, numa análise constitucional, certamente não se encontra qualquer declaração expressa de que a parte, no âmbito do processo judicial civil, tem o direito de permanecer calada, ou qualquer vedação de interpretação que lhe prejudique por conta do silêncio, a não ser que isso

²² Que afirma, em seu artigo 8º, § 2º, letra g, que é assegurado “a toda pessoa acusada de delito[...] o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

²³ Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório, **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Ano I, n. 4, p. 18.

repercuta no aspecto penal. Este entendimento é extraído de regras que envolvam o depoimento tanto das partes, nos termos do que estabelece o art. 347 do CPC/73, ao estabelecer:

Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:

I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

Com efeito, é de se compreender que se a pessoa tem o direito de não se auto-incriminar a ponto de ter o direito ao silêncio nos termos da garantia constitucional mencionada, não poderia, no plano processual civil, em sede de depoimento pessoal, ser compelida a depor sobre fatos criminosos que lhe forem imputados. Este dispositivo também é repetido pelo novo Código de Processo Civil com algumas ampliações²⁴.

Veja-se que mesmo a exceção do parágrafo único do art. 347 do CPC/73 sobre a obrigação de se depor em matéria de família também exigiria a interpretação da ressalva constitucional do direito ao silêncio, por conta da própria hierarquia normativa que deve ser respeitada.

De outro lado, cabe também lembrar que o Código Civil de 2002 consagrou expressamente uma situação em que o silêncio (ou a inércia) pode ser interpretado contra aquele que, negando submeter-se a um exame pericial, aponta a negativa como uma presunção daquilo que uma prova pericial poderia obter. Esta presunção legal decorre do art. 232, ao afirmar que “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Assim, neste ponto do estudo, é de se afirmar que não há, no sistema vigente envolvendo a prova civil (sob a égide do CPC de 1973 e mesmo no contexto do novo CPC), existe a garantia expressa a alguma das partes do direito de não se auto-incriminar, observando-se que o silêncio, ligado a este ponto da não auto-incriminação, também não estaria resguardado, podendo-se, a

²⁴ Do Código de Processo Civil de 2015 se extrai o seguinte:

Art. 385. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I – criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV – que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

exemplo do art. 232 do Código Civil, ser interpretado contrariamente àquele que se silenciar (ou se negar) quanto à submissão ao exame.

Já tivemos oportunidade de defender a amplitude do princípio da veracidade no processo civil, excepcionada a questão penal, impondo-se tal dever a todos os sujeitos envolvidos, consagrando-se o princípio da lealdade processual/boa-fé, constituindo-se necessário para a adequada aplicação da tutela jurisdicional por conta de um interesse que vai além dos motivos pessoais da parte. Não é por menos que toda a sistemática de litigância de má-fé evoluiu para permitir a atuação *ex officio* do juiz (art. 18 do CPC/73) e uma diversidade de situações aponta para estabelecer comportamentos idôneos na condução do processo, não apenas para proteger aquele que vem à juízo postular seus direitos, mas ao próprio Estado que deve ser respeitado enquanto Instituição que contempla a representação democrática de um sistema de garantia de direitos^{25 e 26}.

Certo que todo este debate toma novo corpo com o advento do novo Código de Processo Civil, o art. 379 parece atribuir esta garantia ao silêncio no plano do processo civil, mas mantemos o entendimento de que esta regra não tem aptidão para se alterar o que até então se consagrou e, se a nova legislação processual pretende “modificar a mentalidade” sobre o papel das partes no processo para dar mais proteção ao silêncio da parte do que para a verdade, então se está se escolher um retrocesso cultural, perdendo-se a oportunidade para a evolução em direção a um lugar (processo judicial) mais ético.²⁷

Assim, partindo-se de que a interpretação do art. 379 estabeleça seus limites apenas para o direito de não se auto-incriminar, cabe concluir que o direito de se permanecer em silêncio, não implica em não se falar a verdade. Mentir, não pode ser jamais uma garantia da norma jurídica no plano especial do processo civil²⁸, sob pena de incompatibilidade com qualquer pressuposto lógico e ético do processo e lesar-se diretamente a atuação da tutela jurisdicional.

²⁵ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006a.

²⁶ Num estudo realizado como trabalho de conclusão do Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, defendida em 2001 (IOCOHAMA, C. H. **A observância da lealdade processual no depoimento das partes**: uma proposta interpretativa ou uma questão “*de lege ferenda*” para o direito processual civil brasileiro?), pudemos apontar que toda a sistemática brasileira, em inúmeros dispositivos, evidencia o princípio da veracidade e consagra a lealdade processual como norteadora do processo civil. Decorridos mais de dez anos, é possível afirmar que a sistemática não foi alterada, apesar de que o novo CPC traz abordagem questionável decorrente do citado art. 379.

²⁷ Combatemos a aplicação do art. 379 que vá além das hipóteses de não auto-incriminação. Neste sentido, vide IOCOHAMA, C. H. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, F. (Coordenador Geral); MACEDO, L. B. ; PEIXOTO, R. e FREIRE. (Organizadores). **Processo de conhecimento – Provas**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 23-54.

²⁸ E por que não dizer também no processo do trabalho, onde o objeto patrimonial se identifica.

Logo, se mentir não pode ser tolerado - especialmente no plano do processo civil -, o depoimento da parte deve estar acompanhado de espírito leal e veraz, não havendo regra jurídica que possa garantir situação contrária (pois mesmo em se tratando de fatos criminosos, ou torpes, ou relativos ao sigilo legal, se a parte abrir mão do direito de sobre eles silenciar, terá também que afirmar a verdade).

3.2 A importância do depoimento pessoal e do interrogatório informal para a determinação da verdade

De regra, vê-se o depoimento pessoal como apto mais a se buscar a confissão do que realmente a afirmação de verdades. Mesmo para o interrogatório informal (convocado pelo juiz quando entender conveniente), o resultado negativo para o esclarecimento dos fatos provocaria, ainda que indiretamente, a possibilidade de se ter o comportamento da parte como desfavorável ao convencimento do magistrado, de novo se valorizando fato distinto da descoberta da verdade.

Entretanto, este não é um raciocínio compatível com a melhor visão hermenêutica, tanto sobre a avaliação do depoimento pessoal como do próprio interrogatório informal.

Sem dúvida que a avaliação da veracidade dos fatos apresentados pelas partes, em seu depoimento, *isoladamente*, não tem a força de produzir uma convicção sobre a veracidade de seu conteúdo. Mesmo a confissão ou o esclarecimento dos fatos prestados pela parte oralmente não podem ser avaliados sem a apreciação do contexto do processo, fundamental para a formação do convencimento do magistrado.

Com efeito, pensando-se na finalidade da prova (que é a formação do convencimento do magistrado) e na própria importância de se agir lealmente e com boa-fé (que, em um de seus planos²⁹, significa informar adequada e corretamente o julgador), também não é possível que se faça a análise isolada dos meios de prova e das provas colhidas, salvo quando, por óbvio, não existirem outros meios disponíveis.

Com isso, se a avaliação da prova produzida nos autos depende de uma visão sistemática e finalística do magistrado, a fim de compreender todo o contexto de fatos produzido, não é a veracidade que deverá ser vista isoladamente.

²⁹ Porque a lealdade processual e a boa-fé podem ser vista em inúmeros aspectos, que vão desde implicações quanto a própria veracidade dos fatos alegados até o comportamento de não obstaculizar o adequado andamento do processos).

Isto quer dizer que o fato da veracidade não poder ser apurada exclusivamente pelo depoimento das partes, não implicará, conseqüentemente, a inviabilidade da sua incidência neste ato processual. Nada pode ser avaliado isoladamente, ainda mais por se tratar do processo de uma complexidade de atos.

Veja-se, ainda, que a própria lealdade processual não exige, para sua avaliação, que se proceda num único ato processual. Pode acontecer que isso ocorra (como por exemplo, provocar um incidente manifestamente infundado, que por si só representa o comportamento de má-fé). Mas, em se tratando da veracidade, jamais pode ser vista com a exclusividade de uma manifestação da parte, sempre dependendo do cotejo de outras circunstâncias e provas apresentadas ao magistrado.

Ainda mais, cumpre lembrar que a verdade acaba surgindo a partir de uma *construção*. “As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de *construir* (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário”³⁰.

Logo, essa *construção* não estará pautada num único *pilar*, de maneira que a avaliação da verdade, no caso do depoimento da parte, não se pautará em sua exclusividade, mas deverá ter nela uma referência para medir a sua incidência.

3.3 A interpretação sistemática e finalista e o cumprimento do dever de respeito à lealdade processual

É importante registrar a necessária visão sistemática e finalística para fundamentar a incidência do princípio da lealdade processual, da boa-fé e da veracidade sobre o momento do depoimento pessoal e do interrogatório informal.

Em primeiro lugar, parte-se do princípio geral da lealdade processual e da boa-fé consagrados na Parte Geral do Código de Processo Civil, junto ao artigo 14, inciso II e mesmo o da veracidade pelo inciso I (do CPC de 73), repetidos pelas regras dos arts. 77, I e 5º (do CPC de 2015), certamente que a sua interpretação não poderia estar atrelada apenas a tal parte do Código.

Tal conclusão, por mais óbvia que pareça, deve ser ressaltada para insistir-se na

³⁰ Conforme LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 1, p. 58.

compreensão da amplitude dos princípios da lealdade e da boa-fé, que atinge o processo civil de modo integral, alcançando a todos os figurantes do processo, como está expressamente consagrado.

De fato, não há determinação específica indicando *quais* comportamentos das partes devem estar pautados pela lealdade e pela boa-fé, pressupondo-se, portanto, que todos os atos processuais praticados pelas mesmas devem nela se espelhar.

Com efeito, percebe-se que tal previsão realmente não importa, pressupondo que todos e quaisquer atos praticados pelas partes (ou seus procuradores, em seu nome), como pelos demais figurantes do processo, deverão estar pautados em tal orientação (“*rectius*”: *dever*) de seguir a lealdade e a boa-fé, além da própria veracidade. Assim, tanto atos escritos como atos orais estão sob a égide da lealdade, da boa-fé e do dever de veracidade.

Na verdade, tal posicionamento assume a intenção de atender a finalidade da norma processual, que tem por escopo a proteção não somente da parte adversa como da própria tutela jurisdicional.

É claro que, diante da necessária visão sistemática, caber-se-ia excluir a aplicação da lealdade e da boa-fé se em algum momento da legislação houvesse disposição neste sentido – o que não se verifica do direito processual brasileiro, vez que o único dispositivo que poderia ser invocado neste sentido seria o do novo CPC (art. 379), que, conforme já se mencionou, não pode ter o condão de esvaziar os citados princípios até então consagrados, a não ser proteger a parte contra a auto-incriminação (portanto, no plano Penal).

Por certo, “o elemento sistemático, que opera considerando os elementos gramatical e lógico, *consiste na pesquisa do sentido e alcance das expressões normativas, considerando-as em relação a outras expressões contidas na ordem jurídica, mediante comparações*”. Com isso, o intérprete “distingue a regra da exceção, o geral do particular”, revelando ainda a natureza jurídica, sua cogência ou disponibilidade, sua natureza de *principal* ou *acessória*, *comum* ou *especial*³¹.

Carlos Maximiliano³² já observava que a adoção do *processo sistemático* leva a “comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas

³¹ Conforme Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, p. 300.

³² **Hermenêutica e aplicação do Direito**, p.128.

referentes ao mesmo objeto”, permitindo, com isso, que se busque conhecer, através da análise das normas “o espírito das outras”, procurando-se “conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma”.

Com isso, destaca-se neste plano o que se denomina de *interpretação a partir do sistema exterior da lei*, nas palavras de Claus-Vilhelm Canaris³³, vislumbrando-se as “conclusões retiradas da localização de um preceito em determinado livro, secção ou conexão de parágrafos, da sua configuração como proposição autónoma ou como mera parte de uma proposição” (“*sic*”), lembrando-se, de qualquer modo, na importância também atribuída à *argumentação retirada do sistema interno*, que tem maior significado pela importância do conteúdo da norma para a conclusão do pensamento sistemático, traduzindo-se num “prolongamento da interpretação teleológica, ou, melhor, apenas um grau mais elevado dentro desta, - um grau no qual se progrida da *ratio legis* à *ratio iuris*, e tal como a interpretação teleológica em geral a argumentação a partir do sistema interno da lei coloca-se, com isso, no mais alto nível entre os meios da interpretação”.

Nesse passo é que a visão sistemática, incorporada do espírito teleológico da norma que impõe os deveres de lealdade, boa-fé e veracidade, projetem seus efeitos por todos os procedimentos, afetando os atos processuais sem exceção, atingindo, por conseqüência, também aqueles praticados oralmente, de maneira que o depoimento das partes (seja pelo depoimento pessoal ou pelo interrogatório informal) fique sujeito à regra e aos seus instrumentos punitivos.

Observada tal natureza, parece inconsistente pretender isentar o depoimento pessoal de respeitá-la.

Desta maneira, a exigência do respeito à lealdade processual pelo magistrado precisa ser cumprida integralmente, lembrando-se da determinação do inciso III do artigo 125 (do CPC de 73), que lhe impõe o dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”, repetido pela regra do art. 129 do CPC de 2015. Para as partes, é mera conseqüência da regra imposta pelo CPC, em sua integralidade.

Portanto, não há faculdade para exigir-se a lealdade ou a boa-fé da parte junto ao seu depoimento, cabendo a aplicação dos princípios e a análise da litigância de má-fé também neste momento processual no que respeita ao dever de dizer a verdade.

³³ Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito, p. 158-160.

4. O PRINCÍPIO DA NÃO-SURPRESA E A ADVERTÊNCIA, PELO MAGISTRADO, SOBRE A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Dois artigos estabelecidos perante o novo Código de Processo Civil acrescentam importantes diretrizes para atender ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, inc. LV). São eles os artigos 9º e 10, que assim afirmam:

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Sem previsão no CPC de 73, ambos artigos conjugados afirmar a proibição da decisão surpresa, que se baseia “em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão”. Projeta-se, portanto, do dever do juiz de zelar pela observância do contraditório (que o novo CPC determina expressamente em seu art. 7º), conforme apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴.

Por suposto, se o juiz pudesse decidir qualquer tipo de questão de direito processual ou material em desfavor de uma das partes, sem que ela fosse previamente ouvida, estar-se-ia comprometendo os “direitos de participação e de diálogo, além da garantia dos debates” [...] “e, via de consequência, o próprio contraditório”, vez o “contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação - e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor, como ressalta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³⁵.

Se o contraditório se estabelece com a amplitude da ciência (inclusive antecipada) e o

³⁴ **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

³⁵ *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduard e DANTAS, Bruno (Coordenadores). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 78.

direito de participação (e influência na sentença), parece inevitável que se o compreenda também dentro do regime de sanções que as normas processuais venham a garantir.

De fato, se é possível ao magistrado impor sanções pelos comportamentos realizados por pessoas que venham a agir em desrespeito às regras processuais - como no caso às éticas -, parece plausível que antes de impor a respectiva sanção, dê conhecimento ao sujeito da pena, da conduta que virá a adotar.

Poder-se-ia afirmar que as regras éticas dentro do processo judicial são aplicáveis independentemente de uma prévia advertência do magistrado. Quando se estabelecem deveres (como os de agir com lealdade/boa-fé e veracidade), não parece realmente necessário que se avise a parte para agir assim. A incidência dos deveres estabelece um sistema de presunção inversa, ou seja, até que se prove em contrário, o sujeito está agindo de boa-fé ou com veracidade. Quando a parte se manifesta, parte-se do pressuposto que deverá agir com a observância dos princípios estabelecidos e, em assim não o fazendo, incorre na infração ética da litigância de má-fé.

Com efeito, se a presunção de que a lealdade e boa-fé está presente em todo comportamento da parte (necessitando de uma efetiva demonstração o comportamento adverso – ou seja, o desleal ou de má-fé), parece adequado também pressupor que as partes tenham ciência de seu conteúdo, levando a crer que, antecipadamente ao seu comportamento desleal, era-lhes dado saber que poderiam incorrer nas conseqüências legais pela litigância de má-fé, se não observados os seus mandamentos.

De fato, a lealdade e a boa-fé são deveres que antecedem as próprias normas processuais, de maneira a informá-las em conteúdo e diretivas. Logo, o conhecimento técnico e efetivo do ordenamento processual exige a ciência de seus princípios, informadores que são das linhas traçadas pelo pensamento legislativo vigente.

Mas, se a lealdade e a boa-fé assumem esse caráter processual – e portanto *técnico* -, certamente que as inferências sobre o seu conhecimento – no plano eminentemente processual -, podem estar sujeitas às mesmas dificuldades práticas que qualquer pessoa não conhecedora das normas processuais pode incorrer. Ou seja, pode ser que a parte, atuando diretamente no processo (ao prestar depoimento), não tenha uma clareza destes deveres, nem sempre dialogados com seus respectivos.

Mas é plausível se conceber que muitos atos desleais praticados mediante o descumprimento de regras formais podem nem estar presentes na consciência direta da parte, mesmo porque a capacidade postulatória dada ao advogado lhe substituiria, teoricamente, *dever* de conhecer os mais adequados caminhos a serem apresentados em juízo. Se as atitudes formais são conhecidas pelos profissionais e não pelas partes, agir em deslealdade neste caso (da forma) não induziria a imaginar que a parte fosse a responsável direta por tal comportamento.

Frise-se, com isso, que diversos atos desleais imputados à parte, podem, na verdade, ter sido praticados sem que a mesma diretamente tenha ciência do desrespeito à norma processual, pela evidente circunstância de que o conhecimento da técnica processual não lhe era exigido (face à possibilidade e necessidade da presença de profissional habilitado para agir em seu nome).

Ademais, sempre é questionável a presunção de conhecimento de regras técnicas por leigos, ainda que a lei seja teoricamente conhecida por todos.

Mas é claro que, se há tal dificuldade percebida na prática, não existe fundamento para que haja escusa da responsabilidade, mesmo porque, se a obrigatoriedade do conhecimento das leis inserida pela regra geral do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não fosse suficiente para lhe impor a responsabilidade pelo cumprimento das leis, a culpa “*in eligendo*” resolveria o problema com a imposição de responsabilidade pelos atos praticados por seu procurador³⁶.

Desta maneira, quando se pensa na *oportunidade para a advertência das partes* se está a observar que, diante da legislação vigente (e, portanto, num exercício eminentemente interpretativo), é possível que, antes do seu depoimento, seja a parte advertida de que deve obedecer aos mandamentos da lealdade e da boa-fé e, em especial, não alterar a verdade dos fatos a serem apresentados, sob pena de lhe ser imputada a pena de litigância de má-fé.

Neste ponto, é importante destacar uma situação paralela – e bem corriqueira –, da advertência procedida à testemunha, para prestar o *compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado*, nos termos do artigo 415 (do CPC de 73) ou 458 (do CPC de 2015), acompanhada da advertência do parágrafo único, sobre a sanção penal a ser aplicada para quem faz afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, extraída do artigo 342 do Código Penal.

³⁶ Certamente que o papel do procurador e da culpa “*in eligendo*” podem ser repensados, ainda que a complexidade de tal abordagem não comporta lugar no presente estudo. Contudo, neste momento é suficiente constatar que, não há, diante do ordenamento jurídico vigente, motivos para que a parte desleal não assuma a responsabilidade pelos atos praticados em seu nome.

A valorização ou não deste momento muitas vezes pode ser substancial para a obtenção de um maior grau de certeza advindo das afirmações tecidas pela testemunha. O destaque da responsabilidade do ato de depor, as informações precisas sobre a importância do depoimento e sobre as consequências prováveis do ato, muitas vezes faz o terceiro *despertar* para a realidade do papel jurisdicional e o dever de contribuir honestamente para a solução mais correta da controvérsia instalada.

É certo que, dependendo das condições peculiares da testemunha advertida (grau de instrução, atividade profissional, idade, sinceridade, certeza nas afirmações etc.), talvez pouco efeito possa ter qualquer alerta que fizer o magistrado. Mas, se de um lado são possíveis as dúvidas sobre os efeitos dessa advertência, por outro, há probabilidades de que essa advertência possa surtir as consequências desejadas e isto, por si só, é suficiente para que se dê ao ato a sua efetiva importância.

O que não pode acontecer, como muitas vezes se vê na prática, é o descaso que o próprio magistrado dá ao ato. De nada adianta fazer uma advertência formal de que a testemunha poderá ser responsabilizada criminalmente se a mesma nem sequer bem compreende as palavras técnicas que lhe são formuladas pela advertência. A concordância que a testemunha faz é mais um ato automático do que realmente uma afirmação consciente da compreensão da necessária responsabilidade.

Diante de tais colocações, importa fazer-se projeção sobre o depoimento da parte.

Independentemente de se tratar de um depoimento pessoal ou de um interrogatório informal, é necessário que, na aplicação do princípio da lealdade e da boa-fé, com respeito à veracidade e à litigância ética, seja a parte depoente advertida, não efetivamente de que incorrerá em sanção penal – já que a mesma inexistente –, mas de que deverá obedecer ao dever legal de dizer a verdade, sob as penas consequentes pela litigância de má-fé.

Assim, o que se defende é a necessidade de se valorizar ainda mais o ato correspondente ao depoimento, para que também seja um oportuno momento para a advertência da parte sobre o dever legal de lealdade e veracidade. Além disso, a prévia informação atende ao princípio da não surpresa, alertando-se a parte de que a litigância de má-fé será objeto de apreciação jurisdicional em decorrência da comparação entre a manifestação oral da parte e o contexto do processo.

Além disso, se nas manifestações escritas há sempre a intervenção do procurador, sem

dúvida de que um momento importante para a lembrança de tal dever se dê com a presença pessoal da parte advertida, no contato que permite uma comunicação direta e precisa.

Desta maneira, antes de proceder ao interrogatório, deve o magistrado advertir a parte dos deveres de lealdade, de boa fé e de veracidade consagrados na lei (em ambos os Códigos de Processo Civil), especificando detalhadamente as sanções que poderá sofrer diante da comprovação de que houve manifestação contrariando a *verdade* dos fatos.

João Carlos Pestana de Aguiar³⁷, interpretando a regra do inciso I do artigo 340 (do CPC de 73) de modo a não torná-la ociosa e uma mera repetição do artigo 345 (também do CPC de 73), opinava no sentido de que “deveria ter sua idéia concluída pela advertência do juiz, na ocasião do depoimento, de que o comportamento da parte, faltando o seu dever de colaboração com a verdade, poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa, ainda que não se conclua pela presença da recusa de depor”.

Contudo, pode-se opinar no sentido de não se pender apenas para o lado do prejuízo à defesa, como indica o autor, mas principalmente para as implicações próprias da deslealdade processual, com as suas sanções respectivas pelo desrespeito à boa-fé e a veracidade.

Numa concepção mais prática, a advertência da parte realizada pelo magistrado deverá indicar a obediência à *verdade*, pois o uso da expressão *lealdade* ou da *boa-fé* pode ensejar dúvidas sobre a sua finalidade. Ainda, a importância do depoimento e, principalmente, as conseqüências da deslealdade ou desrespeito à boa-fé devem ser bem especificadas pelo magistrado, valorizando-se o ato e permitindo que ele, nesse contato pessoal para com a parte, possa confirmar essa responsabilidade assumida pelo depoente, num reforço ao seu convencimento para o momento posterior da opção pela condenação nas sanções respectivas, fazendo-se registrar em ata tal confirmação.

Cumprir lembrar que o ato de advertência para a observância da lealdade ou boa-fé não é estranho ao sistema processual vigente, bastando anotar a hipótese do inciso II do artigo 599 do CPC de 73 (repetido pela regra do art. 772, II, do CPC de 2015, que estabelece a advertência do devedor, feita pelo magistrado em qualquer momento do processo, de que o procedimento adotado pelo mesmo constitui ato atentatório à dignidade da justiça. E observe-se que tal advertência de regra é escrita, onde a sua eficácia se projetará particularmente ao advogado, de

³⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 119-120.

maneira que a parte, muitas vezes, nem ficará sabendo que ela (a advertência) ocorreu.

Ademais, voltando-se particularmente à função do magistrado, cumpre ainda reiterar o conteúdo da regra inserida no citado artigo 125, inciso III (do CPC de 73), repetido pela regra do art. 139, III (do CPC de 2015), através da qual lhe compete “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”, percebendo-se uma perfeita harmonia com esse ato de advertência que se pretende impor no momento do depoimento das partes.

Assim, dentro das proposições interpretativas e procurando atribuir o devido respeito ao dever de lealdade, boa-fé e veracidade, é necessário que se faça a advertência da parte depoente, destacando, coercitivamente, a sua observância legal e suas respectivas punições.

4.1 A finalidade educativa do processo

Para que o processo não atenda somente aos interesses das partes mas também sirva como um instrumento próprio para a educação de seus envolvidos, devem ser tomadas certas atitudes que estão em consonância a fixação do seu escopo social, ou seja, voltado à solução dos conflitos de um modo justo, a fim de ensejar confiança e respeito aos atos praticados pelo Poder Judiciário, pregando a conscientização dos membros da sociedade de maneira a conscientizá-los dos direitos e deveres existentes e para a devida provocação da tutela jurisdicional ³⁸.

Desta maneira, somente a partir de um processo idôneo, onde a moralidade predomine ao lado da legalidade, é que se poderá pensar em um processo digno de servir como um instrumento de educação.

De fato, se é possível manipular o funcionamento do processo para atender às intenções escusas e desvirtuar o seu resultado sem qualquer consequência, certamente que esta função social estará sendo ignorada, dando o *papel educativo* um sentido diametralmente inverso.

Por certo, se a parte logra praticar atos desleais e não vê uma dedicada preocupação não somente da parte adversa como do próprio Poder Judiciário para vedar e punir suas atitudes, certamente que levará como conclusão de seus atos a noção de que é vantajoso praticá-los. Ademais, se a punição não é mesmo levada a sério, vê possível assumir os riscos de se litigar de

³⁸ Trazendo-se à baila as reflexões apresentadas por Cândido Rangel Dinamarco, especialmente quando trata do escopo social que enseja a educação no processo (conforme *A instrumentalidade do processo*, p. 191-193 e as *Instituições do Processo Civil*, v. 1, p. 128-129).

má-fé, entendendo-os como mínimos.

Desta forma, a relevância do tema faz ressaltar a necessidade de atenção do Poder Judiciário para que seja constante a análise da lealdade processual e, por isso, a imposição de advertir e de punir os atos desleais.

Ademais, em se tratando de um momento especial de relação pessoal do magistrado para com a parte, sem dúvida que o papel educativo assume uma melhor perspectiva nesse contato, isolando-se da triagem feita pelo profissional da advertência ou da punição havida.

Neste sentido, se a pretensão social do processo é conscientizar as partes da sua utilidade e da seriedade que o mesmo traduz, nenhum outro momento seria mais propício do que aquele onde o contato direto está sendo verificado.

De fato, se a advertência ou repreensão é realizada às partes mas diante de procedimentos escritos em que o procurador acaba sendo o direto destinatário, certamente que, na maioria das vezes, a parte nem sequer toma conhecimento do seu conteúdo e a finalidade educativa pode obstaculizar-se neste momento.

É bem verdade que nem sempre a advertência ou mesmo a punição da parte pode ensejar a finalidade educativa que se pretende. Mas não se apresenta uma finalidade apenas pela eficiência absoluta de seu resultado. A responsabilidade pela educação das partes deve ser assumida pelo magistrado, a ponto de seguir-se análogo comportamento de qualquer professor: não intervir diretamente no resultado de seus ensinamentos, mas passar as informações necessárias de maneira que o seu conteúdo possa ser refletido e desenvolvido pelo seu destinatário.

Além disso, mesmo que a ciência da parte sobre a sua responsabilidade não seja um instrumento eficaz para a alteração do comportamento de seu advogado, pode lhe ser útil para compreender de antemão as conseqüências pelos atos desleais que poderá estar assumindo ou capazes de serem praticados por seu procurador e, posteriormente, com a sua condenação, poderá ver confirmada a advertência recebida.

Assim, em dois momentos pode ser vislumbrado esse papel educador: antes do julgamento (ou da decisão que venha a apreciar a litigância de má-fé), com a advertência da parte para a adoção de comportamentos leais (o que deve acontecer diante do depoimento pessoal ou do interrogatório informal, como visto anteriormente) e através da própria decisão que venha a

deliberar sobre o comportamento de má-fé, impondo a pena respectiva pela deslealdade processual praticada.

Pelo primeiro momento, ainda se dará oportunidade para que a parte repense seu comportamento e alterá-lo, quando ainda houver tal possibilidade ³⁹.

Para o segundo momento (com a condenação nas penas pela litigância), espera-se poder servir esta experiência para o fim de conscientizar, a parte e seu procurador, da seriedade necessária da aplicação da tutela jurisdicional, a fim de que não mais adote tal conduta, além de possibilitar sua reflexão sobre a responsabilidade do profissional para uma eventual discussão em ação própria contra o mesmo.

Por fim, não é papel inútil essa preocupação com a lealdade processual a ponto de fazer o magistrado atuar como *informante da lei*, já que a obrigação de cumprir com o dever de lealdade é anterior à sua advertência e advém da própria estrutura estatal.

Por certo, assumindo esta função educativa, não agirá em excesso ao realizar os esclarecimentos e as advertências advindos da própria lei, pois não é a finalidade principal do processo punir a litigância de má-fé e sim evitá-la, já que esta é a melhor perspectiva que se pode ter para a função jurisdicional diante da deslealdade. Toda prática desleal, se já realizada, de algum modo causou prejuízo (seja à parte adversa, seja ao Estado) e isso é o que se deve evitar.

Portanto, o momento do depoimento da parte corresponde a uma adequada oportunidade para fazer valer o papel educativo do processo, ressaltando-se a função, importância e implicações advindas da lealdade processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. É possível se percobstáculo a ser enfrentado para a incidência do dever de lealdade processual no depoimento das partes é o aspecto cultural, configurado numa prática processual que tem dado pouca ou nenhuma importância para essa exigência, relegando-se a avaliação da litigância de má-fé para as manifestações escritas;

³⁹ Sobre a alteração do comportamento da parte com o seu depoimento para fins de isentá-la da litigância de má-fé, vide a letra c) *A confissão como elemento para isenção da sanção*, do item 6.5.1.2 *A situação de incompatibilidade e a lealdade processual*.

2. Não há que se opor o depoimento pessoal das partes à lealdade processual porque, apesar de não haver regra específica estabelecida em cada um dos atos (depoimento pessoal e interrogatório informal), há o dever geral do artigo 14, I e II, bem como a incidência do artigo 339 e 340, I, todos do Código de Processo Civil, que fundamentam o dever de lealdade e de veracidade (ou colaboração com a mesma), não havendo que se afirmar a existência de lacuna para este assunto;
3. Não há um direito de não se auto-acusar no processo civil. A regra predomina no sistema processual penal em virtude do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que o faz incidir para o "preso";
4. O direito de permanecer calado, no sistema processual civil, é admitido apenas para as hipóteses em que haja motivo justificado, seja em face à auto-acusação por crimes ou motivo torpe, bem como em razão do dever de sigilo ou outro que se apresente plausível ao magistrado, em interpretação ao artigo 347 do CPC, representando uma exceção ao dever de veracidade, desde que não se o renuncie;
5. Ainda que não se constitua necessariamente num direito de permanecer calado, a ausência de incapacidade e a impossibilidade genérica de produzir a confissão nos casos de direitos indisponíveis também representa um fundamento para não se exigir o depoimento, isentando-se, portanto, do dever de veracidade;
6. Não representa óbice à lealdade no depoimento das partes a repartição do ônus da prova. A "verdade" não é objeto específico do ônus de provar e, enquanto fundamento ético, não é direito e sim dever. Exigir que a parte fale a verdade não é exigir que faça a prova para a parte adversa, mas cobrar-lhe atitudes éticas, mesmo porque a verdade poderá ser em seu benefício ou à parte adversa. Também não há lesão ao princípio do tratamento igualitário das partes, pois de ambas deverá ser exigido o comportamento leal e a afirmação de fatos verdadeiros;
7. Ainda que a verdade não surja necessariamente do depoimento das partes (já que ela não participa da substância do depoimento pessoal ou mesmo do interrogatório informal), não pode ser esse um fundamento para excluir a incidência do dever de lealdade e veracidade. A incidência de tais princípios não depende do resultado (atingir-se a verdade), sendo suficiente a capacidade de punir aquele que não colabora para tal fim, com uma natureza

coercitiva;

8. A avaliação da verdade nunca é isolada a partir de um ato. Logo, sua incidência sobre o depoimento das partes deve ser sopesada com os reflexos produzidos por outros momentos processuais e, somente com a soma de todos é que se poderá entender pelo seu cumprimento ou desrespeito. Por isso, tanto o depoimento pessoal como o interrogatório informal devem participar desse contexto, submetendo-se à avaliação do magistrado e à medida de sua lealdade na visão integralizada dos atos praticados;
9. A incidência do dever de lealdade processual/veracidade sobre o depoimento das partes atende à aplicação da interpretação sistemática e finalística. Sistemática, porque o Código de Processo Civil impõe como um dever e princípio fundamental a lealdade e a própria veracidade, não podendo excluir quaisquer dispositivos processuais de tal incidência. Finalística, porque visa à intenção do legislador e à necessidade prática para que se incorpore a todos os atos processuais o papel de agir eticamente, cumprindo com o dever de colaborar na busca da verdade e de um resultado mais efetivo e justo da aplicação da tutela jurisdicional, atendendo à natureza publicista do processo;
10. Exigir a lealdade processual e a veracidade em sede do depoimento das partes é dar cumprimento ao dever estabelecido pela lei, sendo uma responsabilidade do magistrado fazê-lo;
11. Em razão da incidência do dever de lealdade e veracidade sobre o depoimento, é cabível que se proceda a advertência da parte antes de ser questionada sobre os fatos, de maneira a alertá-la sobre o dever e as respectivas sanções, a título de reafirmação do princípio e coação psicológica para o seu cumprimento, não havendo qualquer afronta legal a sua realização;
12. A advertência das partes para a observância dos princípios da lealdade/veracidade, deve ser realizada de modo eficaz, a fim de destacar a sua importância e provocar no depoente uma efetiva conscientização/temor para a sua observância;
13. A observância da lealdade processual/veracidade, não depende apenas das sanções. Deve-se, antes de tudo, buscar a conscientização das partes e dos demais figurantes do processo sobre a importância da função jurisdicional e necessidade social de seu respeito. Assim, a reiteração do princípio no momento do depoimento das partes é um reforço à função

educativa do processo, atuando diretamente sobre as partes e indiretamente sobre seus procuradores;

14. A credibilidade do depoimento das partes será mais bem analisada a partir da confirmação cultural de que os princípios da lealdade e da veracidade estão incorporados sobre tal ato processual, possibilitando maior sustentação para a convicção do magistrado;

15. A lealdade processual e a veracidade podem ser medidas com a incidência do princípio dispositivo, de maneira que o autor não poderá mentir a respeito dos fatos constitutivos de seu direito e nem a parte incorrer na mesma situação em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a partir do momento de sua invocação;

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, João Carlos Pestana. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 4, p.119-120.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, v. 682, p. 285-295, agosto 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Carlos Gulbenkian, 1996. 311 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. 411 p.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduard e DANTAS, Bruno (Coordenadores). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 78.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 535 p.

DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, ano 1, n. 4, p. 16-22, out./nov. 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Lealdade. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva,

p. 1- 14, v. 48, 1977.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 191 p.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **A observância da lealdade processual no depoimento das partes: uma proposta interpretativa ou uma questão “de lege ferenda” para o direito processual civil brasileiro?** Tese de doutorado. Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

_____. O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, F. (Coordenador Geral); MACEDO, L. B. ; PEIXOTO, R. e FREIRE. (Organizadores). **Processo de conhecimento – Provas**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 23-54.

_____. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006a.

JUCÁ FILHO, Cândido. **Dicionário escolar das dificuldades da língua portuguesa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Tename, 1982. 793 p.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 268, ano 75, p. 29 à 46, out./dez. 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme; e, ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento: arts. 332 à 363**. t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5. 488 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 518 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 426 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 465 p.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 269 p.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia**

privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. **Revista do Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23/24, p. 41 à 78, jul./dez. 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1. à 45.** t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 497 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. 381 p.

SANDEVILLE, Lorette Garcia. O direito ao silêncio. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo: Grafistyl, p. 239 à 245, jan. 1971.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 332 à 475.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 4. 581 p.

_____. **Primeiras linhas do Direito Processual Civil.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, 379 p.

SILVIO DE MACEDO, verbete “**Lealdade**”, Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 48, p. 125.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1. à 153.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 1. 479 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado: arts. 1 à 393.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1. 710 p.

_____. **Processo Penal.** 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3. 614 p.