



GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ





GRALHAZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR

2022/Curitiba

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octavio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Letícia de Andrade Porto

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Gralha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 11 v.1, n. 11, Curitiba, abr-2022/ mai-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1 Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



José Sebastião Fagundes Cunha¹

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (1980), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (2001) e Pós Ph.D pela Universidade de Coimbra - CES, Orientador Boaventura de Sousa Santos, projeto: Acesso à Justiça: novas tecnologias e atendimento aos princípios constitucionais processuais. Prof. Titular da Faculdade de Direito do CESCAGE, do qual fundador e autor do projeto filosófico-didático-pedagógico com Conceito A da SESU do MEC, da OAB Conselho Federal e Conselho Estadual, autor do projeto filosófico-didático-pedagógico da Faculdade de Direito de Porto Alegre, ex-Coordenador Geral Pedagógico do CESCAGE. Autor dos projetos da Escola Judicial do Mercosul e da Escola Judicial da América Latina, das quais um dos fundadores. Diretor Geral da Escola Judicial da América Latina e ex-Diretor Pedagógico da Escola Judicial do Mercosul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Conselho Editorial da Revista de Processo da Editora Revista dos Tribunais, da Revista Gralha Azul da Escola Judicial do TJPR e da Revista Judiciária da AMAPAR. Associado do Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor. Membro Efetivo do Centro de Letras do Paraná. Membro Efetivo de Academia de Letras José de Alencar. Titular da Cadeira 19 da Academia de Letras dos Campos Gerais. Membro do Centro de Estudos da América Latina do Colégio de Presidentes das Escolas de Magistratura Estaduais - COPEDEM. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça e Política da Universidade Federal da Paraíba. Membro do Grupo de Pesquisa PRUNART-UFG, Programa Universitário de Apoio às Relações do Trabalho e à Administração da Justiça. Ex-pesquisador do TJPR, coordenador geral do projeto de pesquisa em processo penal, para o Instituto Konrad Adenauer, com elogio em ficha funcional e do Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq. Finalista dos Prêmios Innovare do Conselho Nacional de Justiça (novas tecnologias para o processo eletrônico). Ex-Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (1984-2002). Ex-Presidente da Turma Recursal Única do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Paraná, com publicação de Anuário com artigos e precedentes relevantes. Pesquisador a respeito das novas formas de resolução dos litígios, em especial nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais com inúmeros artigos e livros publicados. Medalha de Honra da Maçonaria - Grande Oriente do Paraná. Medalha de Honra da Itaipu Binacional. Fundador da APONG - Ação Popular Ong, que atua na área de Direitos Humanos. Fundador da Fundação Cultural e Educacional Cescage, mantenedora da Rádio Educativa Cescage FM. Vice-Presidente Financeiro da Rede Latino-americana de Juízes. Membro Honorário da Associação Nacional de Magistrados do Peru. Conferencista no Brasil, na Argentina, Chile, Colômbia, Espanha, Luxemburgo, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai. Autor de vários livros. Experiência: Direito Processual Civil (aporia jurídica, direito comunitário, juizados especiais, Unasul e direitos humanos). Membro Fundador do CEBRAMAR - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Ex-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual e atual Diretor do Conselho Científico da Rede Internacional de Juristas para la Integración Americana. Medalha da Assembleia Maçônica do Paraná. Professor Visitante do Doutorado da UENP. Medalha da Escola Judicial do Tocantins serviços Ensino Jurídico. Membro da Academia Internacional de Jurisprudência e de Direito Comparado. Ex-Presidente do IMB-Paraná, atual Vice-Presidente do IMB-Paraná, Medalha do Mérito Cultural do Instituto dos Magistrados do Brasil.

INTRODUÇÃO

Há um movimento crescente de reflexão a respeito dos recursos aos tribunais superiores após aproximadamente quatro décadas da Constituição Cidadã que instituiu o Superior Tribunal de Justiça e inovou em relação a institutos processuais em relação a extensão das decisões vinculantes por eles prolatadas; a par disso há a preocupação com o desenvolvimento de um projeto de Código Processual Constitucional e a matéria que por ali será albergada.

Em 23 de setembro de 2015, Marcus Vinicius Furtado Coelho, então presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, prolatou decisão encaminhando à Comissão Nacional de Estudos Constitucionais o projeto do Código Brasileiro de Processo Constitucional, com as bases doutrinárias do anteprojeto da OAB.

A Comissão Especial de Juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional do Conselho Federal da OAB foi capitaneada pelo saudoso e emérito professor Paulo Bonavides, relator o professor Paulo Lopo Saraiva.²

Na apresentação sustenta que a exemplo do Peru, Costa Rica e Bolívia, que já codificaram o processo constitucional, o Brasil seria a terceira república do continente a fazê-lo. Em 10 de janeiro de 2010 iniciou a reflexão a respeito, contando com a colaboração de Paulo Lopo Saraiva, que publicou na "Folha de São Paulo" o artigo titulado "Proposta: Código de Processo Constitucional".

De fato, repercutiu o texto favoravelmente no meio jurídico nacional e internacional, encaminhada mensagem de apoio e congratulações de Domingo García Belaunde, renomado jurisconsulto peruano, seguida de uma manifestação não menos encorajadora do constitucionalista André Ramos Tavares.

Em 12 de março de 2013, durante a cerimônia de posse do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado Marcus Vinicius Furtado Coelho fez explícita a promessa de colaborar na concretização daquela iniciativa, ao dizer:

"Acolheremos e daremos encaminhamento ao pioneiro trabalho de Paulo Bonavides propugnando a necessidade da edição de um Código de Processo Constitucional brasileiro, dando o regramento sistemático das ações constitucionais de defesa de direitos e de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em sintonia com as conquistas jurídicas contemporâneas".

Em 12 de junho de 2013, ao ensejo da abertura do Seminário "25 Anos da Constituição Federal de 1988", o Presidente da OAB nacional deu posse solene aos membros da Comissão Especial de Juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional. Assinalou do mesmo passo que a ideia de criar-se a Comissão partira do Fundador e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, por ele investido na presidência do novo órgão. Realizadas várias sessões para a elaboração do Anteprojeto de Código, que a Ordem dos Advogados do Brasil encaminhou ao Congresso Nacional.

É o contributo da advocacia brasileira a esse cometimento histórico na legislação do País.

Segundo o douto presidente da Comissão as bases doutrinárias, programáticas e teóricas da proposta do novo Código emergem de duas composições elaboradas acerca do tema. Uma, o artigo da "Folha de São Paulo", de que já se fez menção; outra, a exposição sobre a natureza e atualidade da função codificadora no constitucionalismo coevo, também de nossa lavra.

² <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>

"De ambos tiraremos breves excertos ilustrativos de ideias, valores e princípios que inspiram e norteiam o Código em via de elaboração.

II

Tocante à necessidade de estabelecer, em termos racionais de segurança e certeza a unidade e congruência do sistema constitucional em vigor escrevemos no periódico paulista:

Alguns julgamentos do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte, bem como outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciais.

As leis que dispõem sobre esse processo -infraconstitucionais- estão porém esparsas, privadas de unidade processual, o que em rigor não se compadece com a majestade e importância do órgão supremo que as julga. Impõe-se, pois, a elaboração do Código de Processo Constitucional, a exemplo do que ocorreu no Peru".

A codificação pelo ângulo histórico compreende no Estado moderno duas distintas fases com suas respectivas correntes codificadoras, segundo o projeto.

Primeiro, a fase dos velhos Códigos cujo protótipo, o Código de Napoleão, promulgado em 1804 esteve para o direito civil assim como a Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, para o direito constitucional.

Nessa primeira fase preponderava o princípio da legalidade provido de um individualismo jurídico feroz, uniclassista, hegemônico, egoísta, que governava a sociedade, e fazia dos códigos a rubrica jurídica da imobilidade, do "status quo", da estagnação das leis. O silêncio ou a neutralidade desses códigos renegava-lhe as origens no direito natural da razão. Acumulavam, ao mesmo passo, excessos neutralistas e neutralizantes, derivados dum formalismo inflexível que inspirava, por inteiro, a obra dos codificadores.

Entende que os códigos, portanto, ao cabo da primeira fase, mal sobreviviam, parcialmente desatualizados e carentes de reforma. Haviam eles passado já a certidão da decadência de qualidade da produção legislativa ordinária. E também sua desatualização assinalava o fim da era liberal. Seu privatismo jusromanista se mostrara de todo inadequado, inoperante, impotente, incapaz de resistir à onda publicística e socializadora do Direito.

Decorridos cerca de duzentos anos ocorre outra fase em que se elaboram novos Códigos ou se reformam os antigos. Debaixo do influxo *dimi publicismo jurídico*, que na esfera teórica proclamou a superioridade dos valores e na *práxis* concretizou a normatividade suprema dos princípios fundamentais. Disso resultou, por via de consequência, a constitucionalização de todos os ramos do direito.

Sustenta o projeto que o Código de Processo Constitucional surgirá, de conseguinte, nessa segunda fase da codificação, como espelho e repositório duma legislação mais apta que a do passado em fazer efetivas as garantias processuais da Constituição, para ser útil ao juiz constitucional quando este levar a efeito com mais ponderação e equilíbrio a prestação jurisdicional do direito codificado.

Visou elaborar projeto de Código voltado para a segurança jurídica do Estado de Direito.

Entendendo que o Código de Processo Constitucional, de que o País tanto necessita, corresponde à época constitucional das Cartas abertas, do pluralismo, das cidadanias participantes, que consolidaram o regime: a cidadania política e a cidadania social.

Perora que cartas abertas são, a seu ver, as cartas políticas, sobretudo as da pureza republicana, do bem comum, da convivência e harmonia dos estamentos sociais, do livre tráfego das correntes de opinião por onde a democracia se oxigena, das liberdades públicas e da palavra

livre que ecoa na tribuna dos parlamentos e dos órgãos de imprensa tolhendo o silêncio totalitário das ditaduras.

Sustenta que do ponto de vista histórico e doutrinário, o direito natural fez as Constituições e o direito positivo gerou os códigos. Tanto as constituições quanto os códigos apresentam uma fisionomia peculiar visível unicamente à luz de dois princípios capitais: o da legalidade e o da legitimidade. Ambos muito importantes por ajudar-nos a compreender melhor a evolução do Direito e do Estado ao longo da idade moderna, mormente na contemporaneidade. O papel deles avulta com mais força e influencia a partir da tarefa codificadora, conforme se infere de reflexões antecedentes.

Primeiro, entrou em cena o princípio da legalidade que imprimiu e promulgou a obra prima da originalidade legislativa do século XIX, a saber, o Código de Napoleão já mencionado. Em seguida, o princípio da legitimidade, dantes acorrentado e anexado ao legalismo da razão. De último, ele se levanta sobre as ruínas do positivismo e decreta a normatividade dos princípios, proclamando a crença na Justiça e na força moral dos valores humanos. Inaugura-se então a idade mais próspera, mais florescente, mais fecunda do constitucionalismo de nosso tempo.

Depois que o Estado social alcançou a maioria, ao fim dos novecentos, principiou o período normativista e hermenêutico da supremacia principiológica no direito constitucional. Período que, aliás, chega ao apogeu nos dias correntes.

De tal maneira que, em matéria de direito positivo, o passado, que dantes pertencia ao legislador ordinário e ao codificador, doravante na atualidade pertence ao constituinte e aos tribunais e magistrados da jurisdição constitucional.

REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Com a análise da evolução da justiça e do processo constitucional busca-se entender os conceitos e aspectos relativos a este assunto para, a partir daí, compreender as possíveis vantagens de uma codificação e também os seus riscos. A doutrina sustenta que inúmeras são as vantagens: melhor sistematização dos institutos processuais constitucionais, maior segurança jurídica, depuração e atualização das normas, possibilidade de regulação da jurisdição internacional de direitos humanos no país, além de outras que podem ser acrescidas por opção política. Entretanto, adverte que os riscos também são considerados, e se resumem em quatro linhas de pensamento: imperícia, regressão, conflito e esclerotização. Mas se tomadas algumas medidas podem ser mitigados. A discussão envolvendo esta codificação deve levar em conta o sistema misto de justiça constitucional.³

Não é demais consignar que o Estado Constitucional de Direito surge a partir da crise enfrentada pelo Estado Legalista, que em linhas gerais, representava a própria convulsão da supremacia do Parlamento, que decorrente, principalmente, do abuso na edição exagerada de leis que passaram a se imiscuir em áreas antes protegidas, além da perda da qualidade das mesmas. Há praticamente um consenso que do mesmo modo que havia uma hiperlegalidade, também havia uma hipolegalidade, na medida em que o processo legislativo não conseguia acompanhar as aspirações sociais.⁴

Aprofundada a crise, segundo Hespanha,⁵ a desobediência generalizada à lei; a não aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais e a ineficiência da aplicação

³ <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/codigo-de-processo#:~:text=0%20anteprojeto%20de%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Constitucional%20Brasileiro%2C%20foi%20proposto,a%20Defesa%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>

⁴ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43

⁵ HESPANHA, Antonio. Justicia y litigiosidade: história y prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.9

coercitiva da lei aos particulares, começou a se desenvolver o Estado do Bem Estar Social, tendo como características marcantes, a intervenção normativa nas esferas individuais e da vida social, a limitação do poder dos legisladores e o pluralismo das fontes normativas.

Semelhante quadro erigiu a Constituição a fonte fundamental do Direito e regular as demais, sendo responsável, conforme Callejón,⁶ pelo equilíbrio decorrente da repartição de competências constitucionais, que refletem assim o pluralismo sócio-político deste momento.

A supremacia da norma constitucional tem origem clara no *judicial review* norte-americano, que reconheceu pela primeira vez a supremacia da Constituição no caso *Holmes versus Walton*, e depois no famoso caso *Marbury versus Madison*, apesar de ter alguns precedentes históricos anteriores. Na Europa, essa ideia se firmou após a primeira Guerra Mundial.

A superioridade da Constituição decorre, algumas vezes, de norma expressa, como na de Portugal, em seu artigo 3º, 2.⁷ Emana da própria criação de uma Justiça Constitucional, do processo mais dificultoso para a criação ou alteração das normas constitucionais, ou até da impossibilidade de supressão de alguns dispositivos, sendo deduzida assim de forma implícita, nos moldes da Constituição da República de 1988, por exemplo, artigo 60.⁸ Há países em que esta superioridade decorreu da construção jurisprudencial, *exempli gratia* os Estados Unidos, conforme já mencionado⁹, tendo sido esta rigidez o pressuposto para o nascimento do Tribunal Constitucional.

Do Estado Constitucional decorreu a Justiça Constitucional. Fix-Zamudio¹⁰ a concebe como um conjunto de procedimentos de caráter processual, por meio dos quais se encomenda a determinados órgãos do Estado a imposição forçada dos mandamentos jurídicos supremos, àqueles outros organismos de caráter público que excederam os limites estabelecidos para sua atividade na própria Carta Fundamental.¹¹

Tremps¹² afirma que o conceito de Justiça Constitucional deve ser entendido como um conceito material e substantivo, como o conjunto de técnicas tendentes a garantir e interpretar a Constituição mediante mecanismos jurisdicionais.

⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fuentes del derecho: 1. Principios del ordenamiento constitucional. 1ª Ed. Madrid: Tecnos, 1991, p.16

⁷ PORTUGAL. Constituição da República. Artigo 3.º. Soberania e legalidade. [...] 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. [...].

⁸ BRASIL. Constituição da República. SUBSEÇÃO II. DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁹ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p.57

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Hector. Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional: 1940-1965. México: Unam, 1968, p.15

¹¹ FIX-ZAMUDIO, Hector. Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional: 1940-1965, 1968. "[...] hablamos de "justicia constitucional", concebida como el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomenda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamentos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental".

¹² TREMP, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. 2003. "[...] el concepto de "justicia constitucional" hay que entenderlo como un concepto material y sustantivo, como el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean", p.3. Disponível em <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11440/FCI-2003-2-perez.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jun. 2017.

Há autores que utilizam a expressão Jurisdição Constitucional. Baracho¹³ a entende como *"a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico constitucional de um determinado Estado"*.

Tavares¹⁴ adota concepção mais restritiva, explicando que compõe em sua essência *"a defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que operada por um tribunal (exercício de jurisdição) como função exclusiva [...]"*.

Alguns autores tratam as expressões Justiça Constitucional e Jurisdição Constitucional como sinônimas, Alcalá¹⁵ estabelece distinção, ressaltando que a Justiça Constitucional envolve a atividade de qualquer juízo ou tribunal com a competência em matéria constitucional, que pode fazer um controle de constitucionalidades das normas, e proteger os direitos fundamentais mediante mecanismos previstos na Constituição e na legislação. Já a Jurisdição Constitucional seria a justiça constitucional desempenhada por um tribunal específico, com finalidade de defesa da Constituição.

Processo Constitucional, é conceituado de forma vaga por Mac-Gregor,¹⁶ como o estudo sistemático da jurisdição, órgãos e garantias constitucionais, sendo estas últimas como os instrumentos predominantemente processuais dirigidos à proteção e defesa dos valores, princípios e normas constitucionais.

Canotilho¹⁷ o define em sentido amplo e estrito:

"Por Direito Processual Constitucional entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e outras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional." [Sentido amplo] [...]

"Tem como objeto o processo constitucional. O processo constitucional reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o processo de fiscalização da inconstitucionalidade de normas jurídicas." [Sentido estrito].

Cantor¹⁸ entende que o Processo Constitucional é o conjunto de princípios e normas consagrados na Constituição e na lei, que regulam os procedimentos e processos constitucionais, quaisquer que sejam os órgãos encarregados de preservar a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos humanos. Há a distinção de direito processual constitucional com direito constitucional processual. Este segundo, tem como objeto o estudo dos princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição.¹⁹ Cumpre ressaltar que já é reconhecida a autonomia do Direito Processual Constitucional, que possui características e princípios próprios.

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.97.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p.147

¹⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. La Justicia e los tribunales Constitucionales de indoiberoamerica del sur en la alborada del siglo XXI. Santiago: Lexis Nexis, 2005, p.17-21

¹⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Cuestionario, primera parte, México. In: Belaunde, Domingo García; ESPINOSA, Eloy; BARRERA, Saldaña (coordenadores). Encuesta sobre derecho procesal constitucional. Lima: Juristas Editores, 2006, p.88

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.965

¹⁸ CANTOR, Ernesto Rey. Cuestionario, primera parte, Colombia. In: Belaunde, Domingo García; ESPINOSA, Eloy; BARRERA, Saldaña (coordenadores). Encuesta sobre derecho procesal constitucional. Lima: Juristas Editores, 2006, p.53

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina. 7º ed. 2003, p.966.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL²⁰

Com o escopo de congregar expoentes do Direito Processual Constitucional e fomentar o progresso científico da matéria no Brasil e no exterior, nasceu em 10 de junho de 2013 a Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Trata-se de uma associação civil, sem fins lucrativos, cuja sede está concentrada na cidade de Curitiba, Estado do Paraná e da qual temos a honra de integrar.

De acordo com o Estatuto (artigo 3º), são finalidades da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional:

- I - fomentar o progresso científico do Direito Processual Constitucional no Brasil e no exterior;
- II - defender o Estado Constitucional e Democrático de Direito e a vigência dos princípios e garantias constitucionais;
- III - congregar expoentes do Direito Processual Constitucional brasileiro e estrangeiro, proporcionando-lhes condições de produtividade e livre debate de ideias;
- IV - promover o aprimoramento, a difusão e o ensino do Direito Processual Constitucional em todo o país, mediante a realização de especializações, cursos, conferências, seminários e congressos;
- V - desenvolver ou participar ativamente na criação de um Código de Processo Constitucional para o Brasil;
- VI - participar efetivamente para o constante aprimoramento do Direito Processual Constitucional, mediante a apresentação de propostas legislativas, estudos e pesquisas;
- VII - planejar, produzir e editar livros, revistas, jornais e boletins de Direito Processual Constitucional;
- VIII - manter grupos de estudos e debates que possibilitem um permanente pensamento crítico do Direito Processual Constitucional e das demais áreas que com ele possam se interligar;
- IX - manter um sítio na internet;
- X - realizar concursos e oferecer prêmios;
- XI - manter intercâmbio com organizações congêneres, nacionais, estrangeiras e internacionais.

Conforme previsão da ata fundacional, restaram fundadores da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional os seguintes juristas: Alexandre Reis Siqueira Freire, André Ramos Tavares, Bruno Dantas Nascimento, Clèmerson Merlin Clève, Cleverton Cremonese de Souza, Daniel Francisco Mitidiero, Dierle José Coelho Nunes, Dimitrios Dimoulis, Elaine Harzheim Macedo, Enrique Ricardo Lewandowski, Fabrício Muraro Novais, Fredie Souza Didier Junior, Gilberto Schäfer, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Regis Nunes Semblano, Ingo Wolfgang Sarlet, José Maria Rosa Tesheiner, Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Michael Felipe Cremonese de Souza, Paulo Ricardo Schier, Petronio Calmon Alves Cardoso Filho, Sergio Cruz Arenhart, Sergio Gilberto Porto e Soraya Regina Gasparetto Lunardi. A primeira Diretoria Executiva, eleita para o triênio 2013/2015, possui a seguinte configuração: Presidente: André Ramos Tavares, Vice-Presidente: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Secretário Geral: Bruno Dantas Nascimento, Diretor Financeiro: Cleverton Cremonese de Souza, Diretor Acadêmico: Sergio Cruz Arenhart, Diretor de Relações Institucionais: Daniel Francisco Mitidiero.

O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, instituiu comissão de juristas, presidida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, para elaborar anteprojeto de lei para sistematizar

²⁰ <http://www.abdpc.com.br/home>

as regras do processo constitucional, ou seja, para a criação do Código de Processo Constitucional brasileiro.²¹

O professor Luiz Guilherme Marinoni, titular da UFPR e atual presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, é um dos membros nomeados pela Câmara.

Segundo o professor Marinoni, a formação da comissão é

"uma grande oportunidade para traduzir em regras os mais importantes avanços do direito processual constitucional, indispensáveis para a racionalização do controle de constitucionalidade e para que o Supremo Tribunal Federal possa bem cumprir a função de tutelar os direitos das pessoas em harmonia com os valores da democracia constitucional e do sistema jurídico liberal".

Para Ingo Wolfgang Sarlet, professor da PUC-RS, designado para a relatoria da comissão,

"se trata de uma iniciativa de enorme relevância, tendo em conta que foram muitas as evoluções que ocorreram na legislação e na jurisprudência relativa ao processo constitucional. Tais mudanças nem sempre dialogam bem entre si e tem gerado muito esforço interpretativo e mesmo alguma insegurança, pelo menos no que diz respeito às dificuldades de alguém não muito imerso no tema, teoria e prática, compreender o sistema como tal e lidar com o mesmo de forma adequada".

A comissão deverá pensar o processo constitucional como uma área específica do direito, o que não aconteceu até hoje. Esta é a assertiva de Soraya Lunardi, que afirmou também que

"nunca houve um planejamento sobre o processo constitucional. O processo constitucional foi sendo construído e estruturado conforme as necessidades surgiram, mais ou menos como você faz "puxadinhos" em uma casa. A comissão agora tem a oportunidade de pensar o processo constitucional de maneira orgânica e planejada, tem a oportunidade de refletir e estruturar seus elementos respeitando as suas especificidades e características. Isso permitirá um processo mais fluido, mais eficiente, mais adequado para as atividades do Supremo Tribunal Federal, que inclusive pode deixar mais clara sua forma de atuação dando maior transparência a sua atuação o que permitirá com que a

²¹ A Comissão de Juristas será presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, do STF, e terá a seguinte composição:

I – Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Vice-Presidente;

II – Ingo Wolfgang Sarlet, Relator;

III – Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, Secretário;

IV – André Ramos Tavares;

V – Bruno Dantas;

VI – Clèmerson Merlin Clève;

VII – Daniel Antônio de Moraes Sarmento;

VIII – Flávia Cristina Piovesan;

IX – Georges Abboud;

X – Henrique de Almeida Ávila;

XI – Lenio Luiz Streck;

XII – Leonardo Augusto de Andrade Barbosa;

XIII – Luís Felipe Salomão;

XIV – Luiz Guilherme Marinoni;

XV – Marco Félix Jobim

XVI – Marcus Vinícius Furtado Coelho;

XVII – Mauro Campbell Marques;

XVIII – Monica Herman Salem Caggiano;

XIX – Paulo Gustavo Gonet Branco;

XX – Renato Gugliano Herani;

XXI – Soraya Lunardi;

XXII – Teresa Arruda Alvim;

XXIII – Victor Oliveira Fernandes.

sociedade entenda melhor a sua forma de atuação facilitando inclusive a atuação de advogados e partes.”²²

Além de Gilmar Mendes, Marinoni, Ingo Sarlet e Soraya Lunardi, a Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional está representada na comissão pelos juristas André Ramos Tavares, Bruno Dantas, Clèmerson Merlin Clève, Georges Abboud, Lenio Luiz Streck, Marco Félix Jobim e Renato Gugliano Herani.

Não é demais lembrar que desde a sua criação, no ano de 2013, a Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional tem como uma de suas finalidades institucionais promover a criação de um Código de Processo Constitucional para o Brasil.

INSTITUTO PARANAENSE DE DIREITO PROCESSUAL

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

O Instituto Paranaense de Direito Processual – IPDP²³ resulta do esforço coletivo dos mais renomados docentes e operadores do direito processual do Estado do Paraná. Criado com o propósito de possibilitar um espaço de interlocução e divulgação do pensamento jurídico em especial dentre aqueles que há décadas contribuem para a reflexão e aperfeiçoamento do processo como instrumento de acesso à Justiça.

Os escopos principais do IPDP são: promover o aprimoramento, a difusão e o ensino do Direito Processual no Estado do Paraná em especial, e em todo o país, mediante a realização de pesquisas, cursos, conferências, seminários e congressos; participar efetivamente do aprimoramento dos meios de solução de conflitos, inclusive o processo eletrônico, mediante a apresentação de propostas legislativas e de qualquer outro tipo de atividade; editar livros, revistas, jornais e boletins de Direito Processual, sem impressão própria; manter um sítio na internet; realizar concursos e oferecer prêmios; manter intercâmbio com organizações congêneres, nacionais, e internacionais, em especial com o Instituto Brasileiro de Direito Processual, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual e a Associação Internacional de Direito Processual; e colaborar com instituições universitárias e de pesquisas, com órgãos públicos e instituições privadas, para a realização de projetos, pesquisas e estudos, podendo, para tanto, participar de processos de seleção.

Diante do novo Código de Processo Civil, por seus renomados membros, tem como primeira obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, no prelo a segunda edição, na qual pretende apresentar à comunidade jurídica reflexões acerca da visão e das inovações do novo CPC, sem se descuidar de um olhar crítico dos seus doutrinadores sobre os desafios e das novas problemáticas que tal inovação e mudança legislativa acarretaram na prática judiciária por todos os operadores do Direito.

Promove permanentemente intensa discussão a respeito da performance dos operadores do Direito na busca pela efetividade processual e tendências da jurisprudência com a implementação do texto.

Integram o IPDP membros fundadores – 45 (quarenta e cinco) – aproximadamente 150 (cento e cinquenta) membros efetivos, além de membros honorários e beneméritos de outros Estados e Países, conforme consta em nosso sítio na internet.

²² Dados extraídos da homepage da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional

²³ direitoprocessual.org



Como dito, o presidente da Câmara Federal instituiu em 25 de novembro de 2020 a 'Comissão de Juristas' para elaborar o anteprojeto de lei que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro considerando a necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção.

Em semelhante diapasão os recursos extraordinários e os especiais; a importância de se conferir uniformidade e atualização das legislações aplicáveis à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Portanto, o direito processual vive um momento singular, de importância ímpar, consubstanciando uma inovação que poucos países já consagraram, a exemplo do Peru,²⁴ Costa Rica²⁵ e Bolívia²⁶ que já codificaram o processo constitucional.

Realizamos o Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual, de 07 de junho a 02 de julho de 2021, denominado "A Proposta do Código Constitucional Processual Brasileiro", online em razão do isolamento social, disponibilizando Conferências em nosso sítio na internet.²⁷

O Instituto Paranaense de Direito Processual, quando exercíamos o cargo de presidente, juntamente com a Escola Judicial da América Latina, da qual Diretor Geral e a União Ibero-americana de Juízes, da qual Secretário, apoiados por mais de uma dezena de instituições que irmanaram-se para realizar o memorável Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual que coordenamos.

Com a realização do Congresso, com retumbante sucesso e interesse da comunidade jurídica em especial pela atualidade, complexidade e importância do tema surgiram sugestões de publicação de um livro com capítulos de autoria de integrantes da Comissão de Juristas, de Ministros de Supremas Cortes, Cortes Constitucionais e Cortes Superiores do Brasil e de outros Países, além de Membros do Instituto Paranaense de Direito Processual, os mais renomados juristas e catedráticos pesquisadores do Direito Constitucional Processual e do Código de Processo Constitucional, do Brasil e de outros Países, de todos os Países que já possuem Código de Processo Constitucional, o livro dedicado ao tema Código Constitucional Processual.

²⁴ https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/institucional/normatividad/codigo_procesal.pdf

²⁵ http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Libro_DERECHO_PROCESAL_CONSTI_TUCIONAL_Tomo_II_Volumen_I.pdf

²⁶ <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N254.html>

²⁷ <https://direitoprocessual.org/congresso-internacional-de-direito-constitucional-processual/>

EDITORIAL

Os autores aderiram à ideia e considerando o volume de capítulos produzidos, entendemos por bem publicá-los em três edições especiais da Revista Gralha Azul, da EJUD – Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

As duas primeiras edições contarão com 15 – quinze – artigos cada uma, resultados do Primeiro Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual.



Diante do êxito do desiderato e atendendo a pedidos de interessados, de 20 de setembro a 14 de outubro de 2022 estaremos realizando o 2º Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual, com cerca de 60 (sessenta) Conferências Magnas ministradas por integrantes da Comissão de Juristas que estão elaborando o projeto do Código de Direito Processual Constitucional brasileiro, Membros do Instituto Paranaense de Direito Processual, os mais renomados juristas do Brasil, de todos os Países que já tem Código de Processo Constitucional e de diversos outros Países que se debruçam sobre o tema, Ministros de Supremas Cortes, Cortes Constitucionais e Superiores.

REVISTA GRALHA AZUL

Para a Revista Gralha Azul, na qualidade de Membro do Corpo Editorial, desenvolvemos três edições, as de números 11 (abril/maio 2022) e 12 (junho/julho 2022), para a Abertura do 2º Congresso será lançada edição especial da Revista Gralha Azul em homenagem ao Prof. Dr. Desembargador ARRUDA ALVIM, de saudosa memória, que muito contribuiu tanto ao ensino jurídico como à Magistratura brasileira. Todas as edições são de artigos da lavra de autores que integram a

EDITORIAL

Comissão de Juristas nomeados pelo presidente da Câmara Federal para a elaboração do Projeto de Código de Processo Constitucional brasileiro, ministros da Cortes Constitucional, Suprema Cortes e Cortes Superiores, os mais renomados pesquisadores e catedráticos de Países que já possuem um Código de Processo Constitucional; membros do Instituto Paranaense de Direito Processual e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional e juristas pesquisadores do tema na América Latina, do México à Argentina, Portugal, Espanha e outros países.

A Escola Paranaense de Direito Processual, uma instituição de vanguarda contribui, uma vez mais, para o desenvolvimento do Direito Processual no País e na América Latina.

Na presente edição os leitores terão o privilégio de encontrar textos atualíssimos, com reflexões fundamentais a respeito do que virá em termos de Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional.

Aproveitem!

José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Presidente da 3ª Câmara Cível do TJPR

Membro do Conselho Editorial da Revista Gralha Azul

PREFÁCIO



Anita Zippin¹

Era uma vez um prefácio que perguntou, preocupado: o que eu faço?
Eu o acalmei, dizendo: pedimos ao Universo e, estas eu mesmo traço.
Vem as palavras ao Magistrado, Professor e, em especial, ao Escritor desta Revista.

Sempre procuro nas palestras vida afora o escritor que mora dentro de cada um. Alguns acordam e vem emoldurar sorrisos, livros, aplausos, comendas, até se tornarem imortais. Quer de Academia, quer das estrelas.

Outros dormem em berço esplêndido, mas ao apreciarem textos alheios, já é o escritor quem acorda, dá uma espreguiçada e tem dois caminhos: ou volta a dormir, ou resplandece como uma noite de luar e se transforma em Revista Gralha Azul, e outros meios literários, sob os aplausos da ave que planta o pinhão.

Os escritores destas sublimes páginas plantam palavras que irão reverberar pelo Brasil e pelo mundo, como se na inspiração de um segundo, muitas mentes pudessem ser abertas e nas linhas corretas, vir a verdade, o cumprimento da lei, sempre com a explicação.

O objetivo aqui alcançado, o de deixar tudo perfeito para a sociedade que clama por Justiça, Dignidade e Bondade.

¹ Presidente da Academia de Letras José de Alencar e diretora do Observatório da Cultura Paranaense. Advogada, jornalista e assessora jurídica por 37 anos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Atualmente é Presidente da Academia de Letras José de Alencar, entidade cultural fundada há 83 anos. Aproveito para cumprimentar todos os magistrados e brilhantes escritores desejando sucesso a todos. Ao colega de Academia, o amigo e Desembargador Fagundes Cunha, as nossas saudações acadêmicas.

Gralha Azul, me faz reportar ao primeiro Rotary Club fundado em Curitiba, nos anos 80, que aceitou profissionais femininas. Sim, sou uma das fundadoras. Por que falar agora neste tema? O título da Revista deste mestre Desembargador Fagundes Cunha me levou à reunião e preparo para este clube de serviço. E foi de minha autoria o nome, Rotary Club Curitiba Gralha-Azul, que brilha até hoje, voltado para a comunidade, onde servir o próximo é o lema maior.

Mas, só este motivo? E lá vem o Prefácio me perguntar, onde é que eu quero chegar?

Calma! Prefácio ávido para terminar. Mas ainda falta o bom detalhe que todos os escritores deste volume irão gostar.

Quem organizou o clube de profissionais, foi o professor, escritor e Desembargador Henrique Chesneau Lenz César, quem era à época Governador de Rotary Internacional. Com ele aprendemos muito, colocando em prática seus ensinamentos. Este maravilhoso magistrado, quem foi também Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná era um orador dos mais eloquentes. E, com frase tonitruante e breve, terminava seus discursos com frase que marca a obra e o filme Por Quem os Sinos Dobram.

E por que lembrar agora deste magnífico cidadão que deve estar cuidando de acalmar o prefácio?

Para esta advogada e escritora aplaudir na obra literária, cada magistrado, professor e escritor com a frase que Desembargador Henrique tão bem pronunciava. Forma de enaltecer a Revista Gralha Azul, todos os participantes, desejando sempre mais e mais textos, mais e mais livros, mais e mais artigos, mais e mais loas a todos.

E com a frase deste ser maravilha quem passou por aqui, fica o meu prefácio:

“E não me diga por quem os sinos dobram. EM REGOZILHO. Eles dobram por ti”.

Agora união entre o céu e a terra no voo da Gralha Azul, a Revista, com palavras marcantes e belas a se eternizar nos mais recônditos corações.

Sobe, sobe, e leva as palavras ao homenageado Mestre, bem como a todos os magistrados, professores e escritores que subiram antes.

Aplausos a Inspiração!

Boa leitura.

Anita Zippin

Presidente da Academia de Letras José de Alencar
Diretora do Observatório da Cultura Paranaense

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
José Sebastião Fagundes Cunha	
PREFÁCIO	17
Anita Zippin	
EL CONTROL JUDICIAL DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA	22
Asdrúbal Aguiar Aranguren	
STJ ENTRE COGNITIVISMO E CETICISMO INTERPRETATIVO: OBSOLESCÊNCIA DA SÚMULA 400 DO STF	30
Clayton de Albuquerque Maranhão	
APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL (CPCON) PARA O BRASIL	37
Cleverton Cremonese de Souza	
A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL (CIVIL, PENAL, CONSTITUCIONAL)	40
Edson Ribas Malachini	
CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	61
Eduardo Cambi, Leticia de Andrade Porto, Anderson Ricardo Fogaça	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUECES CONSTITUCIONALES: APORTES DE LA EXPERIENCIA PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANA	76
Edwin Figueroa Gutarra	
O CONSENSO INTERSUBJETIVO COMO PRODUTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	86
Elcio Domingues da Silva	
LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EN EL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	97
Francisco Artemio Távara Córdova	
A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO: CONDIÇÕES DE FIXAÇÃO DE TÉCNICAS ESTRUTURANTES PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS ASSEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE	107
Ingo Wolfgang Sarlet, Marco Félix Jobim	
CENERENTOLA E UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL	122
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	
O REENCONTRO DO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO COM A JUSTIÇA. SERÁ?	130
Jorge de Oliveira Vargas	
CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: SUPERAREMOS FINALMENTE O INSTRUMENTALISMO?	136
Lenio Luiz Streck	

SUMÁRIO

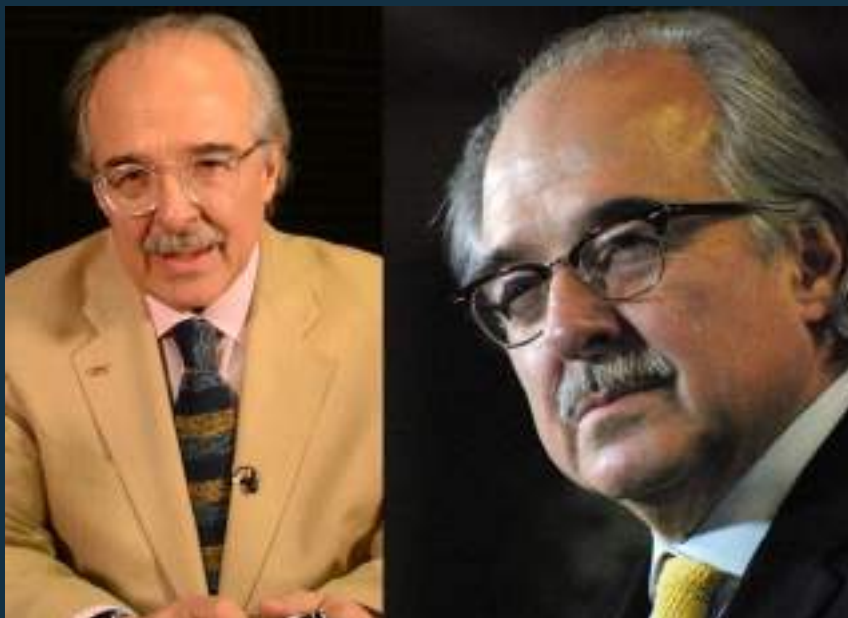
O EMERGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL	143
José Laurindo de Souza Netto, Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel	
TUTELA DA EVIDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA NORMA DO ART. 311, INC. II DO CPC	155
Letícia Isabel da Silva Vieira, Ruy Alves Henriques Filho	
PLENÁRIO VIRTUAL: DESAFIOS DA VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	166
Marcus Vinicius Furtado Coêlho	
CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE INVESTIMENTO POR MEIO DA GESTÃO DE ATIVOS E ALIENAÇÃO CAUTELAR DE BENS APREENDIDOS DO CRIME ORGANIZADO	172
José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	

ARTIGOS

EL CONTROL JUDICIAL DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

JUDICIAL CONTROL OF THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER

Asdrúbal Aguiar Aranguren¹



Obrigado Sr. Presidente:

Agradeço suas palavras introdutórias. Desejo expressar a minha igual gratidão aos organizadores deste Congresso Internacional de Direito Processual Constitucional, cuja excelência é altamente reconhecida a nível ibero-americano. Fico feliz que este encontro acadêmico seja sediado no Brasil, um país com o qual tenho laços intelectuais e amizade. Meu primeiro livreto publicado, por volta de 1973, intitulava-se Análise Política e Econômica do Grande Brasil, e em 1981 recebi de vocês a Ordem do Rio Branco em sua primeira turma, que guardo como uma honra especial. Falarei em minha língua nativa, o espanhol, esperando que os ilustres juristas e acadêmicos que nos acompanham esta tarde possam me entender. Falarei sobre Controle de Convencionalidade, como pude aprendê-lo em minhas atividades como juiz da Corte Interamericana, mas o farei com ênfase no que considero novo, atual e de vital importância: o controle de convencionalidade da experiência de democracia, muito enfraquecida na atualidade e, ao que parece, exigiu talvez sua reinvenção sem perda de seus bens fundamentais, a validade do Estado de direito e a proteção efetiva dos direitos humanos. É um aspecto em que os juízes têm uma palavra preferencial à dos políticos e uma responsabilidade intransferível.

Thank you Mr. President:

Thank you for your introductory words. I wish to express my equal gratitude to the organizers of this International Congress on Constitutional Procedural Law, whose excellence is highly recognized at the Ibero-American level. I am happy that this academic meeting is based in Brazil, a country with which I have intellectual ties and friendship. My first booklet published, around 1973, was entitled Political and Economic Analysis of Greater Brazil, and in 1981 I received from you the Order of Rio Branco in its first class, which I keep as a special honor. I will speak in my native language, Spanish, hoping that the

¹ Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya y de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de España. Secretario General de Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA).

distinguished jurists and academics who accompany us this afternoon can understand me. I will talk about Control of Conventionality, as I learned it in my activities as a judge of the Inter-American Court, but I will do so with an emphasis on what I consider new, current and vitally important: the control of conventionality in the experience of democracy, which has been greatly weakened today and, it seems, perhaps demanded its reinvention without losing its fundamental goods, the validity of the rule of law and the effective protection of human rights. It is an aspect in which judges have a preferential word than politicians and a non-transferable responsibility.

INTRODUÇÃO

En mi libro sobre *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, publicado en 2018, refiero que más allá del accionar político que sigue en pie para el sostenimiento de la libertad, la vigencia del Estado de Derecho, y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, la reinención judicial de la democracia es el verdadero desafío.

Me he preguntado si acaso ¿se trata lo anterior de un planteamiento que, de entrada, no descarta, sino que obliga a poner sobre la mesa de la crítica judicial abierta al dogma de las formas y contenidos de la democracia, tal y como se las entiende a lo largo de la modernidad? O, cuando menos, igualmente me pregunto si ¿importa verificarlos o no en sus consistencias con las realidades distintas, sobrevenidas, que muestra el siglo en curso y son propias a lo inevitable, productos estas de las tercera y cuarta revoluciones industriales en curso?

No dudo en señalar que, a través del llamado diálogo jurisprudencial que en doble vía auspicia y es a la vez el fruto del control de convencionalidad – el que realiza la justicia internacional interamericana vs. el que deben realizar los tribunales nacionales en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos – la actividad judicial, guiándose por los principios hermenéuticos de progresividad e inherencia, puede encontrar respuestas adecuadas a lo anterior. En efecto, atrayendo al bloque convencional y por mandato de sus normas interpretativas a la Carta Democrática Interamericana, el escrutinio normativo democrático, como presupuesto en los casos de violaciones de derechos humanos, permite la aplicación cabal de las normas esta por los jueces y el desarrollo de sus núcleos pétreos. La jurisprudencia sobre la democracia emanada de la Corte Interamericana ya muestra más de 600 enseñanzas sobre la materia, tal y como lo constato en mi *Digesto sobre la democracia* que cubre los años 1987 hasta 2014.

Dos vías particulares y a la vez estrechamente vinculadas son susceptibles de hacer caminos y realizar el propósito anterior: una es el control de convencionalidad de la democracia, la otra el control de convencionalidad democrática.

1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Dejo atrás los elementos conceptuales sobre el control de convencionalidad y el llamado diálogo entre las jurisdicciones interamericana y las constitucionales de los Estados, como el que igualmente ocurre entre estas.

Me limito a señalar, brevemente, que la idea del control de convencionalidad viene desde los orígenes de la Corte Interamericana. Se la debemos a

los trabajos pioneros de los jueces Rodolfo Piza Escalante, al empeñarse en explicar la naturaleza de la jurisdicción interamericana en el Caso seminal de *Viviana Gallardo vs. Costa Rica*, de 1981, y Sergio García Ramírez, quien, en 2006, en el Caso de los *Trabajadores Peruanos*, coteja la función de la Corte con la que cumplen las cortes constitucionales dentro de los Estados.

Distintos aspectos destacan en el desarrollo teórico práctico de la cuestión, que son *abordados in extensu* por el jurista venezolano Carlos Ayala Corao, en libro que escribe al efecto. Es de recordar que dicha técnica de control de convencionalidad es la que concreta el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y a la luz de la Convención Americana.

Obligados como están los Estados no sólo a desaplicar las leyes contrarias a la Convención, adecuar dentro de plazo razonable la legislación interna necesaria a sus prescripciones, sino y por encima de todo a interpretar sus propias normas internas en conformidad con los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte de San José, el control de convencionalidad como garantía hermenéutica de las obligaciones interamericanas sobre derechos humanos y la democracia tiene un propósito concreto: la forja de un *ius constitutionale commune* en las Américas.

La Corte no impone un modelo concreto para dicho control de convencionalidad, acaso por el mismo sentido del diálogo jurisprudencial; quizás por entender de necesarias a las jurisdicciones constitucionales domésticas para hacer valer el cumplimiento de sus propias sentencias contenciosas y el seguimiento de sus enseñanzas consultivas, a través de un baremo de compatibilidad; bien por lo que dicta la experiencia, a saber, que los jueces constitucionales domésticos al aplicar dentro de su foro las normas de la Convención Americana y sus interpretaciones por la Corte, lo hacen como verdaderos jueces interamericanos. Rigen, al efecto y para dar lugar a lo anterior, los principios de complementariedad orgánica convencional y de desdoblamiento funcional a objeto de que puedan alcanzarse y concretarse el objeto y finalidad de dicha Convención.

A la luz de una actuación judicial concordante y no meramente comparativa entre jueces domésticos o de derecho interno, es que puede ocurrir, justamente, la verdadera forja de ese Derecho común universal que, en tiempos de globalización como los actuales, salve la primacía ontológica de la dignidad de la persona humana, dentro de un contexto democrático que le es correlativo como lo es, además, el del Estado de Derecho.

2 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DEMOCRACIA

En cuanto a lo que denomino «control de convencionalidad de la democracia», destaca como novedad la aplicación que de los términos de la Carta Democrática Interamericana ya viene haciendo la Corte Interamericana en distintos casos sometidos a su conocimiento. Ello ocurre en paralelo a la manifiesta parálisis de dictados en aplicación de la Carta por parte de los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), excepción hecha de su actual Secretaría General.

La Corte, así, concreta el contenido del ordinal d) del artículo 29 de la Convención, a cuyo tenor “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, como lo es la señalada Carta Democrática.

Atiende también, de tal modo, al carácter imperativo de distintas previsiones contenidas en la Convención Americana. Esta, de modo preciso establece en su Preámbulo que los derechos humanos valen y tienen entidad más allá de los Estados parte y sus gobiernos y que su respeto y garantía sólo es posible dentro del cuadro de las instituciones democráticas. Y sus artículos 29.c y 32.2 disponen que los derechos humanos han de interpretarse –al momento de tutelárselos y de determinar sus núcleos pétreos y posibles límites o deberes– a la luz de lo que es inherente a la forma democrática representativa de gobierno y conforme a las justas exigencias del bien común en una democracia.

De tal modo, de acuerdo a sus disposiciones convencionales y mediante el asentimiento soberano de los Estados parte en la Convención, éstos de suyo le confían a los órganos convencionales de interpretación y aplicación – la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos – la competencia de velar, subsidiariamente, por el derecho a la democracia: léase, *in totus*, el derecho a los derechos humanos y a sus garantías democráticas; derecho a la democracia que es de los pueblos y han de garantizarlo sus gobiernos, conforme al artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana.

La Carta Democrática Interamericana, adoptada como resolución y mediante consenso por los Estados miembros de la OEA en 2001; preterida por los gobiernos quienes ahora la incumplen o la desconocen, pero que la usan para sancionar a sus “enemigos ideológicos”; es la obra de una larga maduración sobre los predicados de la misma democracia a la luz del entendimiento que de ella tienen la doctrina política y judicial regional más autorizadas. Se trata, como lo precisan las reglas del Derecho y la jurisprudencia internacionales constantes, de un instrumento

jurídicamente vinculante, no solo por invocarlo la Convención Americana, sino por ser interpretación auténtica tanto de la Carta de la misma OEA o Pacto de Bogotá, como de la misma Convención.

La Carta en cuestión, no muy distante del ideal democrático que prende durante la empresa constitucional pionera y de emancipación americanas, mirándose en su precedente – la citada Declaración de Santiago de Chile de 1959 – discierne entre la democracia de origen, atada a elementos esenciales, y la democracia de ejercicio, que predica la efectividad de su ejercicio y como derecho humano de las personas y los pueblos.

Es un dato de la realidad que, a lo largo de la última década del siglo pasado y las casi dos décadas del corriente, la democracia vive otra crisis profunda – se afirma que acaece dentro de la democracia y no en pugna con ella – y parece reclamar de otras expresiones institucionales o “normas internacionales y constitucionales” más propias al momento de la globalización.

No por azar, el citado jurista mexicano, García Ramírez, hoy ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Escher y otros* de 2009 previene sobre lo que observa preocupado y a la espera de que lleguen a consolidarse pronto los paradigmas constitucionales y democráticos del porvenir. Habla sobre las nuevas formas de autoritarismo presentes en la región. Dice que “para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia... Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia (o la solución de la pobreza, cabe añadirlo), para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad”.

Pues bien, a partir de 2008 hasta el presente, en ejercicio de su control de convencionalidad y atendiendo a la democracia y sus instituciones, en casos emblemáticos – *Anzaldo Castro* de 2009, *Manuel Cepeda Vargas* de 2010, y *Gelman* de 2011 – los jueces de la Corte Interamericana se expresan alrededor de los derechos propios al juego democrático que no pueden enervar los Estados parte ni sus correspondientes órganos de Justicia.

Citan, al efecto, que ante los derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de asociación, se “hace necesario analizarlos en su conjunto”; observan que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible

de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas".

En cuanto a las nuevas formas de autoritarismo y el sobreviviente "derecho penal del enemigo", a lo ya dicho supra por el juez García Ramírez añade que este – de espaldas a la democracia – se ha estado construyendo en América Latina "para sancionar, con disposiciones especiales, a los adversarios". Analizan, seguidamente, el rol de la oposición democrática, advirtiendo que sin ella "no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad" libre y por ende "debe ser garantizada por los Estados".

El principio democrático de la división de poderes, en lo particular el de la independencia de la judicatura, son abordados por la Corte a partir de 1997. Al primero le sitúan como característica del Estado democrático, y a la segunda, como uno de los objetivos de la referida separación o especialización en las funciones del Estado y como garantía que beneficia a la persona humana y sus derechos.

Seguidamente, ajustan los jueces de la Corte Interamericana lo esencial en cuanto a lo último, a saber, que "el ejercicio autónomo [de los jueces, como parte del derecho al debido proceso] debe ser garantizado por el Estado, sea en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, sea en conexión con su vertiente individual, cabe decir, con relación a la persona del juez", tal y como lo prescriben en el Caso *Reverón Trujillo* de 2009.

A partir de los Casos de *la Corte Suprema de Justicia* y el *Tribunal Constitucional* vs. Ecuador, ambos de 2013, precisa la Corte que "el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes" constituye no solo "un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático", provocando su "desestabilización". Ello se repite, recién y como experiencia antidemocrática, en El Salvador.

De modo innovador tales predichos, contenidos en la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le dan carácter operativo y vinculante a la Carta Democrática Interamericana. Entiende, por lo mismo y en aplicación de esta, que al violarse determinados derechos humanos, de ordinario puede haber lugar a una "violación multi frontal" de la Convención Americana; sea a las normas que consagran derechos, sea al contexto democrático que las encierra, tal y como lo precisa el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer McGregor P.

La enseñanza no se hace esperar.

Al tratarse del control de convencionalidad que ejercen los jueces nacionales, en suma, parece llegada la hora de que al balancear la aplicación de sus leyes y hacer valer los contenidos de la Convención Americana, en los supuestos en que proceda, asuman la

obligación de invocar, interpretar y aplicar con criterio de progresividad las normas de la Carta Democrática Interamericana, por fundada en el emergente derecho humano a la democracia. Han de proveer a su desarrollo doctrinario por vía del mismo diálogo jurisprudencial, y de constatar su eventual violación por los demás órganos del Estado sobre cuyos actos o comportamientos se pronuncien, han de extraer las consecuencias en los supuestos concretos de violación de los derechos que consagra la Convención Americana.

Es esto lo que, de conjunto, cabe describir apropiadamente como el control de convencionalidad de la democracia. No por azar, el antes citado juez Ferrer McGregor afirma en el Caso *de Cabrera García y Montiel Flores* vs. México de 2010, que: "en definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el «control difuso de convencionalidad» es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".

Según él, "contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" – entre los jueces nacionales y los interamericanos – seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas", sostiene.

3 CONTROL DEMOCRÁTICO DE CONVENCIONALIDAD

En el mismo sentido, como reverso, sin incurrir en una perogrullada adquiere pertinencia institucional, seguidamente el «control democrático de convencionalidad», sea por la Corte o sea por los jueces nacionales, como una suerte de mandato que se deriva de la misma Convención y, aquí sí, de forma directa.

La cuestión la plantea, por vez primera, el Juez *De Rouaix Rengifo*, en 1999, a propósito del Caso *Castillo Petruzzi* y a fin de destacar que "el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría... que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana".

Para ello, De Rouaix se funda en las citadas previsiones convencionales que atan a toda la Convención desde su Preámbulo, fijan el marco para su interpretación, y marcan el contenido y límite de los derechos humanos reconocidos y mudados en deberes, remitiendo, exactamente, a las justas exigencias del Bien Común en una democracia.

Este asunto o cuestión que hoy interpela, a modo de conclusión, no es sólo el deber que invoca el

juez mencionado refiriéndose a quienes tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, sea en el ámbito interamericano, sea en el doméstico. Antes bien, es la significación que tiene dicho ejercicio de constatación fáctica y hermenéutica por sus consecuencias directas en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado. Ello es así tanto para el desarrollo de una doctrina más actual sobre la cuestión de la tríada: Democracia/Estado de Derecho/ Derechos Humanos, como en el ámbito específico de la señalada responsabilidad de los Estados y de las obligaciones que pesan sobre la comunidad internacional en su conjunto.

Como lo sabemos, el artículo 63 de la Convención dispone que: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte – léase también el juez nacional – dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados". En la práctica esto demandaría no sólo la restitución formal del derecho enervado por parte del Estado concernido y declarado responsable, sino, a la luz de la reflexión anterior, la creación por éste y como exigencia jurisdiccional de un contexto democrático e institucional apropiado que haga posible tal restitución, por ser el reflejo de la dignidad humana vulnerada.

Además, como la norma convencional mencionada, de seguidas prevé que ha de disponerse "asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada", viene de suyo que tales consecuencias e indemnizaciones pueden agravarse si las violaciones constatadas son la obra de los comportamientos claramente antidemocráticos del Estado parte responsable, entre otros, a manera de ejemplo, dadas sus violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos como política oficial.

La anterior premisa, en modo alguno permite colegir, sin más, que a un Estado con reconocidos estándares de experiencia democrática se le ha de presumir como que respeta y garantiza adecuadamente los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. La Corte Interamericana aclara, por ende, que tales parámetros – Democracia, Derechos Humanos, Estado de Derecho – se retroalimentan, incluso como límites al poder de las mayorías en la democracia. Ya lo hemos mencionado.

Concluyo este apartado, entonces, haciendo presente una consideración pertinente de Laurence Whitehead, autor de la obra *Democratización*, publicada en 2013, que comparto a cabalidad y sirve para el ejercicio del control judicial democrático en materia de derechos humanos:

"La democratización debe entenderse como un proceso de final abierto. La democracia es

«esencialmente discutible» no sólo porque nuestros valores puedan diferir, o porque nuestros conceptos políticos puedan carecer de validación lógica o empírica final, sino también porque nuestra cognición política es en sí misma crítica y reflexiva".

García Ramírez nos recuerda, en suma, que "conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos", expresa en su voto con motivo de la Opinión Consultiva OC-20/2009 de la Corte.

4 TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

La cuestión del diálogo jurisprudencial en doble vía y entre jurisdicciones como la interamericana y la de los Estados parte en la Convención Americana, puede sugerir, a primera vista, que dicha técnica hermenéutica y garantista, en la práctica, reinstala la añeja tesis dualista sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado, o deja sin basamento a la prédica del monismo con primacía del Derecho internacional. Creo, sin lugar a duda, que se trata de una consideración desfasada e inadecuada en el campo de la protección convencional de derechos humanos.

Si damos cuenta de la actual estructura funcional del sistema internacional, la Convención Americana – de la misma forma en que se lo plantea el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – apela al criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional de derechos humanos con relación a los ordenamientos nacionales; de donde la retroalimentación en doble vía que sugiere el diálogo jurisprudencial entre jurisdicciones tiene un límite, a saber, el adecuado cumplimiento o no por el Estado parte de sus obligaciones convencionales y su valoración a la luz del principio *pro homine et libertatis*.

Cabe observar, a todo evento, que al afirmarse la primacía de los tratados de derechos humanos o al hablarse, mejor aún, de "la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos" y de "una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad", una lectura apresurada de esos términos, así como los refiere el constitucionalista argentino Víctor Bazán, podría sugerir equivocadamente una suerte de resurrección, para los fines del diálogo jurisprudencial en cuestión, de las viejas tesis que demandan la coordinación o concertación entre ambas esferas del Derecho.

Si nos seguimos por lo que también plantea la Corte Interamericana al referirse al diálogo jurisprudencial, en cuanto al deber por parte del juez nacional de realizar los términos de la Convención a la

luz de su "corpus iuris" y de las interpretaciones auténticas que hace la primera – como lo confirma ella en el Caso *Almonacid Arellano* – puede reducirse el planteamiento a la mera reafirmación de la tesis monista con primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno de los Estados, tal y como lo confirma la propia Corte en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua de 2018.

La evolución de la comunidad internacional actual marca, antes bien, una tendencia irrefrenable hacia el solapamiento de ambas realidades: la interna y la internacional, confundiendo sus espacios sin perjuicio del criterio –todavía en vigor– que predica el carácter meramente fáctico acusado por el Derecho interno en su evaluación y control desde el ángulo del Derecho internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, es verdad, que las circunstancias del Derecho interno representan para el Derecho internacional de los Derechos Humanos meros hechos o supuestos fácticos, sujetos a su ponderación o significación jurídica por la norma internacional correspondiente, como lo indica en su Opinión Consultiva OC-13. En extremos opuestos, ora reenvía no pocas veces al propio Derecho interno del Estado para alcanzar la efectividad de sus mandatos judiciales interamericanos, así en el Caso *El Caracazo* de 2002, ora, excepcionalmente, se ha atrevido a pronunciarse sobre la nulidad de actos del Derecho interno, como el Caso *Castillo Petruzzi* de 1999.

Pero la realidad constitucional comparada demuestra que, si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporáneas dominantes son contestes y predicen el indicado principio de primacía del Derecho internacional, no por ello los Estados han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias que han impuesto, en suma, una relación "funcional" y coherente (*principio de la coherencia funcional*) entre ambos ordenamientos. Ello puede dar lugar a distintas soluciones o alternativas.

Así como la tesis dualista y monista fueron el producto necesario de una conciliación histórica y son propias a su tiempo, e igualmente, tanto como la tesis pragmática o ecléctica advierte la necesidad de promover la primacía del Derecho internacional asegurándole a los Estados un espacio de maniobra y reclamando de éstos, en contraprestación, coherencia en la actividad jurídica y en sus comportamientos, no parece exagerado postular la insuficiencia de tales tesis para la adecuada comprensión de la realidad internacional hoy en curso – Globalización sin gobernabilidad vs. ingobernabilidad y crisis del Estado-Nación – y menos para la interpretación de las descripciones normativas sobre derechos humanos en su relación con la democracia.

Lo único cierto es que más allá del Estado y de su acusado avance hacia la "desestructuración", sean cuales fueren las falencias de la emergente tendencia hacia lo mundial global, lo constante sigue siendo la presencia del hombre como fin y sujeto del orden internacional y el constitucional; el reclamo del respeto a su dignidad como tal; la diversificación racional de las formas sociales subsidiarias que este crea y recrea como Ser uno y único para su encuentro con los otros en el ámbito de las carencias; y su final fusión en la idea del género humano o la Humanidad.

Traducido o descrito este paradigma en términos normativos, significa no otra cosa que la cristalización – incluso amenazada por la gobernanza de las plataformas digitales y de la inteligencia artificial como de las cosmovisiones panteístas en boga – del principio ordenador *pro homine et libertatis* mencionado. De modo que, sometidas a tensión las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado a un proceso de reconstrucción por obra del tiempo nuevo y con vistas a las tareas del control judicial – convencional y constitucional – de la democracia, la coherencia funcional como principio ha de significar, cuando menos y en un primer trazado, el reconocimiento de ciertos datos objetivos. En mi texto de enseñanza, Código de Derecho Internacional, señalo así y como proposiciones teóricas las siguientes:

- 1) La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía; de donde, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa.
- 2) La insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado y sus órganos, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquel hacia las normas del Derecho interno para que las primeras puedan realizarse a cabalidad.
- 3) Dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone por razones atinentes al orden público internacional debe preservarlo de los riesgos de su vaciamiento.
- 4) La validez e imperio del orden público internacional reclama de su delimitación estricta y de su realización por el Estado conforme a los medios de que éste dispone.
- 5) El Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e internas ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica

con vistas al objeto cierto de las normas relacionadas (*Effet utile*).

6) En todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho interno, como de la eventual oposición – tratándose de la protección y garantía supranacional de los derechos humanos – entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing test*: optando por la solución que menos afecte el núcleo pético de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a la justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, y con vistas, por encima de todo, al principio ordenador *pro homine et libertatis*.

Condado de Broward, 9 de junio de 2021.

STJ ENTRE COGNITIVISMO E CÉTICISMO INTERPRETATIVO: OBSOLESCÊNCIA DA SÚMULA 400 DO STF

STJ BETWEEN COGNITIVISM AND INTERPRETIVE SKEPTICISM: OBSOLESCENCE OF STF PRECEDENT 400

Clayton Maranhão¹

O artigo aborda a dupla indeterminação do direito e conclui pelo cancelamento da Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal

Palavras-Chave: Interpretação Razoável; Cortes Supremas; Função Nomofilática.

The article analyses the double indetermination of the law and concludes that the precedent about interpretive enunciation number 400 of the Brazilian Supreme Court should be canceled.

Keywords: Reasonable Interpretation; Supreme Courts; Nomophylactic Function.

¹ Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduado em Técnicas de interpretação e motivação das decisões judiciais pela Università Degli Studi di Genova, Itália, e pela Universitat de Girona, Espanha (2021). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Raciocínio Probatório pela Universitat de Girona, Espanha, e pela Università Degli Studi di Genova, Itália (2019). Pesquisador visitante junto ao Istituto di Diritto Processual e Civile da Università Degli Studi di Milano, Itália. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Academia Paranaense de Direito Processual. Presidente da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Vice-Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Atua nas seguintes linhas de pesquisa: Direito Processual Civil, Epistemologia Jurídica e Raciocínio Jurídico, com especial enfoque para as suas relações com as Teorias da Decisão Judicial. Membro Fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual - IPDP.

1 A SÚMULA 400 DO STF

Enuncia o verbete 400 da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F." (STF, Sessão Plenária de 03/04/1964, DJ de 08/05/1964, p. 1239.)

Referido enunciado interpretativo fora editado no longínquo ano de 1964, e aplicado sem discussão até o início dos anos oitenta, quando então, em matéria constitucional, o entendimento passou a ter votos contrários de Ministros, ainda que em corrente minoritária (v.g. os votos do Min. Thompson Flores e do Min. Moreira Alves, este acompanhado do voto do Min. Antonio Neder, no RE nº 89.108, Tribunal Pleno, j. 28.8.1980). Na transição para os anos noventa em diante, obteve a adesão dos demais Ministros da Alta Corte, e a aplicação da Súmula 400, em matéria constitucional, passou a ser rejeitada à unanimidade de votos (v.g., Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no RE nº 115.251-6, 2a. Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 24.3.1987, unânime; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no RE nº 145.680-0, 1a. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.4.1993, unânime, RE nº 434.059-3, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7.4.2008).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, instituído pela Constituição Federal de 1988 e assumindo para si a função de Corte de interpretação da legislação infraconstitucional, inicialmente vinha aplicando a Súmula 400 nos recursos especiais (v.g. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no REsp. nº 1.009.915, 4a. Turma, Rel. Min. Carlos Fernand Mathias, ²

Segundo uma perspectiva descritiva daquilo que os juristas fazem, é inegável que não se pode confundir a atividade legislativa com a atividade jurisdicional. O texto legal é o resultado da atividade parlamentar e, ao mesmo tempo, objeto da atividade do intérprete (seja o doutrinador, o jurista ou o juiz). O "texto legal", enquanto objeto de interpretação, é considerado "dispositivo normativo", ao passo que o resultado da atividade interpretativa é que se considera "norma".

O intérprete adscrive sentido ao texto (interpretação *in abstracto* ou interpretação orientada a textos), atividade diversa da qualificação jurídica de um suposto de fato concreto, resolvendo um problema (interpretação *in concreto* ou orientada a fatos).

j. 25.11.1998), mas logo passou a rejeitá-la com base nos precedentes do STF (v.g. REsp. nº 1.063.310, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07.8.2008, unânime).

Nem o STF, tampouco o STJ deliberaram pelo cancelamento da Súmula 400, embora não mais a apliquem, sendo raros os casos que ainda ventilam pela sua aplicação buscando o não conhecimento recursal (v.g., numa hipótese atípica, que mais comportaria a incidência da Súmula 83 do STJ, o último caso de que se tem notícia aplicando-se, excepcionalmente, a Súmula 400 do STF, foi o Agravo Regimental no REsp. nº 1.581.648, 3a. Turma, j. 19.4.2016).

Objetivo deste trabalho é demonstrar a conveniência do imediato cancelamento da Súmula 400 do STF, não só pelo seu desuso na prática jurisprudencial das Cortes Supremas – acima sumariamente evidenciada, mas sobretudo por razões fundadas na *teoria da interpretação jurídica*, a seguir expostas.

2 INTERPRETAÇÃO: UM TERMO AMBÍGUO

A propósito da Súmula 400 do STF, há referência à interpretação razoável da lei. Não é tarefa simples definir o sintagma "*interpretação razoável*", tampouco o termo "*interpretação*". Limitar-me-ei apenas à ambiguidade do *termo*.

Riccardo Guastini, em toda a sua obra, professa reiteradamente que o termo "interpretação" comporta pelo menos *quatro* ambiguidades: (i) interpretação como atividade e interpretação como resultado dessa atividade; (ii) interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*; (iii) interpretação cognitiva e interpretação decisória; (iv) interpretação em sentido estrito e construção jurídica.

Kelsen, na clássica teoria pura do direito, mencionava que o direito era parcialmente indeterminado de tal maneira que forma "*uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*".³

Seguindo a linha kelseniana, Guastini assevera que invariavelmente um texto legal contém mais de uma norma, portanto, a interpretação cognitiva é a que identifica os diversos significados possíveis do marco interpretativo (ou "moldura"), vale dizer, do dispositivo normativo, sem escolher nenhum deles. É por ocasião da interpretação decisória que haverá a escolha de um dos significados identificados pela interpretação cognitiva, descartando-se os demais, também denominada de interpretação decisória *standard*. Dela

² Cf. Riccardo Guastini, *Filosofia del diritto positivo*. Lezioni [a cura de Vito Velluzzi]. Torino: Giappichelli, 2017, p. 308-317; ID, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 327-333; em linhas gerais, ID, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano:

Giuffrè, 2004, p. 43, 79, 82 e 259. As referências no texto seguem essas obras.

³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006 [ed. 1960], p. 390.

difere a interpretação criativa, por meio da qual se atribui um significado novo ao texto, isto é, não compreendido dentro do marco normativo identificado pela interpretação cognitiva.

Portanto, se de um lado a interpretação jurídica refere-se a atribuição de significado a um texto, de outro, a construção jurídica engloba uma série de operações afetas à doutrina e, no que for possível, também à jurisprudência, como por exemplo, a criação de lacunas axiológicas, a dedução de normas implícitas do sistema normativo, a construção de hierarquias axiológicas ou de princípios implícitos ou de metanormas, concretização de princípios explícitos, ponderação de princípios em rota de colisão etc.

3 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Hart asseverou que há uma "*textura aberta*" do direito, ou seja, "*áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais*", e, além disso:

"em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade."⁴

Foi Hart quem identificou três classes de teorias da interpretação jurídica: (i) formalismo, (ii) ceticismo e (iii) teoria mista. Deveras, segundo o filósofo britânico, "*o formalismo e o ceticismo sobre as regras são os Cila e Caríbdis da teoria jurídica: são grandes exageros, salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles.*"

O formalismo, também conhecido por cognitivismo, refere-se à concepção segundo a qual o intérprete apenas revela o sentido inerente ao texto legal, pois o ato de interpretar é mero ato de conhecimento. Segundo o ceticismo, o ato de interpretar é um ato de vontade. No entendimento de Hart, há "casos fáceis", que independem de interpretação, mas mero conhecimento, e "casos difíceis", situados numa "zona de penumbra", para os quais é inescapável um ato de valoração e decisão discricionária do intérprete para dirimí-los. Ou seja, a interpretação seria ora cognitivista, ora cética, por força da textura aberta da maioria dos documentos

normativos, concebendo-se uma teoria intermediária (ceticismo moderado), considerada mais adequada e que tem muitos adeptos na doutrina e na jurisprudência.

Pierluigi Chiassoni, estudioso das teorias da interpretação judicial, defende uma variante do ceticismo moderado (não-cognitivista), por ele definido como ceticismo racional (realismo pragmático), a partir de uma redefinição analítica de discricionariedade interpretativa, e, também, das teorias formalistas, que passa a denominar de teorias cognitivistas integral e parcial. Segundo Chiassoni, as teorias cognitivistas (integral e parcial) estão sujeitas a condições de possibilidade improváveis. Sua concepção de discricionariedade interpretativa envolve a necessária concepção de um Código interpretativo⁵, contendo um conjunto de regras que definam a ordem de aplicação dos diversos critérios interpretativos, reduzindo, dessa maneira, a discricionariedade judicial atualmente imperante nos diversos sistemas normativos. Portanto, Chiassoni elabora um modelo teórico voltado para uma interpretação juridicamente "correta".⁶

Assim, por exemplo, no modelo teórico de Chiassoni, se entende por discricionariedade interpretativa aquela relativa a "*um juiz qualquer e em relação à interpretação de uma disposição qualquer, o poder assumido como conferido explícita ou tacitamente pela ordem jurídica de escolher entre duas ou mais alternativas concernentes ao significado correto da disposição*".⁷

Existem outras tantas variantes de cada uma das teorias da interpretação formalistas-cognitivistas e céticas-não-cognitivistas, como o formalismo pragmático de Andrei Marmor, por exemplo, e que em razão dos limitados propósitos deste trabalho não poderão ser aqui exploradas.

No entanto, pode-se perceber que os espaços de discricionariedade do intérprete são amplos, notadamente em se tratando de interpretação judicial, sobretudo pela falta de regras que definam critérios interpretativos – os códigos interpretativos a que se refere a teoria de Chiassoni.

Constata-se de tudo quanto fora dito até o momento que o termo "interpretação" é ambíguo e que há um desacordo filosófico entre as teorias formalistas e céticas. Mas não é só. Ademais disso, concebe-se o direito como duplamente indeterminado, a complexificar ainda mais uma concepção precisa e segura de *interpretação jurídica*, especialmente de *interpretação judicial*.

⁴ Herbert L. A. Hart. O conceito de direito. 2a. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148/149.

⁵ Cf. Pierluigi Chiassoni, *Técnica da interpretação jurídica: brevíário para juristas* [tradução de Daniel Mitidiero et alii], São Paulo: RT, 2020, p. 130/132.

⁶ Pierluigi Chiassoni. *Hacia un realismo pragmático*, 'in' El problema del significado jurídico, Cidade do México: Fontamara, 2019, p. 194/195.

⁷ Pierluigi Chiassoni. *Hacia un realismo pragmático*, cit. 195.

4 A DUPLA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO

Riccardo Guastini, em sua costureira analítica, expõe que o direito é duplamente indeterminado: (i) o sistema normativo é equívoco (ambiguidade em sentido amplo); (ii) cada um dos dispositivos normativos que o integram são vagos (vagueza das normas jurídicas).

Cabe, pois, uma rápida análise dessa dupla indeterminação.

4.1 EQUIVOCIDADES DO SISTEMA NORMATIVO.

O *Sistema Normativo* é indeterminado, antes de tudo, no sentido de que pairam dúvidas sobre as normas jurídicas que lhe pertencem. Tem-se como gênero dessa indeterminação as chamadas *equivocidades* a seguir arroladas: (i) por vezes, o dispositivo normativo é ambíguo, expressando mais de uma norma com significados contraditórios (N1 ou N2)⁸; (ii) também ocorre de o dispositivo normativo expressar uma norma que expresse também outra norma (N1 e N2); (iii) além disso, pode ocorrer de uma norma implicar uma outra norma (N1 --> N2); (iv) ainda, dá-se a derrotabilidade da norma jurídica por meio de exceções implícitas, o que apenas se verifica mediante interpretação *in concreto*, cujo *exemplo* clássico é o da placa que proíbe o acesso de veículos no parque, surgindo dúvida sobre sua aplicabilidade às ambulâncias. Esse rol de ambiguidades é meramente exemplificativo.

Como fator de indeterminação do *Sistema Normativo*, considere-se que são inúmeras as possibilidades de conjugação de enunciados completos de um texto normativo, isto é, não necessariamente enunciados de um mesmo artigo, mas por vezes por enunciados de mais de um ou de fragmentos. Isso porque, é por meio dela que se opera a identificação da(s) norma(s) expressa(s) ou implicada(s) por um dispositivo normativo, ou por um fragmento de um dispositivo normativo (*fragmento* que pode ser uma parte do *caput* de um artigo de lei, ou um inciso, ou uma alínea, ou um parágrafo da lei), ou por uma combinação de dispositivos normativos, ou por uma combinação de

fragmentos de dispositivos normativos de uma mesma lei ou de leis distintas.⁹

Ademais, tem-se uma multiplicidade de métodos interpretativos (*literal, intencional, teleológico, sistemático, argumento a contrário, argumento analógico, argumento de dissociação etc.*), além das prescrições da dogmática jurídica e dos juízos de valor do intérprete, por vezes subentendidos.

Considere-se que não há concordância sobre a pluralidade de métodos interpretativos (e.g., em matéria constitucional há outros métodos, como interpretação conforme a Constituição, interpretação evolutiva, modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mutação constitucional, proibição de retrocesso etc.), tampouco há regras interpretativas que definam a ordem sequencial de aplicação de cada um dos métodos de interpretação existentes.

Michele Taruffo, por exemplo, sugere que o primeiro critério de interpretação deve partir dos fatos da causa¹⁰; Guastini separa os critérios interpretativos em duas classes: a primeira, consistente na interpretação literal; a segunda classe pelos demais métodos, todos voltados à intenção do legislador, como modo de justificar a atribuição de sentido diversa da literalidade da norma, não estando descartada a busca da intenção do legislador na interpretação literal.¹¹

Seja como for, muito desses espaços de indeterminação do *Sistema Normativo* são redutíveis por intermédio da interpretação *in abstracto*, mas não são elimináveis.

4.2 VAGUEZA DAS NORMAS JURÍDICAS.

Não bastasse o âmbito de indeterminação do *Sistema Normativo*, tem-se que cada uma das normas que o compõe padece de um espaço irredutível de indeterminação. Trata-se da vagueza dos predicados da linguagem natural. Nesse sentido, não se sabe qual a classe de fatos que a ela se subsume. Dito de outro modo, é indefinido o suposto de fato da norma, o seu antecedente normativo, também conhecido por âmbito de aplicação.¹²

Predicados são termos que denotam classes ("posse", "domicílio" etc.), não indivíduos. O significado

⁸ A indeterminação reside, inclusive, nos critérios interpretativos de definição a respeito de qual das normas expressas deve ser a selecionada. Guastini propõe reduzir essa indeterminação, sugerindo a seguinte ordem de critérios: (i) o senso comum das palavras; (ii) a intenção da autoridade normativa; (iii) a finalidade da autoridade normativa; (iv) as exigências sociais; (v) o sistema jurídico. Cf. Riccardo Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 134.

⁹ Riccardo Guastini, *Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado*, Lima: Communitas, 2010, p. 111.

¹⁰ Michele Taruffo menciona que o fato é o critério orientador de toda a operação interpretativa (decisória), cf. Michele Taruffo, *Il fatto e l'interpretazione*, "in" Ensaio sobre o processo civil [org.

Darci Guimarães Ribeiro], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 88.

¹¹ Riccardo Guastini, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, 2. ed., Torino: Giappichelli, 2006, p. 152-153. Sobre as interseções entre as doutrinas literalistas e intencionalistas, estáticas e dinâmicas, e sobre a predominância da doutrina intencionalista cf. Guastini, *Interpretar e Argumentar*, BH: D'Plácido, 2019, p. 379 ss.

¹² Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 340-341.

de um predicado é composto de dois elementos: o sentido ou intensão (conjunto de atributos) e a referência semântica ou extensão (classe de objetos). A referência depende do sentido: quanto mais preciso for o sentido dos atributos, mais restrita será a classe de objetos pertencente ao conjunto e vice-versa.¹³

A vagueza extensional recai no referencial semântico à medida da "textura aberta", além de ser dependente da vagueza intensional relativa à indeterminação dos atributos.

Considerando que a vagueza é inerente à linguagem natural, não depende de técnicas interpretativas ou da dogmática, podendo, em alguns casos, ser reduzida por meio da interpretação *in concreto*.¹⁴

5 FUNÇÃO PRECÍPUA DAS CORTES SUPREMAS

Questão relevante e que tem gerado renovados debates doutrinários diz respeito à função primordial das Cortes Supremas no direito comparado com inevitável reflexo no vértice do sistema de justiça brasileiro, tal como estruturado pela Constituição da República, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, e, com especial enfoque para o presente trabalho, ao Superior Tribunal de Justiça.

Calamandrei deu importante contribuição doutrinária quando publicou sua notável tese sobre a Corte de Cassação Francesa¹⁵, todavia, muito haveria de

ser acrescido, como observa a autorizada doutrina de Marinoni:

"Muito embora a evolução da natureza da Corte de Cassação, Calamandrei, em seu monumental trabalho sobre o tema, não teve condições de ultrapassar a ideia de que a Corte se destina a declarar o exato sentido da lei e, a partir daí, a garantir a uniformidade da sua interpretação mediante o controle de legalidade das decisões judiciais."¹⁶

Deveras, àquela época, Calamandrei estava imerso na cultura jurídica do cognitivismo interpretativo segundo o qual não se pensava na distinção entre texto e norma visto que incumbia ao juiz apenas revelar o sentido *a priori* dado pelo texto legal. Como fora pontuado neste trabalho (item 3, *supra*), para o cognitivismo, interpretar é um ato de *mero conhecimento*. Todavia, passado um século da publicação da obra de Calamandrei (1920), nenhum jurista hoje defenderia a teoria cognitivista, também conhecida por formalista, mesmo porque, já em 1934, ninguém mais do que Hans Kelsen já defendia um *ceticismo moderado*, quando publicou a primeira versão da sua *teoria pura do direito*, admitindo que o juiz além de *interpretar* a lei (o que ainda era um *mito* na cultura jurídica da época), também poderia *criar* normas no caso concreto. Já se concebia a "interpretação" como um *ato de vontade*, desde o "primeiro" Kelsen.¹⁷

¹³ Riccardo Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in: Isonomia, n° 43, outubro 2015, p. 15, nota 6. Para Juan Antonio García Amado, "um termo é ambíguo quando, em nossa linguagem usual, possui dois ou mais significados distintos e independentes" (ambiguidade semântica), ou "quando o modo de colocar as palavras num enunciado faz com que a referência desse enunciado possa ter mais de um sentido" e "de maneiras diferentes, modificando-se sua referência" (ambiguidade sintática), ao passo que há vagueza de um termo "quando não está claro a que se refere" (Juan Antonio García Amado, *Razonamiento jurídico y argumentación*, León: Eolas ediciones, 2013, p. 16-18).

¹⁴ Teresa Arruda Alvim suscitou a questão do cabimento de recurso de estrito direito aos tribunais superiores fundado em contrariedade de uma norma vaga, respondendo afirmativamente (Teresa Arruda Alvim, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo: RT, 2001, p. 235 e nota 74). O STJ enfrentou algumas vezes o tema, admitindo o recurso em todas elas, cf. AgRg no Recurso Especial 1.130.746, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.6.2013, onde se discutiu o conceito vago de "jurisprudência dominante"; REsp. n° 622.554, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.12.2006, cujo vagueza normativa questionada era a do art. 4º da Lei n° 4.348/64, quando aludia a "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas"; HC n° 461.784, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06.12.2018, e a vagueza conceitual das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; dentre outros julgados. Sobre jurisprudência defensiva, a crítica de Hermes Zaneti Jr. a respeito da vagueza do sintagma "peças necessárias" no regime do agravo de instrumento do CPC/73, (Hermes Zaneti Jr. A constitucionalização do processo, São Paulo: Atlas, p. 233).

¹⁵ Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, [Traducción de Santiago Santis Melendo], Buenos Aires: Librería El Foro, 2007 (III Tomos).

¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 4a. ed., São Paulo: RT, 2020, p. 20.

¹⁷ Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, [Traduzione di Renato Treves, titolo originale *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*], Torino: Einaudi, 1952, Cap. VI, p. 123/124, in verbis: "38. L'interpretazione come atto di conoscenza o di volontà. L'idea che sta a fondamento della teoria tradizionale dell'interpretazione, per la quale, mediante una qualsiasi conoscenza del diritto vigente, si potrebbe ottenere quella determinazione dell'atto giuridico che la norma superiore da applicarsi non ha ancora effettuato, è un'illusione contraddittoria perché urta contro il presupposto della possibilità d'una interpretazione. Il problema per cui ci si chiede quale, fra le possibilità date nello schema di una norma, sia quella <giusta>, non è un problema rivolto alla conoscenza del diritto positivo, non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico. Il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l'atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della costituzione, le leggi giuste. Come non si possono estrarre dalla costituzione a mezzo dell'interpretazione delle leggi giuste, così non si possono nemmeno estrarre dalla legge per mezzo dell'interpretazione delle sentenze giuste. Certamente, fra questi due casi esiste una differenza, ma questa è soltanto quantitativa e non qualitativa e consiste nel fatto che, dal punto di vista materiale, il vincolo del legislatore è molto più debole di quello del giudice per il fatto che il primo, nella creazione del diritto, è relativamente molto più libero del secondo. Ma anche il giudice è un creatore del diritto ed egli pure è relativamente libero in questa funzione. Appunto per questo, la determinazione della norma individuale nel procedimento esecutivo della legge è una funzione della volontà in quanto con questa viene riempito lo schema della norma generale."

Se assim é, a velha dicotomia público-privado a que se referia Calamandrei na sua tese¹⁸ seguramente está teoricamente superada. E, na prática, cabe à doutrina prescrever a transformação das Cortes Supremas, para que se adequem à essa lúdica exigência da sociedade em ver tramitando seus processos segundo a garantia fundamental da duração razoável do processo nas instâncias ordinárias, a quem incumbe a correção da aplicação da lei, deixando para o vértice da estrutura judiciária a função de garantir a unidade do direito, mediante atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito, assegurando a isonomia de todos perante o Direito.¹⁹

Com irretocável acerto, o Ministro Teori Zavazski já vaticinava no STJ:

"a mensagem deixada pelo constituinte é no sentido de que os Tribunais devem laborar pela uniformização de sua jurisprudência, assim buscando a aproximação entre os valores do jurídico e do justo, de tal arte propiciando que o princípio da igualdade se realize em toda sua plenitude. No ponto, José Ignácio Botelho de Mesquita: 'Essa uniformidade contemporânea é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência'. A se entender de outro modo, se chegaria a um 'non sense': a lei enquanto norma abstrata e geral seria oponível de maneira isonômica, indiscriminadamente, a todos os brasileiros, ao longo do território nacional; mas, já não assim quando se desse a formação de uma lide, quando então a norma comportaria diversas inteligências, ao sabor de cada órgão jurisdicional, ou de cada instância judiciária, chegando-se, no plano horizontal, ao paroxismo de a mesma lei federal merecer diversos significados, conforme se trate da interpretação paulista, por sua vez diversa da mineira, esta a seu turno distinta da gaúcha; no plano vertical, teria o jurisdicionado que aceitar uma interpretação de 1º grau, totalmente descompromissada daquela de 2º grau, e assim sucessivamente pela instâncias subseqüentes, sem um oásis de consenso onde se recompusesse a vera

inteligência da norma legal. Em breves palavras, é como se a uniformidade jurisprudencial fosse uma utopia e a discrepância, uma sorte de karma nacional, insuperável..." (v.g. REsp. nº 1.063.310, 1a. Turma, Rel. Min. Teori Zavazski, j. 07.8.2008, unânime).

É fundamental a compreensão do modelo teórico de Cortes Supremas que vem sendo defendido pela doutrina de Marinoni²⁰, Mitidiero²¹, Taruffo²², dentre outros²³, para quem a função precípua de tais Cortes não é a "*uniformização da jurisprudência*", mas, antes de tudo, a "*unidade do direito*". Como assevera Marinoni:

"Frise-se que o valor constitucional tutelado por esse novo modelo de corte – pela Corte Suprema – não é a uniformidade do direito objetivo, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes à unidade do direito que, delineado pela Corte Suprema, é dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças".²⁴

Enfim, que essas ideias se propaguem e que as Cortes Supremas do nosso país sigam esse modelo de nomofilaquia recursal (*jus constitutionis*) e da unidade do direito pelo precedente, como função proativa das Cortes de Interpretação.²⁵

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou demonstrar que a *dupla indeterminação do direito* e os inevitáveis espaços de discricionariedade judicial contribuem para a falta de *unidade* do direito federal, diante da *divergência* na interpretação e aplicação dos marcos normativos, notadamente diante da *ambiguidade* do sistema normativo e da *vagueza* das normas que o integram.

Nem é preciso dizer da relevância das questões federais que são ventiladas nos mais diversos temas, nos quais estão regulados e atribuídos (e prometidos aos cidadãos) direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos, ambientais, dentre outros direitos fundamentais, muitos deles,

¹⁸ Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, tomo III, Tít. II, Cap. V, p. 121-145, e Cap. VI, p. 147-180.

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni, O STJ enquanto Corte de Precedentes, cit., p. 129/131.

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, O STJ enquanto Corte de Precedentes, cit.

²¹ Mitidiero, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Do Controle à Interpretação/Da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

²² Michele Taruffo, *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación civil. Lima: Palestra, 2006, p. 83. ss; p. 221 ss.

²³ Cf. os artigos publicados na coletânea "Cortes Supremas. Funciones y Recursos Extraordinarios. [coord. Eduardo Oteiza], Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2011", e também "Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale.

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Francisco Mitidiero, *Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017, p. 198.

²⁵ Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Do Controle à Interpretação/Da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 66.

además, carecedores de tutela jurisdiccional por conta da *zona de penumbra* existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.²⁶

Nesta quadra histórica do Estado Constitucional (*Rule of Law*), em pleno século XXI, não há como admitir que as Cortes Supremas brasileiras não tenham como função primordial e *imediata* garantir a unidade do direito, função nomofilática, sendo, por isso, *mediata* a função uniformizadora da jurisprudência.

Portanto, admitir mais de uma *interpretação* tida por "*razoável*" a respeito do mesmo marco normativo para fatos análogos, seria um paradoxo, razão pela qual o enunciado interpretativo constante do verbete 400 da Súmula do STF, aprovado em período não-democrático, a par do seu desuso na jurisprudência do STJ, há de ser formal e definitivamente declarado inaplicável no sistema recursal daquela Suprema Corte da Federação.

REFERÊNCIAS

Arruda Alvim, Teresa. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001.

Calamandrei, Piero. La Casación Civil, [Traducción de Santiago Santis Melendo]. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007 (III Tomos).

Chiassoni, Pierluigi. Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas [tradução de Daniel Mitidiero et alli]. São Paulo: RT, 2020.

Chiassoni. Hacia un realismo pragmático, 'in' El problema del significado jurídico. Cidade do México: Fontamara, 2019.

García Amado, J. A. Razonamiento jurídico y argumentación. León: Eolas ediciones, 2013.

Guastini, Riccardo. Filosofia del diritto positivo. Lezioni [a cura de Vito Velluzzi]. Torino: Giappichelli, 2017.

Guastini, La sintaxis del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Guastini, L'interpretazione dei documenti normativi. Milano: Giuffrè, 2004.

Guastini, Saggi scettici sull'interpretazione. Torino: Giappichelli, 2017.

Guastini, Interpretación y construcción jurídica, in: Isonomia, nº 43, octubre 2015.

Guastini, Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado. Lima: Communitas, 2010.

Guastini, Il diritto come linguaggio: lezioni. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

Guastini, Interpretar e Argumentar. BH: D'Plácido, 2019. Hart, H. L.A. O conceito de direito. 2a. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

Kelsen, Hans. Lineamenti di dottrina pura del diritto, [Traduzione di Renato Treves, titolo originale Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.]. Torino: Einaudi, 1952.

Kelsen. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 2006 [ed. 1960].

Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: RT, 2017.

Marinoni, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 4a. ed., São Paulo: RT, 2020.

Marinoni. A zona de penumbra entre o STJ e o STF. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2019.

Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação/Da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

Oteiza, Eduardo (coord). Cortes Supremas. Funciones y Recursos Extraordinarios. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2011

Taruffo, Michele. Il fatto e l'interpretazione, "in" Ensaios sobre o processo civil [org. Darci Guimarães Ribeiro], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Taruffo. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil. Lima: Palestra, 2006.

Wróblewski, Józef. Sentido y hecho en el derecho, Fontamara, 2008.

Zanetti Jr., Hermes. A constitucionalização do processo, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2019.

APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL (CPCON) PARA O BRASIL¹

NOTES ON THE NEED FOR A CONSTITUTIONAL PROCESS CODE (CPCON) FOR BRAZIL

Cleverton Cremonese De Souza²



Superado um pouco o afã inicial do exame do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no ano de 2016, é chegada a hora dos juristas voltarem suas atenções para outro interessante tema, que parece paulatinamente estar ganhando força no campo acadêmico, principalmente entre processualistas e constitucionalistas.

Trata-se do debate sobre a necessidade (e em que medida) da criação de um Código de Processo Constitucional para o Brasil, o chamado CpCon, nos moldes do ocorrido em países como Peru, Bolívia e Costa Rica, que já possuem códigos em vigor.

¹ Artigo escrito no ano de 2019.

² Advogado especialista em Direito Civil, Processual Civil e Direito Aplicado. Mestre em Justiça Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade de Bolonha. É membro fundador e diretor da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, membro das Associações Argentina, Panamenha e Paraguaia de Direito Processual Constitucional. Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e de Processo Civil da OAB/PR. Diretor Tesoureiro da CAA/PR. É sócio da Marinoni Advocacia.

A discussão é completamente salutar, atual, diante da quadra do constitucionalismo que nos encontramos, e em hipótese alguma tem relação com a desqualificação do corpo normativo vigente, principalmente em relação à lei 9868/99, como uma primeira vista pode parecer.

Também nada tem a ver com a mera consolidação ou compilação de leis em um único caderno legal, como muitos reduzem e simplificam o fenômeno da codificação.

Tem muito mais a ver com a necessidade de depuração, sistematização e uniformização das normas e procedimentos atuais de defesa da Constituição e de proteção dos direitos fundamentais, que esparsos produzem efeitos deletérios para o desenvolvimento do direito e para a proteção que se destinam, principalmente a partir da insegurança jurídica que proporcionam, e com a inserção de novos elementos, talvez para corrigir lacunas legislativas e para potencializar a proteção de direitos, do que com a necessidade de qualquer rompimento abrupto com os instrumentos atualmente existentes.

No Brasil, uma instituição que muito tem se dedicado ao estudo e difusão do tema é a Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional³, atualmente presidida pelo Professor Luiz Guilherme Marinoni. Fundada no ano de 2013 por uma expressiva quantidade de renomados juristas brasileiros, além de atuar para fomentar o desenvolvimento do Direito Processual Constitucional no País, a agremiação se propõe a desenvolver ou ao menos participar ativamente da criação de um Código de Processo Constitucional Brasileiro.

Durante o seu último evento, denominado II Congresso Brasileiro de Direito Processual Constitucional, recentemente realizado em Curitiba, em painel que tratava sobre Codificação e Teoria do Direito Processual Constitucional, os Professores Francisco Ivo Dantas e Paulo Roberto de Gouvêa Medina defenderam incisivamente a viabilidade jurídica da codificação.

Paulo Medina chegou a afirmar na oportunidade que o Código de Processo Constitucional poderia conter a tendência atual ao ativismo judicial desmedido e que a codificação não seria uma utopia, mas sim uma nova perspectiva que se abria para todos nós⁴.

A proposta, contudo, pode-se dizer, não é nova. Em janeiro de 2010, através de publicação realizada na Folha de São Paulo⁵, Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva aparentemente introduziram a ideia entre nós.

Na ocasião, mencionando a necessidade de se dar unidade normativa aos processos constitucionais,

convocaram colaboradores para participar da elaboração do Código: *"Fica assim posta, aqui e agora, a ideia pioneira, a fim de que surjam os colaboradores e as colaboradoras da construção desse monumento legislativo que poderá vir a ser no breve porvir o nosso Código de Processo Constitucional"*.

Pouco tempo depois, ainda em 2010, André Ramos Tavares, ex-presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, em artigo intitulado "Por que um Código Processual Constitucional?", escrito em coautoria com Domingo Garcia Belaunde, um dos idealizadores do Código de Processo Constitucional Peruano, também sustentou a adoção de um CpCon.

Para ele, *a proposta de criação de um Código de Processo Constitucional no Brasil deve(ria) urgentemente ingressar na pauta da agenda política, posto estar intimamente ligada à efetividade dos direitos humanos*.

O eco das manifestações iniciais foi tão positivo que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em meados do ano de 2013, criou uma Comissão Especial de Juristas para a confecção de um Código Brasileiro de Processo Constitucional. Referida Comissão teve Paulo Bonavides como Presidente e Paulo Lopo Saraiva como Relator.

No final do ano de 2015, contendo 167 artigos, o anteprojeto⁶ foi protocolado no CFOAB. Dividido em 2 eixos principais, um para tratar sobre as ações de defesa dos direitos e garantias fundamentais e outro para abordar a defesa da Constituição Federal, o Código sistematizou, ou ao menos compilou, a regulamentação dos processos constitucionais relacionados às ações de defesa de direitos fundamentais e coletivos, as chamadas garantias constitucionais, e aludiu sobre *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, e até sobre o mandado de injunção, que ainda não estava disciplinado em nosso ordenamento na ocasião.

Tratou também sobre as ações de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, oportunidade em que restaram codificadas a ação direta de constitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação interventiva e a reclamação constitucional.

Novidade interessante do Código foi a criação de um novo e subsidiário instituto, o chamado mandado de garantia social, destinado a *fazer, consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventiva ou repressivamente, os direitos sociais previstos explícita ou implicitamente na Constituição Federal, contra*

³ Sítio eletrônico <http://www.abdpc.com.br>.

⁴ Disponível em: <https://youtu.be/0u-Dh5kox40>.

⁵ Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>.

⁶ Disponível em <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>

atitudes ativas ou omissivas do Poder Público ou de particulares, para os quais não exista remédio próprio.

Segundo Paulo Bonavides, citado no relatório do anteprojeto, o instrumento seria *uma conquista de irretorquível relevância nas regiões constitucionais onde se há de concretizar com mais vigor a proteção dos direitos sociais. Incomparavelmente superior ao malogrado instituto da inconstitucionalidade por omissão, conforme certifica a experiência nacional.*

Da mesma forma inédita, embora de maneira absolutamente contida, o Código versou também sobre a jurisdição supranacional e a eficácia das decisões internacionais, temas muito consentâneos e fundamentais para a formação de um *ius commune* em matéria de proteção de direitos humanos.

O Código, porém, muito provavelmente em razão da turbulência política vivenciada pelo País durante os últimos anos, que inviabilizaria uma adequada discussão do projeto no parlamento, acabou não sendo levado a efeito pela Ordem dos Advogados do Brasil, porém, é imperioso que o intento da Codificação não esmoreça.

É preciso que a doutrina foque sua atenção às nuances do Processo Constitucional, inclusive quanto à percepção de uma eventual autonomia científica do Direito Processual Constitucional, já que se trata de um ramo com características próprias e distintas das alinhavadas tão somente pelo Direito Constitucional ou pelo Direito Processual Civil, e a partir deste ponto, trabalhe com muito carinho a ideia da codificação.

Particularmente penso a questão da codificação como uma boa oportunidade para 1. dar sistematização, coerência e racionalidade ao processo constitucional; 2. promover a autonomia do Direito Processual Constitucional; 3. reorganizar os procedimentos; 4. promover o acolhimento das tendências doutrinárias e jurisprudenciais; 5. regular o diálogo entre a Corte Constitucional Brasileira e as Cortes Internacionais, notadamente em relação ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6. oportunizar a solução das controvérsias dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal; 7. tratar sobre o controle de convencionalidade; 8. promover e sistematizar a abertura do diálogo constitucional com a sociedade, principalmente através de audiências públicas; 9. regular a hermenêutica constitucional e os métodos interpretativos; 10. disciplinar a metodologia de julgamento da Corte Constitucional; 11. ampliar a importância das ações coletivas; 12. regulamentar possíveis novos instrumentos de proteção aos direitos fundamentais, como uma ação destinada à tutela dos direitos fundamentais em face de particulares, dentre outros tantos pontos que fatalmente poderiam ser albergados no CpCon.

Tecidas todas estas considerações, propugna-se que a comunidade jurídica intensifique os debates

acerca da necessidade, da amplitude e das consequências práticas e jurídicas da criação de um Código de Processo Constitucional para o Brasil, tomando em conta inclusive as experiências positivas de outros países latino-americanos, como Peru, Bolívia, Argentina e Costa Rica, para que, após o devido amadurecimento do tema, com a necessária intervenção do Congresso Nacional, com a realização de propostas concretas e bem estruturadas, o Código possa ser levado a efeito.

Quando isso ocorrer, certamente teremos os preceitos Constitucionais tornados muito mais efetivos pelo Código de Processo Constitucional.

REFERÊNCIAS

TAVARES, André Ramos; BELAUNDE, Domingo Garcia. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC. ano 4, n. 16, out./dez., 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 17.

A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL (CIVIL, PENAL, CONSTITUCIONAL)

THE ACTION OF SUBSTANTIVE LAW (CIVIL, CRIMINAL, CONSTITUTIONAL)

Edson Ribas Malachini¹



Um dos temas que têm fascinado os processualistas — e, de modo mais geral, os juristas —, em todos os tempos, é o tema da ação. Os juristas mais antigos, no tempo em que não estava nítida a separação entre o *direito material* e o *direito processual*, a situavam no campo do direito material ou substancial, chamando-a de “ação”, como aspecto do próprio *direito subjetivo*. Esse, diziam, era estático, enquanto aquela era dinâmica. Entre outras coisas, diziam que a ação era o direito reagindo à sua violação, o direito em pé de guerra; enfim, dois aspectos, ou momentos, do próprio direito subjetivo.

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialização pela Universidade Estadual de Maringá e pela Università Degli Studi di Milano (1987). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002). Professor Adjunto, aposentado, da Universidade Federal do Paraná, na graduação e na pós-graduação. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, sendo Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná e atualmente Advogado. Foi Professor e Diretor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro Fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro Honorário da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro).

1 A QUESTÃO

Um dos temas que têm fascinado os processualistas — e, de modo mais geral, os juristas —, em todos os tempos, é o tema da ação. Os juristas mais antigos, no tempo em que não estava nítida a separação entre o direito material e o direito processual, a situavam no campo do direito material ou substancial, chamando-a de “ação”, como aspecto do próprio direito subjetivo. Esse, diziam, era estático, enquanto aquela era dinâmica. Entre outras coisas, diziam que a ação era o direito reagindo à sua violação, o direito em pé de guerra; enfim, dois aspectos, ou momentos, do próprio direito subjetivo.

PONTES DE MIRANDA explicou, com mestria inexcelsa (especialmente no Tratado de Direito Privado, nos Comentários ao Código de Processo Civil e no Tratado das Ações), que na esfera do direito subjetivo, em sentido amplo, se compreendem o direito subjetivo, em sentido estrito, a pretensão e a ação. Ao direito corresponde o dever, à pretensão a obrigação, e à ação a sujeição a ela. Não quis ele chamar a ação de direito de ação, argumentando que isso seria confundir os dois conceitos; e criticou o Código Civil alemão, de 1896 (o *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) — o primeiro a definir o conceito de pretensão —, justamente por ter, em tal definição, dito que ela é um direito. Assim, nem a pretensão, nem a ação, deveriam ser chamadas de direito, pois teríamos, nitidamente distintos: direito, pretensão e ação.

Mas o próprio mestre explica ser a pretensão o poder de exigir de outrem uma ação ou abstenção; e podemos dizer que o direito subjetivo é, em síntese, uma situação de vantagem em favor de seu titular, prevista no ordenamento jurídico do país. Há poderes contidos no direito subjetivo, sendo ele, em si, um complexo de poderes. É o resultado da incidência da lei (*lato sensu*) sobre um suporte fático (*Tatbestand*) adequado; é efeito de tal incidência, situando-se, pois, no plano da eficácia (na já clássica distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia dos fatos jurídicos). Com a incidência da lei sobre um fato, que reúne os elementos necessários nela previstos (no Direito Penal chamado de fato típico, ou simplesmente tipo – *Tatbestand*), tal fato ingressa no chamado mundo jurídico, tornando-se um fato jurídico e produzindo efeitos, um dos quais é, justamente, o direito subjetivo.

Então, se o direito subjetivo é, em suma, um complexo de poderes; e se a pretensão é o poder de exigir de outrem uma ação ou abstenção, seria errôneo definir a pretensão como o direito (poder) de fazer tal exigência? Assim fez o Código Civil alemão de 1896, de maneira indireta, ao dizer que ela (a pretensão – *Anspruch*) está sujeita à prescrição (§ 194, 1): “Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (*Anspruch*), unterliegt der Verjährung” [O

direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (pretensão) sujeita-se à prescrição].

PONTES DE MIRANDA mostrou como ninguém a existência da trilogia: direito, pretensão, ação; e teve grande preocupação em desfazer a confusão que grassava entre esses três conceitos. Mas o uso do vocábulo ação, em lugar de direito de ação ou direito de agir — falando-se em ação de direito material, ao invés de direito material de ação ou direito material de agir —, gerou uma reação despropositada dos processualistas ao conceito, pois viram o terceiro elemento da trilogia não como um poder, derivado de uma situação fático-jurídica prevista na lei (de direito material), mas como um agir; estabeleceu-se, aí, a recorrente confusão entre o direito e o exercício dele.

O essencial, nessa questão, é ver que ter a chamada ação de direito material não consiste num efetivo agir, mas tão somente em estar numa situação fático-jurídica, prevista pela lei (de direito material), em que se pode agir. Trata-se de um poder jurídico que, como todo poder, pode-se efetivamente exercer ou não. E é tão solar a existência desse poder de agir que ele está presente em qualquer lei de direito material (mais numerosamente no Código Civil), quando ela prevê a situação, em que o titular do direito deve se encontrar, para que possa exercê-lo. Por isso é que, na lição irrefutável do mestre referido, tal poder de agir, nessa situação, faz parte da *res in iudicium deducta*, do mérito da causa, tanto como o direito subjetivo básico e como a pretensão. Não basta ao juiz verificar se está presente, in casu, tal direito subjetivo (como, e.g., o direito de crédito) e a pretensão (poder de exigir a prestação vencida), mas impende que ele verifique ainda se tal direito foi violado e se surgiu então, para o autor da demanda, o poder de agir: isto é, se ele, autor, se encontrava, efetivamente, na situação fático-jurídica prevista na lei para tanto. Não basta, em suma, verificar se o autor tinha o direito (no exemplo, o crédito): é preciso examinar ainda se já havia a pretensão (dívida vencida) e se o direito foi, efetivamente, violado, fazendo surgir o poder de agir (*actio nata*). Tudo isso compõe o *meritum causae*; de modo que a dicção comum — o juiz julgou que o autor “tinha o direito” — deve ser entendida no sentido completo: o juiz julgou que ele, autor, não só tinha o direito subjetivo alegado (o crédito) mas também que a prestação vencida, apesar de exigida, não foi feita, lesando-se, assim, tal direito. Pode-se dizer, pois, que a trilogia direito, pretensão e ação, no exemplo dos direitos obrigacionais, melhor é entendida como direito de receber (crédito), poder de exigir (prestação vencida) e poder de agir (decorrente da violação daqueles, pela falta do cumprimento).

2 A LEI DE DIREITO MATERIAL

2.1. É fácil demonstrar como, em cada caso, a lei de direito material prevê as situações fáctico-jurídicas em que se pode efetivamente agir para fazer valer o próprio direito subjetivo e a pretensão. Mais: tal lei indica também o modo pelo qual podem, em cada uma dessas situações, ser tornados efetivos o direito e a pretensão; indica se há possibilidade para a realização da mesma prestação não cumprida ou se, não sendo isso possível, há opção em favor do titular da ação; e indica, ainda, quem está legitimado a exercê-la e contra quem.

Isso ocorre nas diversas leis de direito material, sejam de direito privado, sejam de direito público. Para demonstrá-lo vamos ater-nos ao Código Civil, sem dúvida a mais extensa e a mais básica lei de direito material, já que cuida dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções de todas as pessoas; é, depois da Constituição, o estatuto fundamental da cidadania. Nesse Código, tal previsão aparece, só diretamente com a palavra "ação", nada menos do que 73 (setenta e três) vezes. Vejamos:

[Fraude contra credores] "Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé."

[Prescrição] "Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente." "Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: [...] III – pendendo ação de evicção." "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva." "Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: [...] II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador [...]."

[Solidariedade passiva] "Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores." "Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida."

[Pagamento] "Art. 306. O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do

devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação."

[Novação] "Art. 363. Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição."

[Cláusula penal] "Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena."

[Venda com reserva de domínio] "Art. 526. Verificada a mora do comprador, poderá o vendedor mover contra ele a competente ação de cobrança das prestações vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido; ou poderá recuperar a posse da coisa vendida."

[Doação] "Art. 560. O direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide." "Art. 561. No caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado."

[Empreitada] "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito."

[Mandato] "Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores." "Art. 671. Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devera comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigá-lo à entrega da coisa comprada." "Art. 673. O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente." "Art. 679. Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções."

[Comissão] "Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes."

[Transporte] "Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva." "Art. 744. Ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecendo o disposto em lei especial. Parágrafo único. O transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias, uma das quais, por ele devidamente autenticada, ficará fazendo parte integrante do conhecimento." "Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência." "Art. 754. As mercadorias devem ser entregues ao destinatário, ou a quem apresentar o conhecimento endossado, devendo aquele que as receber conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos. Parágrafo único. No caso de perda parcial ou de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias a contar da entrega."

[Seguro] "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente." "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório." "Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já

formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago."

[Gestão de negócios] "Art. 867. Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber. Parágrafo único. Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade."

[Pagamento indevido] "Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador."

[Títulos de crédito] "Art. 899. O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final. § 1º Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores. § 2º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma." "Art. 909. O proprietário, que perder ou extraviar título" [ao portador], "ou for injustamente desapossado dele, poderá obter novo título em juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos. Parágrafo único. O pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se se provar que ele tinha conhecimento do fato." "Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título. § 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário. § 2º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores." "Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação." "Art. 916. As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé."

[Responsabilidade civil] "Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)." "Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu

o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido."

[Liquidação de sociedades] "Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembleia. Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber." "Art. 1.110. Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos."

[Nome empresarial] "Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato."

[Posse] "Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era."

[Aquisição da propriedade imóvel] "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."

[Condomínio] "Art. 1.318. As dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante; mas terá este ação regressiva contra os demais." "Art. 1.358-D. [Incluído pela Lei 13.777, de 2018] O imóvel objeto da multipropriedade: I – é indivisível, não se sujeitando a ação de divisão ou de extinção de condomínio; II – inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo."

[Propriedade resolúvel] "Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor."

[Penhor] "Art. 1.435. O credor pignoratício é obrigado: [...] II – à defesa da posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória [...]."

[Hipoteca] "Art. 1.481. Dentro em trinta dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu. [...] § 4º Disporá de ação regressiva contra o vendedor o

adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora, o que pagar a hipoteca, o que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra e o que suportar custas e despesas judiciais."

[Invalidade do casamento] "Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público." "Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. [...]" "Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: I – cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550; II – dois anos, se incompetente a autoridade celebrante; III – três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557; IV – quatro anos, se houver coação. [...]" "Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade."

[Dissolução da sociedade e do vínculo conjugal] "Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. [...]" "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado." "Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão."

[Proteção da pessoa dos filhos] "Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da

distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. [Redação da Lei 11.698, de 2008] [...]"

[Filiação] "Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação." "Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo." "Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade." "Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade."

[Alimentos] "Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide." "Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência." "Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça."

[Petição de herança] "Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua." "Art. 1.825. A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários."

[Sonegados] "Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança. Parágrafo único. A sentença que se proferir na ação de sonegados, movida por qualquer dos herdeiros ou credores, aproveita aos demais interessados."

[Pagamento de dívidas em inventário] "Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os

herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. § 1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução. § 2º No caso previsto no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de trinta dias, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada." "Art. 1.999. Sempre que houver ação regressiva de uns contra outros herdeiros, a parte do co-herdeiro insolvente dividir-se-á em proporção entre os demais."

2.2. Com o vocábulo ação no plural temos, ainda no Código Civil, os seguintes dispositivos:

[Ausência] "Art. 32. Empossados nos bens, os sucessores provisórios ficarão representando ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro àquele forem movidas."

[Bens imóveis e móveis] "Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta." "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações."

[Invalidade do negócio jurídico] "Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor."

[Pagamento com sub-rogação] "Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores." "Art. 350. Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor."

[Compra e venda] "Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço. § 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria

realizado o negócio. § 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso. § 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*." "Art. 501. Decai do direito de propor as ações previstas no artigo antecedente o vendedor ou o comprador que não o fizer no prazo de um ano, a contar do registro do título. Parágrafo único. Se houver atraso na imissão de posse no imóvel, atribuível ao alienante, a partir dela fluirá o prazo de decadência."

[Venda com reserva de domínio] "Art. 528. Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato."

[Depósito] "Art. 636. O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira."

[Mandato] "Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas ao constituinte as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador. Parágrafo único. É irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de negócios encetados, aos quais se ache vinculado."

[Seguro] "Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins. § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo." "Art. 800. Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro."

[Habilitação para casamento] "Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os

fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé."

[Regime de bens entre os cônjuges] "Art. 1.645. As ações fundadas nos incisos III, IV e V do art. 1.642 competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros."

[Tutela] "Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: [...] V – propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos."

3 A AÇÃO (DE DIREITO MATERIAL) E O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À TUTELA JURÍDICA²

Todas essas disposições do Código Civil — e seria fácil mostrá-las em outras leis de direito material, quer de direito privado, quer de direito público, como antes se disse — evidenciam, a nosso ver, que a ação existe, a partir da incidência da lei sobre um fato efetivamente ocorrido (e nela previsto), antes de qualquer ato postulatório em juízo. Como já se anotou, é preciso sempre distinguir a existência da ação de seu exercício. Quando se propõe a ação em juízo (expressão empregada diversas vezes pelo Código Civil, como visto nos artigos acima transcritos), se está exercendo algo de que se é titular, por atribuição da lei. Mas pode-se, é claro, ter a ação e não exercê-la, como se pode ter qualquer direito e não exercê-lo.

Uma das expressões mais usadas pelas leis de direito material (como se viu, aliás, dos artigos do Código Civil transcritos) é, justamente, a de que o titular de um direito tem ação, para tornar efetivo tal direito e a pretensão dele decorrente, quando essa — que é exigibilidade para a satisfação —, exercida, não foi satisfeita pelo obrigado; e a ação faz parte da pretensão, é elemento dela, como explicou PONTES DE MIRANDA. E para tornar efetivo o direito e a pretensão, o respectivo titular tem de pedir ao Poder Judiciário que, depois de verificar que ele realmente tem, no caso concreto, o direito, a pretensão e a ação alegados, emita um provimento declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo; e, ainda, que, na sequência desse provimento, pratique ou ordene os atos complementares para realizá-lo. Ou, se tiver um título executivo — que o autoriza a, desde logo, pedir ao juízo os atos materiais necessários à realização do direito e da pretensão, que o título faz presumir até demonstração cabal em contrário pelo devedor —, o respectivo titular tem de fazer o pedido desses atos, ao órgão jurisdicional.

² Vide, em sintonia com a doutrina de PONTES DE MIRANDA e com este ensaio, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: JusPODIVM, 2008.

Ao fazer isso o titular estará exercendo um outro direito e outra pretensão, que têm base constitucional (Const. Fed., art. 5º, XXXV) — o direito e a pretensão à tutela jurídica, prometida pelo Estado, que dela se tornou devedor e obrigado quando proibiu a justiça de mão própria e estabeleceu o monopólio da jurisdição —, uma vez que não pode exercer sua ação (de direito material, por ser estabelecida pela lei de direito material) diretamente, por atos próprios: não pode, por exemplo, tomar um bem de propriedade do devedor e vendê-lo, ou ficar com ele para si, para pagar-se de dívida de valor correspondente. Só em raros casos excepcionais (como a defesa da posse ou a “venda amigável” da coisa empenhada, permitida pelo contrato ou pelo devedor [Cód. Civil, art. 1.433, IV]), autorizados expressamente pela lei, é que pode fazê-lo. É evidente que a ação de direito material não se restringe a esses casos — ela se exerce em todos os casos em que é proposta em juízo —, erro em que incorrem alguns processualistas que não querem reconhecer-lhe a existência, por confundi-la com o que PONTES DE MIRANDA chama de “ação”, ou remédio jurídico processual, que corresponde ao exercício do direito e da pretensão à tutela jurídica; aqueles, sim, previstos e regulados, como matéria própria, nas leis processuais, especialmente no Código de Processo Civil, para atender ao dever e à obrigação do Estado. Tais direito e pretensão (assim como os correspondentes dever e obrigação) situam-se sempre no campo do direito público, e, exercidos, estabelecem a relação jurídica processual entre o titular do direito, da pretensão e da ação de direito material e o Estado (relação que se angularizará, formando outro polo, com a citação do réu); já o direito, a pretensão e a ação alegados, como *res in iudicium deducta*, na petição inicial da “ação” protocolada em juízo, podem ser de direito privado (civil, comercial) ou de direito público (constitucional, administrativo, tributário), e decorrem de relação jurídica de direito material entre o respectivo titular e o obrigado (em sentido amplo), ente público ou privado. Os primeiros são, sempre, direito subjetivo e pretensão públicos; os segundos, direito subjetivo e pretensão privados ou públicos.

Vimos exemplos abundantes da previsão da ação de direito material no campo do direito privado, em seu estatuto básico (o Código Civil). Para lembrar apenas um no campo do direito público, vejamos um dos mais expressivos, qual seja o do mandado de segurança. Desde logo está ele previsto, como direito fundamental (ao lado de outros e da previsão geral do inc. XXXV, antes mencionado), no inc. LXIX do art. 5º da Constituição Federal. Aí se preceitua, inicialmente, que se pode exercer tal ação (“conceder-se-á mandado de segurança”), que é uma das mais típicas ações mandamentais, quando se alega a necessidade de proteção a direito certo e líquido, ameaçado ou violado, com “ilegalidade ou abuso de poder”, por “autoridade

pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Ora, a Constituição é a lei material fundamental (embora contenha algumas regras processuais) e, no caso, prevê a hipótese em que a alguém, ou a alguma pessoa jurídica, cabe impetrar tal proteção do Estado. O modo de processar tal impetração é regulado pela lei processual (no caso, a Lei 12.016, de 2009, como poderia ser o Código de Processo Civil, que, aliás, tem aplicação subsidiária), mas ela não pode prever casos de cabimento sem os requisitos da lei fundamental, nem negá-lo em hipóteses contempladas nessa. É a lei material, portanto — no caso, a Lei Maior —, que prevê a situação fático-jurídica em que se considera existente a ação mandamental, em que o titular do direito certo e líquido tem tal ação. Proposta que seja ela, somente no final do processo (concedida ou não medida liminar) é que o juiz verificará se existia, efetivamente, o direito certo e líquido (comprovado documentalmente), a pretensão e a ação; isto é, se o proponente estava, realmente, na situação fático-jurídica em que a lei material fundamental concede-lhe a faculdade de invocar a tutela jurídica (ou jurisdicional) do Estado, possibilita-lhe invocá-la. Para tanto ele terá de demonstrar, apenas documentalmente (daí a certeza e liquidez do direito), que houve o fato da ameaça ou da violação a direito seu, e o fato de que tal ato foi praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”; e terá de demonstrar, ainda, como é lógico, que ele era, efetivamente, titular do direito subjetivo (público ou privado, previsto na própria Constituição ou em outra lei) ameaçado ou violado. Se for um servidor público, por exemplo, deverá demonstrar que tal ato feriu um direito seu assegurado no estatuto dos funcionários públicos ou em outra lei, ou na própria Constituição (o direito certo e líquido a que, primacialmente, essa se refere).

A Lei 12.016, de 2009, atual Lei do Mandado de Segurança (sucessora da Lei 1.533, de 1951, que vigorou entre nós por longos anos), tem algumas disposições de direito material ao lado da maior parte de disposições de direito processual. São da primeira espécie as dos arts. 1º, 3º, 5º, 21 e 23:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de

gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público. § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança." "Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente. Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação." "Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado. Parágrafo único. [Vetado]" "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante." "Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

A nosso ver, torna-se impossível — ante todas as disposições das leis materiais nesse sentido —, não ver a ação já existente, para o titular do direito e da pretensão, antes de qualquer propositura em juízo; ou seja, já existente, já nascida (*actio nata*) no momento da violação (ou ameaça dela) do direito, que é o fato previsto na própria lei material, com as suas circunstâncias — o suporte fático —, para fazê-la nascer. Tanto é assim que o respectivo titular pode exercê-la ou não; apesar da violação, pode conformar-

se com ela, ou deixar de propor a ação por qualquer outro motivo. A ação já existia para ele, ele já a tinha, concedida pela mesma lei que incidiu para a criação de seu direito subjetivo e das respectivas pretensões, a lei de direito material. Em outras palavras, ele estava na situação fático-jurídica nela prevista para poder agir (quase sempre através de pedido ao Poder Judiciário) para tornar efetivos seu direito e pretensão. Por isso a ação é de direito material.

No momento em que o titular vai a juízo, para propor a ação, ele já a está exercendo, e aí invoca outro direito: o direito público subjetivo e a pretensão à tutela jurídica, de assento constitucional (Const. Fed., art. 5º, XXXV). O juiz, ao final do processo (e talvez antes, em antecipação provisória da tutela), poderá reconhecer, ou não, que o autor tinha a ação alegada, que estava, efetivamente, na situação fático-jurídica prevista na lei material para o respectivo exercício, ou que não a tinha, porque os fatos provados não demonstraram tal situação. A sentença poderá estar certa ou errada, ser justa ou injusta; mas, de qualquer maneira, ela estará reconhecendo ou não uma situação pré-existente exposta pelo autor, que, segundo ele, fez nascer a sua ação.

Por tudo isso é que PONTES DE MIRANDA, no Tratado das Ações³, nos diversos tomos respectivos, estudou minuciosamente cada uma das ações, a partir das leis de direito material (privado ou público), dedicando cada tomo, após o tomo I, tratando da teoria geral ("Ação, classificação e eficácia"), a cada uma das classes, segundo a eficácia preponderante que se espera da sentença favorável: ações declarativas (tomo II), ações constitutivas (tomos III e IV), ações condenatórias (tomo V), ações mandamentais (tomo VI) e ações executivas (tomo VII).

E tem toda a razão PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, ao dizer:⁴

"Do ponto de vista teórico, a teoria da ação de direito material possibilita, dentre outros benefícios: i) uma compreensão integral da própria estrutura da relação jurídica em sua extensão; ii) uma visão mais precisa de fenômenos como a prescrição, possibilitando a percepção de que o fato jurídico prescricional atinge a ação (e a pretensão), deixando incólume o direito subjetivo; iii) entender, com maior nitidez, fenômenos como o da exceção de direito material; iv) subsidiar a interpretação do direito, principalmente se tomarmos em consideração o uso, não raro, da palavra ação em textos jurídicos (sentido amplo) para designar uma realidade situada exclusivamente no plano do direito material".

Mas o que é decisivo, a nosso ver, é, simplesmente, que essa é uma realidade que não pode

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomos I a VII, 1970-1978).

⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da ação de direito material. Salvador: JusPODIVM, 2008 – Conclusão 13.1, p. 161.

ser negada. Mesmo que o legislador do direito processual quisesse pôr todas essas hipóteses que fazem nascer as ações, previstas hoje e sempre, abundantemente, nas leis materiais (em maior número no Código Civil) — que, afinal, regulam a vida, a personalidade, o patrimônio, os direitos, os deveres, as pretensões e as obrigações, inclusive as decorrentes de fatos ilícitos —, no Código de Processo Civil e em outras leis processuais, isso iria contra a própria natureza das coisas. É a lei material que pode atribuir ações aos que foram lesados ou, simplesmente, ameaçados; é ela que pode prever o conteúdo dessas ações, dizer o que os titulares dos direitos e das pretensões podem reclamar, quando o podem fazer, quem está legitimado a exercê-las e contra quem as podem dirigir. Ao direito processual cabe regular a forma como a existência dessa ação será verificada em juízo, desde a petição inicial que consubstancia a demanda (a “ação”) e, protocolada, dá início ao processo, seguindo-se, normalmente, o chamamento do réu, a instauração do contraditório e o desenvolver daquele até a formação da *res iudicata*. E, como se tem dito, ao alegar em juízo seu direito subjetivo (privado ou público), sua pretensão e ação, o respectivo titular está exercendo outro direito subjetivo (sempre público) e outra pretensão (à tutela jurídica), ainda de direito material (constitucional e pré-processual), esses dirigidos ao Estado. Por outro lado, é preciso sempre lembrar que, iniciada a demanda, a pretensão à tutela jurídica surge igualmente para o réu.

4 AÇÕES CONSIDERADAS BENS E OUTRAS FORMAS DAS LEIS MATERIAIS PARA SE REFERIR AO PODER DE AGIR (AÇÃO)

4.1. Como vimos das transcrições acima (nº 2.2), o Código Civil considera “imóveis para os efeitos legais” “os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram” (art. 80, I); e considera “móveis para os efeitos legais” “os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes” (art. 83, II) e “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações” (art. 83, III).

Tal é a força da existência por si das ações, antes de haver processo, que elas chegam a ser consideradas bens (imóveis ou móveis, conforme os objetos e a classe dos direitos a que se ligam). Isso acontece, outrossim, com os próprios direitos subjetivos, como se vê não só no Código brasileiro mas, por exemplo, no Código Civil alemão (§ 96 – “*Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks*”) [Direitos que são conectados com a propriedade de um terreno são considerados partes desse terreno] e no Código Civil suíço, neste caso os direitos autônomos e permanentes inscritos no registro imobiliário, como a servidão autônoma (art. 656) (“Art. 655. 1. *La proprietà*

fondiaría ha per oggetto i fondi. 2. Sono fondi nel senso di questa legge. 1) i beni immobili; 2) i diritti per sé stanti e permanenti intavolati nel registro fondiario [...]”).

E o princípio é velho — inclusive com expressa referência às ações, como no Código brasileiro —, vindo desde as fontes romanas (L. 15, D., de *diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: “*Is, qui actionem habet ad rem recipiendam, ipsam rem habere videtur*” [Considera-se que, quem tem ação para recuperar uma coisa, tem a própria coisa]), passando pelo Código Civil francês de 1804 (“Art. 526. *Sont immeubles, par l’objet auxquels ils s’appliquent: L’usufruit des choses immobilières; Les servitudes ou services fonciers; Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble*”; “Art. 529. *Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers [...]*”), pelo Código Civil brasileiro de 1916 (arts. 44, I e III, e 48, I-III) e pelo Código Civil italiano de 1942 (Art. 813 – “*Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche ai diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti i beni mobili si applicano a tutti gli altri diritti*”).

Por outro lado, o atual Código Civil brasileiro, ao falar do “pagamento com sub-rogação”, tal como já fazia o Código de 1916 (art. 988), explicita também, no art. 349 (como vimos em transcrição acima [nº 2.2]), que “a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores” — o que demonstra que as ações, assim como os “direitos”, os “privilégios” e as “garantias”, são bens jurídicos (que nascem e existem antes de haver processo, evidentemente), aptos inclusive a ser transferidos de um titular para outro.

4.2. A lei material ou substancial usa, igualmente, diversas outras formas para se referir ao poder, que surge para o titular do direito e da pretensão, de efetivamente agir, quando, num certo momento da existência deles, ocorre uma violação (ou ameaça dela), pelo descumprimento do dever e da obrigação por parte do respectivo sujeito passivo.

Por exemplo, com a palavra exigir temos, no Código Civil, o art. 12, do seguinte teor: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. [...]” Naturalmente, à eventual exigência feita diretamente ao ameaçador ou lesante, que corresponde ao exercício da pretensão ao respeito de todos à personalidade (direito absoluto), deve seguir-se a exigência atuante, consistente no exercício da ação contida na pretensão, com sua propositura em juízo. Tudo isso está compreendido na expressão legal “pode-se exigir”, não tendo a lei aqui, como em inúmeras outras passagens, usado o próprio vocábulo ação, como feito em tantos dispositivos

anteriormente reproduzidos (supra, ns. 2.1 e 2.2). E temos ainda os seguintes dispositivos que, à falta de espaço, deixamos de aqui reproduzir, ressaltando os passos relevantes e comentando-os, como seria ideal: arts. 236, 251 (com o parágrafo único permitindo, em mais um caso, a justiça de mão própria: "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido"), 260, 261, 262, 267, 270, 275, 283, 321 (com direito de retenção), 395, 411, 416, 418, 419, 436, 463, 475, 476, 500, 553, 570, 590, 604, 614, 619, 644, 700, 703, 770, 815, 826, 855, 901, 923, 943, 950, 1.027, 1.103-V, 1.110, 1.279, 1.280, 1.281, 1.286, 1.287, 1.293, 1.302, 1.320, 1.400, 1.418, 1.445, 1.490, 1.918, 1.953, 2.000.

O vocábulo *exigir*, nesses casos, em geral está acompanhado da forma verbal *pode* ou *poderá* (ou, eventualmente, *não pode* ou *não poderá*), ou da locução *tem direito de*, ou *terá direito de* (ou, eventualmente, *não tem* ou *não terá direito de*); e essa (ao lado da própria palavra *ação*, no singular ou no plural, como vimos) é uma das formas preferidas pelo Código Civil para conferir (ou, eventualmente, negar) não só a pretensão (poder apenas de *exigir*, "premiar para que outrem aja"⁵) mas o poder maior que ela contém, a *ação* (poder de agir, de realizar aquela, de torná-la efetiva, quase sempre através da jurisdição).

Outras formas, com que o Código Civil contempla os titulares de direitos e pretensões com a *ação*, ocorre pelo uso de verbos como *reclamar* (arts. 12, 150, 181, 236, 255, 307, 353, 437, 442, 500, 845, 1.247, 1.289 e 1.699), *pedir* (arts. 419, 465, 475, 478, 567, 1.115, 1.122 § 3º, 1.572 §§ 1º-3º, 1.694, 1.821, 1.924, 1.968 § 1º), *pleitear* (arts. 119, 158 § 2º, 178, 179, 480, 1.647-II, 1.649, 1.691 § ún.), *demandar* (arts. 268, 414, 457, 831, 939 e 940 [proibição de], 1.559, 1.642-IV, 1.782, 1.815 §§ 1º-2º [red. da L. 13.532/2017], 1.817, 1.824, 1.827), *promover* (39 § ún., 69, 641, 1.037, 1.122, 1.433-IV e VI, 1.456 e 1.478), etc. — em geral acompanhados, igualmente, da forma verbal *pode* ou *poderá* (ou, eventualmente, *não pode* ou *não poderá*), ou da locução *tem direito de*, ou *terá direito de* (ou, eventualmente, *não tem* ou *não terá direito de*).

E o Código usa, ainda, de expressões mais específicas, correspondentes às ações de reivindicação e de resolução (de negócios jurídicos), especificando, assim, o tipo da exigência, reclamação ou pedido. Assim é que se diz que o titular do direito e da pretensão *pode* ou *poderá*, ou *tem* ou *terá* o direito de: a) *reivindicar* (arts. 637, 878 § ún., 896, 1.228 [no caput usa-se o verbo equivalente *reaver* — cf. o § 4º], 1.247 § ún., 1.314, 1.359, 1.642-III e V, 1.675 e 1.676); b) *resolver* ("a obrigação", no sentido de negócio jurídico obrigacional, arts. 235, 237, 567, 599 e 766).

Quanto a outra ação específica, a de anulação, o Código usa expressões como *é* ou *são anuláveis*, ou se refere a *poder-se anular* ou ao *direito de anular*, em inúmeros dispositivos (arts. 45 § ún., 48 § ún., 117, 119, 138, 141, 145, 148, 157 § 2º, 158, 159, 171, 177, 214, 461, 496, 533-II, 550, 849, 1.078 § 4º, 1.550, 1.551, 1.552, 1.555, 1.556, 1.558, 1.560 §§ 1º-2º, 1.649, 1.909 e 2.027). Aqui é de lembrar que nem sempre é necessário que ocorra uma violação ou lesão de direito para que se tenha a ação, como se dá com as ações declarativas e com muitas ações constitutivas; e que, em casos em que tem a ação (constitutiva negativa) de anulação, o respectivo titular *pode*, ao invés de exercê-la, confirmar ou ratificar o negócio jurídico anulável, expressa ou tacitamente (Cód. Civil, arts. 172-174) — o que mostra, mais uma vez, que se *pode* ter uma ação e não exercê-la (no caso, não propô-la em juízo). Mais: o art. 175 (tal como já dispunha o art. 151 do Código Civil de 1916, que falava em "renúncia") reza: "A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor". Ora, só se extingue, evidentemente, o que já existe; só se deixa de ter o que já se tinha, ou de dispor do que já se dispunha.

5 A DIFICULDADE INERENTE À PALAVRA AÇÃO

5.1. A maior dificuldade, parece-nos, para bem se entenderem esses conceitos, é o fato de que a palavra *ação*, normalmente, nos sugere atividade, movimento, atuação. Daí certa resistência em ver a ação de direito material, que é ação em potência, possibilidade, poder ou faculdade de agir, que, como todo poder ou faculdade, *pode* ser exercido ou não — assim como podem ser exercidos, ou não, os direitos e as pretensões. Essa possibilidade existe, para o titular do direito e da pretensão, sempre que ele estiver na situação fáctico-jurídica prevista na lei (material!) em que, além de *lhe* facultar *exigir*, ela *lhe* permite, em caso de não atendimento, ir além e agir para a satisfação da mesma pretensão (o que faz, em regra, pedindo isso ao Poder Judiciário).

Mas uma consulta ao dicionário (Houaiss) nos permite constatar que o vocábulo *ação*, se bem tenha, como primeira acepção, "[1] ato ou efeito de agir" [ex.: "ações valem mais do que palavras"], tem também as de "[2] capacidade, possibilidade de executar alguma coisa" e de "[4] faculdade de agir, de se mover" [ex.: "a notícia deixou-o sem ação"]. Além disso, o mesmo dicionário nos lembra que há, mais, uma acepção econômica do vocábulo: "[14] cada uma das partes em que se considera dividido o capital de uma sociedade

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 5, 5, p. 80 (1. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 5, 5, p. 48). *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo v, § 617, 5, p. 461.

anônima; título ou documento de propriedade, negociável e transmissível, nominativo ou ao portador, representativo de uma fração desse capital, e cujo valor nominal indica o limite dos direitos e obrigações do seu titular; papel" — acepção essa que é também jurídica, usada pelo Código Civil (arts. 1.088 e 1.090) e pela legislação especial (art. 1.089). E a etimologia (ainda segundo o Houaiss) nos esclarece que tal acepção econômica da palavra (do lat. *actio, actionis*) se deve a "influência semântica do francês *action* (no sentido definido) (1669), no qual ocorre por extensão, a partir da acepção jurídica 'processo judiciário' (1260), uma vez que, munido de uma apólice, a qual seria uma prova de seus direitos sobre o patrimônio comum, um associado poderia intentar uma ação na justiça sobre os fundos da associação". E, quanto à acepção jurídica propriamente dita, apresenta-se, antes da de [20] "meio processual pelo qual se pode reclamar à justiça o reconhecimento, a declaração, a atribuição ou efetivação de um direito, ou, ainda, a punição de um infrator das leis penais", a de "faculdade de invocar o poder jurisdicional do Estado para fazer valer um direito que se julga ter" [grifo nosso]. O mesmo precioso dicionário elucida, ainda, que a raiz *ag-* vem "do verbo latino *ago, agis, ēgi, actum, agere*", cujo primeiro significado era o de "impelir, fazer andar à sua frente" (por oposição a *dūca*, 'andar à frente de, guiar' — ver — *duz-*). Finalmente, que faculdade [do "latim *facultas, facultās*, no sentido de 'facilidade, faculdade, meio, poder, possibilidade, força, virtude, propriedade, talento natural, capacidade, arte'"], tem, entre as acepções comuns, as de "[1] possibilidade, natural ou adquirida, de fazer qualquer coisa; capacidade" [ex.: "faculdade de falar"], e "[3] licença ou permissão que se dá a alguém" [ex.: "faculdade para dispor do patrimônio"]; e que a locução "faculdade jurídica" significa "poder de quem é civilmente capaz para agir ou fazer, como sujeito ativo ou passivo, defendendo, adquirindo ou exercitando direitos, com o objetivo de obter um resultado jurídico" [grifo nosso].

De qualquer maneira, a mesma dificuldade existe para os que pensam que a ação é só processual. Embora falem eles em direito de ação — o que, na verdade, corresponde ao direito e à pretensão à tutela jurídica, pré-processual (material, portanto, e assegurada constitucionalmente) —, essa "ação", esse "agir" do demandante se resume praticamente ao ato inicial da apresentação da petição inicial ao órgão jurisdicional. Isso é revelado até pela outra

denominação que se costuma dar-lhe (e que, aliás, é mais apropriada), a de demanda (italiano *domanda*, alemão *Klage*); demanda é, sobretudo, pedido, solicitação. Daí em diante não é o autor que age, sim o próprio juízo. É claro que o autor tem de acompanhar o processo até o final, praticando todos os atos que lhe incumbem; mas o mesmo tem de fazer o réu — que, como já se disse, tem o mesmo direito e pretensão à tutela jurídica —, se quer se defender eficazmente. Os direitos, deveres e ônus processuais tocam a ambas as partes, mas quem conduz o processo é o juiz; é ele, portanto, que age, principalmente, no processo, inclusive encerrando-o com a sentença, que, se apreciar o *meritum causae* — em que se compreende a ação (de direito material) —, faz coisa julgada (igualmente substancial); e assim também na fase de cumprimento da sentença ou no processo de execução de título executivo extrajudicial, em que (se não tiver havido impugnação ou embargos, ou se esses tiverem sido julgados improcedentes), encerra o processo também com sentença após a prática do último ato da execução.

5.2. Daí dizer PONTES DE MIRANDA, expressivamente, que "ao conceito de ação, no sentido do direito material, não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduza. A ação existe durante todo o tempo que medeia entre nascer e precluir,⁶ ou por outro modo se extinguir"; e que "a prescrição não a faz precluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça pelo Estado), que se pode dar (e é frequente dar-se) que se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existem, ou não existiam quando foram deduzidas".⁷

E antes havia esclarecido, em passo que, por ser síntese perfeita, não se pode deixar de aqui reproduzir:⁸

"De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para a satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, exijo-o; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, ajo condenatoriamente, condeno e executo. Os dois atos só são hoje permitidos onde a lei especialmente os permite. A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandado e da execução; essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são

⁶ O autor entende que o termo técnico exato, para a chamada "decadência", é preclusão (daí falar em "nascer e precluir").

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 24, 1, ps. 155-156 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 24, 1, p. 114). Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo V, § 623, 1, p. 481.

⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 5, 5, ps. 79-80 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 5, 5, ps. 47-48). Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo V, § 617, 5, ps. 460-461. [Grifo nosso apenas em "a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação".]

objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima. Por isso mesmo, os juristas que confundiram e ainda confundem a actio e a pretensão à tutela jurídica (que é sempre de direito público), não só desatendem aos antecedentes históricos, como à sistemática do direito. A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta*. A ação não é "direito à proteção judicial". O próprio L. ENNECCERUS (Lehrbuch, I, 574), que reconhecia dever-se a ADOLF WACH (Handbuch, I, 19 s.), portanto ao ano de 1885, a nítida distinção entre a ação e a pretensão à tutela jurídica, ainda não se havia livrado da anterior confusão (nem dela se livrou HANS CARL NIPPERDEY, na 39ª ed.). A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido. Quem age é ágil; quem cumpre o que deve é exato. Cumprir é exação; exigir é premir a exação."

6 O ART. 189 DO CÓDIGO CIVIL

O legislador do Código Civil de 2002 cometeu grave erro no art. 189,⁹ ao dizer: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Tentou justificá-lo MOREIRA ALVES, autor da parte geral do anteprojeto do Código,¹⁰ mas inutilmente. Quis ele "simplificar", suprimindo um dos termos da trinca — direito subjetivo, pretensão e ação (de direito material) —, ou seja, a ação, ficando apenas com os dois primeiros. Mas aí contrariou o seu próprio modelo, o Código Civil alemão, que, já em 1896, fixou o conceito de pretensão (*Anspruch*), no famoso § 194, 1:¹¹ "O direito de exigir de outrem uma ação ou abstenção (pretensão) sujeita-se à prescrição". E veja-se que o anteprojeto,

tornado lei, seguiu a mesma técnica, de definir a pretensão ao dizer que é ela que é atingida pela prescrição. Mas aquela definição é completamente divergente dessa, que é a correspondente à *communis opinio* que se formara na Alemanha no final do Século XIX.

O legislador não tem o poder de mudar a natureza das coisas. Na hipótese mais comum, em que a pretensão é o poder de exigir de outrem uma prestação, positiva ou negativa, é bastante evidente que ela não surge, não "nasce" apenas depois que houve a violação do direito. Basta lembrar a hipótese em que o vencimento da dívida não tem data determinada e é necessária a interpelação do devedor para constituí-lo em mora: se ele, interpelado, cumpre a prestação, não houve lesão do direito de crédito; houve somente exercício da pretensão, com a exigência do cumprimento, que foi atendida. O que não chegou a nascer foi a ação, não a pretensão. Ninguém pre-tende só depois que seu direito já foi violado: pretende antes, exigindo; depois, não vai mais apenas exigir, e sim agir, conforme lhe permite a lei nas inúmeras situações fáctico-jurídicas previstas (como se viu). Como observa PONTES DE MIRANDA, "¿que nos importa a crítica de OTTO VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, I, 320), a quem 'pretensão' pareceu conceito intermédio, ondulante, entre direito (subjetivo) e ação, se realmente existem esses três estados?"¹²

Tendo em vista, inclusive, a limitação de espaço para este ensaio, não é aqui o lugar para tratar *ex professo* do tema, mas algumas considerações são necessárias porque o art. 189, norma nova no Código Civil, embaralha as noções de pretensão e de ação (de direito material).

Pelas considerações antes feitas, o art. 189 não tem valor jurídico na parte em que, como dissemos, foge ao legislador o poder de mudar a natureza das coisas; na parte em que diz que a pretensão só nasce, para o titular, com a violação do direito (quando o que nasce é a ação). Mas vale e é eficaz, a nosso ver, e tem de ser observado, como regra geral de que os prazos de prescrição só têm início no momento em que se

⁹ Nesse sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso no processo civil, nº 2.3, in "Teoria Quinária da Ação" (Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento [coordenadores Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira]). Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 379.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro (subídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157 (nota 7). Nessa nota, aliás, MOREIRA ALVES lembra significativo passo de F. C. von SAVIGNY no *System des heutigen römischen Rechts* (tomos I-VIII, 1840-1849), na tradução italiana de Scialoja (*Sistema del diritto romano attuale*, tomo V, § 205, p. 5), que ora, por sua vez, traduzimos: "A relação aqui descrita, nascente da lesão do direito, se chama direito de agir ou ainda ação, quando se refira esta expressão à simples faculdade do ofendido: de fato, ela é usada ainda para designar a efetiva atividade do ofendido, a qual se

manifesta em forma determinada, caso em que significa o próprio fato de agir e, portanto (pressupondo-se o processo escrito), é sinônima de citação ou libelo introdutivo. Aqui se pode falar apenas da ação naquele primeiro (substancial) significado da palavra, isto é, do direito de agir: a ação no segundo significado (formal), ou seja, o ato mercê do qual se faz valer o direito, com as suas condições e formas, cabe ao procedimento".

¹¹¹¹ Cf. o texto original no nº 1, supra.

¹² E acrescenta que "E. I. BEKKER (*Actionen des römischen Privatrechts*, 17) pôs clara a diferença no tocante aos deveres do obrigado". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, Prólogo, II, p. XXIII. [As obras dos dois autores, citadas, são: GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (Direito privado alemão), München und Leipzig, I, 1895; e BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, As Ações do Direito privado romano, Berlin, I, 1871.]

considera que a prestação não foi cumprida, ou em que houve lesão a direito absoluto. Por exemplo, se houve interpelação, depois de terminado o prazo nela fixado; e no caso de um esbulho possessório, ou de uma ofensa a direito da personalidade, na própria data do fato. Sempre foi assim, aliás, independentemente da nova disposição legal, no que se refere à interrupção das condutas continuadas de abstenção de atos que firam os direitos absolutos, com sujeitos passivos totais (como os direitos reais), ou os direitos relativos, com sujeitos passivos determinados (como os obrigacionais). Mas têm de ser observadas as regras especiais, que prevalecem, para o início da contagem dos prazos prescricionais, no art. 206 (a que faz remissão o art. 189), que estabelece, ao lado do prazo ordinário ou comum de 10 (dez) anos, prazos também especiais, menores.

Fez interpretação crítica, também, do art. 189 do Código, o Enunciado 14, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nestes termos: "1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".

Há, a nosso ver, reparos a fazer a esse enunciado. Está ele certo, no item 1), ao "corrigir" o Código, afirmando que a pretensão "decorre da exigibilidade do direito subjetivo"; mas é interpretação *contra legem* naquilo em que o art. 189 é norma criticável, mas válida e eficaz, ao estabelecer a regra geral (salvo as regras especiais do art. 206) de que o prazo prescricional só tem início no momento em que se considera "violado o direito"; pois aberra da lógica a ideia de que algo se "extinga", como diz a norma, antes de "nascer" — e tal nascimento, segundo ela, só ocorre com a violação. Por outro lado, não se ressaltaram, nesse item do enunciado, os termos iniciais especiais dos prazos menores de dez anos (art. 205), estabelecidos no art. 206.

Já o item 2) do enunciado incorre, quanto aos direitos absolutos ou às obrigações de não fazer, no mesmo erro do art. 189, ao confundir pretensão com ação (de direito material). No caso dos direitos absolutos, não é a pretensão que "nasce imediatamente após a violação do direito", e sim a ação. A pretensão, como explica muito bem PONTES DE MIRANDA, nasce desde logo, com o próprio direito (o direito real, o de personalidade); irradia-se erga omnes, tem sujeito passivo total, e consiste na exigência de abstenção geral de atos que ofendam tal direito. Enquanto há a observância do dever geral de abstenção existe só pretensão; no momento em que alguém infringe tal dever, violando o direito, o que surge para o titular é a ação, que aí, sim, dirige-se contra sujeito determinado.

Quanto à obrigação de não fazer, é ainda mais claro que a pretensão existe desde o momento em que o direito a que se liga se torna exigível (o que pode ocorrer já no momento da formação da relação jurídica ou em outro posterior); é então que surge, para o sujeito passivo, a obrigação em sentido estrito. Aí também, enquanto o obrigado cumpre a prestação negativa, existe só pretensão; a ação nasce justamente com o ato que rompe essa conduta, descumprindo a obrigação. E o art. 189 — ao marcar como início do prazo a violação do direito — não diz respeito apenas a esses casos, mas a todos os casos para os quais o art. 206 (ou outra regra especial de lei) não estabeleceu termo inicial de contagem da prescrição.

A norma geral do art. 189, embora se refira a pretensão, na verdade ligou a prescrição, como regra geral, à ação (de direito material). Deu a essa o nome daquela. É clara a *mens legis* no sentido de fazer depender, o início do prazo prescricional, do efetivo descumprimento da obrigação ou da prática de ato ilícito que ofenda direito absoluto — em suma, de ato (ou da falta dele) que tenha "violado o direito". Ficaram ressaltados apenas os casos em que a lei mesma (o art. 206 ou outra regra especial) tenha estabelecido momento diverso para o início de contagem do prazo prescricional — como (para dar apenas o primeiro exemplo desse artigo) "para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil", a "data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado", ou a "data [em] que a este indeniza, com a anuência do segurador" (art. 206, § 1º, II, a).

E o art. 206, ao tratar de prazos especiais, tratou também de inícios de prazos especiais; e, embora fale sempre em pretensão, compreende também casos em que, conquanto os prazos sejam especiais, seguem a regra geral de serem contados somente a partir do momento em que se considere "violado o direito" (art. 189) — ou seja, o momento em que "nasce" não a pretensão, a que se refere a letra da lei, mas já a ação (de direito material).

7 FALSA QUESTÃO: SER O "DIREITO DE AÇÃO" CONCRETO OU ABSTRATO

Por tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que a longa discussão que se travou, e ainda se trava, sobre ser o "direito de ação" concreto ou abstrato sempre foi uma discussão estéril, por ser esse um falso problema. Na verdade, falava-se de realidades diversas. A ação (de direito material), como elemento da *res in iudicium deducta* — fazendo parte, pois, do mérito do processo —, só pode ser, logicamente, concreta. Cabe ao juiz verificar, em cada processo, se o autor se encontrava efetivamente na situação fáctico-jurídica prevista na lei de direito material que regula a relação jurídica, por ele invocada na petição inicial. Se sim, a demanda é

fundada ("procedente"); se não, infundada ("improcedente"). Já o chamado "direito de ação" — que na verdade é o direito e a pretensão à tutela jurídica —, esse, sim, é sempre abstrato, assegurado constitucionalmente a todos (Const. Fed., art. 5º, XXXV); não é direito a sentença favorável, o que seria pôr no começo do processo decisão que só virá no fim. A ação é dirigida contra alguém ou uma entidade, pública ou privada, que se tornará o réu ou a ré no processo a ser instaurado; a pretensão à tutela jurídica, sim, como exercício de direito público subjetivo, é que tem por destinatário o Estado. E nem essa é processual, mas pré-processual — situada ainda, portanto, no campo do direito material (constitucional). O que é de direito processual, indiscutivelmente, é a relação jurídica (processual) que se forma a partir da protocolização da petição inicial, assim como a regulação do procedimento, que, junto com aquela, forma o processo.

Daí ter PONTES DE MIRANDA resumido, com muita pertinência:¹³ "A confusão entre as pretensões, as ações e relação jurídica processual foi responsável: a) pela cinca de TH. MÜLLER e ADOLF WACH (primeira fase) em verem na ação direito público subjetivo à tutela pelo Estado, mediante sentença favorável; b) pela alusão de ADOLF WACH a direito contra o Estado; c) pela afirmação de OSKAR BÜLOW de não haver o direito público subjetivo 'anterior' ao juízo, o que nem seria verdade se atribuído ao próprio remédio processual; d) pela interminável discussão em torno à natureza da 'ação'. A decantação que posteriormente se fez precisou os conceitos e estreitou-os".

8 A DICOTOMIA DIREITO MATERIAL, DIREITO PROCESSUAL

8.1. O ensejo é oportuno para, como finalização deste ensaio, dizer uma palavra sobre a dicotomia direito material (ou substancial) e direito processual (ou formal). É tradicional essa divisão fundamental do direito, às vezes falando-se simplesmente em direito e processo. Com enfoques diferentes, usaram essa última forma dicotômica como título de seus livros BINDER (com inversão da fórmula),¹⁴ CARNELUTTI¹⁵ e, entre nós, BEDAQUE.¹⁶ CARNELUTTI releva que

"estabelecer as relações entre um e outro é o problema fundamental, que devemos resolver para o conhecimento do direito processual; em outras palavras, resolver as suas implicações". E acrescenta: "Direito e processo é, portanto, uma velha fórmula, que me parece singularmente útil para pesquisar, em profundidade, os princípios do processo civil".¹⁷ Adiante,¹⁸ afirma que "um dos primeiros resultados do saber científico sobre o direito foi exatamente a distinção entre o direito processual e o resto do ordenamento jurídico, ao qual, por contraposição, se dá o nome de direito material".

Por sua vez, PONTES DE MIRANDA esclarece:¹⁹

"O Direito divide-se em direito material e direito formal. O direito processual é mais direito formal. Direito material é o que estabelece as regras jurídicas que devem incidir nas relações entre os homens, quando tais relações não tenham por fito a realização de outras regras. Quando, porém, as regras jurídicas têm a missão de realizar o direito, quer se trate de direito material, quer de direito formal, pertencem elas ao direito formal. (É preciso que não se confundam direito material e 'regra sobre conteúdo', nem direito formal e 'regra de forma'. Uma regra sobre forma, *e.g.*, sobre a forma que deve ter um contrato, é regra de forma, sem ser regra de direito formal. Uma regra de direito formal, de direito processual, pode ser regra jurídica sobre conteúdo, e não sobre forma. A precisão da terminologia evita erros sem conta, que afeiam algumas passagens de doutrina e de jurisprudência. Nem todas as regras de direito processual são formais. Quase todas o são. *Brevitatis causa*, considera-se formal todo o direito processual, sem grandes inconvenientes, se se presta atenção ao que surge, aqui e ali, de natureza material.)

E em passo posterior²⁰ ressalta que "uma das grandes distinções, de que é suscetível o Direito, consiste" "na caracterização do que seja direito material e do que seja direito processual (formal)"; e que "o fato de serem metidas nas leis processuais regras de direito material e no direito material regras de direito processual não lhes muda a natureza".

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das Ações. 1. ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, tomo I, § 46, 2, p. 315 (1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, § 46, 2, p. 276). Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, coment. 2) ao art. 3º, ps. 147-148.

¹⁴ BINDER, Julius. *Prozess und Recht* (Processo e Direito). Leipzig: Deichert, 1927.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁷ Em nota de rodapé o autor esclarece: "Esta fórmula foi usada até agora" [o livro é de 1958] "atribuindo ao termo direito o significado de direito subjetivo; assim nos conhecidos trabalhos de Schultze,

Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung" [Direito privado e Processo em suas Relações mútuas], "Freiburg und Tübingen, J.C.B. Mohr, 1883; de Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, Deichert, 1927, e aquele recentíssimo de Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Napoli, Jovene, 1957; para mim, ao invés, direito é entendido no sentido de direito objetivo" [CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, nº 1, p. 3 e nota 2].

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, nº 20, p. 34.

¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, introdução, I, II, p. 45.

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, introdução, I, V, p. 51.

8.2. Dissemos, antes, que a pretensão à tutela jurídica é pré-processual, e que o direito pré-processual, situado já no campo do direito público (Const. Fed., art. 5º, XXXV), é direito material, faz parte dele (e não do direito processual).²¹ Tudo o que, no campo do direito, vem antes ou depois do processo, está fora dele, é direito substancial, pertence a esse; *tertium non datur*.

O Código de Processo Civil corrobora legalmente essa divisão fundamental do Direito, falando, no art. 395, ao estatuir sobre a indivisibilidade da confissão, na parte final, em "fundamento de defesa de direito material"; e depois, em outros três dispositivos, que "o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual" (art. 928, parág. único); que "é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva" (art. 976, § 4º); e que "a divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual" (art. 1.043, § 2º).

O exemplo do Código Civil italiano é significativo ao tratar, no Livro VI, Título IV, "Da tutela jurisdicional dos direitos".²² E anote-se que, embora a versão original do Código date de 1942, não houve modificação na orientação legislativa sobre a colocação dessa matéria no Código Civil, pois recentemente o Decreto-lei nº 83, de 27 de junho de 2015, convertido em lei pela Lei nº 132, de 6 de agosto de 2015, introduziu uma seção nova no Capítulo II desse título (Seção I-bis, Art. 2.929-bis), com modificações ainda feitas ao artigo pelo Decreto-lei nº 59, de 3 de maio de 2016, convertido em lei pela Lei nº 119, de 30 de junho de 2016.

O Título IV começa, no Capítulo I, com suas "Disposições gerais", por declarar, no art. 2.907, sob a rubrica "Atividade jurisdicional", que "à tutela

jurisdicional dos direitos provê a autoridade judiciária mediante demanda de parte e, quando assim dispõe a lei, também a requerimento do ministério público ou de ofício".²³ Em seguida, no art. 2.908 ["Efeitos constitutivos das sentenças"], que "nos casos previstos pela lei, a autoridade judiciária pode constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, com efeito entre as partes, seus herdeiros ou sucessores"²⁴; e, no art. 2.909 ["Coisa julgada"], que "a declaração contida na sentença passada em julgado tem efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores".²⁵

Depois, no Capítulo II, cuida "Da execução forçada", incluindo a Seção I ["Da expropriação"], com os arts. 2.910 ["Objeto da expropriação"], 2.911 ["Dos bens gravados por penhor ou hipoteca"], 2.912 ["Extensão da penhora"], 2.913 ["Ineficácia das alienações do bem penhorado"], 2.914 ["Alienações anteriores à penhora"], 2.915 ["Atos que limitam a disponibilidade dos bens penhorados"], 2.916 ["Hipotecas e privilégios"], 2.917 ["Extinção do crédito penhorado"], 2.918 ["Cessões e liberações de aluguéis"], 2.919 ["Efeito translativo da venda forçada"], 2.920 ["Direitos de terceiros sobre a coisa móvel vendida"], 2.921 ["Evicção"], 2.922 ["Vícios da coisa. Lesão"], 2.923 ["Locações"], 2.924 ["Cessões e liberações de aluguéis"], 2.925 ["Normas aplicáveis à adjudicação"], 2.926 ["Direitos de terceiros sobre a coisa adjudicada"], 2.927 ["Evicção da coisa adjudicada"], 2.928 ["Adjudicação de créditos"], 2.929 ["Nulidade do processo executivo"]; a Seção I-bis, com o art. 2.929-bis ["Expropriação de bens objeto de vínculos de indisponibilidade ou de alienação a título gratuito"]; e a Seção II ["Da execução forçada em forma específica"], com os arts. 2.930 ["Execução forçada por entrega ou desocupação"], 2.931 ["Execução forçada das obrigações de fazer"], 2.932 ["Execução específica da obrigação de concluir um contrato"] e 2.933 ["Execução forçada das obrigações de não fazer"].

Entendeu o legislador italiano que essas normas — que dispõem sobre a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas pela

²¹ Afirmando que o direito e a pretensão à tutela jurídica são pré-processuais MARCOS BERNARDES DE MELO [A ação como objeto litigioso no processo civil, IV, in "Teoria Quinária da Ação", cit. na nota 8, supra, ps. 384-396, em que esclarece que há, aí, uma relação jurídica "de direito absoluto e de direito público", "em que o sujeito ativo não é alguém determinadamente, mas, indeterminadamente, todas as pessoas, o *alter*, e o sujeito passivo é o Estado, que assim se configura: *Alter R Estado*. Trata-se, como se pode concluir, de uma relação jurídica em que o dever" [*rectius*: direito] "é a sujeito indeterminado (= sujeito ativo total, na terminologia ponteano)"] (IV, 2.2, ps. 390-391); e PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA [A ação de direito material, cit. nas notas 2 e 4, supra, nº 5, p. 77: "Embora esteja diretamente ligado ao processo, por meio do qual o Estado entrega a prestação jurisdicional, o direito à jurisdição possui um caráter constitucional (CF/88, art. 5º, XXXV); ele é pré-processual, pois sua existência é, necessariamente, anterior ao surgimento do processo, já que apenas após o exercício do direito de provocar a atividade jurisdicional é que será formada a relação jurídica processual". O primeiro, aliás, no prefácio desse último livro (págs.

12-13), anota ter Pontes de Miranda mostrado ser a pretensão à tutela jurídica "uma pretensão substancial (= não processual) que, no sistema jurídico nacional, tem natureza constitucional".

²² TITOLO IV – *Della tutela giurisdizionale dei diritti*.

²³ [Attività giudiziaria] *Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio.*

²⁴ [Effetti costitutivi delle sentenze] *Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.*

²⁵ [Cosa giudicata] *L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.* (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nas notas 16 e 17, supra, nº 170, p. 275, nota 3: "Manifestamente la formula: 'fa stato ad ogni effetto', che si legge nell'art. 2909, significa 'ha effetto' [...]").

sentença; sobre os efeitos materiais da *res iudicata*, sobre a expropriação de bens no processo de execução (que não se refiram ao respectivo procedimento); sobre a entrega de coisa móvel ou a desocupação de imóvel ("de acordo com as disposições do código de processo civil"); sobre o cumprimento de obrigações de fazer a expensas do obrigado ("nas formas estabelecidas pelo código de processo civil") e a destruição das obras feitas em descumprimento das obrigações de não fazer; sobre os efeitos do contrato não concluído, em descumprimento de obrigação, produzidos pela sentença (inclusive quando se trata de transferência da propriedade de coisa ou da constituição ou transferência de outro direito) — são de direito material, e devem, portanto, estar no Código Civil, com remissão ao Código de Processo apenas no que se refere às "formas", ao respectivo procedimento.

8.3. O Código de Processo Civil brasileiro contém bom número de normas que, estando embora situadas em lei processual ou formal, são, na verdade, normas de direito material (regras heterotópicas). São, a nosso ver, de direito material as disposições que criam direitos que não sejam exclusivamente processuais, inclusive o direito de propor ação e o impedimento de fazê-lo, caso em que se identificam com as disposições existentes nos corpos de leis de direito material propriamente ditas, como as inúmeras que vimos anteriormente neste estudo. São, por exemplo, de direito material as normas constantes dos artigos: 73, caput (consentimento do cônjuge); 85, §§ 18 e 19 (honorários advocatícios); 92 (impedimento de propor ação); 105 (procuração para o foro); 125, § 1º ("ação autônoma" em caso de denúncia da lide); 240 (parcialmente, quanto à constituição em mora e à interrupção da prescrição); 304, salvo o § 4º (efeitos da tutela antecipada); 381, caput e incisos (admissibilidade da produção antecipada de prova); 393 (anulação da confissão); 404, I a IV (escusa de exibição de documento ou coisa); 486, caput e §§ 2º e 3º (possibilidade de propor nova ação, após extinção do processo); 501 (efeito da sentença sobre emissão de declaração de vontade); 502, caput, 503, 505, caput e inc. I, e 506 (coisa julgada material); 517 (protesto da decisão judicial transitada em julgado); 525, §§ 12 a 15 (inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial); 529, caput e § 3º (possibilidade de desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento ou em rendas do executado); 535, §§ 5º a 8º (inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial contra a Fazenda Pública); 557, caput (impedimento de propor ação de reconhecimento de propriedade); 557, parág. único (não impedimento de propor ação possessória pela alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa); 569 (cabimento de ações de demarcação e de divisão de terras); 571 (quanto à possibilidade de a demarcação e a divisão serem feitas por escritura pública); 572 (direito de vindicar terrenos após

demarcação ou de reclamar indenização, e formação de título executivo), 581 (restituição de área invadida), 594 (restituição de terrenos usurpados e composição pecuniária), art. 599, caput e incisos e § 2º (dissolução parcial de sociedade); 600 (legitimação para a ação de dissolução parcial de sociedade); 700 (possibilidade de propor ação monitória, inclusive "em face da Fazenda Pública"); 701, §§ 2º e 3º (constituição de título executivo judicial e cabimento de ação rescisória, em relação à ação monitória), 702, §§ 7º e 8º (constituição de título executivo judicial em relação à ação monitória em caso de embargos); 741 (possibilidade de habilitação ou de ação de cobrança de credores de herança jacente); 743, § 2º (possibilidade de "ação direta" para reclamar direitos em relação a herança declarada vacante); 783 (necessidade de título de obrigação certa, líquida e exigível para ação executiva de cobrança de crédito); 784, caput e incs. I a XII (declaração de quais são os títulos executivos extrajudiciais); 784, §§ 1º a 3º (não inibição da ação executiva por outra "ação relativa ao débito", e título executivo estrangeiro); 786 a 788 (exigibilidade da obrigação para promover a execução); 789 a 796 (responsabilidade patrimonial); 797 (direito de preferência sobre o bem penhorado); 824 e 825 (execução por expropriação); 826 (possibilidade de remição da execução pelo executado); 832 (bens não sujeitos à execução); 833 e 834 (bens impenhoráveis e penhoráveis à falta de outros); 866 e § 1º (possibilidade de penhora de percentual de faturamento de empresa); 903 e § 4º (irreversibilidade da arrematação e "ação autônoma" para indenização); 904 (satisfação do crédito); 907 (restituição do saldo ao executado); 908 (preferências para pagamento e sub-rogação); 912, caput (possibilidade de desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento); 966, caput e incisos, e §§ 1º a 3º e 5º (casos em que é possível propor ação rescisória); 966, § 4º (ação anulatória de "atos de disposição de direito" homologados no processo); 967, caput e incisos (legitimidade para propor ação rescisória); 975 (prazo de extinção do direito à rescisão de decisão judicial).

Inclui-se entre essas normas, merecendo destaque, uma das denominadas "normas fundamentais do processo civil", objeto do Capítulo I do Título Único, do Livro I da Parte Geral do Código, qual seja o art. 3º: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". Conquanto aí se diga que se trata de norma do processo civil, na verdade, por tudo o que já se expôs, antes de ser processual, essa é uma regra de direito pré-processual (substancial, portanto), concernente ao direito e à pretensão à tutela jurídica, garantido, aliás, constitucionalmente. Situa-se, pois, como todos os direitos fundamentais previstos na Lei básica, antes de quaisquer outros, tanto que aí se diz que "a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). O comando é feito diretamente ao legislador, que não pode contrariá-lo; e, se não o pode o legislador,

evidentemente nenhum juiz ou tribunal poderá fazê-lo. Assim, o art. 3º do Código de Processo Civil é mera explicitação dessa regra e, no âmbito do processo, ela, sim, é endereçada diretamente aos juízes e tribunais, explicitando-o no código de processo para que, mais claramente, se lembrem do preceito constitucional. A inclusão foi boa e, já no seu próprio campo, tal preceito é, efetivamente, "norma fundamental do processo civil".

De outra parte, é fora de dúvida que, na maioria dos dispositivos em que usa a palavra "ação", o Código de Processo Civil a usa no sentido de ação processual, de remédio jurídico processual, de demanda, e, às vezes, até no sentido de processo; o que, por ser o *quod plerumque accidit* (e por economia de espaço), nos dispensamos de aqui exemplificar.

8.4. Por outro lado, o Código de Processo Civil, conquanto use a palavra "ação" em inúmeros dispositivos, em nenhum deles define o que seja ela; e sendo a ação, em nosso entender, de direito material (como procuramos demonstrar até aqui), a lei processual básica subentende o conceito de ação que, indiretamente, é dado nos inúmeros dispositivos das leis materiais, especialmente do Código Civil, muitos dos quais foram por nós reproduzidos ou apenas indicados em itens anteriores deste ensaio. Dessas disposições legais resulta o conceito de ação como um poder, ligado ao direito subjetivo e à pretensão (de direito material), de que dispõe o titular desses para agir (indo além do exigir) — o que, salvo em casos excepcionais, é feito mediante a instauração de um processo em juízo — a fim de tornar efetivo o seu direito e a sua pretensão violados. Como poder que é, pode ser exercido ou não — o que, a nosso ver, já de si demonstra que é potência e não ato, constituindo, por isso mesmo, como também antes dissemos, o próprio mérito do processo, ou, mais exatamente, parte dele (completado pela defesa do réu), a *res in iudicium deducta*. Esse poder só é atribuído ao titular do direito e da pretensão nos casos, nas situações fáctico-jurídicas previstas nas leis materiais, que determinam, igualmente, quem está legitimado a exercê-lo, em quais condições, em que tempo, e se é transmissível a outrem, em vida ou *causa mortis*.

Que a ação, como poder de agir, em cada caso, se constitui no próprio mérito da causa, na *res in iudicium deducta*, é confirmado pelo próprio Código de Processo Civil, nos artigos em que, subentendendo esse conceito da *actio*, diz: "Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: [...]" (art. 21, caput); "Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: [...]" (art. 22, caput); "Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento da ação [...]" (art. 25); "Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado" (art. 337, § 4º); "Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de

provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido" (art. 627, § 3º); "Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença" (art. 685, caput); "Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação originária e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar" (art. 686); "Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda: [...]" (art. 968, § 5º).

Ora, é evidente que, nesses dispositivos, não se pode estar falando em "ação" processual, no remédio jurídico processual. Embora sejam também julgáveis questões processuais, exceções dessa natureza (como a de incompetência), incidentes, recursos — quando se fala em julgamento da ação é lógico que se está aludindo ao mérito do processo, àquilo que é a razão de ser da própria jurisdição, do Poder Judiciário. Os "julgamentos" com conteúdo apenas processual, formal, são excepcionais; a extinção do processo sem resolução de mérito (Cód. de Proc. Civil, arts. 485 e 486) é uma frustração judiciária; a ação rescisória, em princípio, só é cabível de "decisão de mérito" (art. 966, caput, salvo as exceções do § 2º). Tudo o que se faz no processo, enfim, é feito, fundamentalmente, em função do *meritum causae*. Aliás, é muito significativo, nesse sentido, o art. 488: "Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485"; ou seja, interessa muito mais a qualquer das partes (mesmo àquela a quem aproveitaria a simples extinção do processo) — e à própria Justiça, à própria sociedade —, o julgamento da causa, da ação (a "resolução de mérito" do art. 487), para que se realize o direito objetivo e haja efetiva pacificação do litígio (fins primordiais do processo e da jurisdição), do que o simples encerramento do processo, sem nenhuma solução do conflito de interesses.

Tomem-se os mencionados arts. 485 e 486 do Código de Processo Civil. O primeiro arrola as hipóteses em que o processo se encerra sem resolução de mérito, e o segundo ressalva, no caput: "O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação". Acode a pergunta: por que não há, nesse caso, impedimento à repropositura da ação? — que, portanto, supostamente existia e continua existindo fora do processo (que se extinguiu), podendo ser novamente exercida (reproposta) pelo autor ou não. Por que o "pronunciamento judicial" que pôs fim ao processo "não obsta" a isso? Simplesmente porque ela, a ação (que o autor afirmou que tinha, por se encontrar na situação fáctico-jurídica prevista na lei

material), não foi julgada; porque o mérito (composto por ela e pela defesa do réu) não foi “resolvido”. É a mesma ação que será reproposta e examinada pelo juiz, porque ainda não foi examinada. A “ação” processual, a demanda, protocolada (art. 312) em juízo, não existe mais, extinguiu-se com o processo; mas a pretensão e a ação (de direito material), afirmadas pelo autor da demanda anterior, supostamente ainda existem — o que será, justamente, objeto de julgamento pelo juiz.

O art. 485 diz que “o juiz não resolverá o mérito”, entre outras hipóteses, “quando: [...] em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal”. Essa disposição legal que estabelece qual ação é intransmissível, claramente, é a lei de direito material. Evidentemente, caso se tratasse de lei processual, essa seria o próprio Código de Processo Civil; ele mesmo diria, desde logo, em que casos determinadas ações (muitas das quais são nele expressamente reguladas quanto ao procedimento) seriam “consideradas intransmissíveis”. E, como já mostramos anteriormente, é a lei material (na maioria dos casos o Código Civil) que estabelece, além da situação fáctico-jurídica em que o titular do direito e da pretensão tem ação, quem está legitimado a exercê-la (quase sempre propô-la em juízo), o tempo (desde quando e até quando) ela pode ser exercida, e ainda se pode e, sendo possível, em que casos cada ação pode ser transmitida. E por que é a lei material que estabelece se a ação é transmissível, se, como pretendem tantos, ela é instituto de direito processual? Assim é, justamente, porque, como temos sustentado neste estudo, a ação é o poder, atribuído ao titular do direito subjetivo e da pretensão (de direito material), de fazê-los efetivos (em regra invocando a tutela jurisdicional), quando violados; poder esse que ele pode exercer ou não — e por isso mesmo é que é ela também (a lei material) que rege a transmissibilidade, ou não, de determinada ação.

Enfim (e para concluir), repetimos o que antes dissemos (nº 3, supra): ante tantas evidências, parecem-nos logicamente impossível não ver que a ação existe, para o titular de direito subjetivo e de pretensão (de direito material), nas situações fáctico-jurídicas previstas nas normas de direito material, independentemente de ele exercê-la, ou não, diretamente (em casos excepcionais) ou mediante pedido de tutela jurídica (garantida constitucionalmente) ao Poder Judiciário.

9 A AÇÃO PENAL

Em paralelo, deve ser lembrado, sumariamente embora (já que não há aqui espaço, nem é esta a sede para tratar mais aprofundadamente do tema), que o Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 1940) estabelece as normas básicas sobre a “ação penal”, no Título VII, arts. 100 a 106. E, embora se trate de lei antiga, foi

modernizada por uma série de leis, sem que esse ponto fundamental tenha sido alterado.

A última dessas leis modernizadoras foi a recentíssima Lei 14.155, de 27 de maio de 2021 (que alterou o art. 154-A, definidor do crime de invasão de dispositivo informático, incluído no Código Penal pela Lei 12.737, de 2012); e note-se que essa lei foi também a última que fez alteração no Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 1941), acrescentando o § 4º ao art. 70 (sobre competência). E é de notar-se, de modo particular, que as leis que modificaram estruturalmente esses códigos tampouco suprimiram o Título VII (“Da ação penal”) do Código Penal, acima referido, ou o deslocaram para o Código de Processo — ratificando, pois, o entendimento de que as regras fundamentais sobre esse tema são, efetivamente, de direito material. Tais leis reestruturadoras dessas codificações básicas foram, especialmente, a Lei 7.209, de 1984, que deu nova redação a toda a parte geral do Código Penal; a Lei 11.689, de 2008 (que deu nova redação a todo o Capítulo II do Título I do Livro II, sobre o “Procedimento Relativo aos Processos da Competência do Tribunal do Júri” — arts. 406 a 497), e a Lei 11.719, de 2008 (com alterações importantes sobre o procedimento no juízo singular), relativamente ao Código de Processo Penal; e, mais recentemente, a Lei 13.964, de 2019, que, segundo o seu preâmbulo, aperfeiçoou “a legislação penal” e a “processual penal”, alterando, além dos dois códigos, e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984), diversas outras.

Também aqui, no campo penal, é a lei material que estabelece as regras sobre a “ação pública” e a “de iniciativa privada” (Cód. Penal, art. 100), “a ação penal no crime complexo” (art. 101), a “irretratabilidade da representação” (“depois de oferecida a denúncia” pelo Ministério Público [art. 102]), a “decadência do direito de queixa ou de representação” (art. 103), a “renúncia expressa ou tácita do direito de queixa” (art. 104) e o “perdão do ofendido” (arts. 105 e 106) — afora as regras, constantes da parte especial do Código Penal, que dispõem, na definição de certos crimes, que só se procede mediante queixa ou representação do ofendido (“ou de quem tenha qualidade para representá-lo”), ou, excepcionalmente, mediante “requisição do Ministro da Justiça” (art. 100, §§ 1º e 2º).

Por outro lado, também nesse campo o estatuto processual contém várias normas de direito material (normas heterotópicas). Limitando-nos aos Títulos III e IV do Livro I do Código de Processo Penal (“Da Ação Penal” e “Da Ação Civil”, respectivamente), entendemos que são de direito substancial os seguintes dispositivos: arts. 24, 25, 28, §§ 1º e 2º, art. 28-A, caput e §§ 1º, 2º, 7º, e 11 a 14, arts. 29 a 38, art. 39, caput, arts. 42, 45, 48, 49, 50, parág. único, arts. 51 a 55, arts. 57, 58, parág. único, e art. 60, quanto à ação penal; e arts. 63, 64, caput, e 65 a 68 (quase todo o Título IV), quanto à

ação civil, promovida pelo "ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros" (art. 63).

Tentando fazer uma síntese, pode-se dizer que, cometido o crime, nasce a ação penal (*actio nata*), pois foi violado o direito subjetivo da vítima (direito à vida, à integridade física, à saúde, à honra, à liberdade sexual, ao patrimônio etc.) e sua pretensão (*erga omnes*) a que todos se abstenham de praticar atos que possam lesá-los; direito a bens jurídicos especialmente protegidos pela tutela penal, que ameaça o violador com a mais grave sanção estatal, a pena (cominando-a para cada delito definido na lei). Em certos casos, por razões de política criminal, é o próprio ofendido que deve exercer a ação penal, invocando, então, outro direito e outra pretensão (subjetivos públicos): o direito e a pretensão à tutela jurídica (a *Rechtschutzanspruch*, do Direito alemão), dando início ao processo penal com o oferecimento (protocolização em juízo) da queixa; ou pode ele não exercer a ação penal, simplesmente mantendo-se inerte (com a ocorrência, após o prazo legal, da respectiva decadência) ou renunciando àquela, tendo ainda a faculdade de perdoar o acusado.

Na maioria dos casos, porém, o direito subjetivo do ofendido é tão relevante que a ofensa a ele é, ao mesmo tempo, ofensa a um bem jurídico cuja proteção é essencial para a própria sociedade, para a paz pública e para a estabilidade das relações sociais (não existindo, ademais, razões especiais para tornar a ação penal privativa dele); ou o bem jurídico protegido é, desde logo, um bem cuja violação põe em perigo ou causa dano à própria sociedade: à paz, à ordem, à fé pública, ao patrimônio público etc., sem que se cogite de alguém particularmente ofendido. Também aí existe o direito e a pretensão (*erga omnes*) da sociedade, personificada no Estado, a que ninguém viole a lei que proíbe (com ameaça de pena) a prática de qualquer ato por ela definido como crime (inclusive, excepcionalmente, por abstenção do dever de agir), e de punir quem o fizer (*ius puniendi* e pretensão punitiva); e, se o crime ocorre, nasce a ação penal, que tem como titular (*dominus litis*) o mesmo Estado, representado pelo Ministério Público, que dela não pode dispor, nem dela desistir depois de proposta. Ao exercê-la o Estado invoca outro direito e outra pretensão (subjetivos públicos): o direito e a pretensão à tutela jurídica, exercidos perante o Estado-juiz, dando início ao processo penal com o oferecimento (protocolização em juízo) da denúncia.

Finalmente, ao julgar procedente (fundada) ou improcedente (infundada) a denúncia ou a queixa, o juiz ou o tribunal estará julgando a própria ação penal, que, juntamente com a defesa do réu, constitui o mérito do processo, a *res in iudicium deducta*, ou seja, estará julgando se ocorreu efetivamente a situação fático-jurídica prevista na lei: se houve o crime (materialidade), se o réu é o seu autor, se há causa de exclusão do crime ou da pena, ou circunstâncias

agravantes ou atenuantes (*lato sensu*), e, sendo caso, qual a pena (ou medida de segurança) a ser aplicada.

10 AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

Fizemos, no nº 3, supra, observações sobre a ação (de direito material) do mandado de segurança. Conquanto este ensaio não tenha sido escrito tendo em vista, especificamente, as ações constitucionais — mas a ação em geral —, entendemos que as conclusões antes expendidas são perfeitamente aplicáveis àquelas. Desde logo, temos a referida ação mandamental, já comentada; e, antecedendo-a na previsão constitucional (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII), a mais antiga e tradicional de todas, o *habeas corpus*, também ação inequivocamente mandamental (sem prejuízo de terem, ambas, eficácias complementares, especialmente a eficácia declaratória e a constitutiva). Faça-se uma sumária vista da previsão, na Lei Maior, das que estão reunidas em sequência no art. 5º, a partir do inciso LXVIII, da Constituição Federal:

"LXVIII — conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII — conceder-se-á 'habeas data':

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Como se vê, os pressupostos e requisitos fundamentais para que se possam exercer essas ações estão nesses dispositivos da Constituição Federal; e esses são, evidentemente, de direito material, e não de direito processual. Complementarmente, leis ordinárias, instituidoras de códigos ou avulsas, explicitam as regras básicas da Constituição com outras detalhadoras e regulamentadoras, tanto de direito material como de direito processual; mas as normas fundamentais já estão na Lei Maior.

Consoante se disse no parágrafo final do nº 3, supra, "é a lei material" — inclusive a constitucional, *mutatis mutandis* — "que pode atribuir ações aos que foram lesados ou, simplesmente, ameaçados; é ela que pode prever o conteúdo dessas ações, dizer o que os titulares dos direitos e das pretensões podem reclamar, quando o podem fazer, quem está legitimado a exercê-las e contra quem as podem dirigir", cabendo ao direito processual "regular a forma como a existência dessa ação será verificada em juízo [...]".

Vejam-se, ainda, as ações constitucionais previstas, indiretamente, na Constituição Federal, ao regular a competência do Supremo Tribunal:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [red. da EC 3/1993];

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei [red. da EC 3/1993].

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade [red. da EC 45/2004]:

I — o Presidente da República;

II — a Mesa do Senado Federal;

III — a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV — a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal [red. da EC 45/2004]

V — o Governador de Estado ou do Distrito Federal [red. da EC 45/2004];

VI — o Procurador-Geral da República;

VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;

IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...]"

E note-se — o que é assaz significativo —, que, como se observou no nº 8.4, supra, também aqui, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, e da ação de declaração de constitucionalidade, a Constituição e a lei que as regula (tal como o Código de Processo Civil, nos artigos ali mencionados), se referem ao julgamento da ação, confirmando o que ali se dizia, *verbis*: "Que a ação, como poder de agir, em cada caso, se constitui no próprio mérito da causa, na *res in iudicium deducta*, é confirmado pelo próprio Código de Processo Civil, nos artigos em que, subentendendo esse conceito da *actio*" (arts. 21, caput, 22, caput, 25, 337, § 4º, 627, § 3º, 685, caput, 686, 968, § 5º), fala em ser julgada a ação.

Assim é que nessas ações constitucionais — objetivas por excelência —, a Constituição Federal, no art. 102 (acima transcrito), dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal "I — processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal". E, por sua vez, a Lei 9.868, de 1999 — que "dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal" (como se diz em seu preâmbulo) —, prevê no art. 12 que, "havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica", poderá "submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação"; fala no art. 21, duas vezes (no caput e no parágrafo único), no "julgamento da ação"; e estatui no art. 25: "Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato."

CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM AND CONVENTIONALITY CONTROL

Eduardo Cambi¹, Leticia de Andrade Porto² Anderson Ricardo Fogaça³



Discute-se, por meio de pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, com orientação analítico-descritiva e emprego do método indutivo, o constitucionalismo multinível e a importância do controle de convencionalidade para a máxima efetivação dos direitos humanos no Brasil. Defende-se a tese da vinculação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um ônus argumentativo inerente ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

Palavras-Chave: Constitucionalismo Multinível; Controle de Convencionalidade; Diálogo entre Cortes; Direitos Humanos.

¹ Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Atualmente é professor associado e pesquisador da Universidade Estadual do Norte do Paraná, promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná e Presidente do Conselho de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Atua principalmente nos seguintes temas: ministério público, código de processo civil, direitos fundamentais, Constituição e cidadania. E-mail: eascambi@mppr.mp.br.

² Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestranda em Direitos Humanos e Democracia na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná - FEMPAR. E-mail: leticia.porto21@gmail.com

³ Juiz de Direito em 2º Grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: andersonfogaça@yahoo.com.br



It is discussed, through qualitative research, of exploratory character, with analytical-descriptive orientation and use of the inductive method, the multilevel constitutionalism and the importance of conventionality control for the maximum realization of human rights in Brazil.



The thesis of linking the precedents of the Inter-American Court of Human Rights is defended as an argumentative burden inherent to the constitutional duty to motivate judicial decisions.

Keywords: Multilevel Constitutionalism; Conventionality Control; Dialogue between Cortes; Human Rights.

INTRODUÇÃO

O processo constitucional brasileiro não pode prescindir do controle de convencionalidade, aliado ao controle de constitucionalidade, para a máxima efetividade dos direitos humanos. O Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e assumiu o dever de respeitar os tratados internacionais e amoldar o ordenamento jurídico brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por meio de pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, com orientação analítico-descritiva e emprego do método indutivo, pretende-se analisar o fenômeno do constitucionalismo multinível como meio de assegurar o pluralismo jurídico, o controle de convencionalidade e o diálogo entre a jurisdição internacional e nacional.

Dá-se ênfase ao papel do magistrado como um juiz interamericano, responsável por efetivar a interpretação e aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a melhor resolatividade do princípio *pro persona*. Defende-se a tese da vinculação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um ônus argumentativo inerente ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos integra a Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi criado com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferência Internacional Americana, ocorrida em Bogotá em 1948, onde foi adotada a Carta da OEA, a qual afirma que os “direitos fundamentais da pessoa humana” são um dos princípios fundadores da Organização.³

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é integrado pela Comissão Interamericana de

Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A CIDH, prevista na Carta da OEA (arts. 53, 91, “f” e 106), e criada em 1959, tem sua sede em Washington e é constituída por sete membros independentes. Trata-se de um órgão responsável por promover a observância e a defesa dos direitos humanos, bem como de servir de órgão consultivo da OEA. Dentre as suas funções, destaca-se o recebimento de comunicações de indivíduos ou grupos a respeito de violações a direitos fundamentais, e o processamento de Estados partes junto à Corte IDH.⁴

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos, datada de 22 de novembro de 1969, tendo sido instalada em 22 de maio de 1979. Trata-se de um órgão judicial autônomo, sediado em San José da Costa Rica. É formada por sete juízes, naturais dos Estados-membros da OEA, escolhidos entre juristas com elevada autoridade moral e reconhecido conhecimento em matéria de Direitos Humanos. São eleitos para um mandato de seis anos, e podem ser reeleitos por uma vez. A Corte IDH exerce competência contenciosa e consultiva. A contenciosa diz respeito à apreciação de casos, contra Estados que reconheçam a sua competência, sobre a interpretação e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A competência consultiva versa sobre a possibilidade dos Estados-membros da OEA de consultarem a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outros tratados internacionais aplicáveis no âmbito dos Estados americanos.

Dessa forma, o processo de aprimoramento do sistema regional de direitos humanos no continente Americano ocorreu em duas fases⁵: a primeira com a criação da Comissão de Direitos Humanos em 1959; e a segunda com a Convenção de Direitos Humanos, que originou a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1969.

³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. O que é a CIDH? Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em 24 de maio de 2021.

⁴ Dentre as atribuições da CIDH, estão: i) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos (arts. 44 a 51 da CADH); ii) observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando considerar conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico; iii) realizar visitas in loco aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular; tais podem resultar na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral; iii) estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América (v.g., pela publicação de estudos sobre temas específicos como a situação dos direitos humanos das mulheres, dos imigrantes e dos povos indígenas; iv) realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários e organizações não governamentais para

difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos; v) fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos; vi) requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes, bem como solicitar que a Corte IDH requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte; vii) remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios; viii) solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da CADH. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Quem é a CIDH. Disponível em: <http://https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em 24 de maio de 2021).

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Processo civil internacional no sistema interamericano de direitos humanos. Revista dos Tribunais, v. 895, maio/2010, p. 87-110.

Pelo art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, desde que haja o esgotamento das vias processuais internas de cada país e não haja litispendência em instância internacional (princípio da subsidiariedade), é possível que um grupo ou indivíduos dos países signatários da Convenção possa se dirigir à Comissão para que sejam tomadas providências a respeito das matérias pertinentes aos propósitos de atuação do órgão.

Uma vez recebida a petição, a Comissão analisa os requisitos de admissibilidade e tenta a composição conciliatória da demanda. Não sendo possível tal desiderato, segue-se o processo para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Em relação à vinculação das decisões desse órgão jurisdicional, o art. 68 da Convenção prevê que os Estados se obrigam ao cumprimento das decisões emanadas do referido órgão.

Quanto aos efeitos das decisões da Corte IDH, a declaração de inconvenção vincula os Estados partes. Isso porque os arts. 62.3 ("A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial") e 68.1. ("Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes") da Convenção Americana de Direitos Humanos permite que a Corte IDH determine a reforma da ordem jurídica interna, a partir da legislação infraconstitucional ou mesmo por meio da Constituição, mas as decisões exaradas pela Corte IDH não nulificam ou derogam as normas internas do país em questão.⁶

As decisões operam de maneira subjetiva e direta entre as partes processuais, e de maneira objetiva e indireta em face de todos os demais Estados signatários da Convenção. A isso, denomina-se *standard interpretativo mínimo de efetividade da norma convencional*, que vincula a adequação normativa e interpretativa da sentença da Corte IDH às normas contidas na Convenção Americana. Cada caso julgado versa sobre violações de direitos humanos, e, por consequência, a jurisprudência da Corte deve ser respeitada por todos os Estados signatários, mesmo os

que não figurem como partes processuais, possuindo eficácia *erga omnes*.^{7,8}

Quanto ao trâmite de um processo na Corte Interamericana, há distinção significativa entre as manifestações da Comissão Interamericana e as decisões da Corte IDH, uma vez que a Comissão pode atuar tanto como órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) quanto como órgão da Convenção Americana, quando os Estados Partes já se submeteram à jurisdição contenciosa da Corte IDH.

Nesse sentido, o sistema da Convenção Americana é superior ao sistema da Organização dos Estados Americanos, porque abrange mais direitos do que os dispostos na Carta da OEA. Apesar de as sentenças da Corte IDH demonstrarem vinculação perante os Estados Partes da Convenção, o mesmo não se pode dizer das recomendações emanadas do sistema proposto pela Carta da OEA.⁹

2 VINCULAÇÃO DO BRASIL ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, celebrada em San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, tão somente a partir do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, quando o país se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana.¹⁰

Uma vez pontuada a relação da Corte com o Estado brasileiro a pergunta que passa a ser investigada é se os precedentes das decisões prolatadas em ações das quais o Brasil não foi parte também servem de referência para as decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais? Se sim, em que grau de eficácia? Se não, como seria possível a composição da integridade e coerência considerando tal ruptura?

A discussão da vinculação dos precedentes judiciais passa pela exegese do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 que não trata das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, o art. 927 do CPC não é taxativo e merece interpretação sistemática, bem como é necessário compreender que há outras fontes normativas que justificam a vinculação dos precedentes da Corte Interamericana pelo Brasil.

Há nas Constituições dos países latino-americanos abertura para a incorporação dos Tratados Internacionais que se referem aos direitos humanos, de

⁶ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 102, 2017, p. 245-268.

⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>. Acesso em 24 de maio 2021.

⁸ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Ministério Público Resolutivo e proteção dos direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 47.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Processo civil internacional no sistema interamericano de direitos humanos. *Cit.* p. 87-110.

¹⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 216-228.

forma que a atuação da Corte IDH serviria para promover e encorajar concretizações de direitos humanos no âmbito interno de cada ordem jurídica e prevenir retrocessos na proteção de tais direitos.¹¹

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal inclui os tratados internacionais que o Brasil seja parte como fonte de expansão dos direitos fundamentais. E o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 466.343, conferiu ao Pacto de San José o status de supralegalidade. Os tratados de direitos humanos não foram reconhecidos, expressamente, como direitos fundamentais, na medida que exigem a aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF). Tal posicionamento, aliado ao amplo desconhecimento de divulgação dos precedentes da Corte IDH, é uma das causas da diminuta utilização do controle de convencionalidade na prática jurisprudencial brasileira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar do crescente interesse pela análise dos julgados da Corte IDH, demonstra ter maior afinidade com referências a julgados de outros Estados – como os da Suprema Corte norte-americana e os do Tribunal Constitucional Federal alemão – do que com as orientações do sistema regional de direitos humanos.¹²¹³

No Brasil, o Poder Judiciário tem o dever de motivar suas decisões, sob pena delas serem nulas (art. 93, inc. IX, CF e art. 489 do CPC). Nesse contexto, precisa examinar a *ratio decidendi* de casos análogos, objetivando a universalização dos precedentes da Corte IDH ou, ao contrário, assumindo o ônus argumentativo de deixar de aplicá-los, mediante fundamentação específica que enfrente os motivos fáticos e jurídicos da sua não vinculação, para não comprometer a validade da decisão (art. 489, § 1º, inc. VI, CPC). É, pois, dever da jurisdição brasileira buscar a melhor interpretação em favor do indivíduo, garantindo e ampliando progressivamente a tutela dos direitos humanos, em respeito à valorização da dignidade humana e ao princípio *pro persona*.

Se, por um lado, o art. 68 da CADH, já referido, deixa claro que “Os Estados Partes desta Convenção se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”; por outro lado, permanece uma margem de dúvida significativa a respeito do espaço ocupado pelos precedentes da Corte IDH em casos em que o Estado brasileiro não figura como parte.

Vale, pois, perguntar: em relação aos precedentes, em que o Brasil não foi condenado, pois não foi parte da relação processual, seria possível estender o mesmo raciocínio decisório (*ratio decidendi*) e reconhecer a sua vinculação?

O primeiro passo para abordar essa questão diz respeito ao controle de convencionalidade das leis e demais atos normativos infralegais (decretos, portarias, circulares etc.), que “consiste em obrigar os juízes nacionais a fazerem um juízo de compatibilidade vertical, melhor dizendo, de validade das normas internas em face dos tratados internacionais sobre direitos humanos que o Estado tenha ratificado”.¹⁴

O controle de convencionalidade permite contextualizar o Estado parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não como um ente individualizado, mas inserido em uma ordem jurídica internacional e regional, que cada vez mais tende a imprimir coesão diante da globalização do meio ambiente, da criminalidade organizada, da pobreza, do comércio etc, que exigem soluções transnacionais.

Essa concepção reforça a ideia do constitucionalismo multinível, que agrega ao Direito Constitucional o Direito Internacional dos Direitos Humanos, relativizando o conceito de soberania estatal, além de ampliar a importância da cooperação internacional e dos mecanismos de promoção da solidariedade humana.

Nesse contexto do pluralismo jurídico, torna-se relevante falar em um Estado cooperativo, isto é, “não se deve pensar apenas no Estado como ser único e individualizado, mas como membro integrante de uma comunidade internacional, em que os direitos humanos assumem importância ainda maior”.¹⁵

O constitucionalismo multinível, para bem funcionar, depende do mútuo reconhecimento da ordem interna (constitucional) com a ordem internacional (dos direitos humanos). Deve-se optar pela norma jurídica que melhor efetive o princípio *pro persona*. Não há hierarquia normativa ou sobreposição de órgãos julgadores, a exigir um diálogo entre a jurisdição nacional e a internacional.

Nesse sentido, é a dimensão normativa contida na Convenção Americana de Direitos Humanos. Já no Preâmbulo se reconhece que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 25, 2010, p. 321-339.

¹² CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Revista dos Tribunais, v. 1002, abril de 2019, p. 371-404.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 19, 2012, p. 87-88.

¹⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. Controle de convencionalidade na Corte Americana de Direitos Humanos: precedentes obrigatórios? In: A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Org. Aluísio Gonçalves Castro Mendes, Fernando G. Jayme e Dierle Nunes. São Paulo: RT, 2017. p. 867-894.

¹⁵ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. Cit. p. 245-268.

que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos" (grifos nossos). O art. 1.1. da CADH prevê que a obrigação dos Estados Partes de "comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social". Mais que isso, os Estados Partes assumiram, no art. 2º da CADH, o dever de 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".

Por outro lado, as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não buscam minimizar a importância do direito interno. Ao contrário, a Constituição brasileira de 1988 contempla o constitucionalismo multinível ao prever, no art. 4º, incs. I e II, que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais tanto pela independência nacional quanto pela prevalência dos direitos humanos. Não há contradição nesses princípios, mas possibilidade de harmonização entre independência nacional e prevalência dos direitos humanos.

Quanto a necessidade de reforçar o fortalecimento e a unidade dos povos latino-americanos, o art. 4º, par. ún., da CF/88 enfatiza que a "República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações". Não se fala, expressamente, na integração jurídica, mas não se pode buscar a integração econômica, política, social e cultural sem reconhecer a imprescindibilidade da construção de um sistema jurídico regional de proteção dos direitos humanos para os povos da América Latina.

A diretriz normativa do constitucionalismo multinível, contudo, fica ainda mais explícita na cláusula aberta consagrada no bloco de constitucionalidade previsto no art. 5º, § 2º, da CF/88, ao estabelecer que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ademais, a vinculação ao precedente está no seu caráter universal, não nas partes envolvidas na

decisão, que permite que o argumento seja válido e aplicável a todas as situações análogas às que foram decididas pela Corte IDH. A universalidade, contudo, deve ser testada por quem irá seguir, ou afastar, o precedente, ao indagar e debater se os casos análogos ou similares poderão ou não serem decididos com base na *ratio decidendi* fixada.¹⁶

Cabe ao Poder Judiciário, no contexto do dever de motivação das decisões (art. 489, § 1º, inc. VI, CPC), o ônus argumentativo de justificar a não aplicação do precedente da Corte IDH, quando o caso não se amolda aos fatos sob julgamento ou quando houver outros referenciais jurídicos que devam prevalecer na consagração da prevalência do princípio *pro persona*.

Entretanto, a lógica de atuação tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a da Corte IDH segue o caráter de subsidiariedade, uma vez que as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos somente agem mediante a ausência de atuação da jurisdição nacional ou quando esta ocorre de forma ineficaz em relação à tutela dos direitos humanos.

Portanto, cabe a toda autoridade nacional, incluindo o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e as Polícias, a realização do controle de convencionalidade, inclusive para evitar que a demanda se estabeleça na seara internacional. Daí a importância das instituições públicas brasileiras serem repensadas a partir do paradigma dos direitos humanos, instrumentalizada pelo constitucionalismo multinível.

O controle de convencionalidade não é, pois, uma prerrogativa do Poder Judiciário. Tal atividade hermenêutica pode e deve ser exercida por toda autoridade pública que tem o dever de produzir decisões jurídicas, em qualquer âmbito, seja ele Legislativo, Administrativo ou Judicial.¹⁷ O poder-dever de realizar o controle de convencionalidade e constitucionalidade – preventivo ou repressivo – há de ser compreendido como mecanismo de inibir violações e efetivar a realização de direitos humanos.¹⁸

O posicionamento que pode ser extraído da jurisprudência da Corte IDH em relação a seus próprios precedentes é de que há uma tendência ao reconhecimento da vinculação de suas decisões mesmo quando os Estados não forem partes do processo em que a decisão é proferida.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. Revista de processo, v. 264, fev./2017, p. 357-394.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 – Caso Gelman Vs. Uruguay: Supervisión de Cumplimiento de

Sentencia. San José, p. 18-19, 2013 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 25 mai. 2021.

¹⁸ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. Cit. p. 245-268.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Corte IDH, ao interpretar os arts. 1.1. e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem assumido a premissa de que as disposições de direito internacional devem ser harmonizadas com as normas de direito interno.¹⁹

No caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte afirma que, mesmo na existência de normas nacionais contrárias ou de lacunas legislativas que atentem contra a disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Poder Judiciário dos países signatários mantém a obrigação de considerar a interpretação e a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica em suas decisões.²⁰

Já no caso *Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru*, julgado em 24 de novembro de 2006, a Corte IDH não apenas reforçou a decisão no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, mas também decidiu que "os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também 'de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana".²¹

Dessa forma, a obrigatoriedade de realização do controle de convencionalidade se extrai dos

seguintes fundamentos: a) dos arts. 1.1. e 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; b) da boa-fé nas relações internacionais em relação ao cumprimento de obrigações; e c) do art. 27 da Convenção de Viena, que impede a alegação de norma nacional para descumprir dispositivo da ordem jurídica internacional.²²

A dúvida a respeito da interpretação da vinculação ou não dos precedentes, de acordo com a posição da própria Corte IDH, já havia sido analisada no caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, julgado em 5 de fevereiro de 2001. Consta no item 85 o reconhecimento de que é obrigação do Estado suprimir as normas e as práticas de qualquer natureza que contrariem os dispositivos da Convenção.²³ Nesta decisão, dentre algumas razões expostas no voto apartado de Cançado Trindade, refutase a argumentação do Estado chileno de que a transgressão não merecia condenação perante a Corte IDH em razão de se tratar apenas de uma decisão judicial que contrariava a Convenção e não uma ação corroborada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

¹⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. Controle de convencionalidade na Corte Americana de Direitos Humanos: precedentes obrigatórios? Cit. p. 867-894.

²⁰ "123. A obrigação legislativa descrita no artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de modo que o aplicador da lei tenha uma opção clara sobre como resolver um caso particular. Entretanto, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, consequentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. A aplicação, por parte de agentes ou funcionários do Estado, de uma lei que viole a Convenção gera responsabilidade internacional do Estado, sendo um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o fato de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Todavia, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do

mesmo" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano e otros Vs. Chile*. 26 de setembro de 2006. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 24 mai. 2021).

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. 24 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 05 mai. 2021. Par. 128.

²² Esta regra da Convenção de Viena é reproduzida em outros documentos internacionais, tal como no art. 16 da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, in verbis: "Interpretação 1. Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna de um Estado Parte que ofereça proteção e garantias iguais ou superiores às estabelecidas nesta Convenção. 2. Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou limitar as convenções internacionais sobre direitos humanos que ofereçam proteção igual ou superior nessa matéria".

²³ "85 (...) A Corte indicou que o dever geral do Estado, estabelecido no artigo 2 da Convenção, inclui a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem a violação das garantias previstas na Convenção, bem como a emissão das mesmas. padrões e desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das referidas garantias" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. 5 de fevereiro de 2001. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263&lang=es. Acesso em: 01 nov. 2018).

Destaca-se o entendimento previsto em legislações internacionais que preveem que a origem da responsabilidade internacional do Estado pode advir de ato ou omissão de qualquer poder ou agente do Estado.²⁴

Ainda, dentre outras manifestações nesse sentido pela Corte IDH, no caso *Radilla Pacheco vs. México*, julgado em 28 de junho de 2012, há uma referência explícita exarada a partir do entendimento extraído da Convenção Americana de que a interpretação constitucional e legislativa dos Estados deve se adequar à jurisprudência do respectivo Tribunal.²⁵ Igualmente, ao julgar o caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, em 26 de novembro de 2010, a Corte IDH já havia decidido que os "juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação deste pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".²⁶

Sobre isso, Nestor Pedro Sagüés reforça a tendência expansiva de atuação da Convenção Americana de Direitos Humanos que implica a adequação dos sistemas jurídicos internos de cada Estado aos ditames da Convenção Americana e da jurisprudência da Corte, por meio do exercício do controle de convencionalidade. As interpretações concedidas pela Corte IDH em face dos ditames da Convenção Americana elevam a proteção dos direitos humanos, sobretudo quando há o descarte de entendimentos não compatíveis com tais parâmetros.²⁷

Tal posicionamento vem ganhando força em diversos países latino-americanos.²⁸ No México, por exemplo, a Corte Suprema, após a condenação no caso *Radilla Pacheco*, já afirmou que as decisões da Corte IDH, em foro de controle de convencionalidade, vinculam as cortes domésticas, inclusive a Corte

Suprema, sob pena de caracterização de descumprimento de obrigação internacional. De forma ainda mais incisiva, a Suprema Corte argentina, em *Fallo Gustavo Carranza Latrubesse* (2013), decidiu que não apenas as decisões da Corte IDH, mas também os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vinculam as decisões do Poder Judiciário.

No Brasil, é possível assinalar que, por qualquer um dos meios reconhecidos pelo Código de Processo Civil de 2015 ou pela aplicação direta da Constituição Federal, a partir dos tratados de direitos humanos que o país é parte e dos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o Estado brasileiro deve se submeter e também realizar o controle de convencionalidade.

Em se tratando de decisões que exortem a necessidade do exercício do controle de convencionalidade, o julgamento do REsp nº 1.640.084/SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu a possibilidade do mencionado controle pelas autoridades públicas, a fim de potencializar a proteção dos direitos humanos. Afinal, o chamado controle de convencionalidade por diretriz é ampliado no Brasil pela cláusula de abertura, contida no art. 5, § 2º, da Constituição da República, a qual incorpora os tratados de direitos humanos em um mesmo bloco de constitucionalidade.²⁹

Por outro lado, a jurisprudência majoritária nacional não tem reconhecido a aplicação vinculante dos precedentes derivados da Corte Interamericana. Para ilustrar a referida premissa, tem-se o voto-vencedor do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião Habeas Corpus nº 379.269 – MS, proferido em 30 de junho de 2017, em que se reconhece que há a necessidade de dupla compatibilidade vertical material, isto é, que o ato

²⁴ "Na sua 1999/08/17, o Estado demandado argumentou que não era possível configurar no caso de sua responsabilidade internacional por um único julgamento do Judiciário, sem se conformar com "outros requisitos"; De acordo com essa carta, de acordo com o Estado, não o suficiente para que uma decisão judicial ser considerado contrário ao direito internacional, como tornábase necessário que tal decisão foi "suportado pelo apoio ou pelo menos a inatividade dos órgãos legislativos ou executivos". Em outras palavras, de acordo com o Estado, deve haver um concurso de todos os ramos do governo, na mesma direção, de modo que sua responsabilidade internacional ser definido. 16. No entanto, existem todas as leis internacionais secular claramente orientada a contrário, argumentando que a origem da responsabilidade internacional do Estado pode residir em qualquer ato ou omissão de qualquer dos poderes ou agentes do Estado (quer seja do Poder Executivo, do Legislativo, ou Judiciário) 14. Se fosse necessário buscar apoio para a afirmação da existência de obrigações legislativas na jurisprudência internacional anterior, lá a encontraríamos de qualquer maneira (...)" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. 5 de fevereiro de 2001. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263&lang=es. Acesso em: 01 nov. 2018).

²⁵ "Portanto, é necessário que as interpretações constitucionais e legislativas relativas aos critérios de competência material e pessoal da jurisdição militar no México sejam ajustadas aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal, os quais foram reiterados no presente caso" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Radilla-Pacheco Vs. Mexico. 23 de novembro de 2009. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf. Acesso em: 01 nov. 2018).

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Cabrera García e Montiel Flores vs. México. 26 de novembro de 2010. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf. Acesso em: 04 mai 2021. Par. 225.

²⁷ SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista De Investigaciones Constitucionais, v. 1. n.º 2. 2014. p. 23-32.

²⁸ TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos. Rev. Direito Práxis, v. 8, nº1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2017.

²⁹ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Ministério Público Resolutivo e proteção dos direitos humanos. Cit. p. 69.

normativo impugnado, via controle difuso ou concentrado, contraste, simultaneamente, com a Constituição, pelo controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais de direitos humanos, implicando no referido controle de convencionalidade. Ao analisar o art. 29 do Pacto de San José, que versa sobre regras de interpretação, para que nenhum Estado permita o exercício dos direitos humanos em medida menor do que a prevista no pacto – considerando ainda o art. 13 da mesma Convenção, que versa sobre a liberdade de expressão, com o art. 331 do Código Penal brasileiro, que prevê o crime de desacato – o magistrado entendeu que não haveria inconveniência, pois não se teria conflito entre o direito à liberdade de expressão, com a restrição oriunda da ordem jurídica nacional determinada pelo art. 29 do Código Penal. Apesar de a decisão dizer respeito à matéria penal, o controle de convencionalidade foi realizado na referida decisão e, por ocasião desse exercício, houve o pronunciamento a respeito do entendimento da ausência de efeitos vinculantes aos precedentes proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de não reconhecer o seu entendimento por conta da força da soberania inerente ao Estado Brasileiro.³⁰

Na sequência, em 13 de março de 2018, com a publicação da decisão em 23 de abril de 2018, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede do HC n.º 141.949, decidiu sobre a temática pertinente ao desacato e, por consequência, da autoridade dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos em relação ao controle de

convencionalidade por parte dos magistrados brasileiros.

Na condição de Relator, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o controle de convencionalidade seria possível, considerando o status jurídico da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, sustentou que não haveria divergência entre a liberdade de expressão da Convenção e a forma estruturada pela Constituição. No que diz respeito aos precedentes, sustentou que o STF tem decidido de forma reiterada pela não-violação do Pacto de San José em virtude da criminalização do desacato. Para corroborar tal tese, fez uso de exemplo utilizado com o mesmo propósito pelo HC n.º 379.269, quais sejam: “caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, sentença de 31 de agosto de 2004, § 104; caso *Kimel vs. Argentina*, sentença de 2 de maio de 2008, §§ 71 e 76; e caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentença de 2 de julho de 2004”.³¹

Portanto, nesse caso, houve o emprego persuasivo dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora a maioria da 2ª Turma do STF não se tenha constatado divergência de posicionamento entre o argumentado pelo Ministro e as posições expressas nos precedentes invocados.

Ante a denegação da ordem de Habeas Corpus por parte do Relator, o Ministro Edson Fachin, em seu voto vencido, considerando o posicionamento do HC 379.269 a respeito da vinculação dos precedentes da CIDH, asseverou que as manifestações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos não são apenas recomendações³², mas medidas de interpretação

³⁰ “Nessa toada, atraindo essa conjuntura à situação em concreto, tem-se que o crime de desacato não pode, sob qualquer viés, seja pela ausência de força vinculante às recomendações expedidas pela CIDH, como já explanado, seja pelo viés interpretativo, o que merece especial importância, ter sua tipificação penal afastada. Nada obstante, ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 379.269/MS. Relator (Voto-vencedor): Ministro Antonio Saldanha Palheiro. j. 30.06.2017).

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 141.949. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13.03.2018.

³² “Assim, mais importante do que saber se, por força do disposto no Artigo 62 do Pacto de São José, ou pela aplicação do princípio da interpretação evolutiva do Artigo 31, § 3º, da Convenção de Viena, são ou não obrigatórios os precedentes do Sistema Interamericano, é investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos. É certo que, ao contrário do que lamentavelmente assentou o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Rel. para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 30.06.2017, a função da Comissão Interamericana, ao interpretar as normas do sistema interamericano, corrobora para a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte. Os órgãos do sistema interamericano registraram, em diversas oportunidades, que os chamados delitos de desacato são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão e pensamento, tal como expresso no Artigo 13 do Pacto de São José (...). No Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (OEA/ ser L/V/II.88, Doc. 9 ver (1995)), a Comissão Interamericana assentou que “a penalização de qualquer tipo de expressão só pode aplicar-se em circunstâncias excepcionais nas quais exista uma ameaça evidente e direta de violência anárquica” e que, por isso, “a proteção especial que as leis de desacato dão aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática de fomentar o debate público”. A Corte Interamericana, no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (sentença de 22 de novembro de 2005), afirmou que “a legislação sobre desacato aplicada ao senhor Palamara Iribarne estabelecia sanções desproporcionais por realizar críticas sobre o funcionamento das instituições estatais de seus membros, suprimindo o debate essencial para o funcionamento das instituições estatais” (par. 88). Tal desproporcionalidade é aferida pela aplicação do chamado teste tripartite que examina eventual restrição sancionada à liberdade de expressão como dependente (i) de sua definição precisa e clara em lei preexistente; (ii) de terem por objetivo um valor reconhecido no próprio Pacto de São José; (iii) de serem necessário para a realização dos fins a que se destina uma sociedade democrática (veja-se, por exemplo, *Caso Kimel v. Argentina*, Sentença de 2 de maio de 2008). Como norte dessa interpretação é preciso ter-se em conta, ainda, que a necessidade quando interpretada em relação aos funcionários públicos é mais restrita, ao passo que o direito à liberdade de expressão é visto como um dos pilares da construção de uma sociedade democrática. (...) É evidente que, de modo diverso do que assentou o Superior Tribunal de Justiça no HC 379.269, as inúmeras manifestações dos órgãos do Sistema Interamericano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva. Limitar a discussão apenas sobre a força vinculante da atividade dos órgãos do sistema interamericano é, no entanto, desmerecer a autoridade do argumento utilizado por eles. Com efeito, como indica a decisão da Corte Interamericana no caso *Iribarne*, é por meio de um juízo de proporcionalidade que se pode aferir a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção.

evolutiva, com obrigações previstas no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, a qual evita que os Estados-parte adotem legislação que importe em retrocesso à proteção dos direitos humanos.³³

Fachin sustentou a desnecessidade da aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro em face da cláusula constitucional de abertura, prevista no art. 5, §2º, da Constituição Federal, que prevê a adoção de demais garantias e direitos previstos em tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário. Afinal, os tratados de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade; isto é, o parâmetro da constitucionalidade envolve não apenas os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, bem como as garantias instituídas e advindas da adoção e assinatura de documentos internacionais em matéria de direitos humanos, tal como a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme salientado na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2.971/RO, de relatoria do Min. Celso de Mello.

É importante destacar que a cláusula constitucional de abertura diz respeito aos Tratados e Convenções que forem incorporados no ordenamento interno brasileiro com fulcro no disposto no art. 5, § 3º, da Constituição, com força de emenda constitucional³⁴. O voto do Min. Edson Fachin ainda versa sobre a possibilidade de vinculação das interpretações realizadas pela CADH, pois tal mecanismo "corroborar com a correta interpretação da Convenção, contribuindo decisivamente para a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte".³⁵

Os pareceres emitidos pela Comissão Interamericana acabam por firmar importantes teses sobre a proteção dos direitos humanos (*soft law*). Não devem ser meras exortações morais, cabendo aos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos debaterem e internalizarem tais entendimentos em observância à interpretação evolutiva dos tratados em Direitos Humanos, que são "corpos vivos", cuja leitura deve se dar com os olhos de

quem os interpretam e aplicam, não do momento em que foram redigidos.³⁶

O art. 31, § 3º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados possibilita uma hermenêutica dinâmica dos Direitos Humanos, que não limitam unicamente ao estabelecido no documento internacional, podendo ser ampliada a interpretação conforme a evolução do direito.

Ademais, deve-se buscar a máxima efetividade do princípio *pro persona*, pelos países signatários do Sistema Interamericano que não podem decidir "a menos", mas primarem pela aplicação da norma mais favorável, em atenção à proteção da dignidade da pessoa humana.³⁷

Dessa forma, no HC n.º 141.949, concluiu o Ministro Edson Fachin que os precedentes no âmbito do direito internacional, que evocavam a incompatibilidade do crime de desacato com a liberdade de expressão, eram proporcionalmente compatíveis com os argumentos do direito nacional, de forma que votou pela concessão da ordem de habeas corpus, por compreender que o art. 331 do Código Penal brasileiro era inconveniente. Apesar deste entendimento, os demais ministros que compunham a 2ª Turma, o Ministro Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski votaram juntamente com o Relator, Gilmar Mendes, acolhendo as mesmas razões para afastar a inconveniência.

Mais recentemente, o Plenário do STF declarou a recepção do tipo penal de desacato na Arguição de Preceito Fundamental 496, após considerar que os precedentes da Corte IDH mencionados pelo demandante (Conselho Federal da OAB), não impedem a tipificação do crime de desacato no art. 331 do Código Penal brasileiro.³⁸

De qualquer modo, ainda não há no Brasil uma posição consolidada da jurisprudência pátria em relação ao lugar ocupado pelos precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, o que é possível assinalar é que, considerando a amostra de casos e os fundamentos empregados,

³³ "Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes".

³⁴ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Ministério Público Resolutivo e proteção dos Direitos Humanos. Cit. p. 70.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 141949, rel. Gilmar Mendes. j. 13.03.2018.

³⁶ A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que a Convenção de 1950 "é um instrumento vivo que (...) deve ser interpretado à luz das condições presentes hoje em dia" (Tyrer case, j. 25.04.1978). Do mesmo modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se referiu à Convenção Americana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva 10/89, de 14 de julho de 1989. Cf., ainda: Pedro Nikken. La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo, p. 95.

³⁷ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Ministério Público Resolutivo e proteção dos direitos humanos. Cit. p. 108.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 496-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. j. 22.06.2020. pub. DJe 24.09.2020.

existe uma tendência a considerar os precedentes como persuasivos. No entanto, é necessário evoluir para uma posição vinculante desses precedentes, cabendo à jurisdição nacional, se o precedente da Corte IDH não seja aplicado na solução do caso concreto, assumir o ônus argumentativo de fundamentar a sua não-incidência.

Com o intuito de ampliar a aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil, o Anteprojeto de Sistematização das Normas de Processo Constitucional, produzido a partir da constituição de Comissão de Juristas pela Presidência da Câmara dos Deputados, em 24 de novembro de 2020, sugere a previsão, pela primeira vez, de hipótese de controle direto de convencionalidade, em consonância com a evolução interpretativa da Corte IDH sobre a legitimidade do exercício do controle de convencionalidade a todos os órgãos e poderes estatais. O art. 62 deste Anteprojeto prevê o ajuizamento de ação direta de inconvenção em face de "ato ou omissão do Poder Público, por violação dos tratados de direitos humanos de que o Brasil seja parte". Com isso, o Poder Legislativo brasileiro fomenta o diálogo em direitos humanos e o uso de mecanismos que possibilitem sua efetivação e ampliação. A proposta de Ação Direta de Inconvenção permite que os mesmos legitimados do art. 103 da Constituição Federal se engajem na tutela e garantia dos direitos humanos no Brasil, de modo a resguardar os diplomas internacionais em consonância com as normativas internas. Tal inovação legislativa fortalece os standards interpretativos firmados pela Corte IDH, com destaque para o parâmetro estabelecido no Caso *Gelman vs. Uruguai*, tendo em vista a necessidade de ampliação do controle de convencionalidade para os demais atores internos, órgãos e poderes públicos estatais.³⁹

³⁹ PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. "De fora" e "De dentro": o controle de convencionalidade e sua aplicação no direito processual brasileiro. No prelo.

⁴⁰ Em sentido análogo, ao refletir sobre a aplicação dos dispositivos pertinentes aos Tratados Internacionais na ordem jurídica nacional, e com fundamento no art. 4º, inc. II, da Constituição Federal: "O processo hermenêutico constitucional deve assimilar as constantes transformações sociais. Cabe à jurisdição verificar a compatibilidade entre as normas, bem como buscar interpretações que melhor efetivem os Direitos Humanos" (CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. *Tratados internacionais de direitos humanos e controle de convencionalidade*. Cit. p. 245-268).

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635 MC/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 18.08.2020. Apesar da atuação violenta do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça editou a Súmula 70/TJRJ, que reproduz entendimento consolidado na jurisprudência pátria, pelo qual considera suficiente para a condenação a palavra dos policiais que efetuaram a prisão. Conforme levantamento da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em conjunto com o Ministério da Justiça, entre março e janeiro de 2018, 71,14% dos casos de tráfico de drogas tiveram como únicas testemunhas os policiais.

É preciso ressaltar, ainda, a importância de se observar as decisões da Corte IDH no âmbito do direito brasileiro, tanto pelos argumentos que serão expostos a respeito dos benefícios de adoção dos precedentes, como pelas razões expostas pelo Ministro Edson Fachin. Afinal, se por um lado não há margem para fundamentação, pela jurisprudência, de que as decisões da Corte possuem efeitos vinculantes para o Estado que não for parte na controvérsia internacional; por outro lado, tais decisões servem como argumentos para a melhor reflexão na busca de pronunciamentos jurisdicionais que guardem maior compatibilidade possível com os valores éticos/democráticos e para a promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que tais imperativos decorrem dos deveres de coerência e integralidade aplicados aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro expressos no texto constitucional.⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar a relevância da vinculação de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na ADPF 635 MC/RJ, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, com a finalidade de serem reconhecidas e sanadas graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.⁴¹ Uma das medidas deferidas pelo STF foi o reconhecimento de que sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será de atribuição do Ministério Público competente, devendo a investigação atender ao que exige o Protocolo de Minnesota⁴², em especial quanto a oitiva das vítimas ou familiares (como reconheceu a Corte IDH caso do "Massacre de Mapiripán"⁴³ e no caso "Sétimo

Cf. RIBEIRO, Djamil. *Pequeno manual antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 95-96.

⁴² "Os investigadores e os mecanismos de investigação devem ser, e devem aparentar ser, independente de qualquer influência indevida. Eles devem ser independentes institucionalmente e formalmente, assim como na prática e na percepção, em todos os estágios. As investigações devem ser independentes de quaisquer suspeitos ou de unidades, instituições ou agências da qual pertença".

⁴³ "(...) es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios."

Garibaldi vs. Brasil⁴⁴) e à priorização de casos que tenham como vítimas as crianças.

É obrigação do Estado garantir a participação das vítimas e/ou seus familiares em todas as etapas da investigação e do processo, de maneira que possam fazer questionamentos, receber informações, aportar provas, formular alegações e exercer seus direitos.⁴⁵ Essa participação está baseada no direito de acesso à justiça, no direito à verdade e no direito a uma justa reparação. Contudo, o dever de, em um prazo razoável, investigar⁴⁶, julgar e punir é de responsabilidade do Estado e não deve depender da iniciativa processual das vítimas e/ou de seus familiares.

No julgamento da ADPF 635 MC/RJ, foi utilizado o precedente firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, em que o Brasil foi condenado pela demora na investigação e punição dos agentes policiais responsáveis pela execução de 26 pessoas e na prática de tortura e estupro de 3 mulheres, durante operações ocorridas entre outubro de 1994 e maio de 1995, na Favela Nova Brasília, no município do Rio de Janeiro⁴⁷. No ponto resolutivo 16, da decisão do caso Favela Nova Brasília, a Corte IDH decidiu que, havendo mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, a investigação deve se dar por um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, isto é, o Ministério Público.

O controle externo da atividade policial está previsto no art. 129, inc. VII, da Constituição Federal e no art. 2º da Resolução nº 20/2007 do CNMP. O Ministério Público deve colaborar na construção de políticas públicas de segurança pública e no controle de constitucionalidade/convencionalidade na defesa dos direitos humanos, como reconhecido na Resolução nº 201/2019 do CNMP, editada a partir da condenação do Brasil no caso Favela Nova Brasília.⁴⁸ Dentre as preocupações desta Resolução, está a concretização

do art. 53 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), que incumbe ao Ministério Público investigar violência praticada por agentes públicos em desfavor de vítimas negras e apurar, além da notícia passível de configuração típico-penal, a violência sistêmica, estrutural, psicológica e moral.

Na ADPF 635 MC/RJ, com fundamento no art. 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes") e fundado no precedente firmado no caso Favela Brasília vs. Brasil, o Min. Edson Fachin concluiu que "sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente". O exercício dessa atribuição deve ser ex officio e prontamente desencadeada, o que em nada diminui os deveres da polícia de enviar os relatórios sobre a operação ao parquet e de investigar, no âmbito interno, eventuais violações".

Por outro lado, é criticável a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 178.777⁴⁹, que impediu que o Ministério Público recorresse da decisão do Tribunal do Júri da Comarca de Nova Era-MG, em favor de mulher, vítima de tentativa de homicídio, cometida por seu companheiro – réu confesso, mas que alegou a tese da "legítima defesa da honra" – com base na regra constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, inc. XXXVIII, "c", CF/1988), pela qual a absolvição corresponderia à livre convicção dos jurados que estão dispensados de fundamentarem a sua decisão. Tal orientação fere a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica (art. 1º, inc. III, CF/1988) e o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (art. 3º, inc. IV, CF/1988), bem como o art. 5º, § 2º, da CF/1998, ao negar vigência tanto a Convenção Americana de

44 "(...) quando se trata da investigação de uma morte violenta, como no presente caso, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar ex officio e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade. (...) pela jurisprudência desse Tribunal, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados a obrigação, a que o sucedido a estas seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais; seja seguido um processo contra os prováveis responsáveis desses ilícitos e, se for o caso, lhes imponham as sanções pertinentes; e reparem os danos e prejuízos que esses familiares sofreram."

45 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil. Washington: CIDH, 2021. p. 139.

46 "184. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios" (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Guelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponible em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021).

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pd. Acesso em: 20 out. 2020.

48 CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Proteção dos direitos humanos e a nova lei de abuso de autoridade. In: Abuso de autoridade. Coord. Eduardo Cambi e Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 27-28.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 178.777-MG, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.09.2020, pub. Informativo nº 993.

Direitos Humanos – cujo art. 25 assegura à vítima o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer recurso efetivo perante juízes ou tribunais competentes – e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) – que garante, no art. 7º, “e”, que os Estados Partes devem condenar todas as formas de violência contra a mulher e empenhar-se para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias (como é a tese da legítima defesa da honra) que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher⁵⁰. Além disso, a decisão do STF, no HC 178.777, é incompatível com a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, no caso *Roche Azeña e Outros vs. Nicaragua*⁵¹, que versou sobre a impossibilidade de recurso da decisão absolutória do júri popular, declarou a responsabilidade internacional do Estado Parte por violação a direitos humanos por falta de acesso equitativo e efetivo à justiça, a uma reparação adequada, rápida e eficaz dos danos sofridos, assim como à informação pertinente as violações de seus direitos e os mecanismos de reparação.

Felizmente, na ADPF 779, o Supremo Tribunal Federal considerou a tese da legítima defesa da honra inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 1º, inc. III, e art. 5º, caput e inc. I, da CF/88).⁵² O STF conferiu interpretação conforme a Constituição, aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa. Caso contrário, restaria ofendido o princípio da vedação da proteção insuficiente e os compromissos adotados pelo Brasil, inclusive perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de coibir a violência no âmbito das relações domésticas. Dessa forma, a defesa, a acusação, a autoridade policial e o juízo não podem utilizar, direta ou indiretamente, o argumento da legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese), nas fases pré-processual ou processual penais, nem durante julgamento perante o Tribunal do Júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. Se a nulidade não for obstada pelo presidente do júri,

durante os debates por ocasião da sessão plenária, faculta-se ao titular da acusação promover o recurso de apelação (art. 593, inc. III, a, CPP).

CONCLUSÃO

Portanto, é indispensável pensar, a partir da premissa da máxima proteção dos direitos humanos-fundamentais, na importância do Poder Judiciário para a construção de um constitucionalismo multinível, que compreenda a harmonização das normas internas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵³ Isso porque o paradigma da pirâmide jurídica hermética do *State approach* deve ser substituído pela permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights approach*, no qual os parâmetros constitucionais se somam aos convencionais na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo entre os sistemas nacional e internacional, e a interdisciplinariedade.⁵⁴

Na dinâmica do constitucionalismo multinível, não há hierarquia entre o ordenamento jurídico nacional e o regional, devendo-se afastar o argumento de que a soberania do Brasil, signatário do Pacto de San José da Costa Rica e integrante do Sistema Interamericano, seja utilizado como um argumento jurídico para impedir – pela via do controle de constitucionalidade (art. 5º, § 2º, CF) ou de convencionalidade (arts. 1º.1. e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos) – a superação dos obstáculos que mantém a tradição patrimonialista, colonial, autoritária e desigual, comum aos países da América Latina.

O constitucionalismo multinível contribui para a formação de um *Ius Constitutionale Comune*, capaz de transformar a região com fundamento na maior proteção dos Direitos Humanos, estabelecidos tanto nas Constituições nacionais quanto nos instrumentos internacionais que compõem o *corpus iuris interamericano*⁵⁵, a partir do diálogo entre as Cortes (nacionais, nacionais e com a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo com as Cortes de Direitos Humanos de outras regiões do mundo).

Dessa forma, o juiz nacional é também um magistrado interamericano⁵⁶ com competência para, mediante o controle de constitucionalidade/convencionalidade, extrair dos

⁵⁰ FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e. A impossibilidade de recurso da decisão absolutória injusta do Tribunal do Júri. <https://www.conjur.com.br/2020-out-10/rodrigues-decisao-absolutoria-injusta-tribunal-juri>. Acesso em: 10 nov 2020.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Roche Azanã y Otros vs. Nicaragua. Sentença de 03 de junho de 2020. Disponível em: Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779 MC-Ref, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021.

⁵³ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. Revista Ibérica do Direito, v. I, n. 1, jan./abr./2020. p. 66-82.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. A convenção americana de direitos humanos e o impacto transformador no sistema interamericano. In: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Org. João Otávio de Noronha e Paulo Pinto de Albuquerque. São Paulo: Tirant Blanch, 2020. p. 129.

⁵⁵ ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute Research Paper Series, nº 2020-01. p. 11.

⁵⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano. In: Estudos Avançados de Direitos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Coord. Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Moaraes Antoniazzi. São Paulo: Ed. Campus Elsevier, 2013. p. 627-705.

ordenamentos internos e internacionais a máxima tutela da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 379.269/MS. Relator (Voto-vencedor): Ministro Antonio Saldanha Palheiro. j. 30.06.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635 MC/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 18.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 141.949. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 178.777-MG, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.09.2020, pub. Informativo n.º 993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 496-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. j. 22.06.2020. pub. DJe 24.09.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779 MC-Ref, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; Franco, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 102, 2017.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 1002, abril de 2019.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Ministério Público Resolutivo e proteção dos direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Proteção dos direitos humanos e a nova lei de abuso de autoridade. In: *Abuso de autoridade*. Coord. Eduardo Cambi e Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Situação dos direitos humanos no Brasil. Washington: CIDH, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almonacid Arellano e otros Vs. Chile. 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 24 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Almonacid Arellano e otros Vs. Chile. 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 24 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. 5 de fevereiro de 2001. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263&lang=es. Acesso em: 01 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cabrera García e Montiel Flores vs. México. 26 de novembro de 2010. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf. Acesso em: 04 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Radilla-Pacheco Vs. Mexico. 23 de novembro de 2009. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf. Acesso em: 01 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. 5 de fevereiro de 2001. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=263&lang=es. Acesso em: 01 nov. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Roche Azanã y Otros vs. Nicaragua. Sentença de 03 de junho de 2020. Disponível em: Acesso em: 10 nov. 2020.

FACHIN, Melina Giardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. I, n. 1, jan./abr./2020.

FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e. A impossibilidade de recurso da decisão absolutória injusta do Tribunal do Júri. <https://www.conjur.com.br/2020-out-10/rodrigues-decisao-absolutoria-injusta-tribunal-juri>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficácia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano. In: Estudos Avançados de Direitos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Coord. Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Moaraes Antoniazzi. São Paulo: Ed. Campus Elsevier, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. Revista de processo, v. 264, fev./2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Processo civil internacional no sistema interamericano de direitos humanos. Revista dos Tribunais, v. 895, maio/2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. O que é a CIDH? Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 24 mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 - Caso Gelman Vs. Uruguay: Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, p. 18-19, 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 25 mai. 2021.

PEREIRA, Paula Pessoa. Controle de convencionalidade na Corte Americana de Direitos Humanos: precedentes obrigatórios? In: A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Org. Aluísio Gonçalves Castro Mendes, Fernando G. Jayme e Dierle Nunes. São Paulo: RT, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 25, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 19, 2012.

PIOVESAN, Flávia. A convenção americana de direitos humanos e o impacto transformador no sistema interamericano. In: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Org. João Otávio de Noronha e Paulo Pinto de Albuquerque. São Paulo: Tirant Blanch, 2020.

PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. "DE FORA" E "DE DENTRO": O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO. No prelo.

RIBEIRO, Djamilia. Pequeno manual antirracista. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROA, Jorge Ernesto Roa. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute Research Paper Series, nº 2020-01.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista De Investigações Constitucionais, v. 1. n.º 2. 2014.

TORRELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos. Rev. Direito Práxis, v. 8, nº1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2017.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUECES CONSTITUCIONALES: APORTES DE LA EXPERIENCIA PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANA

FUNDAMENTAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL JUDGES: CONTRIBUTIONS FROM THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL PROCEDURAL EXPERIENCE

Edwin Figueroa Gutarra¹



El presente estudio desarrolla enfoques materiales desde los derechos fundamentales, como base de configuración y consolidación de la idea de jueces constitucionales, con competencias específicas y nombrados como tales, en un ordenamiento jurídico. En esa lógica, defendemos la adopción de un Código procesal constitucional por las implicancias de considerables ventajas comparativas que denota su implementación, aspectos que a su vez cumplen la realización del *deber especial de protección* de un Estado constitucional. La experiencia peruana, en relación al Código procesal constitucional de 2004, brinda algunas luces de interés sobre la materia.

Palavras-Chave: Derechos Fundamentales; Jueces Constitucionales; Código Procesal Constitucional; Justicia Constitucional; Procesos Constitucionales.

This study develops material approaches from fundamental rights, as a basis for the configuration and consolidation of the idea of constitutional judges, with specific powers and appointed as such, in a legal system. In this logic, we defend the adoption of a Constitutional Procedural Code due to the implications of considerable comparative advantages that its implementation denotes, aspects that in turn fulfill the

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). E-mail: efigueroag@pj.gob.pe

special duty of protection of a constitutional State. The Peruvian experience, in relation to the Constitutional Procedure Code of 2004, provides some interesting lights on the matter.

Keywords: Fundamental Rights; Constitutional Judges; Constitutional Procedural Code; Constitutional justice; Constitutional Processes.

INTRODUCCIÓN

Deviene una tarea ciertamente ambiciosa abordar las relaciones entre derechos fundamentales y jueces constitucionales, si hemos de considerar que los primeros representan conceptos jurídicos altamente indeterminados. De otro lado, consideramos de suma relevancia no delimitar la figura del juez constitucional solo desde una perspectiva en extremo genérica, únicamente nominal y semánticamente extensa, afirmando que todos los jueces per se son constitucionales. Por el contrario, proponemos que resulta necesaria una judicatura constitucional especializada, con competencias específicas, en materias concretamente iusfundamentales.

Hemos de perfilar, entonces, la necesidad de entender la importancia, relevancia y exigencia de diseñar una estructura que permita materializar el mandato contenido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la exigencia de que todo Estado deba perfilar instrumentalmente un recurso sencillo y rápido para el esclarecimiento célere de las vulneraciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto implica, de suyo, diseñar una judicatura constitucional con materias específicamente asignadas para su conocimiento, y de la misma forma, resulta un imperativo procedimental la organización de elementos de procedimiento - léase procesos constitucionales autónomos- que, a través de un Código procesal constitucional, permitan dos fines específicos determinados: la vigencia efectiva y real de los derechos fundamentales, y la primacía normativa de la Constitución.

La experiencia peruana ha sido prolífica, con avances y retrocesos, en la configuración concreta de un sistema orgánico de defensa de los derechos fundamentales, a través de la estructuración de cuatro procesos de la libertad -habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento- así como de dos procesos de control normativo- procesos de inconstitucionalidad y de conflictos competenciales- además de un proceso de control reglamentario - el proceso de acción popular- herramientas que, organizadas en el Código procesal constitucional de 2004, han marcado la experiencia de nuestro país desde una perspectiva enriquecedora, en clave progresiva, de la jurisdicción constitucional.

Hemos de desarrollar, en consecuencia, algunas líneas de reflexión acerca de la importancia de llevar adelante la concretización de un Código procesal constitucional en todo ordenamiento jurídico, en tanto la tutela de los principios, valores y directrices de una Carta Fundamental, implica de suyo tareas de prosecución que apunten a la consolidación de un Estado constitucional, y ello no se logra desde una perspectiva de generalidad del Derecho, sino desde una

óptica de efectivización de los mecanismos de tutela necesarios, y si ello involucra una exigencia de especialización, pues ésta debe ser bienvenida. No olvidemos el viejo adagio de Antonio Machado que dice "Caminante no hay camino, camino se hace al andar". De la misma forma, se necesita transitar por el camino de consolidación de una justicia constitucional, de maximizar sus herramientas de protección, y de reforzar las atribuciones de los jueces constitucionales, nombrados por el Estado en esa especialidad. Sin ese camino, el deber especial de protección del Estado constitucional solo es cumplido en forma semántica, restringidamente nominal, además de marcadamente limitada.

1 DERECHOS FUNDAMENTALES: TIEMPO DE CONSAGRACIONES

Si cabe la expresión, estos son tiempos en los cuales, a pesar de algunos retrocesos en materia de derechos humanos que suele denunciar con justicia la Organización de Naciones Unidas, bien podríamos denominar de *maximización de los derechos fundamentales*, en el buen sentido de la expresión. En esa medida, nunca antes los derechos fundamentales han visto su protección tan reforzada, a través de sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como por medio de Normas Fundamentales que los países consagran, en mayor o menor medida, respecto a diversos derechos fundamentales, los cuales igualmente son objeto de protección, a través de leyes especiales o vía Códigos adjetivos sobre la materia.

Quedan así muy atrás los tiempos de brumas en el reconocimiento de los derechos, como aquellos de la Carta Magna de 1215, en los cuales solo algunos estamentos sociales gozaban de la protección de determinados derechos, así como igualmente queda rezagada la generalidad de derechos que la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, en EE.UU., enunciaba respecto a las atribuciones de los ciudadanos.

Más aún, quedan en el tintero la función mecánica de la función judicial del siglo XIX, enunciada por Recasens Siches, así como las nieblas de pesadilla del positivismo jurídico hartiano de mediados del siglo XX. En todos estos casos, habría habido un panorama determinadamente restringido: los derechos de la persona - derechos subjetivos de orden lineal - tenían una naturaleza in extenso semántica, casi nominal, no compatible con mayores niveles de reconocimiento, salvo estándares muy básicos, casi en abstracto, en oposición a lo que hoy los derechos fundamentales materialmente detentan.

Hogaño, en pleno siglo XXI y en especial desde la fiebre de Constituciones adoptadas desde la Segunda Guerra Mundial- de Bonn, Alemania, en 1949, de Francia en 1958, de España en 1978, entre muchas otras-

percibimos un *temp de droits*, o tiempo de los derechos, en la medida que el arraigo de los derechos fundamentales no admite, en líneas generales, sino contextos de progresividad.

De allí que no es previsible admitir que vivimos una *fundamental rights inflation*, o inflación de derechos fundamentales, sino un tiempo de necesario reconocimiento de estos derechos, y aún escenarios de pandemia como el COVID 19 en los años 2020 y siguientes, no han logrado disminuir enteramente el contenido esencial, o contenido constitucionalmente protegido (Saravia, 2017, p. 148) de los derechos fundamentales.

En efecto, con todos sus desvalores, la pandemia no ha logrado vaciar el núcleo duro de estos derechos, y de ahí los llamados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez producida la pandemia, para que los gobiernos, en el ejercicio de sus atribuciones con respecto a los entornos de la pandemia, respeten los lineamientos centrales mínimos de los derechos humanos.

Podemos afirmar, entonces, que ese tránsito de centurias hacia los derechos fundamentales en la historia de la humanidad- primero derechos subjetivos lineales, luego derechos subjetivos públicos, y finalmente derechos fundamentales- ha sido en realidad tortuoso, en tanto ha exigido un sinnúmero de vidas- por ejemplo las de las dos Guerras Mundiales- para que entendiera la humanidad la importancia de afianzar la protección de estos derechos, no desde una línea semántica o de protección reducida de los mismos, sino desde los ejes de protección de los ordenamientos nacionales y supranacionales de los derechos humanos.

En nuestros tiempos, como nunca antes, numerosos instrumentos internacionales protegen los derechos fundamentales, e incluso existe el criterio de responsabilidad del Estado, en los casos supranacionales a nivel interamericano, europeo y africano, para asumir que es el propio Estado quien debe asumir responsabilidad en casos de graves violaciones a los derechos humanos, incluso si estas ocurrieron, bajo ciertas condiciones, entre particulares. Al respecto, se entiende incumplió el Estado su deber de hacer respetar y garantizar la protección de los derechos humanos, si acaso el sistema legal no fue lo suficientemente idóneo, suficiente y útil para que la persona afectada pudiera encaminar la exigencia de tutela de sus derechos, como lo denotan numerosos fallos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde estas reflexiones, el denominado tempo dei diritti fondamentali, o tiempo de los derechos fundamentales, no es una alocución abstracta, y si bien la pobreza mundial, la crisis económica contemporánea, y otras graves situaciones afectan las

sociedades modernas, atenuando nuestras afirmaciones supra, es pertinente no perder la perspectiva de que un ejercicio temporal de comparaciones entre los sistemas de protección de los derechos- si nos atenemos solo a los dos últimos siglos- arrojan un balance de mayor configuración potencial de protección de los derechos, con resultados más efectivos frente a centurias pasadas.

Esta mayor valoración se aprecia en los últimos decenios del siglo XX e inicios del siglo XXI, en comparación con la primera mitad del siglo XX, y prueba tangible de ello son los aproximadamente 300 fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras en 1988, y las miles de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su creación en 1959. Por el contrario, antes de ello, la esencia legalista del Derecho no permitía ver más allá de una concepción lineal, restringida y reducida de los derechos de la persona.

2 LA FIGURA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL: EXIGENCIA Y NO APARIENCIA

A juicio de Landa Arroyo, ex Presidente del Tribunal Constitucional de Perú, " el control que desarrolla el juez constitucional se constituiría como un mecanismo que garantiza el correcto desarrollo del, proceso de decisión democrático." (2018, p. 91) Se trata de una atribución concreta en la medida que la función de los jueces constitucionales, parafraseando al profesor hispano Manuel Aragón, deviene en un concepto inseparable de la noción de Constitución.

En adición a lo expresado, la protección de los derechos fundamentales no puede concretarse en abstracto. Resulta de necesario examen la aseveración en el sentido de que todos los jueces son constitucionales, y que es verdad que el juez debe privilegiar los principios que alberga la Constitución por sobre las normas con rango de ley. Deviene igualmente verdadero que los jueces recurren a la *judicial review*, (García, 2001, p. 6) o control difuso, figura vigente desde el *leading case* Marbury vs Madison de 1803, cuando la Corte Suprema de EE.UU., en fallo del juez John Marshall, inaplicó una norma por ser contraria a la Constitución.

No obstante lo expresado, sin embargo, nuestra acepción de juez constitucional va mucho más allá incluso de la denotación que realiza el mismo Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional italiana. En efecto, nuestra afirmación apunta a una tesis de exigencia en el sentido de una especificación legal en todo sistema jurídico, a fin de que la judicatura constitucional represente un rango de competencias asignadas, a efectos de que no solo los magistrados de un Tribunal Constitucional, una Corte Constitucional, o un Consejo Constitucional, asuman la defensa de la Constitución, sino que esa protección iusfundamental

deba también ser ejercida por los jueces del Poder Judicial, nombrados por el Estado para ejercer responsabilidades en esta materia puntual, en la medida que estos representan los primeros bastiones de tutela de los derechos fundamentales.

Este rol de los jueces nos conduce, adicionalmente, a una especificación sobre el concepto abierto de intérpretes de la Constitución por parte de Häberle (Figueroa, 2011, p. 304), en cuanto si bien todos tienen la potestad de interpretar la Constitución, es decir, todos formaríamos una fraternidad de intérpretes constitucionales, debemos entender, de modo concomitante, que es la interpretación de los jueces la que debe prevalecer, en reconocimiento de sus atribuciones jurisdiccionales respecto a la Constitución. Y esa interpretación, a su vez, debe tener naturaleza dual, esto es, ha de ser ejercida por órganos jurisdiccionales como un Tribunal Constitucional, así como por jueces de un Poder Judicial.

El caso peruano, en relación a lo afirmado, resulta ilustrativo, en la medida que los jueces constitucionales conocen en primera y segunda instancia los denominados procesos de la libertad-habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento- y en última instancia lo hace el Tribunal Constitucional. De esa forma, no solo las altas Cortes constitucionales suelen conocer los procesos constitucionales sino hay una competencia compartida respecto a estos procesos: el Poder Judicial solo deriva procesos con resultado desestimatorio al Tribunal Constitucional.

Nuestra afirmación incluso va más allá: no se trata de que un juez, en adición a sus funciones, conozca un proceso constitucional, por ejemplo, que un juez de la jurisdicción civil de Perú, haga las veces de juez constitucional, como sucede aún en muchas partes del país, sino que cada uno de los 34 distritos judiciales del Estado tenga incluso jueces constitucionales a dedicación exclusiva. Esta experiencia, con sus avances y retrocesos, ocurre en Lima, donde diez jueces constitucionales de primera instancia conocen procesos de amparo, habeas data y cumplimiento, y a la vez, dos Salas Constitucionales de segunda instancia, conocen en apelación estos procesos.

Nota al margen merece que la Sala Constitucional de Lambayeque, en el norte de Perú, entre los años 2006 y 2014, hubiera conocido en segunda instancia, junto a los procesos señalados en el acápite anterior, también procesos de habeas corpus. Sin embargo, por una decisión de política jurisdiccional, este órgano, junto al juzgado constitucional de Ayacucho, en el sur peruano, fueron reconvertidos a órganos de otra especialidad hacia fines del año 2014. A pesar de lo enunciado, se ha mantenido en nuestro país la tendencia a reconocer la exigencia de una judicatura constitucional especializada, lo cual pone a este país en un nivel de arraigo marcado de defensa de los derechos fundamentales.

La experiencia peruana en materia de jurisdicción constitucional, a cargo de los jueces del Poder Judicial, resulta enriquecedora desde diversos matices, pues descarta una tesis de apariencia de protección de los derechos fundamentales, para reafirmarse en un escenario de real tutela especializada, ámbito que, a juicio nuestro, demanda competencias específicas. De esa forma, ni el juez civil, en adición a sus funciones, debería conocer procesos constitucionales de amparo, habeas data y cumplimiento; ni los jueces penales, en adición a sus materias propias, deberían conocer procesos de habeas corpus, sino dichos procesos deben ser competencia exclusiva de los jueces de la Constitución.

El fundamento de esta competencia especializada reside en la misma exigencia de un conocimiento técnico que, incluso, permita al juez discernir que estos procesos, como enuncia la normativa peruana, no tienen etapa probatoria, sino son resueltos con el solo aporte de pruebas de las partes, es decir, no se admiten pruebas que extiendan el proceso, como testimoniales, aperturas de incidentes a prueba, etc., sino, dada la urgencia de protección que requieren los derechos fundamentales, deben ser los mismos procesos resueltos de manera célere, pronta y sumaria. De ahí la comprensión cabal de un recurso sencillo y rápido.

3 LA ADOPCIÓN DE UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: SER O NO SER

La figura de un juez constitucional resultaría incompleta, por cierto, si no hubiese una infraestructura legal adecuada- entiéndase una jurisdicción constitucional regulada- que a su vez permita el ejercicio irrestricto de defensa de los derechos fundamentales.

Perú ha pretendido completar ambos aspectos: jueces constitucionales y un ámbito normativo específico, esto es, un Código procesal constitucional que, desde 2004, regula la existencia de siete procesos constitucionales, así como establece los ámbitos de la justicia constitucional, y, fundamentalmente, prevé la figura del juez constitucional. Ya a su turno, los órganos administrativos rectores de la justicia en el Perú- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial- implementaron la aparición de juzgados y Salas Constitucionales, a dedicación exclusiva, aunque solo en la ciudad de Lima, con lo cual se completa un trípode de valor, en donde un primer elemento- los derechos fundamentales- fue correlacionado con un segundo elemento- el proceso constitucional en sí mismo- para anclar ambas bases en un tercer elemento- el juez constitucional- ubicando este último al actor encargado de la vigencia

real de los derechos fundamentales y de la supremacía normativa de la Constitución.

El Código procesal constitucional peruano de 2004 se gestó desde 1996 (García, 2005, p. 401) y un referente fue el Código procesal constitucional de Tucumán, Argentina, de 1997, instrumento promovido por el profesor argentino Sergio Díaz Ricci (Velandia, 2011, p. 82). En el caso de Perú, los profesores Juan Monroy Gálvez, Domingo García Belaunde, Samuel Abad Yupanqui, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, y Arsenio Oré Guardia, trabajaron durante varios años la compleja elaboración de un articulado sistemático sobre la materia, lo cual resultó en basamento de la actual justicia constitucional procesal en nuestro país.

La adopción del Código acotado mejoró, con creces, los dispersos elementos de tutela de los derechos fundamentales. En efecto, a 2004, existía la ley No. 23506, de Habeas Corpus y Amparo, de 1982; la Ley Procesal de Acción Popular de 1988; así como otros procesos aparecían regulados en el antiguo Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Y sin embargo, es menester notar que una protección dispersa, no orgánica, en definitiva no restringía en modo alguno los derechos fundamentales, y sin embargo, hacía más compleja su protección.

En rigor, la adopción del Código en mención figurativamente implicó superar esa vieja contradicción hamletiana de ser o no ser, en cuanto se suele afirmar que un Código tiende a anquilosar el derecho, en tanto que las leyes, en forma autónoma, constituyen supuestamente mejores mecanismos de cambio. Ni lo uno ni lo otro deviene cierto, en cuanto que, antes que una apariencia fosilizada del Derecho, un Código, además de la expresión de la madurez jurídica de un pueblo (García, 2005, p. 402), es también susceptible de cambios normativos si el legislador lo considera necesario. De otro lado, la existencia de leyes dispersas, en distintos cuerpos normativos, dificulta una mejor defensa de los derechos fundamentales, en cuanto una protección aislada no otorga una visión de organicidad a los derechos fundamentales.

4 VENTAJAS COMPARATIVAS DE UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Citando a Sagües, Espinosa- Saldaña acota tres factores que apuntan a favor de la codificación del Derecho procesal constitucional: "a) Seguridad, pues ayuda a preservar una comprensión común de lo ya dispuesto. b) Perfeccionamiento, destinado a asegurar la eficacia de lo ya existente. c) Robustecimiento académico e ideológico de lo actualmente previsto, lo cual incidirá, dicho con los mismos términos del destacado jurista rosarino, en la mejor cotización jurídica del Derecho procesal constitucional." (S.F. p. 346).

Recopilando la reflexión anterior, un Código procesal constitucional deviene una herramienta útil para el ordenamiento jurídico, en cuanto podemos glosar las siguientes fortalezas:

a) **Presenta una visión de organicidad de defensa de los derechos fundamentales.** Al respecto, no es igual de eficiente para un esquema idóneo de protección de derechos fundamentales, la existencia de normas dispersas, esto es, leyes aisladas de tutela, en tanto dicho contexto " puede producir desconcierto en los tribunales que deben aplicar estos instrumentos procesales, con integrantes más bien familiarizados con dinámicas interpretativas muy distintas." (Espinosa- Saldaña, S.F., p. 345). Frente a un riesgo de dispersión, entonces, debe prevalecer una propuesta de " articulación normativa". (Espinosa- Saldaña, S.F., p. 346)

La organicidad de un Código permite, como en el caso peruano, el establecimiento de principios procesales y reglas de procedimiento, que van a constituir un conjunto de vectores para la mejor comprensión de los procesos constitucionales. En efecto, un Código implica un mirada " orgánica, integral y sistemática (del) conjunto de procesos (...) y principios procesales que (lo) sustentan." (Bardelli, 2005, p. 353)

Extensivamente, un Código de esta naturaleza incorpora diversos elementos de valor. En el caso de Perú, el Título Preliminar del Código contempla, entre otros principios gravitantes, el " principio de elasticidad, según el cual las formalidades previstas para los actos procesales, deben ser exigidas atendiendo a la función que éstas cumplen en el proceso y en la obtención de su resultado, a criterio del juez " (García, 2005, p. 407). Este principio es un criterio ancla del Código procesal constitucional peruano, en la medida que reproduce la libertad de configuración alemana que enuncia Rodríguez- Patrón (2001, p. 125), y sin embargo, hemos de anotar que " la flexibilidad que supone este principio a favor de la actuación judicial del juez, no significa que el juzgador quede desvinculado del Derecho." (Castillo, 2005, p. 9)

De la misma forma, la noción de sistematicidad que enunciamos permite diseñar un grupo de reglas relativas a disposiciones generales- criterios procedimentales mayoritariamente- para comprender la lógica de los procesos de la libertad. Por ejemplo, es enfático el legislador, en el caso peruano, en la prevalencia de las sentencias constitucionales sobre las sentencias de la justicia ordinaria. De la misma forma, los procesos de control concentrado- de inconstitucionalidad y de competencias- implican elementos en común con nociones de control abstracto, lo que difiere, en cita de García Belaúnde, de los denominados procesos de la " jurisdicción constitucional orgánica" o de " jurisdicción

constitucional de las libertades", como solían denominar Cappelletti y Fix- Zamudio (Quiroga, S.F., p. 171) a los procesos constitucionales.

En ese mismo eje de razonamiento "un Código procesal constitucional nos brindaría unidad de materia, lo cual a su vez consolidaría la dogmática del derecho procesal constitucional, ya que nos permitiría diferenciarlo de los demás, lo cual a su vez permitiría que se identificara con precisión la labor, límites y estructura de la jurisdicción constitucional, la cual en algunos casos pareciera ser invisible y por lo mismo inaplicable por los jueces." (Velandia, 2011. p. 54)

La anterior afirmación se refuerza en cuanto para Sagües "la codificación tiene su argumentación y publicidad vendedora. Alega sistematización, vale decir, se pregona, orden, claridad y coherencia en la legislación procesal constitucional." (Velandia, 2011. p. 117)

b) Implementa, a través de la figura del juez constitucional, una visión de una necesaria especialización en el Derecho. En esto debemos ser enfáticos: convenimos en que todos los jueces son constitucionales pero, de igual forma, el Derecho apunta, desde hace varios lustros, a afianzar campos específicos del mismo. El juez penal ya no puede conocer todas las materias de relevancia penal y, de esa forma, entre otros ámbitos, Perú ha creado la justicia anticorrupción, así como ha establecido jueces de pérdida de dominio, para casos en los cuales hay necesidad de recuperar bienes adquiridos por actividades ilícitas. En el mismo sentido, el juez civil ve diseminadas sus competencias y ya existen en el Perú jueces competentes en Derecho comercial, así como jueces de tránsito, entre otras especialidades.

Estos ejes de cambio eliminan la existencia de jueces todistas, es decir, que abarcan muchas materias al mismo tiempo. Y bien sabemos que un juez que conoce de muchos campos en el Derecho, finalmente no termina por especializarse en nada. En el caso que estudiamos, de suyo la especialidad del Derecho constitucional debería constituirse en la primera y más importante de las especialidades del Derecho.

En rigor, y por consiguiente, en vía de enfatizar nuestra idea, todo el Derecho apunta a una impostergable especialización, y desde esa perspectiva, una de las más importantes disciplinas en el Derecho- el Derecho constitucional o el Derecho de los derechos fundamentales- exigiría que los jueces igualmente adquieran competencias específicas. No olvidemos que habrá que resolver con celeridad las afectaciones a derechos fundamentales, sin etapa probatoria, y ello implicará un juez que perfile estar en condiciones de resolver el caso sometido a su conocimiento, con las solas pruebas que aporten las partes en el proceso.

Podemos coincidir, en consecuencia, con Eguiguren, quien enuncia que "el Código apuesta a

fortalecer el rol de la judicatura en el manejo y resolución de (los) procesos constitucionales." (S.F., p. 183)

c) Se afianza la justicia constitucional a nivel de Estado de derecho. No diremos aquí que la justicia ordinaria tiende a anquilosarse ni que la justicia constitucional resulta una panacea y, sin embargo, es la jurisdicción constitucional la que permite, desde las orígenes del caso Marbury vs. Madison, entender un bosquejo de mayor afianzamiento de un sistema de respuestas especializadas en materia constitucional, a nivel de Tribunal Constitucional y jueces constitucionales del Poder Judicial. Este boceto de sistematicidad consolida los fundamentos del Estado de derecho, el cual requiere de una jurisdicción constitucional con capacidad de respuesta especializada frente a controversias constitucionales.

¿Puede la sola justicia ordinaria, como sucede en Estados federales como EE.UU., Brasil y Argentina, organizar una respuesta eficiente a las demandas en materia constitucional de los ciudadanos? Convenimos en que la respuesta es afirmativa, y no obstante esta salvedad, una justicia constitucional especializada, con jueces a dedicación exclusiva a procesos solo constitucionales, tampoco sería incompatible con un sistema federal.

Las leyes deben adaptarse a la realidad y no ésta a las leyes. Desde esa perspectiva, la realidad concreta de exigencia de protección de los derechos fundamentales obtendría respuesta tanto en sistemas unitarios como federales, pero si la capacidad de respuesta es especializada, entonces existen visos de una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales conculcados.

En esta línea de reforzamiento, es legítimo coincidir con Sagües, quien matiza que "se cubrirían las lagunas o vacíos del entramado legal. (Además) Invoca perfeccionamiento, ya que el proceso codificador se supone que mejorará al material preexistente, tornándolo más útil y operativo." (Velandia, 2011, p. 117)

d) Se cumple, a nivel convencional, el mandato de protección judicial del artículo 25 de la Convención Americana de DD.HH., en relación a un recurso sencillo y rápido frente a las vulneraciones a derechos fundamentales. Consideramos que, en este aspecto, el Estado, de impulsar un Código procesal constitucional, cumple su *deber especial de protección* de los derechos fundamentales. No se trata de una más de las obligaciones estatales en relación al Estado de derecho, sino de la configuración de un mandato que deja de lado el carácter lato que suele asumir, las más de las veces, la justicia ordinaria, la cual maneja un rango de que *siempre hay tiempo* para una discusión cognitiva un tanto extensa respecto de las controversias que conoce.

En materia constitucional, valga recalcarlo, el tiempo es valiosísimo, pues a mayor dilación en tiempo de una controversia constitucional, más posibilidades existen de que la agresión grave a un derecho fundamental se convierta en irreparable. De ahí la urgencia de consolidar un esquema de respuesta rápida en los casos de procesos constitucionales.

Y en relación a lo que implica una respuesta célere, vayamos a un aspecto práctico: ¿podría producirse la sentencia del juez constitucional en la tercera resolución del órgano jurisdiccional desde que éste conoce el proceso? Si nos atenemos a que el juez emite una primera resolución al admitir la demanda y sus pruebas, así como se produce una segunda decisión al admitir la contestación de la demanda y sus pruebas, no habría obstáculo, consideramos, respecto a que sea viable que, conocidas la demanda y la contestación así como sus respectivas pruebas, la sentencia efectivamente tenga lugar en la tercera resolución, de no mediar escenarios de excepciones y necesarios saneamientos procesales. En ese sentido, que el proceso constitucional concluya con la tercera resolución del caso no resulta una afirmación utópica. Un número razonable de casos en materia constitucional sigue este parámetro.

e) Se cumple, de modo más idóneo, el mandato de interdicción de la arbitrariedad propio de todo Estado constitucional. El núcleo duro de todo derecho fundamental representa, en rigor, la esencia de ese derecho, esto es, adquiere, en los matices del giro que le asignó el *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal constitucional federal alemán de Karlsruhe, desde setiembre de 1951, la fisonomía de un contenido esencial, ese famoso coto vedado de Garzón Valdés, en el cual no se puede entrar a decidir, y menos aún disponer el legislador. En consecuencia, cualquier acción que vulnerara ese espacio vital de un derecho fundamental califica, tarde o temprano, como una expresión de arbitrariedad, y en ese rango de ideas, óptimamente se busca evitar la proliferación de la arbitrariedad misma en el ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, que devengan afectados en su contenido esencial.

¿Puede evitar esa arbitrariedad o irracionalidad la justicia ordinaria? Asumiríamos *prima facie* que sí y, sin embargo, volvemos a nuestra aseveración expresada *supra* en la relevancia que asume el entrenamiento de jueces constitucionales en las materias específicas que son sometidas a su conocimiento. Y más aún, si esa especialización es fortalecida con un cuerpo normativo igualmente específico en la materia, de suyo la posibilidad de combatir escenarios de arbitrariedad es mucho mayor.

5 RIESGOS DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADA?

Velandia señala que "no obstante la notoria claridad sobre la necesidad de la codificación, se presentan las siguientes objeciones (...) descender al plano legal la regulación de los derechos fundamentales." (2011, p. 53). La nota acotada es de interés, pues bien podrían confundirse los derechos fundamentales como tales, y ser regulados como derechos de rango simplemente legal.

Por otro lado, y en esa misma línea de reflexiones, anota el mismo autor que el profesor Sagües cita otros riesgos:

a) **la impericia**, si malos legisladores perjudican o complican los procesos constitucionales ya existentes; b) **la regresión**, cuándo en vez de desenvolver y desplegar positivamente a tales institutos, se los retrotrae al pasado volviéndolos poco operativos, burocráticos y complejos cuándo no, en situaciones límites, paradójicamente castrativos; c) **el conflicto**, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas, o al menos atargadas, o se introducen mecanismos o sistemas arto discutibles, provocadores de mayores debates y controversias en la comunidad forense; d) **la esclerotización**, rara de evitar si el legislador, por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrajar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular, de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o remodelación ágil de los existentes"53. (Velandia, 2011, p. 53).

Ahora bien, frente a los riesgos Sagües también opone límites y advierte que "la codificación procesal constitucional tiene algunas veces topes. Uno, por cierto curioso, son las prohibiciones constitucionales, como las establecidas por las constituciones provinciales de Salta (1998, art. 87) y Jujuy (1986, art. 40), en Argentina, que impiden, respectivamente, que el legislador regule la acción de amparo y el hábeas corpus." (Velandia, 2011, p. 118)

Desde nuestra visión, hemos de sostener que, en forma figurada, el Derecho en sí mismo, como suele expresar Gascón Abellán respecto a Reichenbach, implicaría que el juez es un jugador racional que hace una apuesta conociendo bien las leyes de la probabilidad.

De esa forma, una justicia constitucional especializada tendría los mismos caracteres de un cálculo de posibilidades que bien podría fallar y, sin embargo, esa es la menos viable de las alternativas, en tanto el riesgo tangible de mayor alcance que podríamos advertir frente a un contexto de amplia apertura a los derechos fundamentales, a través de jueces constitucionales y un Código procesal

constitucional, es el de un hiperactivismo judicial, posiblemente desbocado y excesivamente garantista.

La experiencia peruana denota algunos excesos muy puntuales que no afectan sino un árbol y no el bosque en su conjunto. Ejemplo puntual de una de esas situaciones es que un proceso de habeas corpus pueda ser decidido en cualquier región del país, con lo cual no se exige conozca dicha pretensión el juez del lugar de la afectación del derecho. Esta apertura se debe a un propósito de maximización de protección de la libertad individual, y efectivamente produce, en la práctica, desajustes de procedimiento, pues un juez del norte del país bien podría resolver una afectación producida en el sur de la nación. No obstante ello, este es un problema, muchas veces, de personas y no de sistemas.

Con la afirmación anterior, queremos aludir a las dificultades que reporta un **hiperactivismo judicial**, figura contraria a la de un activismo judicial restringido, este último más conducente y compatible con una justicia constitucional que observa el principio del *self restraint*, o autocontrol. Desde este eje de ideas, una justicia constitucional conducente es aquella que mantiene una posición de equilibrio en la defensa de los derechos fundamentales, y no se erige en optar por esquemas invasivos de competencias de otros estamentos del Estado.

En tesis de balance, entonces, no existe un riesgo real de una justicia constitucional especializada, sino ésta requerirá, en su eventual desarrollo, de los correctivos necesarios propios de un esquema en crecimiento. De esa forma, una justicia constitucional equilibrada siempre será un concepto en permanente implementación. En consecuencia, dos herramientas de valor como los jueces constitucionales especializados y un Código procesal constitucional, coadyuvan a minimizar todo riesgo posible en democracia.

CONCLUSIONES DE RIGOR

Hemos querido glosar, en este breve estudio, la importancia de dos ejes relevantes en un Estado constitucional: los derechos fundamentales, de un lado, como base de necesaria comprensión material de un Estado constitucional; y de otro lado, la figura de los jueces constitucionales, bajo una cerrada defensa de su consolidación como actores con competencias específicas en la protección de los derechos fundamentales mismos, frente a agresiones de envergadura al contenido esencial de estos.

Consideramos que vivimos un tiempo de consagraciones de los derechos fundamentales, esto es, como nunca antes, a pesar de algunas vicisitudes en contra, los sistemas regionales de protección de estos derechos funcionan en continua clave de progresividad y han avanzado tanto. Y quizá hasta replicáramos a Fukuyama pensando en un fin de la historia de los

derechos fundamentales si prevemos que no habrá ya más regresividad en los mismos.

Debemos agregar a lo acotado *supra* que la figura de los jueces constitucionales constituye una exigencia en el Estado de derecho para la protección, a nivel especializado, de los derechos fundamentales, y nos referimos aquí a jueces nombrados por el Estado para esa específica responsabilidad. No importa aquí si un Estado es unitario o federal: la especialización en materia constitucional demanda un conjunto de competencias que permitan un conocimiento más técnico de las trasgresiones de valor a derechos fundamentales.

En complemento de lo reseñado *supra*, la adopción de un Código procesal constitucional constituye, antes que una duda hamletiana, un necesario correlato técnico de la figura de los jueces constitucionales, en tanto un conocimiento específico de las controversias iusfundamentales, por cierto redundante en un panorama de mejor defensa de los mismos derechos fundamentales y del principio de primacía normativa de la Constitución.

La anterior afirmación nos ha conducido a describir, con creces, diversas ventajas comparativas respecto a la adopción de un Código procesal constitucional, escenario en el cual la experiencia peruana constituye un referente de relevancia a nivel país desde 2004, después de la dación del primer Código procesal de este tipo en la provincia de Tucumán, Argentina, en 1997.

Hemos cerrado nuestras ideas reseñando que los riesgos de una justicia constitucional especializada son de entidad menor, en tanto el único contexto que nos parece complejo junto a los reseñados—como anotación al margen— es el de un *hiperactivismo judicial* en exceso garantista. Entonces, avizorar una justicia constitucional con jueces de la Constitución a dedicación exclusiva, así como un Código procesal constitucional en permanente tránsito de mejora, consolida, en aproximación a la idea de Rudolf Smend, una verdadera función integradora de la Constitución, llenando los vacíos que la naturaleza, muchas veces polisémica de los derechos fundamentales, nos deja en el camino de su protección.

En conclusión, son exigibles pautas de procedimiento como las anotaciones arriba reseñadas: jueces constitucionales, Código procesal sobre la materia, derechos fundamentales reales y no nominales, entre otras exigencias contemporáneas. No hacerlo, creemos, no representa tampoco los famosos círculos que Dante describe en su célebre Divina Comedia, y sin embargo, desarrollar estas propuestas asertivamente nos lleva a un escenario puntual: implica el cumplimiento puntual de un mandato convencional como el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, la reafirmación de una estructura sencilla y rápida para la tutela tangible de

las agresiones de relevancia a los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2011)

Derecho Procesal Constitucional. Volumen II. Tomo I. Bogotá. Eduardo Velandia. Coordinador. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Libro_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL_Tomo_II_Volumen_I.pdf

Bardelli, J. (2005)

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una mirada introspectiva. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://biblio.dpp.cl/datafiles/10622.pdf>

Castillo, L. (2005)

Los principios procesales en el Código procesal constitucional. En Repositorio Institucional PIRHUA. Facultad de Derecho. Área Departamental de Derecho. Universidad de Piura.

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2066/Principios_procesales_Codigo_procesal_constitucional.pdf?sequence=1

Eguiguren, F. (S.F.)

El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElNuevoCodigoProcesalConstitucionalPeruano-5085028.pdf

Espinosa-Saldaña, E. (S.F.)

Codificación del Derecho Procesal Constitucional: evolución, ventajas y algunos necesarios recaudos al respecto. En Derecho y Sociedad 30.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-CodificacionDelDerechoProcesalConstitucional-7792866.pdf

Figueroa, E. (2011)

El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: bases conceptuales y análisis jurisprudencial. En Gaceta Constitucional 2011 No. 43. Julio 2011. pp. 303-317. <https://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2011/09/el-tc3adtulo-preliminar-del-cc3b3digo-procesal-constitucional-pdf.pdf>

García, D (2001)

Derecho Procesal Constitucional. Editorial TEMIS, Bogotá.

<http://garciabelaunde.com/Biblioteca/DProcesalConstitucional.pdf>

García, D. (2005)

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú. En Provincia, 2005, pp. 401-419. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela

<https://www.redalyc.org/pdf/555/55509913.pdf>

Landa, C. (2018)

Derecho Procesal Constitucional. Colección Lo Esencial del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170693/36%20Derecho%20procesal%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Quiroga, A. (S. F)

El Derecho Procesal Constitucional peruano.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/222/11.pdf>

Rodríguez- Patrón, P. (2001)

La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal. En Revista Española de Derecho Constitucional Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaLibertadDelTribunalConstitucionalAlemanEnLaConfi-79701.pdf

Saravia, F (2017)

El contenido constitucionalmente protegido según el inciso 1 del artículo 5 del código procesal constitucional. En VOX JURIS, Lima (Perú) 34 (2): 147-155. file:///F:/ENSAYOS%20POR%20PUBLICAR%20EFG/BRA SIL%20CPCONST%20PERU/Saravia%20Contneido%20constituciopnalkment%20protehid%20%201080-3675-1-PB.pdf

O CONSENSO INTERSUBJETIVO COMO PRODUTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

THE INTERSUBJECTIVE CONSENSUS AS A PRODUCT OF THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL STATE

Elcio Domingues da Silva¹



O Direito e o Estado são duas grandezas da vida humana que estão entrelaçadas e se complementam e outrora são conflitantes. Durante toda a história se procurou separar e analisar cada uma delas isoladamente. Quando isso é feito o trabalho é relativamente simples. Uma vez que se ignora os aspectos conflitantes. Agora quando se estuda a relação simbiótica dos dois aí a complexidade revela a sua face. Desse modo, a presente pesquisa trabalha com os principais aspectos que envolvem essa relação tendo como pano de fundo a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas no que se refere a construção de consensos democráticos em um Estado regido por uma Constituição legitimada pelos debates públicos em uma Assembleia Nacional Constituinte. A pesquisa é desenvolvida a partir da utilização do método dedutivo de pesquisa, bem como da utilização da técnica de pesquisa documental indireta realizada em livros, artigos científicos e sites da internet. Para o desenvolvimento serão trabalhados os aspectos históricos e teóricos de construção tanto do Estado quanto do Direito e será trabalhado também os conceitos e principais aspectos do monismo jurídico de tradição positivista e se abordará a partir do giro linguístico da teoria da linguagem as transformações ocasionadas nesta relação através de uma democracia pautada na teoria do agir comunicativo de Habermas e assim proporcione um ambiente democrático que tenha a cooperação dos atores sociais e a construção de consensos intersubjetivos como alvo.

¹ Doutorando (2021) e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL (2019); Bolsista CAPES/PROSUP; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST. Especialista em Direito Digital – EBRADI (2021); Especialista em Direito Civil e Empresarial Aplicado – UEPG (2013); Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE (2010). Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG (2012). Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB (2016). Pós-Graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal – ESMAFE (2016). Professor do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE, nas disciplinas de Direito Constitucional e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Advogado atuante nas áreas de Direito Cível e Empresarial (Contratos, Obrigações, Responsabilidade Civil e Sucessões), Direito de Família, Direito do Trabalho. E-mail: elciodom@live.com.

INTRODUÇÃO

Se observa que os Estados contemporâneos majoritariamente possuem suas bases nas contribuições do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII. Neste período houve o estabelecimento do paradigma atual que está relacionado à separação do Estado e da Igreja, com a divisão do poder político e a consequente limitação das diversas intervenções estatais (*check and balances*) na vida, liberdade e propriedade das pessoas. Também foram lançados os alicerces para a existência do que chamamos Estado Democrático de Direito, que tem a lei como base das relações entre os indivíduos que o compõem.

Para a construção deste modelo de Estado, houve a necessidade da idealização de uma sofisticada engenharia teórica com a contribuição de diversas áreas do conhecimento, tais como: filosofia, política, sociologia, psicologia, economia e direito. Esta última responsável por sintetizar em normas jurídicas válidas as contribuições das demais áreas e tornar possível o crescimento e desenvolvimento do modo capitalista de produção.

Dentre as diversas contribuições, se destaca a teorização envolvendo tanto a construção das Constituições quanto dos Estados modernos baseados na limitação do poder político e a garantia, proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão.

A ciência do direito recebeu forte influência da mudança do paradigma filosófico da razão para linguagem, tal mudança recebe o nome de "*linguistic turn*", ou giro linguístico, como é chamado na filosofia do direito brasileira. Tal paradigma mudou a forma de se analisar a construção e propagação do direito e seus efeitos na democracia a partir linguagem.

O presente trabalho tem como problemática analisar a relação entre o Direito e Estado, relação essa que tem sido objeto das mais diversas contribuições teóricas com resultados muitas vezes dispares. A proposta da pesquisa é tentar compreender os principais aspectos que envolvem essa relação tendo como pano de fundo a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas do agir comunicativo no que se refere a construção de consensos democráticos a partir da efetividade dos direitos fundamentais na dimensão do processo constitucional contemporâneo. Verifica-se desse modo, que qualquer discussão que envolva a construção de legislação relacionada ao estabelecimento de um Código de Processo Constitucional não pode ignorar tais pressupostos.

Vive-se atualmente uma intensa discussão sobre eventuais mudanças de paradigmas relacionados

a organização do Estado e do papel desempenhado pelos poderes e atores sociais. Tais discussões são levantadas tendo em vista a evolução comunicacional apresentada pelos sistemas de informação baseados na internet e, cada vez mais, a ampliação de sistemas globais relacionados a cadeia de produção dos mais diversos produtos e serviços. Fala-se de esgotamento do sistema democrático e morte da democracia². Com isso em mente, o presente trabalho visa resgatar os principais aspectos teóricos e filosóficos que alimentam a racionalidade jurídica existente e quais são as bases do sistema democrático que deve envolver e alimentar o Estado.

Desse modo, a presente pesquisa está dividida em duas partes. Na primeira, será trabalhado o conceito de Estado de Direito, sua origem e organização, passando pelos diferentes períodos históricos de construção do Estado. Na segunda parte se trabalhará com as contribuições da filosofia da linguagem a partir do giro linguístico, tendo como base as contribuições de Ludwig Wittgenstein e como ele influenciou a teoria procedimentalista de Habermas.

No que se refere a hipótese de pesquisa, entende-se que a validade do Direito dentro de um Estado de Direito, de acordo com a contribuição teórica de Habermas, tem como objetivo proporcionar um ambiente democrático que tenha a cooperação dos atores sociais como objetivo através da construção de consensos intersubjetivos.

1 O ESTADO E O DIREITO COMO ORDEM IMAGINADA

Para desenvolver esta pesquisa é necessário estudar a relação entre o Estado e o Direito de modo conjunto, uma vez que, de certa forma, a partir da teoria monista³ do direito tais conceitos estão imbricados, principalmente por se tratar de duas construções realizadas a partir da imaginação humana que Harari chama de ordem imaginada. Pois vejamos:

Acreditamos em uma ordem em particular não porque seja objetivamente verdadeira, mas porque acreditar nela **nos permite cooperar de maneira eficaz e construir uma sociedade melhor**. Ordens imaginadas não são conspirações malignas ou miragens inúteis. **Ao contrário, são a única forma pela qual grande número de seres humanos pode cooperar efetivamente** (HARARI, 2015, p.118). (Destacamos).

Essa ideia de construção de ordem imaginada para produzir a cooperação de um grande contingente de atores sociais é a base para a compreensão de toda esta análise. Portanto, faz-se necessário abordar sobre

² Os autores Steven Levitsky e Daniel Zibratt escreveram uma obra intitulada "Como as Democracias Morrem"; Hans-Hermann Hoppe escreveu a obra "Democracia – O Deus que falhou"; Dennys Antonialli e Francisco Brito Cruz escreveram a obra "Privacidade e Internet: desafios para a democracia brasileira".

³ Os autores Steven Levitsky e Daniel Zibratt escreveram uma obra intitulada "Como as Democracias Morrem"; Hans-Hermann Hoppe escreveu a obra "Democracia – O Deus que falhou"; Dennys Antonialli e Francisco Brito Cruz escreveram a obra "Privacidade e Internet: desafios para a democracia brasileira". (Nota do autor).

os primórdios da organização da humanidade, pois o Estado e o Direito existem por causa da vida humana e para sua manutenção. Desse modo, deve-se seguir a orientação de Ernst Cassirer (2012, p. 107) de que "o homem não deve ser estudado em sua vida individual, mas em sua vida política e social". Assim, é importante compreender quem é o ser humano e como ele se relaciona com o ambiente social no qual está inserido.

1.1 O HOMEM E SUA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA ATRAVÉS DO ESTADO

Claro que trabalhar um conceito de quem é o ser humano não é tarefa fácil e nem é o objetivo desta investigação, pois ao longo de toda a história da humanidade, bem como da filosofia, em cada época se trabalhou com um conceito de homem e de objetivos de vida e esses conceitos influenciaram as práticas políticas e jurídicas das organizações sociais do ser humano. (OLIVEIRA, 2006, p. 489-501).

Para o propósito deste trabalho trabalhar-se-á com um conceito contemporâneo a partir da psicologia transcendental, conforme segue:

[...]. a Psicologia transcendental volta-se em direção a uma construção global de homem, abrangendo questões emocionais e intuitivas, contestando metodologias que excluem esses elementos por entender o homem como ser humano criativo, capaz de autorreflexão, de escolha e de decisão, valores também exaltados pelos movimentos fenomenológico e existencialista. O conceito de homem transpessoal busca resgatar a possibilidade de o ser humano construir seu próprio universo sem dogmas e preconceitos de modo aberto e espiritualizado, em comunhão com a natureza, em perfeita integração com o universo externo e interno, com elevação de sentimentos, amor incondicional, e, principalmente, com harmonização transcendental – experiência única – descrita por Abraham Maslow – experiência de cume – como possível a todo ser humano, podendo trazer mudanças de valores e crenças tanto ao sistema instituído quanto o dogmatizado.

⁴ Em seu "A Política" Aristóteles já informava o seguinte: "É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é um animal político destinado a viver em sociedade. [...]. Claramente se compreende a razão do homem ser um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e outros animais que vivem reunidos. [...]. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem. (ARISTÓTELES, 2009, p. 16,17).

⁵ Estudos recentes de antropologia e paleontologia demonstram que os "homo sapiens" conviviam com os "Neandertais" em áreas comuns, mas na maioria das vezes estavam em conflito. Ver HARARI, Yuval Noah. Sapiens: **Uma breve história da Humanidade**. 8. ed. Porto Alegre: LPM, 2015.

⁶ Ernst Cassirer explica o seguinte: A definição do homem como "animal social", dada por Aristóteles, não é suficientemente ampla. Dá-nos um conceito genérico, mas não a diferença específica. A sociabilidade como tal não é característica exclusiva do homem,

O conhecimento transpessoal constrói o conceito de homem afirmando que a essência do psiquismo se transmuta pelo corpo num gesto, num toque, num encontro, não apenas pela linguagem, corporificando as emoções, abordando o homem como ser biopsicossocial e cósmico, sentindo o Outro em sua sutileza mais profunda, com estreita valorização do mundo que o cerca. (OLIVEIRA, 2006, p. 502). (destacamos)

O destaque do excerto acima nos revela que o homem é um ser biopsicossocial, ou seja, possui necessidades biológicas (alimentos, vestimentas, abrigo etc.), necessidades psicológicas (amor, afeto, realização etc.) e sociais (gregarismo, companheirismo, reconhecimento etc.). Tais necessidades não são satisfeitas em sua plenitude se o indivíduo humano vive em isolamento. Sendo assim, o homem é um ser eminentemente social⁴ e desde o momento do seu surgimento no planeta houve a necessidade de organizar as suas relações. Pois, pela própria característica individual de cada ser humano de se expressar e se desenvolver, houve o domínio dos mais aptos, fortes e capazes sobre os mais fracos e despreparados, o que em muitos casos é fonte de conflitos intensos.

Devido a isso, determinados grupos humanos viram a necessidade de se organizar para enfrentarem as ameaças externas (outras raças humanas⁵, animais ferozes). Com base nessas situações peculiares e próprias, de forma bastante rudimentar o homem se organizou. Daí surgindo os clãs, tribos, vilas e cidades que exerciam as suas atividades em determinados territórios em prol de uma coletividade ali existente.

Através dos tempos, com o aumento da população e da complexidade das relações sociais, estas obrigaram o homem a se reorganizar e se moldar às dificuldades e conflitos que surgem em seu meio. Vários filósofos e pensadores desde a Antiguidade⁶ se desdobram nas formas de organização do Poder Político (*Potestas*⁷), ainda que a vida política do homem não seja a única forma de existência comunitária humana. Deve-se recordar que na história da

nem seu único privilégio. Nos chamados estados animais, entre as abelhas e formigas, encontramos uma divisão bem definida do trabalho e uma organização social surpreendentemente complicada. Mas no caso do homem encontramos não apenas, como entre os animais, uma sociedade de ação, mas também uma sociedade de pensamento e sentimento. (CASSIRER, 2012, p. 363).

⁷ Segundo Suárez trata-se de um gênero de poder típico das comunidades perfeitas, daquelas que não são um simples corpus, mas antes um "corpu mysticum". A "potestas política" é o mesmo que "potestas jurisdictionis", "potestas civilis", "gubernatio política", "potestas suprema" e "principatus". É uma "potestas" que é "suprema in suo ordine" e que inclui a própria capacidade de fazer leis, algo que, no entanto, só é compreensível no quadro do "jus gentium". Nas comunidades perfeitas, como a família, há apenas "potestas dominativa" ou "potestas oeconomica. Repertório Português de Ciência Política. Disponível em: <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/potestaspolitica.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

humanidade o Estado, principalmente na sua forma presente, é um produto tardio do processo civilizador. Muito antes de o homem descobrir essa forma de organização social ele tentou outras formas destacando-se o mito e a religião (CASSIRER, 2012, p.108), como formas de controle social. Entretanto é a invenção das leis, do Estado, e de todo o ritual jurídico que melhor contribuíram para as relações cooperativas entre as pessoas para que, assim, pudessem satisfazer as diversas necessidades (biopsicossociais) do indivíduo humano⁸.

Pesquisar toda a origem e conformação dos Estados seria uma tarefa que foge ao escopo deste trabalho, portanto se trabalhará com os aspectos gerais e focar-se-á principalmente no surgimento do modelo de Estado e sua relação com o Direito, propósito maior desta seção.

Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 51-52) nos ensina que a denominação Estado vem do latim *status* que significa estar firme, significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política. Segundo o autor, aparece pela primeira vez na obra escrita em 1513 por Maquiavel, "O Príncipe", depois, entre os Séculos XVI e XVII, a expressão passou a ser usadas em escritos dos países europeus (Itália, Inglaterra, França, Alemanha e Espanha).

Entretanto, desde o princípio, as implicações de um governo de feições tirânicas ou autoritárias preocupavam as mentes daqueles que voltavam sua atenção ao terreno político. Platão (2006) no seu livro "A República", foi quem primeiramente falou da necessidade de dividir as funções do poder político. Mais tarde outros pensadores⁹ se deterão ao tema, sendo que muitos destes se preocupavam com a investigação de uma forma de equilíbrio em que o poder não se mantivesse sustentado nas mãos de uma única pessoa ou instituição.

Foi no período iluminista que o filósofo John Locke (1632 – 1704), que estava sob o domínio de um governo absolutista, e observava a figura de um governante capaz de transformar as suas vontades em lei e sustentar a validade das mesmas através de simples justificativas religiosas e espirituais, desse modo, tais situações o levaram a desenvolver a obra intitulada "Segundo Tratado do Governo Civil" que

apontava de maneira ainda rudimentar a necessidade de divisão do Poder Político:

Mas como as leis que são feitas num instante e um tempo muito breve permanecem em vigor de maneira permanente e durável e é indispensável que se assegure sua execução sem descontinuidade, ou pelo menos que ela esteja pronta para ser executada, é necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor. **Por isso, frequentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados.** Em toda comunidade civil **existe um outro poder**, que se pode chamar de natural porque corresponde ao que cada homem possuía naturalmente antes de entrar em sociedade. Mesmo que os membros de uma comunidade civil permaneçam pessoas distintas em suas referências mútuas e como tais sejam governados pelas leis da sociedade, em referência ao resto da humanidade eles formam um corpo único, e este corpo permanece no estado de natureza em referência ao resto da humanidade, como cada um de seus membros estava anteriormente. Isso explica que as controvérsias que surgirem entre qualquer homem da sociedade e aqueles que a ela não pertencem sejam administradas pelo público e que um dano causado a um membro daquela comunidade implica em que todo o conjunto seja obrigado a reparar. Assim, sob este ponto de vista, a comunidade toda é um corpo único no estado da natureza com respeito a todos os outros estados ou a todas as outras pessoas que não pertençam a sua comunidade. **Este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo.** Uma vez que se compreenda do que se trata, pouco me importa o nome que receba. (LOCKE 2009, p. 98) (Destacamos)

O autor divide o Poder Político em dois poderes, quais sejam: **a) Legislativo; e b) Executivo;** sendo que o Executivo teria uma atribuição dupla que seria uma interna, na organização e funcionamento do Estado, e outra externa, que atuaria na relação com os demais Estados, o qual Locke chama de federativo e que não

⁸ Tal ideia já se encontrava em Platão: "Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas [...] como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e, quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado. (PLATÃO, 2006, p. 62-63).

⁹ Marsílio de Pádua (1280-1343) autor da obra "Defensor Pacis" (1324), distinguiu o Poder Legislativo do Poder Executivo; afirmava que o povo seria o primeiro legislador e o príncipe o titular da função executiva; e lançou as bases do conceito de soberania popular. Outro autor que desenvolveu a ideia de separação dos

poderes foi Nicoló Di Bernardo Dei Machiavelli (1469-1527), autor da obra "O Príncipe" (1513), reconheceu que na França, existiam três Poderes distintos: o Legislativo (parlamento), o Executivo (Rei) e o Judiciário (magistratura); entendia que esse modo de organizar os Poderes dava mais segurança e liberdade ao Rei e também acreditava que o Judiciário deveria agir em nome próprio, para, desse modo, defender os mais fracos contra as insolências dos poderosos. E por fim Jean Bodin (1530-1596) autor da obra "Os seis livros da República" (1576), ao cogitar a visão de uma monarquia unificadora, caracterizou a soberania como o poder absoluto e perpétuo de uma república, atribuindo-lhe o predicado essencial do direito de dar leis a todos em geral e a cada um em particular. (BULOS, 2009, p. 413).

tem nenhuma relação com o sistema federativo de governo (LOCKE, 2009).

Deste modo, no pensamento de Locke o principal Poder do Estado era o Legislativo, que deveria ter a primazia sobre os demais, tendo em vista a sua importância em ditar e escrever as normas que regulariam o comportamento da sociedade; portanto a eficácia do direito no Estado estaria assentada em um Poder Legislativo livre e independente da influência do Poder Executivo.

Algumas décadas depois, Montesquieu (1689 – 1755) se debruçou no legado de Locke para criar a obra "O Espírito das Leis". Nesta obra, o autor aborda um meio de reformular e organizar as instituições políticas através da chamada "teoria dos três poderes" onde ele avança de maneira muito significativa, tornando-se modelo para as revoluções vindouras (Francesa e Americana). Segundo tal hipótese, a divisão tripartite poderia se colocar como uma solução frente aos desmandos e arbitrariedades comumente observados no regime absolutista até então vigente (MONTESQUIEU, 2004).

Mesmo propondo a divisão entre os poderes, o autor aponta que cada um destes deveria se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes. Dessa forma, cada poder não poderia ser desrespeitado nas funções que deveria cumprir. Ao mesmo tempo, quando um deles se mostrava excessivamente autoritário ou extrapolava suas designações, os demais poderes teriam o direito de intervir contra tal situação desarmônica. Criou-se, assim, o chamado sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), o qual consiste na contenção do poder pelo poder, ou seja, cada poder deve ser autônomo e exercer determinada função, porém o exercício desta função deve ser controlado pelos outros poderes. Assim, pode-se dizer que os poderes são independentes, porém harmônicos entre si (MONTESQUIEU, 2004).

As ideias originais de Locke e Montesquieu influenciaram e geraram transformações significativas em toda a sociedade contemporânea, principalmente no Ocidente. Sendo que essa divisão clássica foi consolidada no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que diz: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Sendo assim, o Estado que inicialmente era absolutista (concentração do poder político nas mãos do soberano) passa a ter o poder político dividido e torna-se liberal (os direitos individuais ganham evidência); com a complexidade das relações sociais e a divisão do

trabalho e o resultado da Revolução Industrial (Séculos XVII, XVIII, XIX) torna-se social.

Atualmente a doutrina o nomeia como Estado Social e Democrático de Direito¹⁰, que é um conceito que designa qualquer Estado que tenha por objetivo garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

Jorge Reis Novais (2006, p. 213, 214), dissertando sobre o Estado Social e Democrático de Direito, dispõe o seguinte:

Nestes termos, o Estado de Direito actual – enquanto síntese das três dimensões que se recolhem na fórmula Estado social e democrático de Direito – revela-se em toda a sua extensão como Estado de Direito material. Note-se, porém, que uma tal caracterização não pode, em nosso entender, justificar a pretensão de determinar unilateral, abstracta e definitivamente a ordem de valores que exprima a intencionalidade material do Estado de Direito para, a partir dela, hipostasiar uma dada ordem jurídico-política e retirar legitimidade às suas eventuais transformações. Pelo contrário, reconhecida a dignidade da pessoa humana, o livre, desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objetivos da limitação jurídica do Estado – e esse é o único ponto fechado na caracterização material do Estado de Direito –, ficam por determinar, não só as modalidades de garantia institucional daqueles objectivos (variáveis em função de inúmeros factores, desde a complexidade da situação concreta à tradição histórica e cultural e à natureza do tipo de sistema jurídico) como no que agora nos interessa, o sentido da concretização política que se proponha realizar aqueles valores. É exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogênea, pluralista, atravessada por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender – a não ser recorrendo a soluções autoritárias, excluídas por definição – chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre esta matéria. Um acordo mínimo só é possível em torno da remissão deste problema (o da determinação da forma política mais adequada a realizar a axiologia da dignidade da pessoa humana) para a decisão popular democraticamente expressa nos seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído.

Com o surgimento do Estado Social e Democrático de Direito, este passa a ficar com o monopólio do poder político e da vingança e os indivíduos vinculados a um Estado recebem a designação de cidadãos. Tais indivíduos estão habilitados a participar da formação da vontade política

¹⁰ O Estado social e democrático de Direito apresenta-se impregnado de uma intenção material que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que prossegue e na

dimensão social da sua actividade, mas não menos no carácter metapositivo dos vínculos que o limitam. (NOVAIS, 2006, p. 212).

do Estado através do jogo democrático. Tal jogo acontece na arena da sociedade através de jogadores bem definidos. De um lado está a administração pública que representa a ação do Estado nos mais diversos ambientes, quais sejam: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, autarquias, agências reguladoras, empresas públicas, sociedades de economia mista; e do outro o ambiente privado de pessoas físicas e jurídicas que sofrerão as consequências das decisões tomadas pela administração pública do Estado e seus agentes; entretanto esse grupo não é inerte, principalmente as pessoas jurídicas de grande poder econômico (sistema financeiro/bancário, empresas do setor agrícola, grandes indústrias das diversas áreas de manufatura), que possuem grupos de pressão e normalmente a força da mídia corporativa que dará vazão as suas demandas nas mais diversas arenas de debate público.

No atual estado de coisas, o Estado é o principal meio de fomento da atividade econômica e deve possibilitar a circulação da riqueza e o acesso a ela através da prestação dos mais variados tipos de serviços públicos. Desse modo, toda a gama de necessidades (biopsicossociais) humanas passam a ser satisfeitas, tendo a regulamentação jurídica do Estado como intermediária em um sistema orgânico e cooperativo (MAZZUCATO, 2020). A lei passa a representar à vontade e determinar o comportamento dos cidadãos, sendo a Constituição o documento político por excelência que irá sintetizar os valores mais importantes da sociedade e a sociedade se beneficiará dos comportamentos que estejam em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Desse modo, o desenvolvimento da cidadania e o acesso aos bens da vida se dão entre a relação entre o cidadão e a administração pública, seja quando esse indivíduo é um empresário e empreendedor, seja quando esse indivíduo é um trabalhador que põe à disposição do mercado, única e exclusivamente, sua força de trabalho. Todo o conflito que surge das relações cooperativas sociais será solucionado pelo Direito através da filtragem do Estado e seus agentes por intermédio do consenso, da arbitragem¹¹ e das leis processuais que estabelecem as normas (princípios e regras) que organizam as disputas dos diversos interesses. Sendo assim, essa ordem imaginada (Estado e Direito) visa possibilitar a cooperação dos indivíduos em um ambiente de relativa liberdade. Tal relação será discutida e aprofundada no tópico a seguir.

1.2 ESTADO E DIREITO – UMA RELAÇÃO COMPLEXA

Como dito anteriormente, o Estado e o Direito são duas construções humanas que se encontram imbricadas. Desse modo, se analisará essa relação dando-se ênfase à ciência do Direito como construção social a partir do monismo jurídico¹² e do caráter linguístico de sua estrutura, tendo como influência a contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein.

De acordo com o monismo jurídico, o Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social e sustentar o processo de cooperação entre os indivíduos. Sendo o Direito, nessa visão, o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar através de seu poder de coerção¹³.

Embora existam milhares de leis e centenas que entram em vigor todos os dias em um determinado ordenamento jurídico, somente o Estado possui a prerrogativa de criação do Direito (segundo a concepção monista), pois todas as normas criadas estão sob sua influência. Portanto, o Estado hierarquiza essas normas da maneira que melhor atenda aos seus objetivos. Segundo essa lógica, não há direito que não provenha do Estado. Tal lógica se assenta em pressupostos da teoria positivista de construção do Direito, da qual a pirâmide kelseniana é o maior exemplo de construção teórica. Segundo essa teoria, há uma norma pressuposta fundamental (*grundnorm*) que confere ao sistema normativo a sua lógica de fundamentação. No ápice da pirâmide estaria a Constituição e logo abaixo desta a legislação ordinária em uma construção hierárquica (supostamente) perfeita. Ainda que tal teoria seja questionada, ela é a base da racionalidade jurídica contemporânea no sistema *civil law* e, portanto, orienta a prática estatal, principalmente no Estado brasileiro (KELSEN, 2012).

Para o normativismo de Kelsen, nem o Direito é anterior ao Estado nem o Estado é anterior ao Direito. O Estado é a totalidade da ordem jurídica, a personificação do direito positivo. Não há, desta maneira, direito natural nem justiça transcendente ao Estado e o Direito é apenas positivo (KELSEN, 2012).

Como sabido, Kelsen se propôs a gerar uma separação radical entre Direito e as demais ciências afins, como a sociologia (fatos) e a filosofia moral (valores), em busca da transformação do Direito em uma legítima teoria científica, nos moldes das ciências físico-matemáticas, criando assim, uma "teoria pura do direito". (KELSEN, 2012).

¹¹ A arbitragem do litígio refere-se à estabilização de expectativas de comportamento, no caso de conflito, ao passo que a formação coletiva da vontade se refere à escolha e realização efetiva de fins capazes de consenso. (Habermas, 1997, p. 177).

¹² Não se irá trabalhar com a concepção pluralista do direito, pois foge ao escopo de análise do presente trabalho – nota do autor.

¹³ Para monistas do porte de Hobbes, John Austin, H. L. A. Hart e Kelsen Estado e Direito constituem uma só realidade. O Estado é a única fonte de direito, pois que somente ele detém a força da coerção para aplicação do direito.

Antes de Kelsen apresentar suas teorias, pode-se dizer que John Austin (1790-1859), a partir da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, foi quem assentou os alicerces do monismo jurídico e do positivismo. Este autor considera que o objeto da jurisprudência é a lei positiva, ou seja, a lei estabelecida por uma autoridade política para os indivíduos que se acham submetidos a essa autoridade. Austin não nega a existência das leis naturais, o que ele nega é que as leis naturais constituam objeto da jurisprudência. Essas leis, diferentemente das leis positivistas, seriam objeto da ética. Austin classifica as leis humanas em dois tipos: leis positivas, estabelecidas pela autoridade política, e leis de moralidade positiva, que além de não serem estabelecidas pela autoridade política, referem-se à aprovação ou desaprovação de uma determinada comunidade com relação a certos tipos de comportamento. (MORRISON, 2012).

Este autor ainda postula que as leis são comandos (*commands*) e próprio de um comando é um desejo (*wish*), por parte de quem realiza o comando, que envolve também uma sanção (*sanction*) sobre aquele que não se comporta de acordo com o comando. Assim o que distingue um comando de outros tipos de expressão não é o modo como o comando se expressa, mas o poder de sanção de quem estabelece o comando. Há comandos gerais, que não são leis no sentido próprio, e comandos particulares (ou ocasionais). (MORRISON, 2012).

Ambos os autores (Austin e Bentham) receberam críticas de H. L. A. Hart em sua construção teórica, pois este entende que a separação entre direito e moral é superficial e equivocada. Ele diz que essa separação faz com que os homens não vejam a verdadeira natureza do Direito e suas raízes na vida social. (HART, 2010).

Hart intensifica suas críticas a John Austin nos primeiros capítulos de sua obra "O Conceito de Direito" (2012), segundo o autor, Austin teria uma teoria jurídica excessivamente simples, que deixa de responder de modo satisfatório algumas complexidades que se observa na prática jurídica. Em síntese, para Austin, o Direito corresponderia a um conjunto de regras sustentadas por sanções e criadas por um soberano (seja um indivíduo ou um grupo de indivíduos), que é habitualmente obedecido pela coletividade, mas que não deve obediência a mais ninguém. (HART, 2012).

Já para Hart, o Direito é composto por regras de diferentes tipos, indo além das regras que versam diretamente sobre obrigações ou que se sustentam em sanções chamadas de primárias e secundárias. Primárias são as normas que concedem direitos e regulam a conduta humana, isto é, regras definidoras de obrigações. Já as regras secundárias são normas que estabelecem como e por quem as regras primárias podem ser fixadas, declaradas legais, alteradas ou abolidas. (HART, 2012).

Hart menciona ainda a denominada regra de reconhecimento, subdivisão de regras secundárias, e que estabelece critérios para a identificação da validade das normas jurídicas. A regra do reconhecimento decorre da conduta dos agentes estatais, dos tribunais e dos particulares, pois são eles que determinam quais normas devem ser dotadas de caráter jurídico. Portanto, uma regra de reconhecimento tem uma dupla perspectiva: externa, traduzida na existência, isto é, constatação fática na prática efetiva do sistema; e interna, significando a validade, do ponto de vista da identificação do direito de um padrão público comum de comportamento cooperativo. Diferentemente de Kelsen, Hart rejeita a ideia de que direito e moral não possam ter eventualmente o mesmo conteúdo (HART, 2012).

Sendo assim, para o sistema positivista, o direito legítimo identifica-se com aquele comandado pelo Estado Soberano, e não por uma alguma ideia transcendental como a natureza, Deus ou a razão. Nessa linha, o positivismo revela-se como uma doutrina de fundo utilitário, técnico e racional, cujo maior objetivo é dar o critério para julgar a autoridade sobre o texto, esgotando o conflito de interpretações possíveis por meio da decisão. O critério da justiça reduz-se, portanto, à legitimidade dos meios (procedimento de criação das normas) e o poder pode ser entendido como legítimo ou ilegítimo, de acordo com o seu reconhecimento histórico; ou seja, a legitimidade dos meios tende a garantir a justiça. Verifica-se assim uma preocupação maior do positivismo (monismo jurídico) com a certeza do direito e da segurança jurídica (CARVALHO, 2013).

Por ser importante para as discussões que serão estabelecidas a seguir, se fosse possível resumir a teoria construída por Hart (2012) em sua obra poderia ser feita a seguinte síntese: a) que o Direito é um sistema de regras; b) que este sistema de regras não possui uma necessária relação com a moral; c) que o Direito possui uma textura aberta; d) que, diante desta textura aberta, a moral abre as possibilidades interpretativas, pela numerosidade de princípios morais existentes; e) que a textura aberta exige escolha dos órgãos jurisdicionais; e f) que esta escolha não significa desconsiderar as regras do jogo.

Desse modo verifica-se que Hart constrói sua teoria a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein, que não elaborou uma teoria completa de interpretação, mas forneceu os essenciais elementos para melhor compreensão do problema da linguagem (DALL'AGNOL, 1995) e função do direito na sociedade contemporânea, que será objeto de análise na seção seguinte.

Mais tarde a teoria e concepção de Hart será atacada e modificada por Ronald Dworkin outro importante filósofo do Direito, em sua obra "Levando os Direitos a Sério" (2017). A disputa entre os dois ficou

famosa. Neste sentido destaca Scott Shapiro (2007, p. 4):

[...] o debate Hart x Dworkin envolve questões dispare, tais como: a existência de discricionariedade judicial, o papel da política no julgamento, o fundamento ontológico das regras, a possibilidade de filosofia do direito descritiva, a função do direito, a objetividade do valor, a imprecisão dos conceitos e a natureza da inferência legal.

Tal disputa foi muito profícua, pois além de se reconhecer o direito como um sistema de regras, foi inserido na ideia e concepção do Direito a importância dos princípios jurídicos em seu aspecto deontológico. Ainda, Dworkin trabalha com a ideia do direito como integridade¹⁴, que terá influência nas decisões judiciais, pois o autor tentará desenvolver uma teoria da decisão jurídica com a ideia de que as regras e os princípios devem possibilitar ao intérprete (aplicador do direito) chegar a uma única resposta correta para solucionar as demandas sociais. (DWORKIN, 2014a; DWORKIN, 2017b).

Atualmente, a lei não é mais suficiente para guiar o juiz (aplicador do direito) em suas decisões, devendo ele apelar para fontes externas antes de proferir sua sentença. A lei não se confunde mais com o direito: guarda com ele íntima relação, mas não é mais capaz de fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico. Sendo assim, é necessário conceber o direito como um conjunto não só de regras, mas também de princípios, e tomar a lei como um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz (GARAPON, 2001).

Segundo a visão teórica de Dworkin, que parte de uma perspectiva substancialista, e tem como pressuposto de que a democracia assume certos valores morais, em especial que cada cidadão merece igual consideração e respeito e é possuidor de direitos autônomos. Sendo assim, uma Constituição é necessária para assegurar que até mesmo leis feitas democraticamente irão aderir a esses valores morais. Desse modo, a visão substancialista está amplamente focada no papel e justificação de uma Declaração de Direitos (ou dispositivos constitucionais que protegem os direitos individuais) sustentada pelo controle de constitucionalidade das leis (CONSANI; ROSÁRIO, 2017). Portanto, a teoria do direito de Dworkin contribuiu para o avanço da ciência do direito e se torna ponto de partida para outras sofisticadas teóricas.

Dentre as teorias desenvolvidas que utilizam a divisão entre regras e princípios de Dworkin, entretanto partem de pressupostos teóricos e filosóficos diferentes, ou seja, da teoria procedimentalista e do

agir comunicativo de Habermas, é a teoria da argumentação e dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que influencia de maneira incisiva o direito europeu, bem como o sul-americano, principalmente o brasileiro. Sendo assim, no próximo tópico será trabalhado como a ciência do direito tem recebido tais influências e o consenso como produto para resolver as demandas conflitivas da sociedade contemporânea a partir da concepção teórica de Jürgen Habermas e a influência de tais teorias na concepção de um processo constitucional democrático.

2 A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO DIREITO – O CONSENSO INTERSUBJETIVO COMO PRODUTO DO DIREITO EM HABERMAS

No tópico anterior foi descrito como o direito surge e se desenvolve, adquirindo *status* de ciência, e sua importância no controle social. A partir de agora se analisará como o direito responde as demandas da sociedade através de processos discursivos no sentido de promover o consenso público. Para isso se abordará de maneira breve a teoria procedimentalista de Habermas.

O direito como ciência e como sistema de organização social não é diferente, entretanto os paradigmas de suas estruturas sofreram mudanças significativas no decorrer dos séculos. Como não há espaço para se abordar toda essa evolução, neste momento se irá trabalhar com a principal alteração que houve na filosofia e na epistemologia das ciências humanas, que por consequência alterou profundamente o processo de construção do direito, sua compreensão e sua aplicação e, principalmente, como este se relaciona com a sociedade.

A mudança de paradigma que se está mencionando é chamada no Brasil de giro linguístico. Esta alteração tem como seus precursores alguns filósofos, tais como: Friedrich Nietzsche, ao situar-se fora do marco metafísico questionando seus pressupostos básicos; Martín Heidegger por criticar o pensamento de Descartes a partir da fenomenologia Existencial; e Ludwig Wittgenstein, oportunizando uma compreensão radicalmente nova da linguagem (ECHEVERRÍA, 2003).

Destes três autores, o que influenciou a ciência do direito de forma bastante significativa, principalmente no que se refere a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica, é o velho Wittgenstein das "Investigações Filosóficas" também chamado no ambiente acadêmico do segundo

¹⁴ O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar os direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Neste sentido fala o autor "[...] O princípio de integridade na deliberação judicial, portanto, não tem

necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz." (DWORKIN, 2014, p. 262, 263).

Wittgenstein¹⁵, que contribui com a ideia de jogos de linguagem. De acordo com esse autor é um erro imaginar que palavras são representações diretas de alguma realidade externa fixa, ou melhor, que a linguagem em si é inseparável de contexto. (WITTGENSTEIN, 1999).

Os pressupostos teóricos de Wittgenstein influenciaram a teoria do direito de Hart, bem como a filosofia de Habermas, ou melhor dizendo, Habermas ampliou em vários aspectos as discussões seminalmente lançadas por Wittgenstein no que se refere a filosofia da linguagem.

Verifica-se que conceitos wittgensteinianos como jogo de linguagem, *Lebensform*, uso das regras de linguagem, seguir uma regra, são caros ao pensamento habermasiano. Mas enquanto para o pensamento wittgensteiniano tanto a noção de linguagem privada quanto a de universalidade da linguagem são veementemente criticadas, da parte de Habermas tem-se o contrário: quando ele denega o foco da linguagem privada, ele o faz afirmando a universalidade da linguagem (MARTINS, 2010).

Habermas, em sua teoria do agir comunicativo, formula um novo conceito de razão, que supera a razão da consciência individual, o cogito individual. A ideia de verdade se transforma em direção ao consenso intersubjetivo proporcionado por intermédio da linguagem. Desse modo, com a razão comunicativa, é aberta uma nova via de aprofundamento e aperfeiçoamento da democracia, pela prática do debate permanente em busca do entendimento intersubjetivo, a qual se daria em condições de efetiva igualdade, com respeito ao outro institucionalizado, baseado em condições de completa igualdade entre os participantes. (CARVALHO, 2013).

Sendo assim, a partir da teoria de Habermas (1991, p. 16) fica estabelecido que: "[...] as únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático". Desse modo, é preciso, então, compreender a relação entre direito e a moral a partir da ética discursiva. Isso significa que as normas jurídicas não são mais produtos de uma racionalidade abstrata e desconexa do mundo, mas sim produtos de consensos intersubjetivos de ordem argumentativa. (LIMA, 2015).

Manuel Atienza (2014, p. 182) falando sobre a teoria de Habermas informa o seguinte:

Resumindo, nos atos de fala consensuais (os que têm como meta a obtenção de um consenso ou acordo) se pressupõe o reconhecimento recíproco de quatro pretensões de validade: 'O falante tem de escolher uma expressão inteligível para que ele e o ouvinte possam entender-se

mutuamente; o falante tem de ter a intenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro para que o ouvinte possa participar do seu saber; o falante tem de querer manifestar as suas intenções verazmente para que o ouvinte possa crer no que ele manifesta (confiar nele); finalmente, o falante tem de escolher a manifestação correta, com relação às normas e valores vigentes, para que o ouvinte possa aceitar a sua manifestação, de modo que ele e o ouvinte possam coincidir entre si no que se refere ao cerne normativo conhecido.'

Deste modo, a teoria do agir comunicativo surge como uma teoria voltada para uma melhor compreensão da dimensão da verdade não enquanto uma conformidade da mente com as coisas (relação sujeito/objeto), mas como fruto de uma experiência intersubjetiva e dialógica no ambiente social. Mais que buscar a solução do problema da verdade, o autor alemão quer falar de uma linguagem que constitua uma proposta de pragmática universal, que possua seus pressupostos para existir. Sendo assim, a ideia de consenso em Habermas é uma ideia comunitária a ser desenvolvida pelo grupo que reflete sobre seus problemas em comum, e, portanto, constrói de maneira comunicativa suas soluções, sejam elas de ordem moral ou jurídica. Assim, o consenso enquanto finalidade da realização discursiva é perpassado pela ética do discurso (HABERMAS, 2020).

Construir o Direito a partir da teoria do discurso é considerá-lo na perspectiva de uma razão que age, enquanto se comunica, e, por isso, menos se experimenta seja como razão teórica, seja como razão prática, mas sim como razão comunicativa, pela ética do discurso. Isto significa que o uso público da razão é o lugar de encontro das possibilidades de construção de regras comuns, uma vez congruentemente construídas a partir das deliberações no espaço público. Ora, é o procedimento garantidor da participação e do consenso que estabelece a eticidade do agir comunicativo, condição essencial para a formação legítima da vontade jurídico-política e da construção do direito válido. (HABERMAS, 2020).

CONCLUSÃO

Quando se analisa o Direito a partir das primeiras organizações sociais humanas verifica-se que os indivíduos humanos se movem no interior de sistemas de regras, cuja complexidade é proporcional à intensidade das transações e o nível das culturas. Verifica-se que, em geral, as normas jurídicas regulam direta ou indiretamente modos pacíficos de transferência de riquezas mediante a organização de uma estrutura (Estado) que possui um poder

¹⁵ Para se contrapor ao jovem Wittgenstein da primeira obra "Tractatus Logico-Philosophicus".

supraindividual e o monopólio da violência, sendo capaz de impedir ou corrigir as transferências violentas de propriedade, bem como possibilita a cooperação de uma grande massa de pessoas e a possibilidade de suprir as necessidades biopsicossociais de cada indivíduo isoladamente. Percebe-se que desse modo os conflitos sociais não são eliminados, mas apenas mantidos sob controle, impedindo que coloquem em risco as transações e, como isso, a própria sociedade.

Quando se analisa essa relação entre o Direito e o Estado, se percebe que há uma complicação maior ainda, verifica-se em um primeiro momento que há uma ligação íntima entre estas duas estruturas construídas a partir da imaginação humana, de tal modo que um parece estar ligado ao outro, pois o Direito está vinculado ao Estado, porque todas as definições do fenômeno jurídico desembocam no Estado (monismo jurídico). E o Estado necessita do Direito a todo momento que precisa institucionalizar o Poder, transformá-lo, bem como aplicá-lo em procedimentos que sejam reconhecidos como válidos e legítimos pelos cidadãos. Desse modo, o Estado não pode subsistir sem o Direito, porque é uma organização jurídica. Se o Estado existisse sem normas jurídicas, não haveria como solucionar conflitos de competência entre os seus diversos órgãos e nem mesmo pacificar um grande contingente de pessoas em conflito.

Por outro lado, cabe ao Direito regulamentar as tarefas do Estado. Sem o Direito, as funções do Estado não teriam conteúdo predeterminado e não haveria como atingir seus fins. Nesta perspectiva, o Estado aparece como instrumento de realização do Direito. Por outro lado, o Direito se funda na coerção estatal.

Ante toda a construção teórica apresentada por Habermas como seria possível analisar a construção e manifestação do Direito? Partindo da ideia do agir comunicativo, é possível pensar que o Direito dito legítimo está fundamentado nas experiências ordinárias experimentadas na realidade da vida, de onde se extraem condições para a participação na arena do debate democrático, através da qual os instrumentos da comunicação habilitam os agentes da sociedade à produção de decisões social e juridicamente importantes.

Deste modo, pode-se, na esteira de Habermas, pensar no Direito como sendo um instrumento imperativo da experiência social, mas sobretudo indispensável para os modelos de vida governados pela razão, enquanto razão comunicativa, em lugar da irracionalidade e do atomismo social.

Fica evidente que o Direito está ligado à ideia de ser uma prática social de deliberação, compartilhamento e estabelecimento de referenciais do agir da comunidade e que se dá por intermédio da linguagem codificada que está comprometida com a salvaguarda da liberdade, igualdade e dignidade humana o que só é possível por meio do exercício de

escolhas entre valores diversos, para que comportamentos se tornem socialmente vinculativos, consentindo-se a sobrevivência da coesão social e o crescimento das perspectivas de alcance da justiça na vida compartilhada por uma comunidade linguística e assim proporcione relações cooperativas que visam possibilitar o desenvolvimento em todas as suas dimensões (biopsicossocial).

Conclui-se, portanto, que a validade do Direito dentro de um Estado Democrático e Social de Direito de acordo com a contribuição teórica de Habermas, tem como objetivo proporcionar um ambiente democrático que tenha a cooperação dos atores sociais e a construção de consensos intersubjetivos como alvo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A Política. 2 ed. Bauru: Edipro, 2009

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, e-book.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. São Paulo: Saraiva. 2009

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 20. ed. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

CASSIRER, Ernst. Ensaio sobre o homem: Introdução a uma filosofia da cultura humana. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

CONSANI, Cristina Foroni; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Jurisdição Constitucional e Democracia: As Divergências Entre Dworkin e Habermas. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – V.19, nº 2, p. 59-78, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/v3M3N>. Acesso em 05 de jun. 2021

DALL'AGNOL, Darlei. Ética e Linguagem: uma introdução ao Tractatus de Wittgenstein. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017

ECHEVERRÍA, Rafael. Ontología del lenguaje. 6. ed. Chile: J. C. Sáez, 2003

GARAPON, Antoine. Juiz e a democracia: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: Unesp, 2020.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens: Uma breve história da Humanidade. 8 ed. Porto Alegre: LPM, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Repertório Português de Ciência Política. Disponível em: <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/potestaspolitica.htm>. Acesso em 5 de jun. 2021. Acesso em 05 de junho 2021.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. O conceito de Direito em Kant e Habermas: Da Fundamentação Moral à Legitimidade Discursiva. In PERI v. 07 n. 01. 2015. p. 293 - 313 - Disponível em <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/967/452>. Acesso em 24 de jun. 2021.

LOCKE, Jonh. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MARTINS, Clélia Aparecida. Sobre o jogo de linguagem: Habermas e Wittgenstein. Revista de Filosofia. Vol. 35, número 2, 2010. p. 91-104. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/38842144.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

MAZZUCATO, Mariana. O Estado Empreendedor. São Paulo: Portfolio-penguin, 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. São Paulo: Edipro, 2004.

MORRISON, Waine. Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Conceito de homem. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

PLATÃO. A República. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SHAPIRO, Scott J. The 'Hart-Dworkin'debate: a short guide for the perplexed. Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 77, 2007. Disponível em: <https://url.gratis/ywQGA>. Acesso em 05/07/2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Coleção Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOS PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EN EL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE PROCEDURAL PRINCIPLES CONTAINED IN THE PRELIMINARY TITLE OF THE CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Francisco Artemio Távara Cordova ¹



Como quiera que vamos a tratar sobre parte del Código Procesal Constitucional del Perú, quiero empezar con la siguiente cita:

"Mi Verdadera Gloria No Consiste En Haber Ganado 40 Batallas; Waterloo Borrara El Recuerdo De Tantas Victorias. Lo Que Nadie Borrara, Aquello Que Vivira Eternamente: Mi Codigo Civil i".

NAPOLEON BONAPARTE. Y creo no le faltaba razón.

¹ Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Magíster por la Universidad Nacional de Trujillo, con mención en Derecho Civil y Comercial. Abogado, natural de Piura, graduado en el año de 1977, por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresado de la Maestría en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Tutela Jurisdiccional y Debido Proceso Civil, por la Pontificia Universidad Católica en convenio con la Academia de la Magistratura. Ex Profesor de la Universidad Nacional Federico Villarreal, de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Universidad Privada Cesar Vallejo Notario desde agosto de 1998 hasta octubre del 2001. Ex Vice Decano del Colegio de Abogados de la Libertad, periodo 1995-1996 y 1984-1985. Ex Presidente Corte Suorema (período 2007-2008), ex Presidente Jurado Nacional de Elecciones, JNE, de Republica del Perú. Egresado de Maestría en Lengua y Literatura en U. Nac. Mayor de San Marcos; Condecorado con Orden del Sol En grado de Gran Cruz, por el Estado Peruano, ostenta varios reconocimientos de Profesor Honorio Causa, por fu erss Univerdidades Publicas y Privadas, Docente en Universidad Ricardo Palma.

1 LA CODIFICACIÓN

Sabido es que la forma de manifestación del Derecho o la forma de hacerse tangible, se concreta en tres formas o momentos, para algunos son tres sistemas. El primero es el de las **costumbres jurídicas**, elaboradas con la dirección de una casta o de la clase privilegiada de un pueblo determinado. El segundo es el sistema de la **recopilación**, que consiste en juntar en un solo cuerpo una serie de leyes dictadas en épocas distintas y recogidas atendiendo bien sea a un orden cronológico, o bien a un orden deficientemente sistemático y sin responder a una unidad orgánica. Por último, el sistema de la **codificación**, que se manifiesta a través de un cuerpo de leyes referentes a una rama especial y que representa un todo armónico y sistemático. (DE LA PUENTE, 1994, p. 29).

Para poder hablar de codificación, debemos ubicarnos en su preámbulo inmediato, esto es, el sistema de la recopilación. Para conocerlo, nos remontamos al Derecho Romano, en donde existen una serie de legislaciones antiguas que se concretaron en los llamados Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, que en realidad eran recopilaciones de leyes, reglamentos y principios de Derecho. (COLIN Y CAPITANT, 1952, p. 17).

Ahora bien, el primer esfuerzo técnico en materia de codificación lo ha constituido el Corpus Juris Civilis de Justiniano, quien fue un emperador del Imperio Romano de Oriente. Después de haber reunido bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas, decidió reunir también la legislación romana pues según él era confusa y poco comprensible. (DE LA PUENTE, 1994, p. 29).

Por lo que, encomendó al gran jurista Triboniano que organizara un equipo de investigadores, posteriormente llamados "los compiladores", para que, con gran libertad y utilizando su propio criterio reunieran y enmendaran todo el Derecho Romano y presentaran recopilados en un Código los dispersos volúmenes de tantos autores. (PUG, 1957, p. 96).

En un tiempo relativamente breve, del año 528 al año 533, los compiladores llevaron a cabo su gigantesca tarea de formar el Corpus Juris Civilis que consta de cuatro partes (DE LA PUENTE, 1994, p. 30).

1. Las **Instituciones**, que constituyen un tratado elemental de Derecho, pero son un Código a la vez, compuesto por Triboniano y por dos profesores de Derecho, Doroteo y Teófilo;

2. El **Digesto o Pandectas**, que es la parte más valiosa y extensa. Contiene extractos de 39 juristas romanos, entre quienes se encuentran Ulpiano, Paulo, Papiniano, Pomponio, Gallo y Modestino. El Digesto fue compuesto por Triboniano y por una comisión (de 4 profesores, 11 abogados y 1 funcionario) que él mismo eligió por encargo del Emperador;

3. El **Código**, que contiene constituciones imperiales desde la de Adriano hasta la de Justiniano; y,

4. Las **Novelas**, que son leyes especiales, dictadas por Justiniano después de la terminación de su propio Código.

En consecuencia, el Corpus Juris Civilis, pese a estar orientado hacia la codificación y de constituir un importante paso hacia ella, se limitó a ser una recopilación, muy bien lograda pero a la que le faltó la unicidad metódica que caracteriza la codificación.

Después del Corpus Juris Civilis históricamente le sigue, en este camino hacia la codificación, el Derecho Canónico, que es el creado en la Edad Media por los órganos de la Iglesia, especialmente el Derecho del Corpus Juris Canonici, que comprende las cuatro colecciones siguientes, (ENECCERUS, 1953, p. 14):

1. El Decretum Gratiani, compuesto por el monje Graciano, que primero enseñó Derecho Canónico en Bolonia.

2. Las Decretales de Gregorio IX, que son una colección de las Decretales dictadas después del Decreto de Graciano y que fueron remitidas a la Universidad de Bolonia.

3. El Libro Sexto de Bonifacio VIII que fue publicado mediante remisión a las Universidades de Bolonia y París; y

4. Las llamadas Clementinas, que son una colección ordenada por Clemente V y que publicó su sucesor Juan XXII enviándola a las universidades de Bolonia y París. El Corpus Juris Canonici, a semejanza del Corpus Juris Civilis, no es tampoco un Código propiamente dicho, sino una colección de reglas que se apoyan en el Derecho Romano, al cual modifica; y su recepción en los tribunales seculares ocurrió fácilmente y sin reparos, en parte porque el Derecho Canónico, en concepto más moderno, se ajustaba a las necesidades de la época.

Por tanto, con el Corpus Juris Civilis y el Corpus Juris Canonici se fue preparando el camino hacia el tercer sistema: la codificación, el cual consiste en un fenómeno histórico, cultural y espiritual de Occidente; y que representó una revolución absoluta al ser una reacción frente a la concepción jurídica de épocas anteriores, como precisa el mismo jurista De la Puente.

Este movimiento nace en Europa tan solo a partir del el siglo XVII, cuyos países se abocaron a la tarea de plantear su futuro elaborando cuerpos de leyes llamados códigos. Esto no quiere decir que no existieran códigos con anterioridad, sino que en la época a la que nos referimos, los términos código, codificación y codificar adquirieron una connotación especial. (MIGUEZ, 2009).

Codificar fue una forma nueva y moderna de organizar el derecho en cuerpos jurídicos llamados códigos, diferentes a las compilaciones y las recopilaciones. Mientras que estas últimas contenían

leyes antiguas, por lo que se convertían en obsoletas al momento de su promulgación, los códigos pretendían contener todo el bagaje jurídico necesario para regular, no sólo la sociedad del presente, sino también la del futuro. Supone una visión total del mundo, la conciencia de una serie de principios rectores, que dan unidad orgánica al ordenamiento de la sociedad; es por ello su finalidad totalizadora y su carácter universal (MEDINA, 2014, p. 186).

En ese sentido, un código era el cuerpo jurídico que comprendía, por ramas específicas, todo el derecho positivo que se daba cada nación con base en sus presupuestos ideológicos y filosóficos, y que respondía a un plan, a un sistema y a un método previamente establecido.

Por su parte, la codificación en América Latina, se desarrolló simultáneamente al proceso codificador europeo, pero se perciben diferencias con las causas que las alentaban, esto es, mientras que en los países europeos se concebían como instrumentos hacia la unidad nacional y como un medio eficaz hacia la uniformidad legislativa; en América Latina no se presentaban tales presupuestos. La razón es que cuando los países latinoamericanos promulgan sus códigos, estos ya habían alcanzado la independencia política y la unidad nacional se daba por concluida. (GROS, 2002, p. 147 - 150).

2 GESTACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley N° 28237, promulgada el 28 de mayo de 2004, publicado en diario Oficial El Peruano del 31 del mismo mes, es un importante instrumento o cuerpo normativo procesal que persigue garantizar la eficacia constitucional, a través de los procesos constitucionales que regula, esto es proteger a los derechos constitucionales y garantizar la primacía normativa de la Carta Fundamental de la Nación en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad regulatoria del poder constituyente.

Para entender su importancia es necesario conocer el proceso de su gestación. En ese sentido, el antecedente más remoto lo encontramos a fines del siglo XIX en la ley del 21 de octubre de 1897, que consagró la figura del hábeas corpus, denominado en ese entonces como "recurso extraordinario de hábeas corpus", cuya finalidad era proteger a la libertad física de quien fuese reducido a prisión, si dentro de las veinticuatro horas de su arresto no se le notificaba la orden de detención judicial.

Posteriormente, en el año 1916 se aprobarían otras disposiciones relacionadas con el hábeas corpus, como las leyes N° 2223 y N° 2253 que mantuvieron las mismas regulaciones de su predecesora. Siendo que a partir de la Constitución de 1920 que se le otorgó rango constitucional y distinguió a las garantías

constitucionales en tres: garantías nacionales (atinentes a la marcha y obligaciones del Estado), garantías individuales (clásicos derechos del liberalismo) y garantías sociales (nuevos derechos económicos y sociales surgidos después de la Gran Guerra).

La Constitución de 1933 extendió la cobertura constitucional a todos los derechos fundamentales e instauró la llamada acción popular como un mecanismo de defensa de la constitucionalidad y de la legalidad que permitía impugnar los reglamentos y demás normas infralegales que fueran contrarios a la Constitución o a la ley, a efectos de lograr su anulación con carácter erga omnes. Respecto a normas infraconstitucionales de primer rango, el hábeas corpus fue regulado en los Códigos Procesales Penales de 1920 y 1940; mientras que la acción popular fue recién reglamentada en 1963 en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 14605.

Entre otras normas relevantes cabe citar la Ley 23506, que reguló el proceso de amparo.

La Constitución de 1979, dedicó todo un título a los procesos constitucionales, denominado "Título V Garantías Constitucionales", con la finalidad de preservar la defensa de los derechos constitucionales y garantizar su supremacía normativa constitucional. De manera que, el habeas corpus y la acción popular consagraban la defensa de los derechos fundamentales; y la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, la defensa de la constitucionalidad y legalidad. Hecho importante aquí es la creación del llamado Tribunal de Garantías Constitucionales.

La Constitución de 1993 si bien reproduce los procesos constitucionales de su predecesora, realiza una serie de cambios como: crear el habeas data, el proceso Competencias y la acción de cumplimiento. Sin embargo, pese a que surgieron una serie de normas que regulaban a cada uno de los procesos constitucionales, era una legislación dispersa y en algunos casos inconexa; la praxis había desbordado la previsión normativa del legislador y la realidad exigía una revisión. Igualmente es un hecho muy relevante la creación del actual Tribunal Constitucional, con un mejor diseño orgánico y estructural. En consecuencia, producto de esta necesidad surge el Código Procesal Constitucional.

Antes de abordar su contenido, es importante resaltar la peculiar forma de elaboración y aprobación de este Código Procesal Constitucional, pues ha sido original y novedosa. El anteproyecto no surgió de una comisión oficial, creada o convocada por los poderes Legislativo o Ejecutivo, sino de la iniciativa espontánea de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vinculados a esta materia en lo académico y profesional. En efecto, a lo largo de ocho años Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Jorge Danós

Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Francisco Eguiguren Praeli, se reunieron periódicamente para preparar el texto de un anteproyecto, que fue varias veces objeto de revisión y mejoramiento.

No obstante, la realidad política y jurídica vivida durante el régimen fujimorista obligó a suspender varias veces la elaboración y discusión del anteproyecto, siendo larga la espera de contar con un escenario democrático que permitiera y justificara la presentación de esta propuesta a las autoridades legislativas y gubernamentales. Recién en octubre del año 2003, la última versión del anteproyecto fue publicada en un libro y difundida por los autores, y se presentó oficialmente ante el Congreso, donde se convirtió en un proyecto legislativo multipartidario que se aprobó rápidamente con mínimas modificaciones a la versión original. Se plasmó en la mencionada Ley 28247. No fue necesario recurrir a la institución constitucional de Delegación de Facultades del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo, como si ha ocurrido para la dación de otros Códigos.

Con el Código Procesal Constitucional se trató de reunir en un sólo texto normativo las regulaciones de los procesos constitucionales previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3, de la Constitución. En ese sentido, los procesos constitucionales se dividieron en dos grupos: los que cautelan el valor persona humana y los que cautelan el valor primacía normativa constitucional.

En cuanto a su estructura sistemática, el Código cuenta con un Título Preliminar y trece títulos, compuesto por 121 artículos, siete disposiciones finales y dos transitorias. En el Título Preliminar se fijan algunos principios y criterios generales, y existe un título que reúne disposiciones generales comunes para los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; y otro título para las disposiciones generales comunes a los procesos de inconstitucionalidad y acción popular. Sin perjuicio de que existen títulos específicos para la regulación detallada de cada uno de estos procesos, así como para el proceso competencial.

3 PRINCIPIOS PROCESALES CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Para la mayor parte de la doctrina, los principios tratan sobre las directivas o líneas matrices dentro de las cuales se desarrolla las instituciones del proceso. Se constituyen en la línea vertebral del proceso o en las vigas maestras sobre las que se construye el plexo normativo procesal, ideasejes, inspiradoras o el alma de las normas. Verdaderos pórticos de entrada de gran importancia para la interpretación y aplicación de sus normas en los casos concretos.

Robert Alexy realizó una interesante distinción entre principios y reglas, en donde afirma que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado "en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, mientras que las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no, en tanto que, si una regla es válida, debe ser realizado exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por ello, los principios, al contrario de las reglas, son llamados mandatos de optimización, que pueden ser realizados en diferentes grados, de conformidad con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estas posibilidades están condicionadas por los principios opuestos y así exigen la consideración de los pesos de los principios en colisión según las circunstancias del caso concreto. Este juicio relativo al peso de los principios, es un juicio de ponderación, que permite que los derechos fundamentales tengan efectividad en cualquier caso concreto tomando en cuenta los principios que con éste puedan coincidir." (MARINONI, 2007, p. 283).

En el artículo III del Código Procesal Constitucional se han recogido expresamente una serie de principios que permiten el desarrollo de cualquiera de los procesos constitucionales que se regulan en la mencionada norma procesal. No obstante, a este conjunto de principios, es importante agregar otros recogidos en artículos de la mencionada norma procesal.

La antigua y dispersa legislación sobre procesos constitucionales, no llegó a recoger estos principios, por lo que el mencionado artículo III constituye una verdadera novedad al respecto. Cabe precisar que estos principios han sido definidos y desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

Como bien se ha mencionado, estos principios sirven para describir y sustentar la naturaleza del proceso; siendo su esencia que estos sean aplicados para poder impartir justicia en la forma más justa posible. De modo que, los principios procesales son principios jurídicos normativos, en el sentido de que no son meras declaraciones de intenciones del legislador, sino que son realidades jurídicas plenamente vigentes y deben ser invocados y aplicados en el devenir de todo proceso.

Dicho lo expuesto, a continuación se tratarán brevemente los principios procesales.

3.1 EL PRINCIPIO DE DIRECCIÓN JUDICIAL

El Juez deja de ser un convidado de piedra. Este principio implica el tránsito del juez como espectador al juez como director", pues si bien implica que el juez constitucional debe ser imparcial, no puede ser neutral frente al proceso como si se tratara de un proceso ordinario, por el contrario, debe asumir un rol activo y

no pasiva, debido a que al Estado le interesa que la justicia se realice lo más rápidamente y lo mejor posible.

Al juez constitucional se le ofrecen una serie de medios y herramientas con el objetivo de lograr los fines esenciales de los procesos constitucionales, esto es, asegurar la supremacía de la Constitución y asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. Sin embargo, estos no serán aprovechados si no se concibe al juez constitucional como un juez partícipe, responsable de la debida y oportuna marcha del proceso.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de dirección judicial se redimensiona "en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto" (EXP. 0005-2005-CC/TC, fundamento 4).

Este principio "sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta" (EXP 00048-2004-PI/TC, fundamento 4)

De manera que, el Juez constitucional tiene un deber relevante "detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución" (EXP 00048-2004-PI/TC, fundamento 4).

3.2 EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD

Este principio está reconocido en el art.139, numeral 16 de nuestra Constitución Política y en la Quinta disposición final de mismo Código Procesal Constitucional.

El principio de gratuidad en la actuación del demandante significa que no es razonable que la disponibilidad de medios económicos se convierta en un impedimento para acceder a la justicia constitucional a través de la activación del correspondiente proceso constitucional.

Sabemos que la principal barrera de acceso a la Justicia es la ausencia o carencia de recursos económicos

El principio de gratuidad en el ámbito judicial se traduce "en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito" (EXP 01607-2002-AA/TC, fundamento 6), de modo que a través de la vigencia de este principio "se haría efectiva la tutela procesal

efectiva y el principio de socialización del derecho" (EXP 10063-2006-AA/TC, fundamento 120).

La principal consecuencia de este principio es el no pago de las tasas para acceder al aparato judicial, es decir, de las costas que se puedan establecer por las disposiciones administrativas del Poder Judicial. De otra forma se estaría alentando situaciones de verdadera injusticia y desigualdad material, pues si lo que está en juego es evitar la concentración del poder para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, se presenta como algo injusto el obligar a quien se considere perjudicado por acciones u omisiones de otros el no contar siquiera con la posibilidad de intentar revertir esta situación como consecuencia de su falta de recursos económicos para impulsar la actuación de la judicatura.

Este principio se encuentra plenamente justificado en el hecho de que es vital que no exista ningún tipo de elemento que obstruya el acceso a los medios de protección de los derechos constitucionales o de los medios que tienden a hacer efectivamente vigente el orden constitucional. Y es que según el Tribunal Constitucional, este principio contiene "un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales" (EXP 01607-2002-AA/TC, fundamento 6)

3.3 EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA Y CELERIDAD PROCESAL

El principio de economía procesal surge a partir de la idea que el proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Por ello, este principio abarca tres áreas: ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo, cuyo axioma principal es que "debe de tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal" (EXP 05761-2009-HC/TC, fundamento 25).

De manera que, el principio de economía procesal juega un papel trascendental en la medida que la esencia de los procesos constitucionales hace que reclame una respuesta rápida que haga desaparecer la situación de inconstitucionalidad.

En consecuencia, se trata de "aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos" (EXP 10340-2006-AA/TC, fundamento 8), de modo que corresponde al Juez constitucional "detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, dilate los procesos ocasionando un gasto innecesario de tiempo, energía y dinero" (EXP 00029-2007-PI/TC, fundamento 9).

No sólo apunta a economizar los costos que pueda suponer el proceso, y evitar un tránsito innecesario al recurrente, sino también hacer del proceso un trámite sumario, ya que intenta enfrentar no

sólo el tema de los costos, sino también de la duración y de la cantidad de actos que deben realizarse en un proceso.

Ahora bien, muy vinculado a este se encuentra el principio de celeridad procesal, al punto que el Tribunal Constitucional suele nombrarlos de manera conjunta y señalar que un mismo accionar puede vulnerar a la vez uno y otro principio (EXP 01297-2006-HC/TC, fundamento 3).

Si bien este principio no está reconocido expresamente en el artículo III Código Procesal Constitucional, (como sí lo está en el artículo V del Título Preliminar del CPC), pero indudablemente debe inspirar el desarrollo de los procesos constitucionales, más aún cuando algunos de ellos están dirigidos directamente a defender derechos constitucionales, por lo que se requiere de una respuesta judicial urgente debido a la especial importancia de su objeto de defensa: "los diferentes procesos constitucionales, y sobre todo, los vinculados con la protección de los diversos derechos fundamentales, deben caracterizarse por buscar una tutela urgente, limitándose en lo posible al cumplimiento de aquellas pautas y formalidades que realmente resulten indispensables" (ESPINOSA; SALDAÑA, 2004, p. 33).

3.4 EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

El principio de intermediación tiene por finalidad que el juez tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, con la finalidad de lograr una aproximación más exacta (EXP 02876-2005-HC/TC, fundamento 23), pues la justicia en abstracción no existe, no puede aspirarse una solución justa al margen del caso concreto. Por ello, se debe conocer de modo cierto y completo una situación sobre la cual se va a tomar una decisión.

No habrá solución justa sin un conocimiento suficiente de todos los elementos que conformen el caso concreto. Es importante conocer que detrás de cada proceso existe un drama humano y que la verdad procesal debe acercarse lo mejor posible a la verdad pasada, la de los hechos tal y como acontecieron, solo así se puede garantizar un proceso justo y respetuoso de los valores de la Constitución (MESIA, 2005, p. 64).

El Tribunal Constitucional ha mencionado que es indispensable que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, a concretizar el valor justicia al interior del proceso (EXP 00048-2004-PI/TC, fundamento 4) Además, resalta su importancia en el desarrollo de la actividad probatoria, la cual debe de transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el

juzgador y los medios de prueba aportados al proceso (EXP 06846-2006-HC/TC, fundamento 5).

Cabe mencionar que este principio no exige que uno sólo sea el juez que conozca y dirija un proceso, pues pueden haber sido más de uno sin que ello lo desacredite. En ese sentido, este principio no resulta afectado cuando más de un juez en la etapa de instrucción conoce del proceso, sino garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas (EXP 01934-2003-HC/TC, fundamento 4).

3.5 EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN

El principio de socialización procesal exige del juez la capacidad de saber intervenir a fin de que las desigualdades materiales que siempre acompañan a los litigantes, no entorpezcan la labor de llegar a una solución justa. Por lo que, faculta al juez a impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor justicia (MONROY, 1996, p. 101).

El Tribunal Constitucional señala que consiste en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho (EXP 00048-2004-PI/TC, fundamento 4). Siendo necesario que se diseñen los mecanismos procesales idóneos para hacer realidad la igualdad (procesal) de las partes del proceso (EXP. N.º 03547-2009-PHC/TC, fundamento 8.d)

Se podría decir que se trataría de hacer realidad otro valor constitucional: el de la igualdad. De manera que, permite y obliga al Juez a pasar de una igualdad formal a hacer efectiva una igualdad material. Todos los procesos deberían terminar en una solución justa, pero ésta será impensable si se permite que las desigualdades fácticas que traen las partes al proceso logre manifestarse en el desarrollo del mismo y en la sentencia final. Al respecto, serían viables la introducción de figuras como el partícipe, el amicus curiae, el litisconsorte, etc., en el proceso de amparo (EXP.º 03547-2009-PHC/TC, fundamento 8.d)

3.6 EL PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO

Este principio es definido como la facultad que se concede al Juez para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso, sin necesidad de intervención de las partes, a fin de lograr la consecución de sus fines. Las resoluciones que se emitan en aplicación de este principio no necesitan ser motivados, pues se tratará siempre de resoluciones que no establecen sanciones, ni resuelve pretensión alguna, sino que sencillamente tienen por finalidad mover el proceso, como por ejemplo, una resolución en la que se

ordena que se notifique a una de las partes procesales para que concurra al juzgado a fin de que se realice la audiencia pública de lectura de sentencia. Siendo que el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la citación a una audiencia de lectura de sentencia no requiere de mayor fundamentación" (EXP 01090-2002-HC, fundamento 3).

Este principio genera que como regla no opere la institución del Abandono, tal como se prevé expresamente en el art. 49 de este Código, respecto al proceso de Amparo.

Y en cuanto al Habeas Corpus, el art.30 del Código en comento establezca que el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos y ordenar la libertad del agraviado, en los casos que corresponda.

3.7 EL PRINCIPIO DE ELASTICIDAD O FLEXIBILIDAD

Este principio exige que el juez adecue las formalidades que puedan exigirse en el proceso constitucional a la consecución de sus fines, siendo un medio para alcanzar la solución justa que involucra la garantía plena de la Constitución y de los derechos constitucionales.

Además, impone que las formalidades procesales se han de exigir "sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, a fin de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente" (EXP 00266-2002-AA/TC, fundamento 7). En consecuencia, su aplicación queda justificado en aquellos casos en los cuales se estima el ejercicio constitucionalmente legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce (EXP 00752-2007-PA/TC, fundamento 3).

Ahora bien, la flexibilidad que supone este principio a favor de la actuación judicial del juez, no significa que el juzgador quede desvinculado del Derecho, pues demanda de una argumentación suficiente por parte del juez que lo aplica. En ese marco, el Tribunal Constitucional ha afirmado – cuando habla del proceso de inconstitucionalidad y que puede extenderse a todos los demás procesos – que "no supone que la especial naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, autorice a este Colegiado a desvincularse de los principios procesales generales y crear ex novo reglas procesales aplicables a tal tipo de proceso, sino tan sólo preferir los principios procesales del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, desechando la aplicación de todo criterio procesal que resulte incompatible con su finalidad" (EXP 00048-2004-PI/TC, fundamento 5).

3.8 EL PRINCIPIO PRO ACTIONE

Este principio es considerado una de las manifestaciones del principio pro homine en materia de interpretación de los derechos fundamentales de orden procesal (EXP 01211-2006-AA/TC, fundamento 7) y es de utilidad para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia (EXP 10340-2006-AA/TC, fundamento 22).

Consiste en la facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso.

Se impone al Juez constitucional, en lugar de optar por alternativas que supongan el estrechamiento del derecho de acceso a la justicia, máxime a la justicia constitucional, debe acoger aquéllas que impliquen, por el contrario, una optimización o mayor eficacia del mismo (EXP 00250-2008-PHD/TC, fundamento 5). Y en caso de cualquier duda, debe preferirse aquel dispositivo legal que en menor medida restrinja el derecho del justiciable al acceso a la justicia (EXP 04264-2007-HD/TC, fundamento 3).

El Tribunal Constitucional ha mencionado que "se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción" (EXP 02302-2003-AA/TC, fundamento 3).

De modo que debe interpretarse "en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito" (EXP 01003-1998-AA/TC, fundamento 3.c); es decir, "el operador judicial debe interpretar las restricciones impuestas a tal derecho del modo que mejor se optimice su ejercicio" (EXP 02214-2004-AA/TC, fundamento 2).

Ahora bien, si no se interpreta de esta manera, se corre el riesgo de anular la naturaleza de los procesos constitucionales como medios de protección y aseguramiento de la Constitución, y con ella de los derechos constitucionales. Ello debido a que erróneamente se convertiría "una duda interpretativa respecto de las formalidades propias del instrumento de tutela en un elemento determinante para permitir el acceso a la tutela constitucional de los derechos, cuando, en realidad, es el instrumento procesal el que debe ser adecuado e interpretado decididamente a fin de consolidar una tutela constitucional más eficaz, oportuna y plena (EXP 01049-2003-AA/TC, fundamento 5).

3.9 EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Este principio se justifica en la medida que se emplea para alcanzar los fines del proceso constitucional: la supremacía de la Constitución y, en particular, la plena vigencia de los derechos reconocidos. A su vez, significa la necesaria libertad con la que debe contar el juez para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan el caso. Libertad que subsiste aún en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones (PEYRANO, 1978, p. 96).

El Tribunal Constitucional ha señalado que se trata del "poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el Juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia" (EXP 00569-2003-AC/TC, fundamento 6). De manera que "el hecho de que no se aleguen determinados derechos y, por tanto, que el contradictorio constitucional no gire en torno a ellos, no es obstáculo para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre esos y otros derechos" (EXP 00256-2003-HC/TC, fundamento 5).

Se trata de derechos que vinculan al Juez constitucional no por haber sido o no invocados, sino por estar recogidos en la norma constitucional que obliga plenamente. Es decir, "más allá de que no hayan sido invocados, o no se hayan identificado correctamente, corresponde decidir al juez de la constitucionalidad" (EXP 0905-2001-AA/TC, fundamento 4).

De modo que, aunque el derecho no haya sido invocado correctamente, el juez está en la obligación de hacerlo y sentenciar; sin que ello signifique permitir y dar cobertura constitucional a una actuación arbitraria del juez, pues esta facultad que le depara el principio de iura novit curia tiene límites. El Tribunal Constitucional establece los límites de la aplicación de este principio: "son los hechos alegados por las partes y el petitorio, los cuales no pueden ser modificados" (EXP 00616-2003-AA/TC, fundamento 5). Su aplicación no busca alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso (EXP 00569-2003-AC/TC, fundamento 6).

3.10 EL PRINCIPIO DE QUEJA DEFICIENTE

El principio de suplencia de queja deficiente o también llamado suplencia de las deficiencias procesales, consiste en obligar al juez constitucional a subsanar los errores de naturaleza fáctica en los que pueda haber incurrido las partes.

De modo que, "el juez debe calificar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial,

prescindiendo de la calificación efectuada por los litigantes. Debe determinar la causa petendi y siempre que no se aparte de los hechos afirmados ni modifique su objeto, puede otorgar lo pedido sobre la base de una calificación de la causa distinta a la que hicieron las partes" (EXP 05761-2009-HC/TC, fundamento 21). De modo que, se trata de no inventar hechos o de no sustituir a la parte procesal en su pretensión, pero sí de calificar jurídicamente de un modo correcto los hechos o los intereses de las partes.

El límite para su aplicación es que el juez constitucional "únicamente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda" (EXP 00569-2003-AC/TC, fundamento 8).

Cabe precisar, que si bien no ha sido expresamente recogido en el texto del Código Procesal Constitucional, sí está presente en modo implícito, pues este principio se infiere de la finalidad de los procesos constitucionales.

Además, se complementa al principio iura novit curia pues este se refiere al derecho, específicamente, a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso, mientras que el principio de queja deficiente se refiere a los hechos alude a la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda (EXP 05761-2009-PHC/TC, fundamento 19).

3.11 EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA NORMA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Este principio exige que a la hora de determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, el intérprete debe de tomar en consideración la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú, así como las interpretaciones que de esta normatividad se han recogido en las sentencias de los Tribunales Internacionales con jurisdicción sobre el Estado peruano (EXP 02209-2002-AA/TC, fundamento 5).

Cabe recordar que forma parte del contenido constitucional de un derecho fundamental lo que se haya dispuesto en la norma internacional y el criterio jurisprudencial del tribunal internacional debido a que conforman el ordenamiento jurídico (artículo 55 de la Constitución). El Tribunal Constitucional ha afirmado que este principio "exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico,

incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados" (EXP 02730-2006- PA/TC, fundamento 9).

En ese sentido, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, "deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte" (EXP 05854-2005-PA/TC, fundamento 23).

4 IMPORTANCIA

Luego de haber desarrollado brevemente los principios procesales y como se ha podido apreciar, la importancia del Código Procesal Constitucional radica en los siguientes puntos que paso a detallar:

(i) Ha perfeccionado la normativa anterior reuniendo en un solo cuerpo normativo orgánico, sistemático, armónico y coherente, que consolida la dispersa normativa anterior, ofreciendo un tratamiento uniforme y racionalizado a los procesos constitucionales que se encuentran dentro de sus alcances.

(ii) Responde a una lógica adecuada, siguiendo el esquema constitucional de separar los procesos en razón del valor que protegen y, dentro de cada grupo de procesos, desarrollar las disposiciones generales.

(iii) Asume la denominación de "procesos constitucionales", que la doctrina consideró la más adecuada.

(iv) Respecto al contenido del Título Preliminar, trae numerosas y valiosas innovaciones como lo son: fijar como fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales; establecer los principios procesales que ya hemos definido; precisar que el control difuso de constitucionalidad operará siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, y establecer que la sentencia del Tribunal Constitucional constituye precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia.

(v) Efectúa una regulación detallada de cada proceso, recogiendo los mejores aportes producidos por la experiencia anterior, la jurisprudencia y la doctrina.

En ese sentido, la adecuada implementación y el debido funcionamiento del Código Procesal Constitucional depende no solo de sus bondades normativas, sino de otros factores que tienen que ver con su aplicación y con la actuación de sus operadores, quienes deben tener en cuenta la importancia de este

cuerpo normativo, esto es, ser un instrumento de eficacia constitucional en dos aspectos: (1) la vigencia plena, efectiva y real de los derechos constitucionales y (2) el imperio de la primacía normativa de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión del poder constituyente.

Por último, no debemos dejar de mencionar el rol protagónico que corresponde al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, en cuanto órganos competentes para conocer los procesos constitucionales. Sobre todo del supremo intérprete de la Constitución, guardián de la vigencia efectiva de los derechos humanos y custodio de la constitucionalidad.

Y como siempre lo he reconocido públicamente el Tribunal Constitucional goza de legitimidad en el entorno social de mi país, variando su prestigio o aprobación en atención al desempeño de los Magistrados que lo integran.

En resumen el Código comentado es un instrumento al servicio de nuestro sistema democrático de gobierno.

Es de conocimiento público que recientemente el Congreso de la República de mi País ha aprobado varias reformas a este Código, las que hasta la fecha no han sido Promulgadas por el Poder Ejecutivo, razón por la cual no se comentan.

BIBLIOGRAFÍA

CASTAÑEDA OTSU, Susana *et al.* Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Jurista editores: Lima, 2005.

COLIN, Ambrosio; Y CAPITANT, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. Madrid. Reus. Tomo I. 1952.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La Codificación. En Revista Themis. n. 29. 1994.

DUPLÁ MARÍN, Maria Teresa. La recepción del derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la Constitución europea. Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Disponível em: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2225>. Acesso em: 25 mai. 2022.

ENECERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Barcelona: Bosh, 1953.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso administrativo y Derechos del Administrado. Palestra: Lima, 2004.

GARCIA TOMA, Víctor. Consideraciones sobre los principios y los fines de algunos procesos constitucionales. Disponível em:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18529>. Acesso em: 25 mai. 2022.

GROS ESPIELL, Héctor. El Constitucionalismo Latinoamericano y la Codificación en el siglo XIX. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. n. 6. 2002. p. 143 – 176.

MARINONI, Luis Ghuillerme. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Traducción de Aldo Zela Villegas. Palestra Editores. Lima 2007.

MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Gaceta jurídica. 1. ed. Lima, 2005.

MEDINA, Gastón Leandro. "La Codificación del Derecho Romano". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2014. p. 285 – 292.

MIGUEZ, Pablo, "El Nacimiento del Estado Moderno y los orígenes de la economía política". Nómadas. v. 22. n. 2. 2009.

MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso Civil. Santa Fe de Bogota, 1996.

PEYRANO, Jorge. El Proceso Civi. Astrea: Buenos Aires, 1978.

PUG Peña, Carlos. Tratado de Derecho Civil. Madrid, 1957.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. La codificación: impulso moderno de la familia romanista. En Derecho & Sociedad. n. 49. 2017. p. 157 – 169.

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO: CONDIÇÕES DE FIXAÇÃO DE TÉCNICAS ESTRUTURANTES PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS ASSEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE ¹

THE CLAIMS OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT AND THE COURT INJUNCTION: CONDITIONS FOR THE ESTABLISHMENT OF STRUCTURAL TECHNIQUES FOR THE EXERCISE OF CONSTITUTIONALLY ENSURED RIGHTS

Ingo Wolfgang Sarlet², Marco Félix Jobim³

¹ O artigo não é inédito, embora tenham sido acrescentadas algumas referências para o livro a ser publicado, sendo originalmente publicado na obra: CLEVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

² Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians-Universität- München (1997). Professor Titular da Escola de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS (desde 09.12.2006). Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq) e Colíder do Grupo de Pesquisa em Governança Corporativa, Compliance & Proteção de Dados - CNPq. Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (bolsista DAAD, 2005, com Prof. Claus-Wilhelm Canaris), como Bolsista e Pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social, Estrangeiro e Internacional (Alemanha) (2001-2002 e 2003), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC, 2004, com Mark Tushnet). Atua especialmente nas áreas de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como principal linha de pesquisa a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no direito público e privado, com ênfase em direitos sociais e ambientais, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na sociedade tecnológica. Foi Professor do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha. Foi Professor convidado do Mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada, Espanha. Foi Professor visitante (como bolsista do Programa Erasmus Mundus, da União Europeia) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Lisboa (2009). Foi pesquisador visitante na Harvard Law School (2008). Foi pesquisador convidado (Fellow) do Stellenbosch Institute for Advanced Studies - STIAS (2011), com bolsa do Instituto. Professor convidado da Universidade de Lisboa (2012), Pesquisador junto ao Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional e Universidade de Hamburgo - apoio financeiro do DAAD (2013). Pesquisador Visitante como bolsista do Instituto no Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro Internacional, Hamburgo (2017, bolsista do Instituto). Pesquisador visitante com auxílio financeiro do DAAD no Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional em Hamburgo (2018). Pesquisador visitante com bolsa no Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social de Munique (2019). Professor Visitante na Universidade de Hamburgo (2020). Pesquisador Produtividade Nível 2 do CNPq. Membro do Conselho da Fundação Peter Häberle, Granada, Espanha. Pesquisador Destaque Área Ciências Humanas FAPERGS, 2011. Tem proferido conferências, apresentado trabalhos em eventos e publicado em periódicos e obras coletivas no Brasil e no exterior (Alemanha, Áustria, África do Sul, Argentina, Bélgica, Peru, Chile, Espanha, EUA, Itália, Inglaterra, México, Suíça, Portugal). É autor, entre outras, das seguintes obras: Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und dem deutschen Grundgesetz - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997; A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 13 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018 (tradução para o Espanhol pela Editora Palestra, Lima, 2019); Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015; Direito Constitucional Ecológico (coautoria com Tiago Fensterseifer), 7 ed., São Paulo: RT, 2021; Curso de Direito Constitucional (com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero), 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2021; Princípios de Direito Ambiental (2 ed.) e Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral, ambos em coautoria com Tiago Fensterseifer, Ed. Saraiva, São Paulo. Constituição e Direito Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016 (com Jayme Weingartner Neto); Curso de Direito Ambiental, 2 ed., Ed. GEN, Rio de Janeiro, 2021, em coautoria com Tiago Fensterseifer).



O estudo sobre os denominados processos estruturais está, cada dia mais, ganhando corpo na doutrina brasileira, não sendo poucas as decisões judiciais que já mencionam e utilizam técnicas ou medidas diferenciadas para a tentativa de estruturação de violações sistêmicas a direitos fundamentais. Neste sentido, este artigo trabalha com a possibilidade da existência legislativa de autorização dessas medidas, tanto pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como da Ação de Mandado de Injunção.

Palavras-Chave: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Mandado de Injunção; Controle de Constitucionalidade; Medidas Estruturantes.

The study of the so-called structural processes is increasingly gaining ground in Brazilian doctrine, not being few the judicial decisions that already mention and use differentiated techniques or measures to try to structure systemic violations of fundamental rights. In that sense, this paperworks with the possibility of the legislative existence of authorization of these measures, either through the Claims of Non-Compliance with a Fundamental Preceptas much through the Action of Court Injunction.



Keywords: Claims of Non-Compliance with a Fundamental Precept. Court Injunction. Judicial review. Structural techniques.

³ Estágio Pós-doutoral pela Universidade Federal do Paraná (2015-2017). Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil em 2000 (ULBRA/RS). Especialista em Saúde e Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2002 (UFRGS). Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis em 2004 (Uniritter). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2005 (PUC/RS). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil em 2009 (ULBRA). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Teoria Geral da Jurisdição e Processo em 2012 (PUC/RS). É Advogado sócio da Jobim & Salzano Advogados Associados. Foi professor do UNILASALLE - Centro Universitário Lasalle na graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado em Direito e Sociedade), na ULBRA - Universidade Luterana do Brasil nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu e na FADERGS - Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul, nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu. É professor convidado de outros cursos jurídicos, como da Especialização em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Especialização em Processo Civil da Universidade de Caxias do Sul Região das Hortências (UCS), da Especialização em Processo Civil da Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS), das Especializações de Direito Público, Processo e Direito do Trabalho e de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, também colabora como professor convidado da ESA - Escola Superior da Advocacia, AJURIS e UNIVATES, dentre outros. Autor de livros como "Duração razoável do processo: a responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual", em 2 edição; "Cultura, escolas e fases metodológicas do processo", em 4 edição e "Medidas Estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal", "Teoria, História e Processo", todos editados pela Livraria do Advogado. É coordenador das obras "Desvendando o Novo CPC", já em sua 3ª edição, "Diálogos constitucionais de direito público e privado I e II", "controvérsias constitucionais atuais" I e II, "inquietações jurídicas contemporâneas", "justiça constitucional de direitos fundamentais", todas publicadas pela Livraria do Advogado, "tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil", publicado pela editora Plenum, "Direito probatório", publicado pela editora JusPodivm e "Jurisdição: estudos de direitos individuais e coletivos", publicado pela Lex Magister. Autor de diversos artigos jurídicos publicados entre as melhores revistas de processo (REpro, RBDPro, Magister de Processo Civil e Revista Eletrônica de Direito Processual). Revisor de diversos periódicos, destacando-se a Revista de Processo (REPRO), Rechtd (Revista de Direito da Unisinos), RBDPro, a Revista da Presidência, a Revista Direitos Fundamentais & Justiça e a Revista de Interesse Público, dentre outras. Editor do site jurídico www.ajdd.com.br e membro do corpo editorial das revistas jurídicas www.reajdd.com.br, Centro de Ciências Sociais da Estácio de Sá e Revista Direito e Democracia (ULBRA). Atualmente é professor adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Constitucional. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Coordenador da Especialização em Processo Civil da PUC/RS. Coordenador do Núcleo de Processo Civil da Escola de Direito da PUCRS. Palestrante e parecerista. E-mail: marco@jobimesalzano.com.br.

INTRODUÇÃO

Ainda hoje, duas Décadas transcorridas da entrada em vigor das Leis 9882 e 9686, ambas de 1999, o Supremo Tribunal Federal vem sendo provocado a decidir em questões das mais complexas em ações de controle concentrado de constitucionalidade, veiculadas por meio de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)⁴ e de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade)⁵, encontrando dificuldades dos mais variados níveis, desde a forma de decidir a como, eventualmente, assegurar a autoridade de sua decisão.

Para adiantarmos algumas questões, que podem ser tidas como preliminares, calha formular três observações: (i) há algum tempo, parte da doutrina tem trabalhado com a teorização da possibilidade de objetivação do controle difuso de constitucionalidade; (ii) existem já no Brasil muitos estudos concluídos e em andamento sobre processos, decisões ou medidas estruturantes; (iii) ambas as modalidades de controle –⁷ difuso e concentrado (por ação e mesmo omissão!) prevêm (expressa ou implicitamente) a possibilidade de adoção das assim denominadas medidas ou técnicas estruturantes.

⁴ Inicialmente, a lei dispunha sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade para, posteriormente, ter incorporada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pela Lei n. 12.063/2009.

⁵ Na literatura, tem se destacado o surgimento de abordagens de natureza mais crítica sobre o funcionamento e papel do STF, além de uma perspectiva diferenciada de enfrentamento da matéria, como são, contam, entre outras, as contribuições de: FALCÃO, Joaquim. O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário do País. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015; RECONDO, Filipe; WEBER, Luiz. Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁶ Para maior conhecimento da EC n. 45/2004, ver: TAVARES, André Ramos. Reforma do Poder Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁷ Note-se que é a própria Constituição que anuncia que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os Tribunais Superiores têm sede em Brasília, demonstrando que se trata de Tribunal cujas funções são diferentes daquelas exercidas por Tribunais Superiores. É a redação do art. 92: "São órgãos do Poder Judiciário: § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal".

⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 1211. Nas palavras do autor, trata-se de mais um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, assim expondo: "O recorrente, na fase de admissibilidade, além de demonstrar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos comuns a qualquer recurso e, ainda, o prequestionamento, deverá demonstrar, através da abertura de um capítulo preliminar em seu recurso, a existência de uma questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos da causa".

Sobre a primeira afirmação – objetivação do controle difuso –, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004⁸, há uma redefinição das atribuições das funções dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal⁹. Uma das novidades da Emenda foi a positivização de um filtro denominado de repercussão geral, inserido no artigo 102, § 3º¹⁰, o qual possibilita que a interposição desse meio recursal transcenda a subjetividade do recorrente e, com isto, obtenha contornos de objetivação do controle difuso. Tal freio, até então pensado para o STF¹¹, não deixou descansar a ideia de que os demais Tribunais de Brasília pudessem ter outros filtros semelhantes, o que acabou ocorrendo para o Superior Tribunal de Justiça com os Recursos Repetitivos e ao Tribunal Superior do Trabalho com a reformulação do conceito do Recurso de Revista e a transcendência da matéria.

A partir da repercussão geral no Recurso Extraordinário, a aproximação entre os sistemas difuso e concentrado acabou por encontrar, em parte da doutrina, alguma simpatia, especialmente em autores

⁹ O § 3º restou com a seguinte redação: "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

¹⁰ Existe discussão parlamentar para alocação do filtro nos Recursos Especiais, ver: PEDRON, Flavio Quinaud; FARIA, Guilherme Henrique Lage. Repercussão geral em recursos especiais é aposta em mecanismo fracassado. Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2018, 16h30. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-03/opiniao-repercussao-geral-resp-aposta-mecanismo-fracassado>. Acesso em: 25 out. 2019.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-59. Relata o processualista: "Mas, quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a ideia de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge apenas as partes tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu, inicialmente, após

a fixação do entendimento de que, após o Supremo ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que, mesmo decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário". Mais recentemente: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do *jus litigatoris* ao *jus constitutionis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

como Luiz Guilherme Marinoni¹², Fredie Didier Jr.¹³, Gláucia Mara Coelho¹⁴, Dalton Santos Moraes¹⁵, Bruno Taufner Zanotti¹⁶ e André Ramos Tavares¹⁷, ou seja, a de existir uma conexão entre controles após a reforma do Poder Judiciário, o que encontra também olhar semelhante em trabalhos mais recentes sobre o tema como o de Daniel Moura Nogueira¹⁸.

No que diz com a referida quantidade e qualidade da produção já existente no Brasil sobre o tema dos processos estruturais, são diversos os títulos de qualidade já publicados. Mesmo o entendimento – a operar como espécie de fio condutor da presente

abordagem – de que, na decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF pode determinar a realização de medidas estruturantes, objeto da tese doutoral do autor Marco Jobim¹⁹. Além disso, ainda na literatura nacional, vale conferir as contribuições de Jordão Violin²⁰, Edilson Vitorelli²¹, dentre tantas outras²², inclusive obras coletivas contendo participações de autores de renome nacional e internacional²³. Todo esse arcabouço doutrinário, que também inclui manifestações de conteúdo mais crítico, mas vem para aperfeiçoar o modelo²⁴, está à disposição para consulta dos mais variados temas ligados ao

¹² DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 99. Refere o processualista baiano: "O objetivo deste ensaio é o de demonstrar a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, notadamente quando realizado por meio do recurso extraordinário", e finaliza: "A idéia é a seguinte: o controle, embora difuso, quando feito pelo STF (Pleno), tem força para vincar os demais órgãos do Poder Judiciário, assemelhando-se, nesta eficácia, ao controle concentrado de constitucionalidade".

¹³ COELHO, Gláucia Mara. Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136. Expõe a autora: "Por fim, pode-se afirmar que a adoção da repercussão geral nesses moldes (permitindo-se que uma única decisão do pleno possa ser utilizada como precedente para as ciências ordinárias), assim como da súmula com efeitos vinculantes, caracteriza um inequívoco movimento de aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade 'difuso-concreto' e 'abstrato-concentrado', já que as características de um e de outro modelo acabam se tornando, ao final, muito semelhantes, com o fortalecimento deste último".

¹⁴ MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 99 e ss.

¹⁵ ZANOTTI, Bruno Taufner. Controle de constitucionalidade: leis comentadas. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 74 e ss.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145. Refere o autor: "A partir da Reforma do Judiciário, contudo, mudanças significativas passaram a ser incorporadas ao controle de constitucionalidade. A combinação da súmula vinculante com o instituto da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo difuso-concentrado [...]".

¹⁷ NOGUEIRA, Daniel Moura. O recurso extraordinário como função de controle difuso de constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.). Processo constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 754.

¹⁸ JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁹ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2013.

²⁰ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²¹ MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; DANTAS, Eduardo Souza. Ações estruturais e estado de coisas inconstitucional: a

tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações do Poder Público. Curitiba: Juruá, 2018; MORAIS, Poliana Correa. Medidas estruturantes no Supremo Tribunal Federal. Florianópolis: Emais, 2018; GISMONI, Rodrigo. Processo civil de interesse público & medidas estruturantes. Curitiba: Juruá, 2017; PORFIRO, Camila Almeida. Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; COTA, Samuel Paiva. Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; LIRA, Adriana Costa. O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de processo estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: JusPodivm, 2020; MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes. Salvador: JusPodivm, 2021.

²² Como são os casos das obras: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de litígios de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

²³ Como na leitura de: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). Processos estruturais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 498-499, escreve: "De todo o modo, longe de esgotar aqui as possibilidades e, manifestando a nossa simpatia por um recurso cauteloso e complementar às decisões de caráter estruturante, o que se buscou aqui foi manter um diálogo crítico e propor mais algumas questões para reflexão e discussão sobre tão delicado e mesmo complexo tema. Cientes de que ainda (e isso não é de longe 'privilegio' do Brasil) se está distante de construir um modelo sólido e operativo de efetivação dos direitos fundamentais, aqui com foco no direito ao mínimo existencial, o que se busca – ao invés de apostar em modelos de intervenção – é privilegiar fórmulas dialógicas (até mesmo recorrendo à conciliação e mediação) e que impliquem menos resistência por parte dos atores envolvidos, ao mesmo tempo assegurando, inclusive,

maior legitimidade aos órgãos judiciários quanto ao modo de decidir", e finaliza: "Além disso, o manejo adequado das decisões judiciais do tipo estruturante poderá então colaborar efetivamente para inibir uma litigância errática e individualizada, ademais de contribuir para uma cultura de diálogo e – o que segue sendo uma das principais carências – de respeito institucional, ademais dos efeitos de racionalização, organização do processo e da sua efetividade".

²⁴ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em 26 out. 2019.

processo estrutural e demonstra, à sociedade, a afirmação de que já se está em nível bastante avançado de pesquisa, razão pela qual sobre a segunda afirmativa não se fará aqui, maior digressão.

Diante disso, o texto que, nesse momento, se submete ao leitor se debruçará sobre a terceira afirmativa, qual seja, de que existe previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro em relação às medidas ou técnicas estruturantes, vinculadas ao processo estrutural, e que se fazem presentes em ambas as modalidades de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –, inclusive e em especial, mediante a devida compreensão e interpretação do art. 10 da Lei n. 9.882/99. Mas a possibilidade de se manejar decisões do tipo estruturante também ocorre em sede do processo do Mandado de Injunção, como dá conta o disposto no art. 8º, inciso II, da Lei n. 12.300/2016 que, por tal razão e como já anunciado, irá também ser objeto da presente análise. Mesmo que se cuide aqui de uma obra versando sobre os vinte anos das leis que regularam a ADPF e ADI, a inclusão do mandado de injunção se justifica pela sua relevância também para o caso das decisões estruturantes, o que aliás já se deu na esfera da evolução jurisprudencial do STF, bastando aqui citar o caso da greve dos servidores públicos.

Antes de avançar, contudo, imperioso formular um agradecimento especial aos Professores Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto e Paulo Ricardo Schier, idealizadores da obra *Jurisdição Constitucional em Perspectiva*, que comemora os 20 anos das Leis n. 9.868/1999²⁵ e 9.882/1999²⁶, por terem acolhido esta modesta contribuição em obra tão atual, oportuna e expressiva.

1 O ART. 10 DA LEI N. 9.882/1999

Não há uma efetiva linha doutrinária reflexiva sobre o art. 10²⁷ da Lei n. 9.882/1999. Nele há autorização para, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Tribunal ir além da mera eficácia declaratória típica do controle abstrato de constitucionalidade das leis, concedendo permissão para que se fixe, desde já, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental que restou violado. Quando se faz referência de que o enunciado é pouco comentado pela doutrina brasileira, está-se afirmando que, embora exista profícua literatura sobre ações do controle abstrato de constitucionalidade de leis, há déficit naquilo que é produzido sobre o art. 10, como se pode ver com a leitura de Humberto Peña de Moraes²⁸ que se manifesta sobre ser o dispositivo apenas mais um na legislação, sem adentrar em maiores detalhes sobre sua potencialidade. A título de confirmação, basta analisar aquela que talvez seja a obra de maior envergadura sobre o tema produzida pela doutrina brasileira: o tratado escrito sobre a ADPF de André Ramos Tavares²⁹, no qual existem apenas duas páginas destinadas ao tratamento do artigo em questão.

O dispositivo apresenta certa clareza: fixar as condições para a interpretação e aplicação do preceito fundamental violado, o que, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes³⁰, importa em defender que o Tribunal não apenas declara o direito, mas também passa a ter a possibilidade de ditar as condições de interpretação do preceito violado. Equivoca-se o constitucionalista quando expõe que os arts. 10 da Lei n. 9.882/1999 e 25³¹

²⁵ BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 26 out. 2019.

²⁶ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

²⁷ Apenas repete a redação do artigo: MORAES, Humberto Peña. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos sobre o tema. //: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. Acesso em: à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 155. Da mesma forma: CHAI, Cássius Guimarães. Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 121.

²⁸ TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. Entre as páginas 385 e 387 discorre o autor sobre o tema, sendo que chega, como os outros autores citados, a quase repetir a redação neste trecho na p. 385 ao dizer: "As autoridades e órgãos referidos devem ser cientificados de todo o *decisum*, vale dizer, tanto da procedência ou improcedência do pedido de reconhecimento do descumprimento, com seus efeitos, bem como

das condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental".

²⁹ A expressão a que se refere a legislação não pode ser outra que não a resolutive. Cf. CONDIÇÃO. //: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 791: "c. resolutive JUR aquela que extingue a eficácia de um ato caso

se realize um evento futuro e incerto. c. *sine qua non* condição absolutamente necessária, indispensável para que um certo fato se realize" [grifos do autor].

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301. Aduz o ministro do Supremo Tribunal Federal: "O art. 10, caput, da Lei n. 9.882/99 estabelece – tal como o art. 25 da Lei n. 9.868/1999 – que, julgada a ação, deverá ser feita a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se, se for o caso, as condições e o modo de interpretação de preceito fundamental", e finaliza: "Tem-se, pois, aqui, a possibilidade de o Tribunal não apenas declarar a eventual legitimidade ou ilegitimidade de ato do Poder Público, mas também de fixar, de maneira expressa, as condições e formas de interpretação do preceito fundamental".

³¹ Dispõe o art. 25 da Lei n. 9.868/1999: "Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato".

da Lei n. 9.868/1999 estabelecem o mesmo, uma vez que neste há redução de um em relação ao outro.

Na leitura de Frederico Barbosa Gomes vê-se, na mesma linha dos demais autores, apenas uma paráfrase do art. 10, sem nenhum comentário adicional que possa descortinar a real importância do seu texto e dos sentidos normativos³² extraídos a partir de sua interpretação³³, o que pode ser, da mesma forma, confirmado com a leitura de Marco Aurélio Paganella³⁴, Edilson Pereira Nobre Júnior³⁵ e Fernando Reverendo Vidal Akaoui³⁶. Em obra específica sobre as eficácias das sentenças na jurisdição constitucional, de Teori Albino Zavascki³⁷, há na mesma linha uma pequena referência à existência do art. 10 da Lei n. 9.882/1999 quando o saudoso jurista aborda o tema da ADPF.

³² Sobre o tema, recomenda-se: GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

³³ Sobre o tema da interpretação, em recente publicação, vale a leitura de: ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019. Em interessante passagem, defende: "A interpretação que – direta ou indiretamente – negue as limitações decorrentes da estrutura normativa, dos significados e das consequências estabelecidos pela Constituição – de maneira ostensiva ou oculta – uma conexão necessária e indefinida entre Direito e Moral, na verdade transformando o Direito em Moral, o julgador em legislador e o discurso jurídico em simples meio de expressão de emoções pessoais; além disso, aniquila com a liberdade individual, porquanto tolhe ao indivíduo a possibilidade de, com base no Direito, plasmar seu presente e, com autonomia e independência, sem engano ou injustificada surpresa, planejar o futuro".

³⁴ PAGANELLA, Marco Aurélio. A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 108.

³⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 115.

³⁶ AKAUI, Fernando Reverendo Vidal. Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 96

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 59. Dispõe: "Consideram-se 'atos do Poder Público' causador de lesão a preceito fundamental, não apenas os de natureza normativa, mas os de caráter individual, inclusive os de natureza jurisdicional. A decisão de mérito proferida em ADPF fixará 'as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental' (art. 10), 'terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público' (art. 10, § 3º) e seu cumprimento pode ser assegurado e controlado por via de reclamação perante o próprio STF (art. 13)".

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 411. O autor, no capítulo que chama de "A reconfiguração do recurso extraordinário e a eliminação da ADPF", assim expõe seu pensamento: "Diante da reconfiguração ora proposta para o recurso extraordinário, afinada com o desenho de uma jurisdição constitucional concentrada, tornar-se-ia inteiramente dispensável o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, o campo de aplicação da arguição, nas mais otimistas das perspectivas doutrinárias a seu respeito, estaria totalmente coberto pelo sistema jurisdicional brasileiro após a ampla reforma que se vaticina e se preconiza. Destarte, o controle de constitucionalidade dos atos legislativos assumiria amplitude máxima, pois abrangeria leis, em sentido

Há problemas criados pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que enfraqueceram a utilização da ADPF durante anos, que agora parece ter trilhado seu próprio caminho. Na linha doutrinária, autores como Elival da Silva Ramos³⁸ e Gabriel Dias Marques da Cruz³⁹ praticamente exigiram sua morte, enquanto outros trabalharam para ser uma via adequada à jurisdição constitucional⁴⁰.

No sentido da legalidade, outra tese que enfraqueceu a ADPF foi ela ser considerada como uma ação subalterna, subsidiária no sistema pátrio, o que hoje não mais se sustenta, apesar de a leitura do art. 4º, § 1º⁴¹, da Lei n. 9.882/1999 aparentar tal interpretação, aliada a defesas restritivas como a de Carlos Roberto de Alckmin Dutra⁴². Contudo, há também na doutrina

formal ou apenas em sentido material, editadas nos três níveis da federação, mesmo se já revogadas pela própria Constituição ou por legislação ordinária subsequente, admitindo-se as duas modalidades básicas de controle (incidental e principal) e atribuindo-se às decisões declaratórias de efeitos desconstitutivos oponíveis contra todos. No tocante aos atos administrativos lato sensu, se de natureza normativa e diretamente reportados à Constituição Federal, seriam objeto de controle de constitucionalidade, enquanto os seus efeitos concretos, atentatórios a preceitos fundamentais, seriam passíveis de questionamentos por parte dos interessados, mediante o uso dos instrumentos processuais adequados, no âmbito da jurisdição ordinária. Por último, na hipótese de decisões judiciais ofensivas a normas fundamentais da Constituição, as situações, em tese, mais usuais e de maior significação a ensejar reparo por ADPF, são exatamente aquelas que continuariam a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, agora por meio da interposição de recurso extraordinário, visto pressuporem a violação de direito ou garantia fundamental" [grifos do autor].

³⁹ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138. Na realidade, o autor foi orientado em seu mestrado por Elival da Silva Ramos, o que explica os posicionamentos convergentes. Conclui em sua obra, fruto de sua dissertação defendida na USP: "Tenho certeza, entretanto, de que, no caso da arguição de descumprimento, a morte se apresentaria como medida proveitosa, destinando um legado mais que conveniente para o necessário aperfeiçoamento do exercício da jurisdição constitucional brasileira".

⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. 4. p. 138. Isso sem que se defenda pela ótica de quanto mais meios de se atacar uma lei que afronta a Constituição, mais segurança existe para um Estado de Direito, conforme aponta o autor em sua obra.

⁴¹ É a redação do artigo 4º, § 1º, da Lei: "A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

⁴² DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175. Refere: "Portanto, entendendo deva ser prestigiada a regra geral, a impor o uso apenas subsidiário da ADPF, não advindo daí nenhum prejuízo para a proteção do preceito fundamental, que poderá ser resguardado de maneira tão eficaz quanto por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade".

salvo conduto para considerá-la da mesma envergadura das demais ações, conforme defende André Ramos Tavares⁴³. Uma leitura mais atenta do fenômeno da jurisdição constitucional – que abarca o controle abstrato – faz crer que a palavra subsidiariedade, anunciada na legislação, pode ter outro significado, até em razão da própria palavra ser dotada de múltiplos significados como lembra Omar Serva Maciel⁴⁴. Convergindo com a linha apresentada, Willis Santiago Guerra Filho⁴⁵ alude que, se o que se busca é uma unidade na Constituição Federal, pelo que a lei fazer referência a ser a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma ação subsidiária em nada inibe que o sistema de controle de constitucionalidade, quando deficientemente lacunoso, não possa abarcar a normatização exposta na lei que

⁴³ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314. Refere: “A arguição é medida tão primordial (ou principal) quanto à ação direta de inconstitucionalidade – ou até de relevância superior, se se quiser atentar para a ‘qualificação’ das normas constitucionais do instituto. No próprio art. 102 da Constituição encontra-se a regra matriz tanto da arguição como da ação direta, ambas presentes no texto original da Constituição de 1988”.

⁴⁴ MACIEL, Omar Serva. Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 27. Refere o autor: “O conceito de subsidiariedade é plurissignificativo, dado o discurso interdisciplinar que pode ser travado em torno do tema. A etimologia do vocábulo deriva do latim *subsidium*, identificado por alguns como auxílio ou ajuda”.

⁴⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 242. Refere: “Para concluir, então, vale o registro de que, mesmo considerando a arguição um instrumento de tutela constitucional da ordem jurídica subjetiva, não há porque ignorar o uso subsidiário que dela possa se fazer, para suprir deficiências em nosso sistema de controle de constitucionalidade, colmatando lacunas – é o caso quando se pretenda exercer tal controle, de forma concentrada e em abstrato, sobre lei ou ato normativo, seja municipal, seja por anterior à atual Constituição Federal, pois a tais hipóteses a criatividade judicial e doutrinária até hoje não logrou permitir que se estenda o controle por meio da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. É que o sistema de tutela de uma ordem constitucional há de ser, o quanto possível, integral, sendo válido, para atingir tão nobre finalidade, o emprego de qualquer meio juridicamente admissível, donde se admitir a fungibilidade entre os institutos de proteção dos aspectos subjetivo e objetivo dessa ordem, uma vez que, afinal de contas, devem formar uma unidade: a unidade da Constituição”.

⁴⁶ PAULA, Felipe Duarte Gonçalves Ventura de. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. //: VOJVOVIC, Adriana et al. (Org.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 182. Refere sobre o início da arguição: “Durante 11 anos a arguição de descumprimento de preceito fundamental permaneceu inerte em nosso ordenamento jurídico. De fato, o STF reconheceu a não autoaplicabilidade do § 1º do art. 102 da CF de 1988 e, invocando a ausência de disciplina legislativa, indeferiu pedidos de arguição de descumprimentos ajuizados antes da edição da Lei 9.882/1999”.

⁴⁷ EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEQUINTE DA LEI N. 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E

regula a arguição. Por isso que se deve, necessariamente, defender que o princípio da subsidiariedade fortalece a aplicação do princípio da fungibilidade entre as ações do controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em determinados casos, uma ação direta ser recebida pelo fato de a parte ter ingressado com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e vice-versa.

Na linha jurisprudencial, o início da ADPF realmente não foi de caminhada fácil no Supremo Tribunal Federal⁴⁶. Em um primeiro momento, além do hiato temporal existente entre sua criação na Constituição Federal e a promulgação da lei em 1999, algumas arguições não foram conhecidas em razão do princípio da subsidiariedade, como a ADPF n. 3/CE⁴⁷,

PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, “CAPUT” E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. 1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993. 2. A Lei n. 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: ‘Art. 1º – A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.’ Trata-se, nesse caso, de Arguição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei n. 9.882/99, *in verbis*: ‘Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.’ 4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no ‘caput’ do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. 5. O caso presente não é de Arguição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados. 6. Cogita-se, isto sim, de Arguição autônoma prevista no ‘caput’ do art. 1º da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1º do art. 4º do diploma em questão: ‘§ 1º – Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade’. 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, ‘i’, da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, ‘j’, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expressamente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145). Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições. 11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação. 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 3. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+3%2ENUM%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+3%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 29 out. 2019.

podendo ainda serem referidas as ADPFs n. 12⁴⁸ e 13⁴⁹, ambas com decisões monocráticas do ministro Ilmar Galvão. Após esse período de carência, no qual a ADPF passou por seus piores anos de existência, o Supremo Tribunal Federal começou a modificar seu posicionamento sobre o tema e admitir a aplicação do princípio da fungibilidade, convertendo as ações equivocadamente propostas, o que pode ser exemplificado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.180/DF⁵⁰, de relatoria do ministro Cezar Peluso, e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178⁵¹, de relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes, e n. 72⁵², de relatoria da ministra Ellen Gracie.

O princípio da fungibilidade, inicialmente criado para dar guarida à interposição de alguns

recursos⁵³ equivocados, aborda a possibilidade de abrandamento da rigidez das regras recursais, autorizando a flexibilização do princípio da correspondência⁵⁴, ao conceder a possibilidade de um recurso ser conhecido por outro, o que é certificado por Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos⁵⁵ em estudo específico sobre o tema. Mas isso não significa dizer que a fungibilidade está adstrita à teoria geral dos recursos, mas, como ilustra Guilherme Freire de Barros Teixeira⁵⁶, está vinculada às medidas processuais que, erroneamente utilizadas, podem ser alvo de substituição por outra, apenas pecando ao afirmar que eventual equívoco pela parte é irrelevante, uma vez que

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 12. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+12%2ENUM%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 13. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+13%2ENUM%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁵⁰ EMENTAS: 1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 2º da Lei n. 3.189/2003, do Distrito Federal. Inclusão de evento privado no calendário de eventos oficiais do Distrito Federal. Previsão da destinação de recursos do Poder Executivo para seu patrocínio. Encargo adicional à Secretaria de Segurança Pública. Iniciativa legislativa de deputado distrital. Inadmissibilidade. Aparente violação aos arts. 61, § 1º, II, alínea "b", e 165, III, da Constituição Federal. Medida liminar deferida e referendada. Aparenta inconstitucionalidade, para efeito de liminar em ação de descumprimento de preceito fundamental, o disposto no art. 2º da Lei n. 3.189/2003. do Distrito Federal."Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.180/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4180%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4180%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mender. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+178%2ENUM%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: em: 24 out. 2012.

⁵² QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA N. 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, I, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo

impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação."Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 72/PA. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+72%2ENUM%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+72%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁵³ A previsão estava expressa no Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, o então Código de Processo Civil da época, em seu art. 810, com a seguinte redação: "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento". BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁵⁴ Também chamado de princípio da singularidade, ou da unirrrecorribilidade ou da unicidade recursal. NUNES, Dierle et al. Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 272-275. Sobre conceito, nomenclatura e exceções, conferir as páginas referidas.

⁵⁵ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78. Refere a autora: "O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação desses princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso, contra uma única decisão judicial".

⁵⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 290. Refere: "O princípio da fungibilidade pode ser conceituado como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada, como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo de medida inapropriada pela parte".

é, sim, relevante o erro grosseiramente realizado⁵⁷. Posteriormente, afirma o autor⁵⁸ que o princípio da fungibilidade tem expressa vinculação à melhoria da prestação jurisdicional, por meio da visão do juiz de que, diante de casos que necessitem deste reajuste processual, ele não seja um mero espectador e assuma sua função de condutor do processo na busca da finalidade do ato processual. Diante disso, o princípio da fungibilidade tem alargado seus conceitos para além do direito recursal, o que também é defendido por Sidnei Amendoeira Jr.⁵⁹, encontrando esteio, atualmente, até mesmo no controle de constitucionalidade de leis, em especial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Com esse entendimento, o papel assumido pela ADPF passa de subsidiário para principal, o que proporciona que a normatividade dela transcenda seu campo de abrangência, podendo incidir as regras de seu procedimento em todo o controle de constitucionalidade de leis realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A importância da ação está expressamente colocada por André Ramos Tavares⁶⁰, o qual defende que, sempre que existir ofensa a preceito fundamental que, como conceituou anteriormente, abarca a obediência a princípios e regras constitucionais, é de ser utilizada a via da Arguição quando se estiver falando das ações do controle abstrato de constitucionalidade das leis, chegando a afirmar que o objeto da ação genérica estaria absorvido pela própria Arguição⁶¹.

⁵⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

p. 274. Refere: "Hoje a fungibilidade é amplamente admitida, em especial nos recursos ordinários. Persiste, é claro, a preocupação com o erro grosseiro e a má-fé. Mas não pode haver dúvida: não se identificando hipótese de erro grosseiro, fica autorizado o princípio da fungibilidade recursal, que o Código não repele, expressamente, enquanto a doutrina e a jurisprudência o aceitam".

⁵⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 295. Aduz: "Na aplicação do princípio da fungibilidade, o órgão judicial desempenha um papel de relevo, devendo voltar sua atuação para a busca da melhoria da prestação jurisdicional, com a consciência de que deve ser extraído o máximo de resultados práticos do processo. Por isso, deve ser superada a visão do juiz neutro, ganhando destaque a concepção que preconiza o aumento dos poderes do órgão judicial na avaliação da finalidade do ato processual e na condução do processo, e que utiliza seus poderes-deveres sem ficar relegado ao papel de mero espectador da atividade das partes, devendo, ao contrário, atuar ativamente na busca da verdade e do esclarecimento dos fatos".

⁵⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 13. "Em nosso entendimento, tal princípio pode e deve ser aplicado de forma muito mais ampla, de modo a alcançar sua verdadeira natureza, a de servir como mecanismo eficiente e seguro para a instrumentalidade do processo e a economia processual, permitindo que, em diversas outras situações, possa ser entregue uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa".

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312. Refere: "A hermenêutica mais engajada com o nível de abertura proposto pela Constituição e a busca por

Diante disso, inegável a reflexão de que as regras garantidoras de maiores direitos aos cidadãos, de maior efetividade da Constituição e de maior dotação das questões relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais⁶² sob a matriz da dignidade da pessoa humana⁶³ devem ser migradas de uma ação para outra, encontrando moradia o art. 10 da Lei n. 9.882/1999 em todo controle de constitucionalidade, inclusive no Recurso Extraordinário, com repercussão geral pelo contorno abstrato que hoje lhe é inerente.

Contudo, hoje já não mais há necessidade de se realizar tamanha engenharia interpretativa para se defender que a regra que garante medidas do tipo estruturante no art. 10 da ADPF possa ser uma realidade para as ações da Lei n. 9.868/1999 e, a partir da objetivação do controle difuso para essa via também pois, com o advento da Lei n. 13.300/2016 e seu art. 8º, inciso II, a possibilidade de medidas do tipo estruturante também passam a ser uma realidade do controle difuso de constitucionalidade, como se passa a demonstrar.

2 O ART. 8º, INCISO II, DA LEI N. 13.300/2016

A história do Mandado de Injunção⁶⁴ no Brasil está intimamente relacionada a sua inefetividade e desrespeito. Mesmo com sua proteção constitucional⁶⁵ e fazendo parte do rol de ações constitucionais da via

uma tutela efetiva da supremacia constitucional permitem a leitura de que sempre, absolutamente sempre, que houver violação de preceito constitucional fundamental, a medida de controle abstrato-concentrado deva ser a ADPF".

⁶¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313. Aduz: "Dessa forma, no que respeita aos preceitos constitucionais fundamentais, o objeto da ação genérica teria sido total e exclusivamente absorvido pela arguição. Em outras palavras, atos normativos (leis em especial) violadores de norma constitucional fundamental haveriam de sofrer a reprimenda cabível por meio da provocação pela ADPF, e não mais pela ADI" [grifos do autor].

⁶² Aqui imperiosa a leitura de: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁶³ Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁶⁴ Sobre o conceito, recomenda-se: OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26 - 27

⁶⁵ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

do controle difuso⁶⁶ de constitucionalidade ou concreto, nomenclatura preferida por Fábio Lima Quintas⁶⁷, o *writ* padecia de uma identidade nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que, utilizando-se de um modelo mais *self restraint*, inicialmente decidia apenas sobre a mora do legislativo frente ao comando inexistente questionado. A função, então meramente declaratória do atraso, não produzia qualquer benefício ao exercício do direito do qual padecia de regulamentação, posição essa que praticamente colocava a garantia processual em limbo existencial.

Num segundo momento, a Corte, identificando que seus julgados eram transformados em letra morta pelo Poder Legislativo, para além de decretar a mora, identificava no julgamento o prazo para a criação do texto, o que, de igual maneira, acabava sendo descumprido e, com isso, a vida das pessoas continuava a carecer de um regramento que concedesse a viabilidade da defesa de seus direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Numa terceira tentativa de revolução em sua jurisprudência, o Tribunal, nos julgamentos dos Mandados de Injunção n.670, 708 e 712, acabou por fazer história, adotando uma prática mais proativa no modo de decidir a partir do polêmico julgamento do caso da greve dos servidores públicos, quando alinhou o seu exercício, no que coubesse, à Lei Geral de Greve prevista pela legislação n. 7.783/1989. No caso em questão, em especial o de n.708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem), em face do Congresso Nacional,

contestando a ausência de lei que regulamentasse o exercício do direito de greve previsto no art. 37, inciso VII⁶⁸, da Constituição Federal, tendo sido julgado pelo Tribunal Pleno em 25.10.2007, sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes. Outros dois Mandados de Injunção (n. 670 e 712), também impetrados com esse fim, pelos Sindicatos dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep), merecem a referência.

Note-se que autores como Gregório Assagra de Almeida⁶⁹, nos anos 60, quando estava em pauta o julgamento desses mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal, renovando os olhares sobre a ação, já estava por atribuir duras críticas à Corte, que adotava postura demasiadamente tímida e frustrante, praticamente clamando por uma eficácia decisória além da meramente declaratória, o que aparenta ter sido ouvido, finalmente, com a mudança de orientação do Tribunal.

Com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminhando nesse sentido, e na ausência de uma lei federal que regulasse a ação constitucional que dependia de uma imersão na Lei do Mandado de Segurança para sua procedimentalização, conforme explicado por Gilmar Ferreira Mendes⁷⁰, continuando a ser lei subsidiária conforme previsão do art. 14⁷¹, assim como o Código de Processo Civil brasileiro, já era momento de o legislativo enfrentar a questão, o que o fez com a promulgação da Lei n. 12.300/2016⁷², que disciplina o processo e o julgamento dos Mandados de Injunção Individual e Coletivo e dá outras providências.

⁶⁶ Como refere: AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 61. Refere: "Com relação aos outros remédios constitucionais, como o mandado de injunção, habeas corpus, habeas data, ação popular, todos eles podem ser utilizados no controle difuso de constitucionalidade, pugnano, de maneira direta, pela defesa de direitos subjetivos, sendo o pedido de declaração de inconstitucionalidade fundamento do mérito tencionado nesses writs constitucionais"; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 134. Escreve: "O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do Poder Público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental"; na mesma linha: FONTELES, Samuel Sales. Remédios constitucionais. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 119.

⁶⁷ QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 332. Escreve: "O mandado de injunção tem natureza dúplice: de ação constitucional de defesa do cidadão e de instrumento para o exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Constitui, portanto, uma ação de controle de constitucionalidade concreto, concentrado e para defender situações subjetivas, conferindo ao cidadão legitimidade para provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em razão de omissões legislativas inconstitucionais".

⁶⁸ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das ações constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. págs. 624–625.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 377. Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança, enquanto ações destinadas a abrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança.

⁷¹ "Art. 14. Aplicam-se, subsidiariamente ao mandado de injunção, as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046."

⁷² BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

Para fins de algumas considerações que se quer realizar nesse estudo, o que importa nesse momento é a previsão contida no art. 8º da Lei que atribui ao Poder Judiciário a possibilidade de, em decretando a mora legislativa, conceder prazo razoável para editar a norma regulamentadora, prazo que pode ser desconsiderado pela previsão do parágrafo único e, caso reconhecido o atraso (mora) na produção do enunciado após o esgotamento daquele lapso de tempo determinado, poderá a Corte estabelecer as condições em que se dará o exercício do respectivo direito, liberdade ou prerrogativa que se está buscando. Nas palavras de Fábio Lima Quintas⁷³, uma vez reconhecida a mora, o Tribunal está investido de poder de estabelecer condições para o efetivo exercício do direito omitido.

A complementar o art. 8º⁷⁴ no que toca ao alcance da decisão, pode-se citar ainda o art. 9º⁷⁵, que faz menção à produção de eficácia *inter partes*, podendo ser conferido efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* quando isso restar indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa que se queira exercer a partir do *writ*, assim como o faz o art. 13⁷⁶, que trata da eficácia nos Mandados de Injunção Coletivos e sua limitação às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria, determinando, quando for o caso, a prerrogativa dos efeitos *ultra partes* e *erga omnes* previstos no art. 9º.

CONCLUSÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental faz parte do controle abstrato de constitucionalidade das leis, ao passo que o Mandado de Injunção compõe o controle difuso, sendo ambas ações previstas na Constituição Federal e com legislações infraconstitucionais lhes concedendo substrato procedimental. Não se precisa, nesse momento, pensar na teoria da objetivação do controle difuso para se chegar a uma consideração bastante

plausível, baseando-se somente na leitura e interpretação de ambas legislações federais, qual seja, a de que ambas as ações têm previsões bastante semelhantes no que se refere à forma das condições de exercício dos direitos conferidos normativamente por cada uma das leis.

A Lei n. 9.882/1999, que regula a Arguição de Descumprimento por Preceito Fundamental, em seu art. 10, anuncia que devem ser fixadas as condições de interpretação para o exercício dos preceitos fundamentais violados, sendo que, na Lei 13.300/2016, que regulamenta o Mandado de Injunção, a fixação das condições a partir da mora legislativa são também atribuição do Poder Judiciário para o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados pelo *writ* impetrado.

Controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade das leis com previsões bastante similares sobre a fixação de condições pelo Poder Judiciário de concretização de direitos assegurados pela Constituição Federal, dão conta, cada qual em seu meio de controle, de irradiar os efeitos da sua própria Lei às demais ações, quer do controle difuso, quer do controle abstrato, em sede de aplicação subsidiária e suplementar das estudadas legislações.

Diante disso, obviamente respeitando uma gama considerada de situações, é de ser aventada a possibilidade de, nessas condições a serem fixadas, estarem presentes medidas ou técnicas do tipo estruturante, a partir de decisões proferidas em processos estruturais, viabilizando, assim, que os preceitos fundamentais e o exercício legítimo de outros direitos constitucionalmente assegurados não resem prejudicados pela inércia dos demais poderes existentes.

⁷³ QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 223. Defende: "No que concerne à natureza do provimento judicial em mandado de injunção e aos requisitos para sua concessão, a nova Lei tem o mérito de oferecer alguma sistematização, conquanto o faça de forma minimalista: i) a concessão do *writ* demanda não apenas omissão inconstitucional, mas o reconhecimento de mora legislativa (art. 8º); ii) o provimento se volta, em princípio, para determinar que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, investindo o Tribunal do poder de estabelecer as condições necessárias para o exercício dos direitos cuja fruição foi obstada pela omissão legislativa inconstitucional, caso a mora não seja purgada (art. 8º)".

⁷⁴ "Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-

los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma" [grifos nossos].

⁷⁵ "Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. § 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios."

⁷⁶ "Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º."

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das ações constitucionais. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. Fungibilidade de meios. São Paulo: Atlas, 2008.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais. São Paulo: Verbatim, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de processo estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.180/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4180%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4180%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 3. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+3%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+3%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 12. Relator: Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+12%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 72/PA. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+72%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+72%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+178%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 178. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+178%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 out. 2019.

CHAI, Cássius Guimarães. Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLÉVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COTA, Samuel Paiva. Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

COELHO, Gláucia Mara. Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

CONDIÇÃO. /n: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. 1. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DANTAS, Eduardo Souza. Ações estruturais e estado de coisas inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações do Poder Público. Curitiba: Juruá, 2018.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. //: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2007.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012.

FALCÃO, Joaquim. O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário do País. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FONTELES, Samuel Sales. Remédios constitucionais. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: JusPodivm, 2020.

GISMONI, Rodrigo. Processo civil de interesse público & medidas estruturantes. Curitiba: Juruá, 2017.

GOMES, Frederico Barbosa. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIRA, Adriana Costa. O processo coletivo estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MACIEL, Omar Serva. Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. v. 4.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Humberto Peña. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lineamentos sobre o tema. //: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. Acesso em: à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: Juspodivm, 2010.

MORAIS, Poliana Correa. Medidas estruturantes no Supremo Tribunal Federal. Florianópolis: Emais, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

NOGUEIRA, Daniel Moura. O recurso extraordinário como função de controle difuso de constitucionalidade. //: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.). Processo constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 717 - 754.

NUNES, Dierle *et al.* Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAGANELLA, Marco Aurélio. A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

PAULA, Felipe Duarte Gonçalves Ventura de. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: VOJVODIC, Adriana et al. (org.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

PEDRON, Flavio Quinaud; FARIA, Guilherme Henrique Lage. Repercussão geral em recursos especiais é aposta em mecanismo fracassado. Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2018, 16h30. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-03/opiniaao-repercussao-geral-resp-aposta-mecanismo-fracassado>. Acesso em: 25 out. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 2.

PINTO, Henrique Alves. O enquadramento das decisões estruturais no Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORFIRO, Camila Almeida. Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

QUINTAS, Fábio Lima. Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECONDO, Filipe; WEBER, Luiz. Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). Processos estruturais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 469 - 499.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Poder Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CENERENTOLA E UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL ¹

CENERENTOLA AND A CODE OF CONSTITUTIONAL PROCEDURE

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ²



"*Cenerentola*" (Cinderela ou Gata Borralheira, em língua portuguesa) é um texto curto, mas clássico, de Francesco Carnelutti, publicado no primeiro volume da *Rivista di diritto processuale*. Nele, o genial professor, que então se encaminhava para o Direito Processual Penal, faz um paralelo na história das três irmãs: o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil e, sendo realista, afirma a autonomia do DPP em relação ao DP e ao DPC.

¹ Texto decorrente de notas apresentadas oralmente no VII Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual, Instituto Paranaense de Direito Processual, on-line, Ponta Grossa/Curitiba, 29.06.21; e parcialmente apresentado na Coluna Limite Penal, no Conjur, em 09.07.21, com o título Processo penal: autonomia e crise da legalidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/limite-penal-processo-penal-autonomia-crise-legalidade>. Acesso em: 9.jul. 2021.

² Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS, Porto Alegre. Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade DAMAS, Recife. Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Università Degli Studi di Roma "La Sapienza"). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

1 AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

"*Cenerentola*" (Cinderela ou Gata Borralheira, em língua portuguesa) é um texto curto, mas clássico, de Francesco Carnelutti, publicado no primeiro volume da *Rivista di diritto processuale*. Nele, o genial professor, que então se encaminhava para o Direito Processual Penal, faz um paralelo na história das três irmãs³: o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil e, sendo realista, afirma a autonomia do DPP em relação ao DP e ao DPC.⁴

A história do vínculo entre as disciplinas todos conhecem; e ninguém tem coragem, hoje, de negar a autonomia do DPP. Os efeitos da interpenetração das duas no DPP, com as consequências daí decorrentes, por outro lado, todos padecem. E não é pouco o sofrimento.

Ora, para perceber dita autonomia e o DPP como campo de limitação e resistência ao arbítrio do Estado, basta ver o prestígio que angariou em tempos neoliberais (fala-se muito dele porque está em voga!) e o desastre que tem sido, nele, o endurecimento punitivista movido por uma legislação draconiana e suas consequências deletérias, mormente entre os que menos têm.

Portanto, é indiscutível que o DPP, do ponto de vista técnico, ficou para trás no tempo (e Carnelutti mostra isso muito bem), ligando-se, primeiro, ao DP, como um apêndice, ou seja, seguindo a tradição legislativa inquisitorial que tratava primeiro do direito material e, ao final, das regras (processuais/procedimentais) pelas quais se deveriam resolver as questões aparecidas no âmbito daquele. Isso, por evidente, não estava correto, mas demarcou um atraso substancial no desenvolvimento técnico do DPP, antes de tudo porque o ensino era conjunto e, muitas vezes, dele só se tratava se o tempo permitisse. Não é por outro motivo que até hoje, em várias universidades, os professores lecionam as duas disciplinas (e não raro outras que são afins também), sem embargo disso acontecer, com frequência, com qualidade, como ocorre – para se ficar em um só exemplo – na Universidade de Coimbra, até há pouco

capitaneada por Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e José de Faria Costa.

O DP – sabem todos – foi adiante e, no seu espaço, construiu-se uma dogmática sofisticadíssima, provavelmente a mais elaborada em todo o Direito. Marcada por raízes filosóficas de grande expressão, sempre foi comum seus professores lecionarem, nas suas Faculdades, também Filosofia do Direito. Bom exemplo foi Hans Welzel. Eles, de uma maneira geral, continuaram a não se preocupar com o DPP, quem sabe pelo "praxismo" que nele imperava. De qualquer maneira – e isso parece correto – não tinham muitas razões para tanto (o DP mais sofisticado sempre foi um atrativo maior), a não ser que vivessem a vida, mormente a do foro, de tal forma que fossem obrigados a reconhecer que o DP, de fato, só se realiza no processo penal, ou seja, a "relação mútua de complementaridade funcional"⁵ exige que se preste atenção no campo processual penal e, assim, logo se descobre que a vida pulsa ali, quiçá mais que no evento criminoso, em geral pela questão temporal que envolve o crime e seu iter, logo fazendo dele um acontecimento do passado a ser objeto de reconhecimento. E aí não só já é processo penal como a porosidade do saber trata de encobrir e velar a Verdade pela "entificação", como mostrou Heidegger como ninguém. E nesse ponto, muito pode acontecer, mostrando a beleza da multiplicidade dos possíveis resultados, o que projeta a possibilidade de se pensar em jogo (com o lugar de certo mistério da sentença), como fez Calamandrei e hoje o nosso Alexandre Morais da Rosa. Eis por que grandes penalistas (e Carnelutti poderia ser um exemplo) terminam por se interessar, ao final das carreiras, pelo DPP. Ademais, a extrema complexidade da dogmática penal em certas passagens do DP acabou por torná-lo difícil para boa parte dos cultores – muitos professores incluídos – dos campos criminais, ajudando nas absurdas tentativas de simplificações, por um lado, e confirmação de equívocos, por outro, do que é exemplo significativo a chamada Teoria do Domínio do Fato, mal aplicada pelo STF, como reconheceu o próprio Claus Roxin.

Em relação ao Direito Processual Civil (a outra *sorella*), a situação não é a mesma. Aqui, não havia a

³ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 1. Depois, foi ele publicado em *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi, 1950, p. 3 e ss.: "*C'erano una volta tresorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice*." (Era uma vez três irmãs que tinham em comum pelo menos um dos genitores: chamavam-se a ciência do direito penal, a ciência do processo penal, a ciência do processo civil. Então aconteceu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram muito belas e prósperas, tenha tido uma infância e uma adolescência infeliz". (tradução livre)).

⁴ Tal texto de Carnelutti (*Cenerentola*) aparece já na Nota de Rodapé número 1, em, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. A lide e

o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989. p. 18: "Um processo penal humanizado é um processo penal preocupado com o SER e não com o TER." A precitada nota segue, após a referência de *Cenerentola*: "No prefácio de *Principi del processo penale* (p. II), Carnelutti, já no final da vida, marcado pela experiência dos anos, é significativo: "*Io non so quali accoglienze saranno fatti al mio volume (Diritto e processo, Napoli, Morano, 1959); ma temo che nessuno si accorga che il suo merito maggiore, o forse il solo, sta nell'avere ammonito che la res iudicanda è un uomo, come il giudice, anche lui.*" (p.72); em suma, a *res iudicanda* é um homem, como o juiz, também ele. (Cfr. SOARES, Fernando Luso. O processo penal como jurisdição voluntária. 1981. p. 39)". No Brasil, o maior defensor da tese é LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 63 – 73.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 28.

dependência legislativa, como com o DP. Em verdade, enquanto o DPP estava atrelado ao DP, o processo civil teve que crescer por si só, mormente depois da Revolução Francesa e o sopro de cidadania na esfera processual, o que afastou os cultores do DPC, paulatinamente, dos civilistas e dos romanistas, em face da incompatibilidade com as posturas provenientes do *ius comune* medieval. Não foi um abandono, por evidente; mas a cidadania falava mais forte que os eruditos da Idade Média, por vários motivos, dentre eles a submissão do Estado à lei. Oskar von Bülow, talvez, seja a figura que oferece o maior exemplo disso, justo porque lê o *actum trium personarum* de modo diverso de como havia feito o os *aureum* de Bologna, Bulgaro. E aí estava o lugar do juiz como Estado; e submetido à lei, o que é de extrema relevância e deve ser louvado porque acabou por se constituir como um princípio assimilado como cultural e hoje arrimo de qualquer defesa que se faça da democracia processual. Em suma, a teoria da relação jurídica processual (a obra prima de Bülow) vai perdendo importância por várias razões e talvez não deveria ter o prestígio que tem, mas o feito do professor – nascido em Wroclaw, na Polônia – segue seu caminho e mantém sua relevância.

Pois bem, quando o DPP se liberta do DP, mas é refém da falta de teoria, força seus cultores a socorrerem-se das bases teóricas do DPC – já mais evoluído –, o que dá a este uma *leading position*.⁶ Carnelutti apresenta isso de uma forma mordaz: “Ninguém que leia, desapaixonadamente, Chiovenda ou Massari, que são os maiores nomes em um e noutro campo, pode se subtrair à impressão que o cultor do processo penal seja pelo outro conduzido pela mão.”⁷ A resposta – mas talvez fosse mais correto dizer: a colocação mais exata da questão – vem com o insuperável Franco Cordero (que nunca dependeu das leituras do DPC), quando trata da dogmática: “A par de dotes naturais, quem dispõe das máquinas sintáticas idôneas, trabalha melhor: Luigi Mattiolo, habilíssimo processualista, desapareceu diante de Ludovico Mortara; e Mortara sofreu uma eclipse quando apareceu Giuseppe Chiovenda, talvez menos intelectualmente rico, mas marcado pela literatura alemã”.⁸

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5: “Nessuno che legga, spassionatamente, Chiovenda o Massari, che sono i più bei nomi nell'uno e nell'altro campo, può sottrarsi all'impressione che il cultore del processo penale sia dall'altro condotto per mano.”

⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 20: “A pari doti naturali, chi dispone delle macchine sintattiche idonee, lavora meglio: Luigi Mattiolo, abilissimo procedurista, è sparito davanti a Ludovico Mortara; e Mortara ha subito un'eclissi quando è apparso Giuseppe Chiovenda, forse meno intellettualmente ricco, ma ferrato dalla letteratura tedesca”.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5: “In una parola, la teoria del processo

Tratava-se – e até certo ponto se trata – de uma dependência teórica, de todo equivocada, dado que se trabalha com estruturas distintas, em alguns espaços absolutamente diferentes. De qualquer sorte, o diagnóstico de Carnelutti (notar que o ano era 1946) não estava errado: “Em síntese, a teoria do processo penal está ainda em uma fase de nítida dependência da teoria do processo civil: onde se tenta superar o empirismo, servem quase exclusivamente premissas importadas”.⁹ A conclusão era simples: “*Cenerentola, giusta, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle*”.¹⁰

A reação do processo penal, como era de se esperar, aparece em razão da superioridade do processo civil ser apenas aparente. Afinal, ele é, de regra, o processo dos que mais têm e em disputa, no mais das vezes, está a propriedade. O processo penal, do seu lado, está vinculado à questão da liberdade, a qual precisa ser bem entendida, pelo lugar que deve ter. No fundo, da mesma maneira que ao “servo se restitui ou se deve tentar restituir a liberdade”, ao cidadão é preciso garantir a liberdade, salvo exceções expressamente previstas, até que seja definitivamente (coisa julgada) condenado. E aqui se começa a ver bem a diferença entre os campos: “O juiz penal, como o juiz civil, reconhece ou deveria reconhecer a cada um o seu; mas este é o seu ser no lugar do seu ter”.¹² Desde este ponto é possível – sim – entender por que a preferência pelo processo civil, onde os olhos estão voltados para o prazer – e o gozo – que os bens podem oferecer, mormente em tempos neoliberais, dado haver um chamamento insuportável nesta direção; ao contrário do processo penal, no qual o ser (de regra dos outros) aparece como no bordão de Sartre: o inferno são os outros. A conclusão de Carnelutti mostra bem o que se passa: “Dos dois verbos, que contêm todo o sabor da vida, um, que deveria ser o servo, ocupa no coração dos homens o posto de senhor; o outro, que deveria ser o senhor, é tratado como um servo.

penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati”. (Tradução livre).

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 6: “Cinderela, por isso, contentava-se com as vestes deixadas pelas irmãs mais afortunadas”. (Tradução livre)

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 6: “... la realtà è da noi stata veduta a rovescio: il reo non è un libero, a cui la condanna toglie, ma un servo, a cui restituisce o almeno cerca di restituire la libertà”. (Tradução livre).

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 7: “Il giudice penale, come il giudice civile, riconosce o dovrebbe riconoscere a ciascuno il suo; ma questo è il suo essere in luogo del suo aver”. (Tradução livre).

Depois disso, que à ciência do processo penal seja reservada a sorte de Cinderela, poderá maravilhar alguém?"¹³

A partir daqui e tendo um fundamento epistêmico de vital importância à cidadania e à vida democrática (o ser e sua liberdade), está garantida, de modo irrefutável e indeclinável, a autonomia do processo penal, razão por que a ninguém é dado pensá-lo e praticá-lo com os olhos, as premissas e as categorias do DP e do DPC.

As categorias da chamada Teoria Geral do Processo (que, no fundo, são do processo civil) devem ser repelidas, na forma como se apresentam, porque contaminam os demais campos processuais¹⁴. É fácil entender se se percebe o que se passou – na contaminação do processo penal – com o chamado poder geral de cautela: suprimido no CPC em 2015, segue sendo aplicado e causando estragos no processo penal onde nunca existiu. Vale o alerta de Alexandre Morais da Rosa: "No modelo acusatório os pedidos devem ser analisados nos limites em que foram formulados (deferir, em parte ou negar), sem que o juiz possa, de ofício, alterar o conteúdo formulado em nome do Poder Geral de Cautela, categoria sequer mantida pelo CPC de 2015 (substituído por Tutela de Urgência e Evidência, arts. 297 e 300). Se a taxatividade e a responsividade são características das cautelares, é inválido o movimento ativo do julgador. O paroxismo é o uso analógico de categoria inexistente (*Walking Dead* Hermenêutico). É vedada a criatividade cautelar em face da taxatividade (a restrição de direitos pressupõe regra expressa; *numerus clausus*). No inquisitório, o juiz controla a gestão da prova, usa e abusa do poder geral de cautela, enfim, faz o que quiser (processo *Free Style*)".¹⁵

¹³CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 7: "Dei due verbi, che contengono tutto il sapore della vita, uno, che dovrebbe essere il servo, occupa nel cuore degli uomini il posto del padrone; l'altro, che dovrebbe essere il padrone, vi è trattato come un servo.// Dopo ciò, che alla scienza del processo penale sai riserbata la sorte di Cenerentola, potrà meravigliare alcuno?" (Tradução livre)

¹⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando a "Cinderela" do processo penal ganha novas roupas? *Conjur*, 28/07/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021. p. 618 – 9. No âmbito do STJ, a matéria que trata do poder geral de cautela no processo penal parece se encaminhar para a pacificação após a decisão da Terceira Seção no HC nº 131.263 – GO, Relator o Min. Sebastião Reis Junior: "Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP". A matéria – há de se reconhecer – segue controvertida, pelo menos até se ter uma legislação efetivamente ligada ao sistema acusatório. Sobre o tema, vale consultar, PARISE, Bruno Girade. O poder geral de

A autonomia, porém, não significa se arvorar a superior, mas garantir uma singularidade a qual reclama paridade e respeito, o que vai resultar em louvor à cidadania.

Carnelutti tinha isso presente quase oito décadas atrás: "Esta, se não me engano, é a estrada para fazer avançar ao mesmo tempo a ciência do processo em geral e a ciência do processo penal em particular. Cinderela é uma boa irmã, à qual não passa pela cabeça sair do seu canto para confinar as outras no seu posto: não é, portanto, uma pretensão de superioridade, que ela opõe às ciências contíguas, mas uma afirmação, somente, de paridade"¹⁶.

2 A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A autonomia (relacionada ao ser e a um processo que faz do homem a res *iudicanda*), por conseguinte, não é algo que se possa tomar como um faz de conta, isto é, uma mera fantasia, um mundo criado pela imaginação e que pode ser ignorada por conveniência. Não. Autonomia, no caso, reclama a estrita vinculação à lei¹⁷; da mesma forma que exige que se pense o processo penal dentro do sistema no qual está metido, no caso brasileiro, o sistema inquisitório, que dá ao juiz um papel central e primacial.

Nele – o sistema inquisitório –, pensa-se inquisitorialmente, ou seja, por um método analítico (o fundamento é Aristóteles) no qual se faz – ou se pode fazer – a inversão da lógica. Assim, pode-se decidir antes e depois sair em busca das premissas que comprovem a decisão. É a lógica deforme, sobre a qual se referiu Franco Cordero, pela qual se "*sviluppa quadri mentali paranoide*", que podem ser percebidos como "*primato dell'ipotesi sui fatti*".¹⁸

cautela no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 127 e s.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 8: "Questa, se non m'inganno, è la strada per far avanzare a un tempo la scienza del processo in generale e la scienza del processo penale in particolare. Cenerentola è una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi dal suo contuccio per confinarle altre al posto suo; non è dunque una pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente." (Tradução livre)

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989, pp. 94–103. No Brasil e em detrimento de versões equivocadas da teoria do mestre italiano, são imprescindíveis as corretas lições de PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 82–7.

¹⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51: "mas desenvolve quadros mentais paranoicos" (...) "primado das hipóteses sobre os fatos". A simples alusão a tais frases já levou advogados a serem processados criminalmente, o que mostra, de forma cabal, desconhecimento da matéria. Afinal, Cordero não fala e nem imputa a psicose a quem quer que seja. Ele fala de "quadros mentais", isto é, hipóteses análogas àquelas desenvolvidas pelos paranoicos (no modelo de como eles pensam), de uma crença nas imagens como se reais fossem dando-se primazia às hipóteses e não aos fatos, o que logo invoca a necessidade de conhecimento probatório.

E isso se dá, no sistema inquisitorial, por conta do lugar que, nele, o juiz ocupa, como centro do poder¹⁹, com amplo espaço para, sozinho e independente das partes, buscar as provas que entender necessárias. Ora, como é do conhecimento geral, tal sistema foi criado – no seio da Igreja Católica – para funcionar assim; e funciona. Eis por que tal atitude, salvo nos casos patológicos (ou quase), é normal, ou seja, pelo simples fato de se pensar como se pensa, a partir da Analítica aristotélica (consagrada por Tomás de Aquino na Suma Teológica como modelo da ciência e, a partir daí, adotado como modo de pensamento pelo mundo ocidental todo), qualquer um tende a manipular as premissas e a decidir, por exemplo, pelas aparências. Quando se tem poder para tanto – e isso é primário –, a situação tende a se agravar porque o vivente não só decide antes como, na maior parte das vezes, acredita na sua decisão como correta, quando não como Verdade. Nesse momento, caem – ou podem cair – os limites, sejam aqueles da estrutura *superegógica*, sejam aqueles das leis.

A lei como limite é – e sempre foi – um problema seriíssimo, em face da manipulação que a interpretação oferece ao intérprete.

Ora, se se pode manipular as premissas e não se levar a sério a limitação que a lei impõe (as palavras não podem, pelo menos, expressar os seus contrários), está-se diante de um quadro de arbitrariedade.

Eis, então, que torna à baila a questão – de suma importância hoje em dia – do princípio da sujeição dos órgãos estatais (sobretudo, no caso do processo penal, do juiz) à lei. Sem ele, o próprio princípio da legalidade arrisca se esfacelar; e sobretudo os campos do direito criminal nos quais o princípio da taxatividade é essencial. Não bastasse isso, o sistema do Civil Law coloca-se de joelhos. É, contudo, o que está a acontecer, em larga medida.

Movidos pelas imensas possibilidades interpretativas e sem o devido controle das decisões pelos tribunais (em geral por um excesso absurdo de trabalho ou mesmo por engajamento disruptivo), os juízes têm, com muita frequência, decidido *contra legem* ou, na falta dela, têm criado para além das

possibilidades da interpretação, quicá como superinterpretação, com referiu Umberto Eco. Tais posturas são, de todo, inconstitucionais; e assim se deve declarar.

Afinal, um juiz não deve conduzir um processo por aquilo que dita a sua cabeça (eis o solipsismo), e sim dentro dos parâmetros que a lei fixa, sempre conforme a Constituição²⁰. Não há – ou não deveria haver, neste aspecto, se se respeitasse a Constituição da República (CR) – estado de exceção ou, mesmo, ponto fora da curva, como se cogitou em abundância na famosa operação Lava Jato, rapidamente se espalhando para o país inteiro.

A situação não é simples e o ambiente é complexo, além de ser mundial. Muito, como se sabe, é decorrente da tentativa de mundialização do Direito norte-americano, exportado, no mundo globalizado neoliberal, para todos os cantos. Eis a *legal transplant* e a *legal translation* de que falou Maximo Langer.²¹ O dilema, no caso, é que se trata de sistemas jurídicos diferentes: *Common Law* e *Civil Law* não são a mesma coisa; e nem podem ser tratados com se fossem, algo que tem acontecido amiúde. Assim, sem o mínimo respeito pela diferença, aplicam-se os postulados do Direito norte-americano como se coubessem no Direito dos países de Civil Law. Como é primário, causam transtornos e maldades – como não poderia ser diferente –, gerando imensa instabilidade e muita insegurança jurídica.

Para elucidar pontos nevrálgicos do tema, a Camera Penale di Modena Carl'Alberto Perroux realizou, em 30.06.21, sobre o tema *Il giudice e la crisi del principio di legalità: tra legislazione multilivello e contaminazioni di Common Law*, uma Mesa Redonda (on-line) que contou com a presença do moderador, Adv. Graziano Martino, e a participação de Nicoló Zanon (*Giudice della Corte Costituzionale e Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*), de Paolo Ferrua (*Professore emerito di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Torino*), e de Renzo Orlandi (*Professore ordinario di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Bologna*).

¹⁹ A questão não diz respeito tão só ao lugar do juiz (aqui imposto por conta da posição de senhor do processo que ocupa), mas sim a todos aqueles que ocupem o lugar do poder em uma estrutura igual ou similar. Com isso, vai-se do Delegado de Polícia ao órgão do Ministério Público, mas também nos processos administrativos disciplinares e assim por diante.

²⁰ Sobre o tema são vitais as observações de Lenio Streck: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, v. 82, 2006, p. 213 - 37; STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém? *Conjur*, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 15 jul. 2021; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 118 e 106: "Ora, a decisão se dá, não a

partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)".

²¹ LANGER, Maximo. From *Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal* v.45, n.1, dez.2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure. Acesso em: 1 jun. 2021.

Antes de tudo, todos defenderam o *Civil Law*. Embora seja impossível fazer uma síntese fiel da discussão, vale registrar que Zanon foi enfático ao mostrar algo como "no *Common Law* há uma forma de conservação do modelo pelas decisões que se vai tomando. Isso tem pouco a ver com o criacionismo decisório sem controle do *Civil Law*. É por isso que a arbitrariedade criativa está em curso". Da sua parte, Paolo Ferrua mostrou grande preocupação com a ruptura que o criacionismo judiciário traz, mas foi incisivo ao afirmar: "Juiz não pode dizer o que é proibido ou consentido ao cidadão: isso só compete à lei. Eis o lugar do princípio da legalidade". De qualquer forma, não ignora ele que é possível romper com o sistema através da interpretação e, daí, a pergunta que não quer calar: "Qual é o ponto de ruptura na interpretação? Eis a questão. Seria como definir em que ponto um cabeludo começa a se tornar calvo. No entanto, sabe-se que tem cabeludos e que tem calvos. Eis, então, que a pergunta não tem resposta. Enfim, como reprimir a possibilidade da ruptura? A interpretação é feita pelos juízes e certamente não se consegue reprimir, senão pelos caminhos de controle. Eles têm, porém, a palavra final. Sobrariam os princípios interpretativos, mas quem diz o que eles são? Por outro lado, há um esforço de certa doutrina na direção da relativização do princípio da sujeição à lei. Isso é inconcebível porque levará, por certo, à relativização dos princípios referentes à independência dos juízes, o que se não pode admitir". Por fim, Renzo Orlandi mostrou por que o chamado direito vivente não tem nada de criacionismo jurisdicional, que deve ser combatido. Mostrou, por outro lado, que no *Common Law* se trabalha a partir da *ratio decidendi*; e no *Civil Law* com a *ratio legis*, o que expõe uma grande distância entre os sistemas, os quais não devem ser confundidos.

Os italianos mostraram que a crise da legalidade é mundial no *Civil Law*, sendo capaz de atingir sistemas nacionais consolidados como o deles. De qualquer forma, não se podendo inibir a interpretação, não há como admitir "*il giudice legislatore*", como disse o Prof. Ferrua, dado se tratar de uma "figura teratológica".

A consciência democrática e o respeito à lei seguem sendo os escudos que se tem para a proteção de todos e sobretudo dos mais fracos. Seguem vivas as palavras do Abade Lacordaire: "*Sachent donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits.*"²²

²² LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris. Tome Troisième. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872. p. 494*: "Saibam, portanto, aquele que o ignoram, saibam os inimigos de Deus e do gênero humano, qualquer nome que eles tenham, que

3 UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Pelo Ato do Presidente de 24/11/2020, o Deputado Rodrigo Maia, então na presidência da Câmara dos Deputados, instituiu uma Comissão de Juristas "destinada a elaborar anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro."

O Ato tem dois "considerandos" de suma importância como justificativa: 1º, "a necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários"; 2º, "a importância de se conferir uniformidade e atualização das legislações aplicáveis à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria."

A comissão é formada por juristas de grande envergadura e deverá ser presidida pelo Ministro Gilmar Mendes. Teria, pelo seu art. 1º, parágrafo único, cento e cinquenta dias para concluir seus trabalhos, o que, certamente, foi impossível pela pandemia de Covid-19.

A matéria é demais interessante e resta saber se o atual presidente da Câmara dos Deputados, umbilicalmente ligado ao governo de Jair Bolsonaro, prorrogará os trabalhos da comissão, embora não tenha nenhum motivo para não o fazer.

Por outro lado, a ausência do habeas corpus no primeiro "considerando" não tem e não pode ter – ao que tudo indica – a missão de excluir as questões penais e processuais penais do referido Anteprojeto. Se assim foi, andou-se mal. Afinal, a matéria aparece – ou pode aparecer – em todos os institutos relacionados, do mandado de segurança aos recursos extraordinários. Isso levaria, inevitavelmente, a se ter que aplicar um futuro CPConst, com a sua identidade – ao que parece, a ser ligada ao processo civil e sua TGP –, às questões penais. Seria, quem sabe, a crônica de uma morte anunciada. Para as questões penais, mantido o status quo, mais do mesmo: TGP e mentalidade inquisitória, ou seja, uma dupla perfeita para abrir os espaços necessários à supressão de direitos e garantias individuais em matéria penal.

Neste aspecto, serviria o exemplo do Código *Procesal Constitucional* do Peru (Lei nº 28237, de 31.05.04) que, já no Título I, trata de "*Disposiciones Generales de los Procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento*"; e em seguida, no Título II, trata do "*Proceso de Habeas Corpus*". Da mesma forma, no *Nuevo Código Procesal Constitucional*, em discussão no Peru (que não tendo sido promulgado, acaba de

entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta. O direito é a espada dos que mais têm, e o dever é o escudo dos que menos têm".

retornar – 02.07.21 – da Presidência da República para o *Congreso de la República*), trata-se, já no Artículo I, do Título Preliminar, que “El presente código *regula los procesos constitucionales de habeas corpus...*”; e, no Título I, refere-se ao “Proceso de Habeas *Corpus*, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento”.

Parece indubitável, portanto, que a matéria penal e processual penal deve estar contemplada no Anteprojeto, a não ser que se queira fora de um CPCConst algo de tamanha importância constitucional.

Por outro lado, merecem atenção os princípios que a CR estampa em seus preceitos e regras, assim como aqueles que lá não estão, embora sejam vitais para a estruturação de um código.

Da mesma forma, não seria um disparate usar categorias conhecidas pela CR e usadas nas teorias gerais dos processos a partir da chamada trilogia fundamental: jurisdição, ação e processo.

Tais significantes são conhecidos e têm a sua tradição, embora não reflitam, nos diversos campos processuais, os mesmos significados, justo porque têm substanciais diferenças. A consciência disso, então, impõe um trabalho de teorização prévio ao CPCConst, de modo a que se possa ter uma mais ampla paz conceitual e, assim, menos atritos e disputas ideológicas.

A falta dela (uma teoria adequada), por seu turno, tende a facilitar a estruturação de um código de ritos, com uma regressão ao medievo, para dizer o mínimo. Afinal, como sabem todos, quando não há uma base teórica assaz sólida, a interpretação prevalente é aquela proveniente dos órgãos do poder e, no caso, a confraria togada. Isso – parece evidente –, nunca deu certo, porque induz o solipsismo, o decisionismo, da mesma forma que afasta a democracia processual e abre um flanco indesejável para as intervenções políticas internas e externas, o que é um desastre para os próprios juízes. Quando analisa as máquinas judiciárias, Franco Cordero ajuda a entender o que vai por detrás dessa aparente liberdade: “Aqui não vingam invenções extravagantes: os institutos destinados à longa duração nascem organicamente do metabolismo político; cada sistema subentende uma cultura, boa, decadente ou perversa. Mas a análise sobre as normas não revela o inteiro fenômeno judiciário. Restam fora as praxes, sobre as quais entenderemos pouco se ignorássemos os mecanismos infralegais do poder: o aparato penal oculta deles um temível; que seja exercitado de forma mais ou menos asceticamente desinteressada, depende da qualidade das pessoas e do *imprinting* corporativo. Natural que de tanto em tanto algum bruxo político tente interferir”.²³

²³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 31: “*Qui non attecchiscono invenzioni stravaganti: gli istituti destinati a lunga durata nascono organicamente dal metabolismo politico; ogni sistema sottintende una cultura, buona, scadente o perversa. Ma l'analisi sulle norme non svela l'intero fenomeno giudiziario. Restano fuori le prassi, su cui capiremmo poco se*

Uma teoria adequada e que permita se lançar um CPCConst em conformidade com as necessidades do país não pode, em hipótese alguma, desconsiderar as singularidades dos vários ramos processuais. Logo, qualquer um que intervenha na formação do Código tem o dever cívico de fiscalizar a justa composição da estrutura dele, ou seja, o balanço entre as demandas processuais constitucionais – e seus mais variados interesses – e aquelas expressas na singularidade dos ramos.

Em relação ao processo penal isso é muito claro; e todos sabem as razões por que é imprescindível proteger os acusados (na medida do possível) do arbítrio do Estado, mormente porque a regra, dentre eles, é se ter os menos favorecidos. A realidade penitenciária do país não permite outra conclusão. Ela, porém, mostra quão difícil é, com o processo penal que se tem, alcançar os criminosos mais favorecidos, o que mostra um duplo defeito do sistema: alcança demais a uns; e de menos os outros. Em realidade – como antes referido – o sistema (de todo inquisitorial), foi construído para ser assim; e assim o é.

Eis, então, por que o escopo é construir, para o processo penal, um sistema fundado na Constituição da República, a qual expressa, por seus princípios e regras, um processo penal acusatório. E para isso se tem lutado tanto.

O imprescindível, contudo, é se ter um processo que assegure e faça respeitar os direitos e garantias individuais, sem o que se não terá nem um processo penal democrático e muito menos um processo constitucional democrático. Nele – o processo penal –, como precitado e a partir de Carnelutti, a preocupação maior é com o ser; e não com o ter; porque a res *iudicanda* é um homem. E isso, sem qualquer dúvida, não vai mudar no processo constitucional; e não deve ser esquecido de forma alguma.

A esperança, então, é que o CPCConst reflita as exigências dos ramos processuais e, sobretudo, uma compatibilidade teórica e ideológica com a CR.

A comissão de juristas da Câmara dos Deputados tem, com seus grandes nomes, todos os requisitos para sair vitoriosa da empreitada; e é o que todos desejam.

ignorassimo i meccanismi infralegali del potere: l'apparato penale ne cova uno temibile; che sia esercitato in forme più o meno asceticamente disinteressate, dipende dalla qualità delle persone e dall'imprinting corporativo. Naturale che ogni tanto qualche stregone politico tenti interferenze”.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 131.263/GO. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RHC.clas.+e+%40num%3D%22131263%22%29+ou+%28RHC+adj+%22131263%22%29.suce>. Acesso em: 26 mai. 2022.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. In: Rivista di diritto processuale. 1946.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 20
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974
- LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris. Tomo Troisième*. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872
- LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n.1. dez. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure. Acesso em: 1 jun. 2021.
- LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando a "Cinderela" do processo penal ganha novas roupas? *Conjur*, 28 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em: 1 jul. 2021.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.
- PARISE, Bruno Girade. O poder geral de cautela no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021.
- SANTUCCI, Girolamo. Unità e deformazione del processo. *Il Foro Italiano*. p. 233/234-237/238. 1951.
- SOARES, Fernando Luso. O processo penal como jurisdição voluntária. 1981.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. 82. Coimbra, 2006. p. 213-37;
- STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém? *Conjur*, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

O REENCONTRO DO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO COM A JUSTIÇA. SERÁ?

THE REUNION OF OUR LEGAL SYSTEM WITH JUSTICE. WILL BE?

Jorge de Oliveira Vargas¹



Os aspectos formal e material da lei. A lei e o direito. A lei e o valor da justiça. O julgamento com base no ordenamento jurídico e não apenas na lei. A interpretação corretiva da lei. O princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio constitucional, implícito, da razoabilidade. O princípio da razoabilidade como o novo nome da equidade. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da legalidade. O princípio da eficiência. O princípio da razoável duração do processo. A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados à parte pela demora da prestação jurisdicional. Conclusão.

The formal and material aspects of the law. The law and the law. The law and the value of justice. Judgment based on the legal system and not just the law. The corrective interpretation of the law. The principle of human dignity. The implicit constitutional principle of reasonableness. The principle of reasonableness as the new name for equity. The principle of proportionality and its sub-principles of necessity, adequacy and proportionality in the strict sense. The principle of legality. The principle of efficiency. The principle of reasonable duration of the process. The State's responsibility for the damages caused to the party by the delay in the adjudication. Conclusion.

¹ Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Pós-Doutor pela Universidade Federal do Paraná (2014), com o tema "A inconstitucionalidade da vedação do julgamento por equidade", ainda possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1974), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Atualmente é professor assistente da Universidade Tuiuti do Paraná, professor titular da Escola Superior da Magistratura do Paraná, professor do Instituto Romeu Felipe Bacellar, professor - OPET, professor visitante - Abdconst, professor visitante da Universidade Positivo e professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito tributário, meio ambiente, recurso, direito constitucional e trânsito.

O juiz tradicional, no Estado liberal, como a boca da lei, cultuava a lei e pouco questionava se ela era justa ou injusta, moral ou imoral, ou seja, sua aplicação, no caso concreto, iria resultar em algo justo ou injusto; o importante era aplicar a letra da lei.

O brocardo latino *summum ius, summa iniuria* (o máximo do direito, o máximo da injustiça) normalmente não se levava em conta, até porque não se indagava da legitimidade da lei, não havia a preocupação com o valor justiça.²

A lei não se legitima apenas pelo seu aspecto formal, mas sim pelo seu aspecto material, ou seja, quando ela serve de instrumento para o socialmente justo. É nisso que a lei se diferencia do direito.

A corrente formalista de Kelsen trouxe importante contribuição ao direito, no aperfeiçoamento da linguagem jurídica própria da Ciência do direito, mas dela retirou o que tem de mais relevante: o ideal de justiça.³

A lei, como instrumento regulatório da sociedade é feita, na maioria das vezes, para servir aos interesses dos detentores do poder econômico ou político, ou seja, pela parte dominante do povo.

Transformar a lei apenas num veículo de comando a ser obedecido, é reduzir o direito apenas a seu instrumento, sem perceber que a verdadeira razão da ciência jurídica, do direito sistematizado e da lei, é permitir a convivência do povo de acordo com seus valores, formatando, o mais possível, uma ordem social justa.⁴

A lei tem que estar embasada no direito.

A lei pode ser formalmente correta, mas eticamente incorreta, ou seja, pode ser fruto de interesses inconfessáveis, egoísticos; fruto do arbítrio. O direito não, o direito é a regulação da sociedade em busca do justo, em busca da paz.

A nossa Constituição do Império, de 1824, já dispunha em seu art. 179, II: "Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública", ou seja, a "lei" que não atende ao interesse público, não é lei. Ali também já previa uma importantíssima função da Assembleia Geral, qual seja: "A Assembleia Geral no princípio das suas Sessões examinará, se a Constituição Política do Estado tem sido exatamente observada, para prover, como for justo." (Art. 173).

Miguel Reale ao tratar dos diversos sentidos da palavra direito, veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos: um aspecto normativo (o direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o direito como fato ou em sua efetividade social e histórica); e um aspecto axiológico (o direito e o valor de justiça).⁵

Quanto ao impacto do constitucionalismo, leciona Marinoni:

A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Vivenciou-se a experiência de que a maioria poderia criar leis egoístas e discriminadoras. Assim, foi necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de tutelar os valores de justiça negados pelo produto do legislador.⁶

A lei sendo utilizada como instrumento de exclusão social, para garantir os interesses da classe dominante, não é lei em seu sentido próprio, é um arremedo de lei.

É importante destacar que a prestação jurisdicional não apenas necessita ser tempestiva e adequada, mas também justa. É o que diz o art. 6º do Código de Processo Civil.⁷

O valor justiça permeia todo o nosso ordenamento jurídico. Está no preâmbulo da nossa Constituição⁸; está também em seu art. 3º, como objetivo fundamental da nossa República, quando fala, no inciso I, da necessidade de se construir uma sociedade justa; quando trata da ordem econômica e financeira (art. 170)⁹; da ordem social (art. 193)¹⁰; quando diz que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133); etc... O que significa dizer que toda a lei, ato normativo ou sentença injustos são inconstitucionais. Pode-se afirmar que estamos num Estado Democrático de Direito e de Justiça. Justiça é bom senso, equilíbrio, equidade, razoabilidade.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1º, dispõe: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

² Mas isso não é novidade. No livro bíblico de Isaías, capítulo 59, versículos 14-15, já consta: "A justiça é posta de lado, o direito é afastado. A verdade anda tropeçando no tribunal, e a honestidade não consegue chegar até lá. A verdade desapareceu, e os que procuram ser honestos são perseguidos."

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Uma breve introdução ao direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

⁴ Idem, p. 87.

⁵ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Bushatsky, 2011. p. 73.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. 1. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 52.

⁷ Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos...

⁹ A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,...

¹⁰ A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Que valores são esses? Principalmente os da igualdade material e da justiça.

O art. 8º desse diploma preceitua:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá 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.

Note-se que o legislador não fala que o juiz deve julgar de acordo com a lei, mas sim deve julgar de acordo com o ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico é um sistema que engloba regras e princípios, que se relacionam de maneira coerente e que tem por objetivo atingir o melhor convívio social.

O ordenamento jurídico envolve em primeiro lugar a Constituição Federal, seus princípios explícitos e implícitos, suas regras, seus valores, o transconstitucionalismo, também as Constituições Estaduais, as emendas às constituições, os tratados e convenções internacionais, as leis complementares e ordinárias, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os regulamentos, etc... A lei, como se vê, é apenas uma parte do ordenamento jurídico.

Em seguida esse dispositivo trata da interpretação corretiva da lei.

Sabe-se que a lei é o texto e a norma é a interpretação do texto, portanto, quem faz a lei é o legislador, mas quem faz a norma é o juiz.

A lei comporta várias interpretações, começando pela gramatical, que é apenas a porta da entrega das interpretações, importando na análise sintática das frases e na análise morfológica das palavras; em seguida vem a lógica, onde se busca a coerência do sistema; a seguir a teleológica, onde se indaga qual é a sua finalidade; a histórica, evitando o retrocesso; a alográfica¹¹, a de direito comparado, de vez que todo o sistema jurídico é incompleto e pode ser melhor compreendido; nesse ponto, lembro os dizeres do grande poeta ucraniano Taras Chevichenko: "Estudai, irmãos! Lede e meditai. O que é dos outros aprendei!

¹¹ Entre a música e o Direito há, contudo, certa semelhança. Ambos são alográficos, isto é, reclamam um intérprete: o intérprete da partitura musical, de um lado; o intérprete do texto constitucional ou da lei, de outro. Das artes há dois tipos: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras (música e teatro), a obra apenas se completa com o concurso do autor e de um intérprete; nas artes autográficas (pintura e romance), o autor contribui sozinho à realização da obra. Em ambas há interpretação, mas são distintas uma e outra. A interpretação da pintura e do romance envolve unicamente compreensão de quem olha ou lê. A obra é completada, no seu todo, pelo autor. Sua fruição estética independe de qualquer mediação. Diversamente, a música e o teatro demandam compreensão mais reprodução: a obra reclama, para que possa ser esteticamente fruída, além do autor um intérprete que compreenda e reproduza a partitura musical ou o

Sem desprezar o que é vosso."¹² Tem ainda a interpretação corretiva da lei e a interpretação conforme a Constituição.

A interpretação corretiva da lei, aqui recepcionada, já estava consagrada no art. 5.º da LINDB – Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942, que também diz: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Como já disse, na Constituição de 1824 constava no art. 179, II: "Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública". Ou seja, uma lei que não vise os fins sociais ou as exigências do bem comum, não é lei, é corrupção de lei. As leis editadas em atenção ao interesse exclusivo de determinados segmentos econômicos ou políticos, vale dizer, produtos de lobbies, são meros simulacros de legislação.

A lei se legitima quando atende os fins sociais e as exigências do bem comum; quando ela não for feita com essa finalidade, deve sofrer uma interpretação corretiva, ou seja, deve ser interpretada no sentido de atender o bem comum. A lei perde sua legitimidade quando fica a serviço de interesses inconfessáveis, egoísticos, privilégios indevidos, que só aumentam as desigualdades econômicas e sociais.

Outro aspecto importantíssimo desse dispositivo diz respeito a passagem do princípio da legalidade para o da juridicidade.

Marinoni, ao tratar da nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade, conclui que atualmente a lei, como resultado da coalização das forças de vários grupos sociais, frequentemente adquire contornos egoísticos e nebulosos; portanto, há necessidade da mesma ser controlada por princípios de justiça. A lei não vale mais por si; deixa de ter apenas uma legitimação formal. Sua legitimidade depende de sua conformidade com os princípios constitucionais. Por isso, acentua o processualista paranaense: "Não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais".¹³

texto da peça teatral. A fruição estética que a obra enseja é alcançada mediante a compreensão/ reprodução do intérprete. O Direito é alográfico. O texto normativo não se completa no quanto tenha escrito o legislador. Sua "completude" somente é alcançada quando o sentido por ele expressado for produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. O sentido expressado pelo texto é distinto do texto. É a norma que resulta da interpretação. (GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. O Globo, 13 mai. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf>. Acessado em: 2 abr. 2021.

¹² Monumento que se encontra na praça da Ucrânia, em Curitiba-Pr.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. v. 1. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 43 - 44.

Comentando sobre a função jurisdicional no Estado Constitucional de Direito, escreve Antonio Manuel Peña Freire: "*Frente al império de la ley, surge ahora el império de la justicia como uma forma de compaginar ley y praxis jurídica com los principios y valores constitucionales*".¹⁴

Ainda nesse sentido assim se expressa Kendal Thomas: "Lei e justiça não são a mesma coisa. A lei pode ser usada como um alibi e uma justificativa para perpetuar a desigualdade e a injustiça".¹⁵

A lei, portanto, quando for aplicada, não pode ser de forma isolada, precisa estar acompanhada de uma fundamentação no sentido de que está em harmonia com os princípios constitucionais ali enumerados, dentre outros, como o da justiça, da igualdade material, cidadania, pluralismo político e equidade, observando-se que a razoabilidade é o novo nome dado à equidade.¹⁶

É a consagração do devido processo legal substantivo, que permite que, na aplicação da lei, seja analisada sua legalidade não apenas formal, mas também a material.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio unificador do Estado de Direito Material e de Justiça; importa no reconhecimento de o Estado estar a serviço do cidadão, e não o inverso; na garantia de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; na erradicação da pobreza e da marginalização; no pluralismo político, no sentido de que as pessoas podem ser diferentes e ter o direito de serem respeitadas pelas suas diferenças; na vedação da discriminação; na diminuição das desigualdades de maneira geral; na garantia do mínimo existencial; na garantia do acesso à educação e à cultura; na liberdade de pensamento; na inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; na liberdade religiosa; na garantia dos direitos sociais; na garantia do pleno acesso aos tribunais e num julgamento justo, etc...

É fundamento da ordem econômica, como se extrai do art. 170 da Constituição Federal¹⁷, relacionando-se, portanto, com o direito ao emprego, a defesa do consumidor e ao meio ambiente e a redução das desigualdades, inclusive sociais. Também está inserido na proteção da família (art. 226, § 7º e 227).

Desse dispositivo ainda se extrai a necessidade da observância, na composição da lide, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. São princípios implícitos na nossa Constituição e que fazem parte do devido processo legal substantivo.

O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito.¹⁸ Isso já era encontrado em texto bíblico: "a letra mata, mas o Espírito vivifica".¹⁹

A razoabilidade é princípio que atua como princípio informador do devido processo legal, a fim de que seja este utilizado de forma racional e moderada, com vistas à concepção de justiça social; busca a aplicação da justiça e do equilíbrio. Está relacionada com a vedação dos excessos; e tal qual a equidade, volve-se para a justiça no caso concreto.

Razoabilidade é o novo nome da equidade, por isso é inconstitucional o parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil, que diz: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". A aplicação da razoabilidade, por ser um princípio constitucional, não pode ter sua aplicação reduzida pelo legislador infraconstitucional, além do que consta no art. 8º, ora comentado, que o juiz, no julgamento da lide, deve observar o princípio da razoabilidade, inexistindo ali qualquer limitação.

A razoabilidade atua como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade).

Em relação ao princípio da proporcionalidade, que é um aperfeiçoamento do da razoabilidade, escreve a juíza Oriana Piske:

A doutrina constatou a existência de três elementos ou subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Portanto se verifica que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio. O segundo é o da necessidade, pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. O terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada "stricto sensu", segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo. A aplicação do princípio da proporcionalidade demanda dois enfoques. Há simultaneamente a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais. Desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. Portanto, a inconstitucionalidade ocorre quando a medida é excessiva,

¹⁴ FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997. p. 233.

¹⁵ KENDALL, Thomas. Professor da Universidade de Columbia, EUA. Entrevista concedida no caderno Justiça & Direito, do jornal, Gazeta do Povo, exemplar do dia 12.06.2015, sexta-feira, p. 4. Curitiba.

¹⁶ Sobre o julgamento por equidade, escrevi: VARGAS, Jorge de Oliveira. *Julgamento por Equidade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

¹⁷ A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]"

¹⁸ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=princípio+da+razoabilidade>. Acesso em: 2 abr. 2021.

¹⁹ 2 Coríntios 3, 6.

injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade.²⁰

Portanto, a observância do princípio da proporcionalidade se traduz num instrumento de subordinação da lei ao direito, ou, por outras palavras, aos valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição.

Outro componente do ordenamento jurídico é a lei, a qual não pode ser ignorada, sob pena da consagração do arbítrio quando da prolação da sentença, todavia, como já se viu, a lei por si só não basta, tem que ser aplicada levando em consideração os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

A lei deve ser moldada ao caso concreto, legitimando-se na realização do justo.

Por fim, a questão da eficiência. Esse princípio está previsto no art. 37 da Constituição Federal e diz respeito a qualquer dos poderes, inclusive, portanto, ao judiciário. A má prestação do serviço judiciário sujeita-se ao § 6º desse dispositivo, que trata da responsabilidade objetiva do Estado. Esse princípio está ligado com o da razoável duração do processo, com a prestação jurisdicional adequada e tempestiva.

Nada desmoraliza mais o Poder Judiciário do que a demora excessiva da composição da lide.

Na lição de Marinoni "a violação do direito à duração razoável gera direito à tutela reparatória. A responsabilidade do Estado é pela integralidade do dano experimentado pela parte prejudicada pela duração excessiva do processo".²¹

O tema está começando a ser enfrentado em nossos tribunais. Há um caso em que o juiz condenou o Estado do Amazonas a indenizar a parte no valor de 30 (trinta) salários mínimos, pela inobservância desse princípio. O Tribunal de Justiça daquele Estado reformou a sentença, porém, o Superior Tribunal de Justiça restabeleceu-a no Recurso Especial n. 1.383.776-AM, de relatoria do Ministro Og Fernandes, da Segunda Turma, com a seguinte ementa²²:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA. 1. Trata-se de ação de execução de alimentos, que por sua natureza já exige maior celeridade, esta inclusive assegurada no art. 1º, c/c o art. 13 da Lei n. 5.478/1965. Logo, mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório. O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase que mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação. 2. O Código de Processo Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha que pode gerar responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa. 3. A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juizes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente. 4. A responsabilidade do Estado pela lesão à razoável duração do processo não é matéria unicamente constitucional, decorrendo, no caso concreto, não apenas dos arts. 5º, LXXVIII, e 37, § 6º, da Constituição, mas também do art. 186 do Código Civil, bem como dos arts. 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente e aplicável à época dos fatos), dos arts. 35, II e III, 49, II, e parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, por fim, dos arts. 1º e 13 da Lei n. 5.478/1965. 5. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a

²⁰ PISKE, Oriana. Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelceção e Aplicação do Direito – Juíza O. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intellecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 26 mai. 2022.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015. Curso de Processo Civil. v. 1. p. 266.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.776/ AM. Relator: Ministro Og Fernandes, 17 set. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1748162&num_registro=201301405688&data=20180917&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mai. 2022.

importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema. 6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença.

O princípio de prazo razoável é infenso as delongas processuais desnecessárias; aos propósitos procrastinatórios das partes, a despachos proferidos pelos juízes que nada acrescentam; a diligências dispensáveis. Contudo o princípio do prazo razoável não pode justificar um atropelo processual que prejudique a prestação jurisdicional adequada e justa.

CONCLUSÃO

O culto à lei deve ser substituído pelo culto à Constituição.

A lei não se confunde com o direito. A lei é um instrumento para a realização do direito.

A lei perde sua legitimidade quando não objetiva um resultado socialmente justo.

A justiça, na solução dos litígios, não pode ser ignorada.

A lei não é suficiente para a prestação jurisdicional, o juiz, para tanto, tem que se basear no ordenamento jurídico, o qual a lei é apenas uma parcela.

A dignidade da pessoa humana é um princípio unificador do Estado Democrático de Direito e de Justiça, e deve orientar a aplicação do nosso ordenamento jurídico.

A interpretação corretiva da lei tem por finalidade direcioná-la para que atenda os fins sociais e às exigências do bem comum, ou em outras palavras, para sua harmonização com o direito.

O princípio da razoabilidade está implícito na Constituição Federal e está ligado com o devido processo legal substantivo.

O princípio da razoabilidade é o novo nome da equidade.

O princípio da proporcionalidade diz respeito a aplicação da justiça no caso concreto, tendo como subprincípios o da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da eficiência do serviço judiciário está relacionado com a prestação jurisdicional justa, tempestiva e adequada.

Os prejuízos causados à parte pela inobservância do princípio da razoável duração do processo, são indenizáveis por força da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.776/ AM. Relator: Ministro Og Fernandes, 17 set. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1748162&num_registro=201301405688&data=20180917&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 mai. 2022.

GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. *Oglobo.globo.com*, 13 mai. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf>. Acessado em: 2 abr. 2021.

KENDALL, Thomas. Professor da Universidade de Columbia, EUA, entrevista concedida no caderno Justiça & Direito, do jornal, *Gazeta do Povo*, exemplar do dia 12.06.2015, sexta-feira, p. 4. Curitiba.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. Curso de Processo Civil. v. 1. p. 266.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MARINONI. *A ética dos precedentes*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve introdução ao direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

PISKE, Oriana. *Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelecção e Aplicação do Direito – Juíza O*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intellecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 26 mai. 2022.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Julgamento por Equidade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: SUPERAREMOS FINALMENTE O INSTRUMENTALISMO?

CODE OF CONSTITUTIONAL PROCESS: WILL WE FINALLY OVERCOME INSTRUMENTALISM?

Lenio Luiz Streck¹



O presente trabalho tem por objetivo demonstrar as razões pelas quais entendo que a elaboração de um Código de Processo Constitucional será capaz de auxiliar na solução daqueles que julgo serem alguns dos problemas mais graves enfrentados pela jurisdição no Brasil contemporâneo, em especial o instrumentalismo. Faço isso demonstrando as razões pelas quais sustento que deve ser deixada para trás a chamada "instrumentalidade do processo" e abandonar-se definitivamente as apostas no protagonismo judicial para solução dos casos. Além disso demonstro como adequada epistemologia na elaboração de um bom código será capaz de superar a figura mitológica do "bom juiz" e a importância da adoção de uma Teoria da Decisão Jurídica e de critérios de possibilidade. Esta análise está amparada

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente e pesquisador da UNESPAR-RJ, Professor visitante da Universidade Javeriana - CO. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor, entre outras obras, de *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (6. ed.); *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (11. ed.); *Verdade e Consenso* (6. ed.), *Dicionário de Hermenêutica*, 2a. edição, além dos livros, em espanhol: *Verdad y Consenso*, *Hermenéutica y Decisión Judicial*, e *Hermenéutica Jurídica: estudios de teoría del derecho*, *Diccionario de Hermenéutica*, *La llamada conciencia de los jueces*. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito. Vem lecionando disciplinas de direito em cursos de pós-graduação lato sensu EAD desde 2017: Pós Graduação UNISC EAD, da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018; Direito Eleitoral EAD, da Fundação Escola do Ministério Público, Porto Alegre/RS, 2017; Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional EAD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCONST, 2018-2019; e Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Penal EAD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCONST, 2019 (a lecionar).

no método fenomenológico-hermenêutico, sendo indissociável da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Palavras-Chave: Processo Constitucional. Instrumentalidade. Protagonismo judicial. Teoria da Decisão Jurídica. Crítica Hermenêutica do Direito.

The present work aims to demonstrate the reasons why I believe that the elaboration of a Code of Constitutional Process will be able to help in the solution of what I believe to be some of the most serious problems faced by the jurisdiction in contemporary Brazil, especially instrumentalism. I do this by demonstrating the reasons why I maintain that the so-called "instrumentality of the process" should be left behind and definitively abandoned bets on judicial protagonism to solve cases. Furthermore, I demonstrate how adequate epistemology in the elaboration of a good code will be able to overcome the mythological figure of the "good judge" and the importance of adopting a Theory of Legal Decision and criteria of possibility. This analysis is supported by the phenomenological-hermeneutic method, being inseparable from the Hermeneutic Critique of Law (CHD).

Keywords: Constitutional Process. Instrumentality. Judicial Protagonism. Theory of Legal Decision. Hermeneutic Critique of Law.

INTRODUÇÃO

No ano de 2020 foi criada pela Presidência da Câmara dos Deputados uma comissão para elaboração de um Código de Processo Constitucional, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes e da qual faço parte ao lado de nomes importantes do Direito brasileiro.

De fato, a iniciativa de elaboração de um Código de Processo Constitucional se mostra salutar, não porque devemos nos ater exclusivamente às codificações ou porque se faça necessário retornar a alguma postura formalista-textualista, mas sim porque, com a existência de um Código de Processo Constitucional, poderemos rumar à superação das apostas no protagonismo dos juízes e confiar no fortalecimento das instituições.

Afinal, de nada adianta que se invista tempo e recursos para elaboração de um Código de Processo Constitucional se logo a seguir os juízes deixem de aplicá-lo em nome de uma "instrumentalidade do processo" ou de "escopos constitucionais" (em uma vulgata do velho instrumentalismo processual), com o que o Código seria natimorto.

Assentadas essas premissas, neste escrito abordarei estes problemas e as razões pelas quais entendo que a elaboração de um adequado Código de Processo Constitucional pode auxiliar na solução de tais questões, pontuando alguns aspectos dos trabalhos que venho desenvolvendo a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.²

Na primeira parte deste texto abordarei as principais dificuldades que estão sendo vivenciadas no Brasil no tocante aos problemas enfrentados pela jurisdição, sobretudo a questão levantada pelos defensores do chamado "instrumentalismo do processo" e a longa aposta no protagonismo judicial que tem sido efetuada por seus entusiastas.

Em sequência, na segunda parte, abordarei as soluções passíveis de serem trazidas a partir da elaboração de um Código de Processo Constitucional, a importância do estabelecimento de critérios e de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, bem como se há ou não incompatibilidade entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia.

Feitas estas breves considerações introdutórias, passo diretamente a analisar os principais problemas enfrentados pela jurisdição no Brasil.

1 O INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO E O PROBLEMA DO PROTAGONISMO DA FIGURA DO JUIZ

Conforme venho referindo há algum tempo, há uma tarefa ainda não cumprida por parte da doutrina brasileira. Trata-se da necessidade de superarmos alguns dos principais problemas que encontramos na jurisdição brasileira contemporânea. Isto é, de nada ou pouco adianta a produção de uma legislação processual se, ato contínuo, os tribunais continuam(re)m a atuar com o mesmo protagonismo de antes, lançando mão de uma "instrumentalidade do processo" ou de "escopos constitucionais".

Assim, para que se possa superar o protagonismo judicial, o primeiro passo é a superação da chamada "instrumentalidade do processo", pela qual o processo é visto como uma simples ferramenta a serviço do poder jurisdicional, com a finalidade de atender aos chamados três escopos: o escopo social, o escopo político e o escopo jurídico³.

No caso, a partir dessa premissa, seria o escopo social o mais importante dentre estes escopos propostos pelo instrumentalismo do processo, uma vez que teria por objetivo a resolução dos conflitos para a "pacificação com justiça" e a "educação" dos jurisdicionados através da decisão judicial⁴. A princípio a ideia original parece interessante, mas apenas se pensarmos a tese em um universo no qual a Constituição Federal não seja levada a sério. Apostaríamos tão somente no protagonismo judicial e despreziaríamos a autonomia do Direito⁵.

Todavia, existe uma Constituição em vigor. Para que, então, a aposta em protagonismos? Aliás, a razão pela qual estamos discutindo a criação de um Código de Processo Constitucional é exatamente para que não haja dependência do protagonismo judicial e, sim, que haja uma codificação que norteie o direcionamento dos processos.

Nesse sentido, cumpre destacar que ideia da instrumentalidade do processo surgiu a partir de uma

² Sobre a CHD, ver, principalmente: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11. ed. 4ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021; STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 e o STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. Além disso, recomendo a leitura das colunas semanais do *Senso Incomum*, que são publicados no *Conjur* todas as quintas-feiras.

³ Nesse sentido, ver, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

⁴ Uma crítica consistente ao instrumentalismo é feita por FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. *Empório do Direito*. São Paulo, 11 out. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho#.YUyJnLVzH0k>.link. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁵ AUTONOMIA DO DIREITO. //: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 31 - 40.

idealização da figura do juiz, personificado em um “bom juiz”, aquele que é um representante do povo, possuindo uma legitimidade democrática semelhante a de um parlamentar, que deve estar prestando atenção aos anseios da sociedade, bem como suas motivações⁶. Enfim, faz-se uma aposta muito alta na figura do juiz, enquanto protagonista do processo e pouco se faz pela autonomia do Direito.

Entre outros problemas, essa aposta na figura do juiz está relacionada àquilo que venho chamando de pamprinciologismo⁷. Trata-se de um desvio de finalidade do Direito, por meio do qual a doutrina e o judiciário apostam na construção de princípios sem lastro normativo, conforme deixo claro nos verbetes Princípios e Pamprinciologismo no Dicionário de Hermenêutica⁸.

Ademais, abordo este assunto há muito tempo. No meu livro “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, lembro o discurso de Oscar Bülow proferido perante o Imperador, no qual defende que a tarefa de recepção do direito romano é dos juizes, dando origem ao que se denomina de solipsismo judicial⁹. No entanto, deve ser salientado que, neste caso, há um contexto no qual o discurso de Bülow estava inserido.

Ademais, sob essa perspectiva, a relação publicística em que o juiz é visto como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para além da lei, está sempre presente. Eis que aí surge um problema de extrema gravidade, porque foi esse pensamento que viabilizou o surgimento posterior da escola do Direito Livre, a qual se mostrava em direta oposição ao formalismo em suas diversas formas (pandectismo alemão, Escola da Exegese na França ou ainda a Jurisprudência Analítica inglesa, as três formas do positivismo do século XIX).

Esta questão que surge em Bülow e posteriormente passa, também, por Anton Menger e Franz Klein, pode ser vista em Giuseppe Chiovenda para quem “a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz diz

ser a vontade concreta da lei”¹⁰ ou então em Carnelutti para quem o objeto da jurisdição é “prover” ou “fazer o que seja necessário”. Ou ainda em Eduardo Couture, para quem, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, “o problema da escolha do juiz é em definitivo o problema da justiça”¹¹.

A princípio, este pensamento pode parecer sedutor: entre a letra da lei e a Justiça, é melhor que se fique com a Justiça, como dizia Couture. Todavia, a questão é mais profunda. Não se pode desprezar o Direito em nome do protagonismo do juiz. Em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, é melhor confiar no Direito do que na boa (ou má) vontade do juiz.

Aliás, cumpre destacar, também nessa linha “protagonística, o pensamento de Enrico Tullio Liebman, para quem “o juiz no exercício da jurisdição não tem vínculos enquanto intérprete qualificado da lei”¹². Sob essa perspectiva, se o juiz não possui “vínculos”, ele decide como quer.

No Brasil, esta questão da dependência do juiz atravessou o século XX. Veja-se, por exemplo, a obra Carlos Maximiliano e Paulo Dourado de Gusmão. Tais questões estão diretamente ligadas ao instrumentalismo processual que venho denunciando de há muito, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos que permitem que o juiz realize determinações jurídicas mesmo que estas não estejam de acordo com o direito legislado. Assim, o aperfeiçoamento do sistema jurídico estaria condicionado a uma “boa escolha” efetuada pelo juiz e de um “sadio protagonismo”.

Neste sentido, destaco o posicionamento de Francisco Borges Motta, elaborado em consonância com a Crítica Hermenêutica do Direito, acerca do Formalismo Valorativo que surgiu a partir de uma tentativa de superação de questões formalistas, o qual acaba caindo, também, em um demasiado subjetivismo¹³.

Em síntese, o instrumentalismo, ou seja, o nome que se dê ao protagonismo judicial, procura

⁶ FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. Empório do Direito. São Paulo, 11 out, 2017. Disponível em: <https://emporiოდodireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho#YUyJnLVzHOk.link>. Acesso em 10/08/2021.

⁷ Para uma definição mais detalhada do que vem a ser o pamprinciologismo, ver o verbete “Pamprinciologismo” do meu Dicionário de Hermenêutica, em que abordo quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 247.)

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

⁹ Para uma definição mais detalhada do que vem a ser o solipsismo, ver o verbete “Solipsismo” do meu Dicionário de Hermenêutica, em

que abordo quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 405). Ver também STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000. p. 64.

¹¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988. p. 58.

¹² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1992. p. 4.

¹³ Para mais acerca desta questão ver: MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

resolver o problema da efetividade do processo a partir de certa espécie de delegação em favor do julgador, conferindo a ele maiores poderes para reduzir as formalidades que "impedem" a realização do direito material em conflito, por meio de um novo princípio processual, decorrente da instrumentalidade das formas, o "princípio da adequação do procedimento a correta aplicação da técnica processual"¹⁴. Aqui vale lembrar, por todos, a visão de Bedaque, para quem o julgador é capacitado para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação que não é sempre a mesma, devendo o juiz ser investido de amplos poderes de direção¹⁵.

Ademais, quando falamos em instrumentalismo é impossível esquecer os clichês recorrentemente repetidos, como, por exemplo: "quanto mais o legislador dê valor a formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, mais o juiz poderá adaptá-las às necessidades do caso concreto". Ora, era exatamente essa denúncia que era feita na Alemanha acerca das cláusulas gerais. Esse instrumentalismo se repete no Direito Civil a partir da doutrina do poder interpretativo do juiz nas cláusulas gerais, sendo defendido por alguns autores que estas cláusulas gerais sejam preenchidas pelo juiz com amplo subjetivismo e até ideologicamente.

Já no processo penal não podemos esquecer chavões que expressam velhos mitos como, por exemplo, a "livre apreciação da prova", a "busca pela verdade-real" e o "livre convencimento" ou, ainda, de maneira prática, a dificuldade na solução da questão dos embargos declaratórios ou a dificuldade para que se faça cumprir o art. 315 do CPP, no qual são estabelecidas as seis cláusulas que forçam uma fundamentação mais robusta na sentença, estabelecendo uma espécie de heurística.

No âmbito do direito constitucional, é possível encontrar essa perspectiva a partir da utilização, sem qualquer critério, de princípios que se transformam em alibis persuasivos, fortalecendo cada vez mais o protagonismo judicial. A partir dessa perspectiva se estabelece uma versão vulgarizada do que seria o método da ponderação, usada de forma descriteriosa. Lembro, nessa linha, o trabalho de Fausto de Moraes, demonstrando que, ao longo de uma década, o próprio Supremo Tribunal Federal, em 189 casos nos quais invocou a proporcionalidade e a ponderação, não adotou aquilo que fora originalmente proposto por Robert Alexy em sua obra¹⁶. A ponderação alexyana é uma questão complexa, mas que é recorrentemente utilizada como trunfo retórico para colocar em jogo o protagonismo judicial e soltar as amarras interpretativas.

Feitas estas considerações, surge a questão inexorável que deve ser respondida: seria a elaboração de um código de processo constitucional a solução para questão do protagonismo judicial? É exatamente sobre esse questionamento que tratarei a seguir.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO INSTRUMENTALISMO

Há um debate contemporâneo, no âmbito denominado "diálogos institucionais", que trata da (in)compatibilidade entre Jurisdição e Democracia. Essa questão assume maior complexidade quando o país adota o modelo de controle difuso de constitucionalidade ao lado do controle concentrado.

Para autores como Jeremy Waldron, a resposta seria assertiva: sim, a jurisdição constitucional é antidemocrática. No entanto, não me filio a essa corrente, porque entendo não haver incompatibilidade entre a democracia e o seu controle feito pela regra contramajoritária da Jurisdição Constitucional.

Todavia, uma vez admitida a tese de que não há incompatibilidade entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia, cria-se um ônus argumentativo, que deve ser superado para demonstrar as condições de possibilidade pelas quais a Democracia não se transformará em uma "Juristocracia", evitando, assim, que a jurisdição faça uma fagocitose (no sentido ruim da palavra) da legislação e da própria Constituição.

Nesse sentido, o jusfilósofo Matthias Jestaedt faz uma crítica dura à jurisdição constitucional feita pelo Tribunal alemão. Diz o jusfilósofo que é muito difícil para o legislador concorrer com o Tribunal, porque o legislador passa meses fazendo acordos e trabalhando para que se possa aprovar uma determinada legislação, enquanto para o Tribunal basta uma tarde e alguns votos para alterar a legislação. Tratar-se-ia, portanto, de uma concorrência desleal, um "positivismo jurisprudencialista"¹⁷ no qual os tribunais impõem legislações como se fossem legisladores.

No entanto, a razão pela qual acredito e participo da elaboração deste Código de Processo Constitucional decorre do otimismo que tenho acerca de uma legislação processual bem construída, que pode impedir estes problemas e fazer com que o Direito não seja refém do protagonismo judicial.

Nesse sentido, há muito venho suscitando esta pergunta: o que é isto, o Direito? Os adeptos do realismo jurídico (e suas vulgatas voluntaristas) dirão que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é. Se assim fosse não seria mais Direito, mas, sim, "aquilo que

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

¹⁶ MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018.

¹⁷ Esta discussão sobre Jestaedt se encontra em meu Dicionário de Hermenêutica, já citado anteriormente.

os tribunais dizem que é". Portanto, outra coisa. Outros dirão que o Direito é apenas uma manifestação de poder. Nesse caso, se é uma manifestação de poder, também não é mais Direito. Já os adeptos da Análise Econômica do Direito dirão que o direito é aquilo que passar por uma Análise Econômica. E assim por diante.

Ademais, sempre haverá aqueles que dirão que a moral corrige o Direito. Todavia, se a moral corrige o Direito, já não há mais Direito, há moral. Nesse caso, quem corrigirá a moral? Alguns responderão, o Direito. E, assim, estará estabelecido um ciclo infundável. Por tais razões, sem cair na cisão positivista "direito-moral", defendo a tese de que, no Estado Democrático de Direito, há um grau acentuado de autonomia do direito, que é produto da moral, da economia e da política.

Defender que exista uma autonomia do Direito não é defender uma tese positivista, seja ela oriunda do positivismo "hard" ou, então, do positivismo inclusivo ou, ainda, do velho textualismo. Ao contrário, o Direito está entrelaçado com a moral, com a política e com a economia. A questão reside no seguinte ponto: uma vez posto o Direito, o papel do judiciário é o de realizar uma costura ou um ajuste (*fix*, no dizer de Dworkin), e não o de construir um Direito novo ou substituir o Direito pela vontade do julgador.

Faz-se necessária uma robusta base epistemológica para a construção de um código de processo constitucional, sem a ilusão acerca de uma mítica plenipotencialidade de textos legais e com a convicção de que não se pode cair na (falsa) dicotomia textualismo-voluntarismo. Esse é o desafio. Talvez o problema resida muito mais na Teoria do Direito do que no próprio objeto. Isto é: com quais matrizes teóricas contamos para interpretar e aplicar as leis? Esta é a pergunta que deve ser feita.¹⁸

O remédio para a questão do protagonismo judicial e para o debate entre democracia e jurisdição, bem como para que seja evitada a transformação da democracia em uma "juristocracia" é a existência de uma teoria da decisão jurídica, assim como se faz necessário que o direito cumpra sua função e que o direito controle o poder.

Historicamente, o Brasil não mostrou preocupação com a decisão jurídica. Uma das razões dessa ausência pode estar nos rumos que a própria Teoria do Direito tomou a partir do segundo pós-guerra. Basicamente, estabeleceram-se duas vertentes, uma mais ceticista, na qual se incluem, grosso modo, as

diversas teorias e posturas pragmatistas, como a análise econômica do direito, o realismo e outras teorias (empiristas) afins, e outra mais conservadora e formalista, que apostou em um certo grau de autonomia do Direito.

No Brasil, podem ser identificadas no decorrer das décadas o dualismo "formalismo-realismo", como que a repetir, de algum modo, aquilo que foi denunciado por Herbert Hart no seu Conceito de Direito, sob o título "ceticismo e formalismo".

Assim, dentro desta divisão, nenhuma das duas posturas necessita de uma teoria da decisão jurídica, uma vez que, para os pragmatistas, não há necessidade de critérios porque o poder é o próprio critério; já para os formalistas, também não há necessidade do estabelecimento de critérios, porque a legislação já é o critério¹⁹.

Veja-se que o tempo foi passando e estas questões não foram resolvidas adequadamente, razão pela qual chegamos aos nossos dias com um grave problema de protagonismo judicial e até mesmo de efetividade da Constituição, bem como um grave problema gerado pelo ativismo judicial²⁰.

De todo modo, existem elementos objetivos que apontam para a utilidade de um Código de Processo Constitucional. O caso do habeas corpus é emblemático. Por qual razão o Supremo Tribunal Federal necessita intervir para conceder habeas corpus para furtos insignificantes? Uma adequada normatização pode resolver o problema já no primeiro e no segundo graus de jurisdição.

CONCLUSÃO

Busquei abordar, de maneira bastante breve e direta, as razões pelas quais julgo salutar a elaboração de um Código de Processo Constitucional. Como visto, entendo que, por meio da elaboração de uma codificação bem "amarrada", poderemos superar os principais problemas que vivenciamos atualmente no âmbito da jurisdição constitucional.

Na primeira parte, abordei justamente aqueles que julgo serem os mais graves problemas da jurisdição constitucional contemporânea: a instrumentalidade do processo, em que o mesmo é visto apenas como uma ferramenta; e o principal problema que é justamente a alta aposta efetuada nesse protagonismo judicial.

De todo modo, resta a pergunta: será o Código de Processo Constitucional capaz de nos livrar do

¹⁸ Como apontei, venho me dedicando a responder essa questão há mais de 20 anos.

¹⁹ Para uma análise mais apurada acerca da questão: STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

²⁰ Digo que o problema não foi amplamente resolvido, porém salientando que na minha Teoria da Decisão Jurídica estabeleço três perguntas fundamentais que se adequadamente respondidas

separam adequadamente o que é ativismo judicial e o que é judicialização da política. Para uma aplicação prática ver o caso do *Homeschooling*, RE 888815/RS. In: STRECK, Lenio Luiz. *Homeschooling* e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. In: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 27 out 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/obse-rvatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 26 mai. 2022.

instrumentalismo? Se a resposta for negativa, o código será inútil. Mas, se a resposta for positiva, estaremos diante de um novo paradigma no qual poderemos confiar muito mais nas estruturas do que no protagonismo.

Numa palavra, um Código adequado não resolve problemas de jurisdição; porém, um Código pode servir como obstáculo à tentativa de transferir, no âmbito dos diálogos institucionais, o polo de tensão da legislação para a jurisdição.

Evidentemente que, para isso, precisamos de critérios para decidir. Não é proibido que se faça uma heurística, estabelecendo barreiras ao decisionismo (um bom exemplo é o artigo 489, do CPC, reproduzido no artigo 315, do CPP). Por outro lado, isso implica não sucumbir às teorias que colocam na vontade do poder o próprio critério decisório. É nesse sentido que construí, ao longo de duas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito, pela qual proponho uma base teórica e uma heurística jurisdicional²¹.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988.

DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. Empório do Direito. São Paulo, 11 out, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho#.YUyJnLVzHOk>.link. Acesso em: 10 ago. 2021.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale*. 3. ed. v. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

STRECK. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2018.

STRECK. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. //: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 27 out 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

STRECK. Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

STRECK. Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

²¹ Veja-se, nesse sentido, obras como STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; STRECK, Lenio. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio. Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2020; e STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

O EMERGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL

THE EMERGING CODE OF CONSTITUTIONAL PROCESS

José Laurindo de Souza Netto ¹, Karen Paiva Hippertt ², Adriane Garcel ³



O trabalho tem por escopo a exegese do emergente código de processo constitucional, sua real necessidade e as bases de sua formação doutrinária. A problemática está na necessidade da real compreensão da visão moderna e constitucional do processo, ante a perspectiva dinâmica e interdisciplinar dos direitos fundamentais. A investigação empreendida utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática; e quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos.

¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.

³ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho - EMATRA/UNIBRASIL. Graduação em Direito e em Letras. Mediadora Judicial, Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Neoconstitucionalismo; Estado de Direito; Código de Processo Constitucional.



The objective of this work is to study the phenomenon of technological transformation of the judiciary and the resulting procedural impacts, in light of the duty of efficiency and the new paradigm involving the delivery of jurisdictional services in the Code of Civil Procedure. The problem lies in investigating, in the face of the Judiciary crisis, the procedural impacts of the technological transformation of justice, maximally, regarding the fulfillment of the duty to search for a satisfactory performance, with adequate delivery of the jurisdictional provision. As a main contribution, it was the recognition of the Judiciary's infrastructure deficit as one of the causes of the justice crisis, which motivated the technological transformation of the Judiciary with satisfactory impacts in terms of improving efficiency in the delivery of jurisdictional provision in a society complex.



In conclusion, constant innovation with the adoption of new technologies in Justice served as a kind of contribution necessary to provide efficiency and economy in the face of the high procedural burden arising from the Justice crisis. Finally, as a response to the proposed problem, innovation was evidenced that it gives the Judiciary power to face the challenges imposed by the current scenario with strategy.

Keywords: Constitutional Right; Neoconstitutionalism; Rule of Law; Code of Constitutional Process.

INTRODUÇÃO

A revolução ideológica das constituições, decorrente da crise do Estado de Bem-Estar, marca a substituição do papel quase que figurativo conferido às constituições, para um mais substancial, com inserção de um amplo catálogo de direitos.

Com a constitucionalização do direito como um todo, a Constituição se alastra por todos os ramos do direito, marcando o redirecionamento do ordenamento que, uma vez a ela subordinado, deverá ser lido à luz de seus princípios e valores.

Com isso, o modelo do processo se complexifica convergindo a dimensão dúplice, Processual e Constitucional.

Destarte, é no processo que a Constituição, enquanto voz do povo, se estampa, no conteúdo dos princípios e regras processuais constitucionais. Nele, ganha vida a democracia, com materialização de todas as garantias, antes, meramente formalizadas.

Neste segmento, a correspondência entre Processo e Constituição no Estado de Direito mostra-se inevitável, porquanto aquele se tratar de instrumento de realização da justiça e dos valores Constitucionais.

As inúmeras passagens de natureza processual na Constituição Cidadã, com procedimentos constitucionais diversos, Ação Civil Pública, Ação Popular, Habeas Corpus, Habeas, Mandado de Segurança individual e coletivo, Mandado de Injunção Seção e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, enquanto instrumentos de efetivação dos anseios do Estado de Direito, além do extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais nela inseridos, reforçam ainda mais a inevitável imbricação entre Processo e Constituição.

Neste sentido, cogita-se um novo ramo autônomo da ciência jurídica apto a agrupar e sistematizar as regras esparsas tornando-as mais claras, o Processo Constitucional, cuja codificação em fase de elaboração, permitirá a manutenção do Estado de Direito, também com a realização dos direitos humanos e fundamentais.

Dito isto, o presente estudo tem por escopo a exegese do emergente Código de Processo Constitucional, sua real necessidade e as bases de sua formação doutrinária.

A problemática reside na necessidade da real compreensão da visão moderna e constitucional do processo, ante a perspectiva dinâmica e interdisciplinar dos direitos fundamentais.

A investigação empreendida utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas. Quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada, pois objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática. Quando ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos.

A exposição, por seu turno, se desenvolverá em dois capítulos, para além da introdução e conclusão. Investigar-se-á, primeiramente, a questão da entrega da prestação jurisdicional no Código de Processo Civil para, na sequência, adentrando-se na análise constitucional das garantias fundamentais do processo, com enfoque no dever de eficiência. Por fim, a problemática do presente estudo será objeto de análise.

1 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme esclarece DONIZETTI ⁴, "a doutrina atual costuma dizer que o processo civil "constitucionalizou-se". Mas, no Brasil, isso sucedeu no direito como um todo, estendendo-se para todos os ramos, Direito Civil Constitucional, Direito Penal Constitucional e tantos outros ⁵.

Em um primeiro momento, no âmbito do Direito Processual Civil, a mudança de paradigma se deu ao final do século XIX quando se autonomizou e, na sequência, transitou do período instrumental ao neoprocessualismo, amoldando-se a uma "perspectiva constitucional".⁶

Neste segmento, com o fenômeno da constitucionalização do Processo Civil, e do direito como um todo, o processo, composto pelos seus institutos fundamentais, assim como aconteceu com todos os ramos do direito, passa a ser lido à luz da Constituição — ordem fundamental que é, direciona todo o ordenamento a ela subordinado, à luz de seus princípios e valores.

No modelo constitucional, não há mais espaço para um processo senão complexo, com confluência, para uma perspectiva dúplice, processual e constitucional.

Isso se evidencia em grande parte com a redação conferida a própria Constituição que contempla disposições, até mesmo específicas, relativas a outros tantos ramos do Direito, extrapolando as que ordinariamente seriam tratadas neste tipo de legislação. Como também, ante a adoção de extenso rol

⁴ DONIZETTI, Elpidio. Curso de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. ISBN 978-85-97-02460-9. p. 23. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/epubcfi/6/44%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch02%5D!/4/46%5Bsec1-2%5D/2%400:0>. Acesso em: 27 mai. 2021.

⁵ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4. 2009.

⁶ NUNES, loc. cit.

de garantias e direitos fundamentais, com consagração de "inúmeros (...) especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo"⁷.

A dissolução das barreiras antes existentes face ao processo, também se reflete na legislação processual civil, com adoção, já de início, no art. 1º, de um amplo rol de princípios constitucionais como espécie de "Linha mestra de construção" do "sistema processual civil brasileiro"⁸, para que "seja na dinâmica do seu desenvolvimento, seja na sua operacionalização", respeite "primariamente a constituição, bem como, passo seguinte", os "preceitos estratificados no corpo do próprio Código à luz daquela compreensão constitucional"⁹.

Para SARMENTO¹⁰, a constitucionalização marca a substituição do papel quase que figurativo, com caráter meramente pragmático e previsão de direitos negativos, conferido às constituições, para um mais substancial, com inserção de um amplo catálogo de direitos que exigem do Estado atuação positiva, "espraiando seu alcance por sobre todas as áreas do Direito".

Com a crise do Estado de Bem-Estar e os horrores que marcaram os regimes de exceção, tornou-se inevitável a revolução ideológica das constituições, exigindo-se mais da Administração Pública.

Conforme explana DANTAS¹¹, "[...] a meta central das constituições modernas pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de exercício de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, sua efetivação".

Com isso, a interpretação e a própria disciplina do processo sofreram alterações, esse se transfigurando em duas disciplinas, "Direito Processual

Constitucional" (DPC) e "Direito Constitucional processual"¹². Aquele, voltado a chamada "justiça constitucional", com ponto de partida nos estudos de Kelsen, direcionados para a efetividade da Constituição com o processo; e esse, para a "constitucionalização da justiça", com regulação constitucional das instituições, tendo, neste caso, Fix-Zamudio como seu teórico principal.¹³

Para Schonardie¹⁴, a disciplina do Processo Constitucional estuda os mecanismos para efetivação dos anseios constitucionais, abrangendo, de um lado, "a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro, a jurisdição constitucional".

Destarte, trata-se de âmbito protecionista e garantista, com metodologia voltada a concretização e tutela das garantias Constitucionais fundamentais. Referindo-se, em síntese, ao Processo Constitucional stricto sensu, composto pelas ações que viabilizam o exercício do controle de constitucionalidade, bem como os remédios constitucionais, voltados a defesa das liberdades e direitos individuais. Por isso, no Brasil, ser equivocado associar a terminologia "justiça constitucional" enquanto sinônimo de "Controle de Constitucionalidade", já que possível o controle abstrato pelos juízes ordinários¹⁵. Nestes termos¹⁶:

Considerando que o Direito Processual é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a aplicação, ao caso concreto, das normas de Direito material, pode-se afirmar que o processo tem uma finalidade instrumental, garantista e sociopolítica, na medida em que os institutos de Direito Processual Constitucional podem atingir sua finalidade, que é investigar a verdade e distribuir justiça (Siqueira Júnior, 2011). Dessa forma, o processo constitucional assegura a vontade da Constituição e consagra o bem

⁷ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4. 2009.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 13

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JR., Zulmar Duarte de Oliveira. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015. p. 2 -3.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. //: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 15.

¹¹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. Revista CEJ, 2010.

¹² OLIVEIRA e BAHIA discordam da separação em duas disciplinas, já que à luz da constitucionalização do direito, todo o Direito Processual é, necessariamente, constitucional, ao passo dele se originar. Além do mais, a "questão constitucional" está sempre presente no processo brasileiro, refletido no meio ordinário de controle de constitucionalidade, que é o difuso. – (CATTONI DE

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. Revista CEJ, Brasília, v. 30. p. 10 - 12, jul./set. 2005).

¹³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4. 2009.

¹⁴ SCHONARDIE, Elenise Felzke. Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. E-book. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijuí.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹⁵ O uso da terminologia "Jurisdição Constitucional" referindo-se com exclusividade ao controle de constitucionalidade das leis apenas se mostra adequado nos países que não realizam controle político e abstrato de constitucionalidade, posto referir-se apenas aos Tribunais Constitucionais. – (FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968. p. 207).

¹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008. p. 45.

Ato contínuo, para Fix-Zamudio¹⁷ três são os pilares que compõe o DPC, jurisdição constitucional da liberdade, englobando os instrumentos nacionais e internacionais voltados a tutela dos direitos humanos; jurisdição constitucional orgânica, "destinada à proteção direta das disposições e princípios constitucionais que consagram as atribuições dos diversos órgãos do poder, quadrante em que se encontra o controle judicial de constitucionalidade"; e jurisdição constitucional transnacional, "que enfoca as relações e os conflitos entre a aplicação das disposições constitucionais e as que pretendem ao campo transnacional, sendo que algumas destas últimas conformam parte do ordenamento jurídico interno em forma direta ou por meio de mecanismos de incorporação".

Diferentemente, o Direito Constitucional Processual, consiste no próprio rol de princípios e garantias processuais fundamentais, constitucionalmente previstos. É o caso das garantias constitucionais do processo.

Inobstante, certo é que, um ou outro, a tendência é por um modelo constitucional de processo, em uma estrutura piramidal, com a Constituição no topo, permeando todo o ordenamento jurídico.

Malgrado, ao dar concretude aos valores erigidos pela sociedade e dispostos na Constituição, é na jurisdição, enquanto "jurisconstrução"¹⁸, que os efeitos da constitucionalização se acentuam, adquirindo feição constitucional, voltada à salvaguarda da ordem jurídica e social.

Conforme adverte SCHONARDIE¹⁹, "a jurisdição realiza-se por meio de um processo judicial e encontra seu limite tanto na legitimidade quanto na competência".

Neste segmento, ao consagrar o Estado de Direito, regido por normas democráticas, orientadas a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 1º da Constituição Federal dá destaque ao princípio democrático²⁰ que, em conjunto com o artigo 14, trata da autoridade atribuída ao governo pelo povo, estabelecendo limites ao exercício de cada um dos três poderes.²¹

O estabelecimento de limites e sujeições assegura não só os direitos e garantias fundamentais face violações promovidas pelo Estado como também impede o estabelecimento de regimes de exceção. São justamente os imperativos, negativos e positivos, que fundamentam a legitimação, ou não, do poder, conferindo soberania ao povo e robustecendo o Estado de Direito²².

Tendo-se como impensável, no Constitucionalismo Contemporâneo, se perder de vista o regime democrático e realização dos direitos fundamentais, cabe ao "Judiciário uma espécie de salvaguarda para eventuais rupturas"²³, atuando, em sobressalência, na ausência dos demais poderes políticos, quando inoperantes. Daí o expressivo aumento da sua participação nas esferas políticas nas últimas décadas, com a crise da justiça como reflexo inevitável.

Para NUNES²⁴, a ênfase no Judiciário liga-se a uma mudança de concepção "quanto ao seu papel: "de mera *bouche de la loi* (...) para agente "catalisador" de políticas públicas". A partir do momento em que Legislativo e Executivo mostram-se inoperantes, a jurisdição desponta "como a grande caixa de ressonância dos anseios por "concretização" de direitos (e cumprimento das promessas previstas constitucionalmente)".

¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, n. 10, p. 131 – 192. 2006.

¹⁸ Utilizado por CÂMARA para conceituar a Jurisdição. A terminologia representa contraponto a conceituação oitocentista que vislumbra a jurisdição como a função estatal de atuação da vontade da lei. Refere-se ao instituto fundamental como função conferida ao Estado de solucionar, de forma juridicamente correta e legítima, as causas a ele submetidas, por meio do processo. Isto é, a jurisdição como "jurisconstrução", que tem como resultado, não uma solução indiferente, mas, dentre as diversas opções existentes, uma resposta que seja "correta, uma decisão constitucionalmente legítima, e só ela pode ser a proferida em cada caso concreto". Quando do exercício de seu poder-dever, que é a jurisdição, deve o Judiciário "identificar, através de um processo de que participam, cooperativamente, todos os interessados, a solução correta da causa que lhe foi apresentada. E dar ao processo essa solução correta. Este resultado juridicamente correto, constitucionalmente legítimo, do processo, é o resultado da atividade jurisdicional". – (CÂMARA, Alexandre Freitas O novo processo civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 31).

¹⁹ SCHONARDIE, Elenise Felzke. Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijuí.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Constituição Federal Comentada. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 4.

²¹ SCHONARDIE, Elenise Felzke. Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijuí.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²² SCHONARDIE, Elenise Felzke. Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijuí.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²³ SCHONARDIE, loc. cit.

²⁴ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4. 2009.

Neste cenário, a Justiça Constitucional, nos moldes do que sublinha MOREIRA²⁵, é elemento obrigatório que legitima e da credibilidade ao regime democrático. Junto dela, a jurisdição sob o manto da Constituição é inerente a própria definição do Estado de Direito, uma vez tratar-se de condição à viabilidade do modelo, assegurando a realização dos direitos fundamentais.

2 A IMPORTÂNCIA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONAL

A correspondência entre Processo e Constituição é secular e remonta aos clássicos estudos da Teoria Pura do Direito de Kelsen²⁶.

Para Mac-Gregor²⁷, foi com o surgimento Tribunais Constitucionais, sobretudo, com Corte Constitucional austríaca e publicação da obra de Hans Kelsen que a ciência do Direito Processual Constitucional ganhou destaque.

No âmbito internacional, sublinha FUX²⁸, evidenciam-se inúmeras passagens de natureza Processual nas Constituições, a título de exemplo:

O panorama mundial não é diferente, por isso que ad exemplum poder-se-ia mencionar a emenda da Constituição americana de 1791, que consagrou o *Due Process of Law*; a Constituição mexicana de 1917, instituidora do denominado *juicio de amparo*, que é a fonte imediata do nosso Mandado de Segurança; a Constituição italiana prevê o dever de motivar as decisões; na Lei Fundamental Alemã, como é conhecida a carta germânica inspirada em Friedrich Muller, é também extensiva ao Poder Judiciário a máxima de que "todo poder emana do povo e em seu nome é exercido"; a Constituição portuguesa, adotando uma linha de vanguarda, alinha como garantia precedente ao acesso à justiça o denominado "direito de informação" na justa percepção de que quem não sabe os direitos que ostenta não pode exercê-los em juízo; a Carta da Costa Rica reclama como garantia do jurisdicionado uma Justiça pronta e plena, tal como a atual brasileira quando alude à duração razoável dos processos; a Constituição espanhola preconiza um processo oral etc.

Do mesmo modo, no Brasil, a concepção de que a validade das regras de direito material e processual tem por âmago a Constituição Federal impactou todas as constituições brasileiras após o seu surgimento.

Neste segmento, se a partir da Carta Imperial às Constituições introduziram-se diversas passagens de natureza processual — cabimento do Habeas Corpus e da ação popular, a garantia processual do Tribunal do Júri, na Constituição da República, do Mandado de Segurança e todas as garantias decorrentes do devido processo legal, nas Constituições de 1934 e 1946, respectivamente — daí para frente, nas que se seguiram, cada vez mais, foram se ampliando, minudenciadas as medidas, remédios e garantias processuais.

Para fins meramente ilustrativos, atualmente, passou-se a ter, o mandado de segurança individual, coletivo, habeas corpus, habeas data, concessão de liminares, princípio da inafastabilidade da jurisdição, independência e harmonia entre os poderes, efetividade, isonomia, imparcialidade do juiz, duração razoável do processo, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, juiz natural, licitude das provas, persuasão racional, motivação das decisões razoabilidade, boa-fé, dentre muitos outros, que juntos compreendem instrumentos essenciais à efetivação dos anseios do Estado de Direito.

A Constituição Cidadã, em especial, é tida como uma das que possui o maior catálogo de direitos e garantias, que servem como fonte hermenêutica a partir da qual todo o ordenamento deverá ser compreendido, diante das situações concretas que se colocam.

Contemporaneamente, em posição central, a Constituição irradia suas premissas metodológicas inafastáveis, com inserção de regras e princípios nos mais diversos ramos do direito, prevalecendo na atividade hermenêutica quando da aplicação da legislação infraconstitucional²⁹.

Diante disto, se a jurisdição é "função voltada para o povo"³⁰, o processo é espécie de ferramenta a serviço da realização da justiça material, contribuindo para a materialização dos objetivos visados pela Democracia.

É no processo que a Constituição, na qualidade de voz do povo, se estampa, no conteúdo dos princípios e regras processuais constitucionais. Nele, ganha vida a democracia, com materialização de todas as garantias, antes, meramente formalizadas, "transmutando-se em instrumento por meio do qual"

— mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. — (BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UFRJ. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan.-jun. 2012. p. 13.).

³⁰ FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 10.

²⁵ MOREIRA, Vital. Princípio da constitucionalidade. In: SANTIAGO, Carlos Ortega. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1993. p. 177.

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

²⁷ FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 64.

²⁸ FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 4.

²⁹ É a partir deste fenômeno que [...] a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia

realiza-se a justiça, com proteção das minorias populares, equidade e liberdade³¹. Nestes termos, FUX³²:

É cediço que na luta entre o forte e o fraco é a justiça que liberta. E assim o é no exercício do direito de agir em juízo, porquanto a propositura de uma ação que deflagra o processo de surgimento de uma resposta judicial gera a liberdade sob o pálio da autoridade da justiça. O Habeas Corpus e o Mandado de Segurança, acompanhados pela possibilidade de concessão de liminares, representam instrumental imprescindível para a efetivação da garantia da liberdade. Relevante aspecto contemporâneo da simbiose entre o processo e a democracia reside na própria prestação da justiça em si. É que a festejada exacerbação da consciência cívica conduz o povo a aferir a legitimação democrática da própria essência da resposta judicial. O Poder Judiciário deve decidir, sempre que possível, consoante as vozes sociais, conferindo, assim, legitimação democrática às suas decisões, notadamente nos processos objetivos nos quais são debatidas e resolvidas questões atinentes aos valores de uma sociedade, como, por exemplo, a descriminalização do aborto de feto anencefálico e a marcha da maconha. O ponto deve ser compreendido à luz da cláusula mater da democracia, no sentido de que "todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido".

Considerando, ainda, a cláusula mater da democracia de que "todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido"³³, a relação entre processo e democracia destaca-se na entrega da prestação jurisdicional quando da possibilidade de interlocução das vozes sociais. A devida participação popular legitima o caráter democrático das decisões.

Tem-se, neste sentido, o papel das ações coletivas e a figura do amigo da corte, bem como dos mecanismos externos de controle pelo CNJ.

Para além, à Constituição de 1998 instrumentos outros de controle foram incorporados, Ações Constitucionais, Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Mandado de Injunção, correspondendo aos mais importantes instrumentos de defesa da Constituição.

Neste segmento, diante das inúmeras ações constitucionais existentes, regras e princípios processuais, passou a "se cogita, na atualidade, um

novo ramo da ciência jurídica, qual seja, o Direito Processual Constitucional³⁴".

Conforme conceitua ABBOUD³⁵, tanto o Processo Constitucional como o Direito Constitucional Processual compõe a chamada justiça constitucional, que corresponde a "forma e instrumento de garantia para a atuação da Constituição".

Inobstante, conforme explicado no tópico antecedente, o Processo Constitucional é subsistema processual voltado à defesa e implementação dos valores, princípios e normas fundamentais, englobando "às ações, institutos e elementos relacionados à proteção dos direitos humanos fundamentais e à promoção e defesa da Constituição em âmbito normativo (...)", tais como, "(...) habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, ação direta interventiva (federativa), e as ações diretas de controle abstrato da constitucionalidade das leis (atualmente são quatro)³⁶".

Trata-se do procedimento democrático que assegura a manutenção da própria democracia, por meio da defesa da Constituição e leis estabelecidas democraticamente³⁷.

Conquanto, apesar da importância da disciplina autônoma para a promoção dos direitos humanos fundamentais, ainda não há uma adequada sistematização da legislação que trata da matéria de forma dispersa — uma barreira ao seu adequado funcionamento.

Neste sentido, a sistemática de um Código de Processo Constitucional iria impactar positivamente e de forma prática toda a sociedade, conferindo tratamento adequado, "com maior intensidade e clareza de seu sentido real, colocando o Direito (enquanto ordem jurídica estatal) a serviço dos direitos humanos (ordem jurídica da sociedade)", consoante destacam BELAUNDE e TAVARES³⁸.

O Processo Constitucional se destaca à medida que se coloca a serviço da manutenção dos pilares do Estado Democrático de Direito, assegura os direitos humanos e fundamentais. Isso porque, "é na jurisdição constitucional, seja por meio de processos subjetivos ou de controle concentrado de constitucionalidade que os direitos fundamentais são resguardados em última instância³⁹".

³¹ Ibid., p. 11.

³² Ibid., p. 12.

³³ FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 12.

³⁴ Ibid., p. 6.

³⁵ ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5614-025-4. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v4/page/II>. Acesso em: 1 jul. 2021.

³⁶ BELAUNDE, Domingo García; TAVARES, André Ramos. Por que um Código Processual Constitucional?. Revista Brasileira de Estudos

Constitucionais. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out-dez. 2010. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público).

³⁷ FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 49.

³⁸ BELAUNDE, loc. cit.

³⁹ ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5614-025-4. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v4/page/II>. Acesso em: 1 jul. 2021.

Sua codificação busca agrupar e sistematizar as regras esparsas, de modo a alcançar "uma unidade com o restante do ordenamento jurídico e critérios gerais de interpretação", "importantes de serem observados na realização (judicial) dos direitos humanos fundamentais".⁴⁰

Destarte, a regulação uniforme de um autêntico Processo Constitucional é importante passo para afastar eventuais óbices formais à consecução do direito material, além de legitimar os direitos humanos e fundamentais, também orientando de forma pedagógica a atividade hermenêutica através de uma ordem geral principiológica.

3 AS BASES DOUTRINÁRIAS DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL

Conforme ressalta SALDANHA⁴¹ "os Códigos sempre surgem na desembocadura de uma crise".

Igualmente, o Código de Processo Constitucional conclama a população a defender o Estado de Direito e a Constituição em meio a uma crise sem precedentes, "moral, econômica e social que ora açoita o país e abala a forma representativa de governo"⁴².

Remontando ao XIX, as primitivas codificações, posteriores à queda do ancien régime, inspiravam-se no Código Napoleônico e na filosofia racionalista de Kant. Nestes termos, NETTO⁴³:

No iluminismo racionalista que influenciou o Estado liberal, a norma estava desconectada de uma indagação de sua justiça intrínseca. O dogma da completude da lei não admitia a existência de lacunas como forma de evitar a distorção do espírito legal.

Seguindo o caminho da corrente do positivismo, sobressaltavam-se os princípios cardeais da legalidade e legitimidade, com anexação deste naquele, como axioma basilar do ordenamento.

A valer, a inserção da legalidade representava reação da burguesia revolucionária a concepção monárquica de Estado. As revoluções burguesas viam nela espécie de limitação ao poder soberano. No entanto, o modelo napoleônico alienava-se

completamente da realidade social. Preso a exegese formal, sob o manto da lógica subsunção do silogismo, acentuou o descompasso entre a lei e a realidade.⁴⁴

A crença que se tinha era na chamada razão pura e no dogma da completude da lei, de tal modo que a jurisdição compreendia a aplicação simplória da lei pelo juiz, concretizando-se apenas com a proteção dos direitos consagrados em lei quando violados.⁴⁵

Neste cenário, as regras ascendiam, fática e valorativamente, aos princípios e qualquer atividade hermenêutica no sentido de criar direitos era impedida.⁴⁶

Com efeito, os Códigos ocupavam posição central, com desvalorização das Constituições, hierarquicamente inferiores, vistas apenas como cartas programáticas. Por isso, se diz que, em "(...) geral, a morada segura e ostentosa do jurídico não era então a Constituição, mas o Código", valendo mais "(...) uma regra de direito positivo que um princípio de direito natural".⁴⁷

No século XX, com o declínio do liberalismo, os valores revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade perdem força. Somado a isso, tão logo produzidos, os Códigos já começavam a se desfigurar e desatualizar.

Quando o positivismo mostra suas fraquezas, dá-se início ao processo de substituição da devoção ao legalismo puro e simples pelo humanismo social, com o progressivo reconhecimento dos valores.

Conforme destacado no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Constitucional, os "(...) códigos desse individualismo decadente se tornaram com a evolução social, segundo visão crítica da história, a rubrica jurídica da imobilidade, do "*status quod*", às vezes até do atraso, da frieza, da estagnação da lei".⁴⁸

Superada a primeira fase de codificação do Estado Moderno, sob o manto da teoria material, axiológica e principiológica, da Constituição e do Direito, funda-se uma nova hermenêutica, com a elaboração, pelos publicistas da Democracia, dos Códigos contemporâneos e renovação dos antigos.

A reforma engendrada pela influência publicista jurídica renovadora sucedeu o reconhecimento da normatividade da Constituição, dos seus valores e princípios, os deslocando ao ápice da

⁴⁰ ABBoud, loc. cit.

⁴¹ SALDANHA, Nelson. Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 39.

⁴² BRASIL. Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.

⁴³ 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/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁴⁴ NETTO, loc. cit.

⁴⁵ Id., 2013, p. 69 – 90.

⁴⁶ NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. 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, p. 69 – 90, 2013.

⁴⁷ BRASIL. Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.

⁴⁸ BRASIL, loc. cit.

esfera valorativa, de sorte que passaram a irradiar-se por todo o ordenamento jurídico.⁴⁹

Com o "o reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional", dá-se início a um novo paradigma⁵⁰ que abre espaço para "a reinserção da compreensão da realidade concreta e dos valores morais, antes alijados do estudo do Direito e do processo"⁵¹.

Neste segmento, extraem-se dois momentos axiológicos, marcos do desenvolvimento do direito natural. O primeiro, com o positivismo e a legalidade em destaque, que "gerou a codificação e o direito escrito"⁵², posteriormente, denominado Filosofia do Direito. O segundo, no século XXI, quando se torna fonte da contemporânea legitimidade, fundada em uma ordem de valores alicerçada no bloco principiológico, premissa de todo o ordenamento jurídico, rompida a clássica legalidade do positivismo. Daí o axioma apresentado pelos redatores do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Constitucional: "o direito natural promulgou a Constituição e o direito positivo códigos"⁵³.

Destarte, presentemente, é impensável, sob o manto do neoconstitucionalismo e à luz das inúmeras gerações de direitos fundamentais, que não cansam de

surgir, a alma Constitucional, ou espírito da Constituição⁵⁴, senão inserido nos Códigos, iluminando todo o ordenamento, a atividade legislativa e hermenêutica; os princípios, senão dotados de juridicidade, prevalecendo sobre a legislação ordinária.⁵⁵

Na segunda fase de codificação, as Constituições já nascem repletas de princípios e valores, com reflexos que transcendem a atividade normativa e hermenêutica, por isso ser inconcebível o contrário.

BONAVIDES e SARAIVA⁵⁶ retratam bem o estado da arte apontando ser comum, no período que vai do império a República, uma certa prudência e cautela em instituir códigos, com um afã, contrário senso, em realizar diversas emendas às Constituições.

Inobstante, o cenário atual é outro. Em vias de crise, há a exigência pelo desenvolvimento de uma legislação avançada, aperfeiçoada, apta a salvaguardar efetivamente as garantias processuais constitucionais, para que, em meio à turbulência, os pilares democráticos reestabelecidos em 1988 mantenham-se íntegros.

⁴⁹ "Com a mudança de paradigma do Estado Legislativo (Liberal) para o Estado Constitucional, a lei pede a sua primazia na ordem jurídica, dando lugar à Constituição, que, nesse contexto, ganha atributos que lhe conferem maior imperatividade". (...) Assim, questionada a perfeição e legitimidade da lei, há o gradual abandono da perspectiva liberal e positivista, em que a validade da lei se sustentava na sua perfeição formal, e uma consequente retomada (ou busca) pelo conteúdo substancial das leis, estampados nas constituições. Neste contexto, o positivismo perde espaço, uma vez que a lei, subordinada aos princípios constitucionais e de justiça, deixa de ser objeto científico. A legitimidade do sistema se vê deslocada da supremacia da lei e sua interpretação positivista à possibilidade de concretização dos valores constitucionais, com hermenêutica diferenciada. – (NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. 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, p. 69 – 90, 2013).

⁵⁰ Id., 2009, p. 6568.

⁵¹ Cf. NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. 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, p. 69–90, 2013; 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, v. 1, 2012.

⁵² BRASIL. Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>.

f. Acesso em: 1 jul. 2021.

⁵³ BRASIL, loc. cit.

⁵⁴ Para QUINTANA, a "(...) alma ou espírito da Constituição está conformado pelo complexo, integral e orgânico, dos valores essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos, etc., assim como dos ideais, finalidades, propósitos e, em geral, condições que inspiram, amimam e fundamentam a totalidade ou parte qualquer do texto do corpo da Constituição, enquanto lei funcional, fundamental e suprema do país" – (QUINTANA, Segundo V. Linares. Tratado de *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 289). Trata-se, nos dizeres de PIERANDREI, do núcleo fundante, central da Constituição, os chamados preceitos constitucionais fundamentais. – (PIERANDREI, Franco. *L'Interpretazione della Costituzione*. Milano, 1952. p. 496). Melhor dizendo, conforme esclarece TAVARES, "(...) representa a conotação daquilo sem o que não há nem como identificar uma Constituição. São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional. – (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 230).

⁵⁵ "Nesse sentido, não se pode olvidar que, assim como o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi concebido como reação às atrocidades cometidas pelo nazismo, é notório que a Constituição de 1988 foi pensada sob os escombros dos abusos da ditadura civil-militar brasileira, de modo que, dadas as devidas proporções, a Constituição apresente o mesmo espírito de busca da valorização da pessoa humana e de repúdio a qualquer forma de arbítrio que informe a proteção internacional dos direitos humanos". – (NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. 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, p. 69–90, 2013).

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. 1.folha.uol.com.br, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz10/01201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021.

Em tempos tão complexos, em que o Processo Constitucional adquiriu relevância tamanha⁵⁷, a entrega adequada — precisa, próspera, diligente e equilibrada — da prestação jurisdicional exige que à disposição do juiz constitucional existam técnicas, formas, ações e meios instrumentais processuais correspondentes. Daí a relevância de um Processo Constitucional, que em harmonia com as realizações contemporâneas, englobe toda a sistemática constitucional em um todo robusto, unitário e coordenado.

Com efeito, a unidade processual ainda inexistente. As leis inter-relacionando Processo e Constituição, ações constitucionais de defesa de direitos e de controle de constitucionalidade, encontram-se espalhadas em diversas legislações pelo ordenamento. A codificação, por seu turno, é necessária, já que apta a sistematizar as garantias processuais, tornando bem-sucedido o mister por de trás da redemocratização de 1988.

Seguindo a mesma linha daquilo que já se deu em países como Perú, Costa Rica e Bolívia, fundamental a edição de um Código de Processo Constitucional, que viria justamente para conferir fôlego e reforçar o espírito de constitucionalidade e tudo que ele engloba, tornando "a Constituição cada vez mais efetiva na confluência: norma, jurisdição e processo"⁵⁸.

Malgrado, se é da crise que surgem os Códigos, conforme acentua SALDANHA⁵⁹, o Código de Processo Constitucional, elaborado por uma geração de juristas formados à luz do espírito da Constituição, tem por base a busca pela estabilidade do regime, com salvaguarda da Constituição, do Estado de Direito, segurança jurídica e liberdade.

Quando não há mais para onde correr, é na Constituição que se deve socorrer, fortalecendo seus mecanismos. Essas são as bases do emergente Código Processual Constitucional.

CONCLUSÃO

A correspondência entre Processo e Constituição remonta aos clássicos estudos da Teoria Pura do Direito de Kelsen⁶⁰.

No Brasil, foi a partir da Carta Imperial que às Constituições introduziram-se inúmeras passagens de

natureza processual, as quais foram, cada vez mais, se ampliando, minudenciadas as medidas, remédios e garantias processuais.

Na contemporaneidade, diversos são os procedimentos constitucionais voltados à efetivação e defesa do Estado de Direito, Ação Civil Pública, Ação Popular, Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança individual e coletivo, Mandado de Injunção Seção e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, enquanto instrumentos de efetivação dos anseios da Democracia. Isso, sem falar no extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais que reforçam ainda mais a inevitável imbricação entre Processo e Constituição.

Destarte, superado o império do positivismo avassalador, com crença na razão pura, anexação do princípio da legitimidade ao da legalidade, enquanto axioma fundante, e ascensão das regras aos princípios, no século XX, dá-se início a uma segunda fase no desenvolvimento do direito natural.

Neste segmento, em um primeiro momento, tem-se o positivismo e a legalidade instituindo códigos⁶¹ e, na sequência, com o século XXI, a legitimidade condicionada a uma ordem de valores alicerçada no bloco principiológico, premissa de todo o ordenamento jurídico.

Na segunda fase de codificação, as Constituições já nascem repletas de princípios e valores, com reflexos que transcendem a atividade normativa e hermenêutica.

Dado isso, e sob o manto daquilo que ficou conhecido por neoconstitucionalismo, presentemente é impensável o espírito da Constituição senão inserido nos Códigos, iluminando todo o ordenamento, a atividade legislativa e hermenêutica; os princípios, senão dotados de juridicidade, prevalecendo sobre a legislação ordinária.

Malgrado, é no processo que a Constituição, na qualidade de voz do povo, se estampa, no conteúdo dos princípios e regras processuais constitucionais. Nele, ganha vida a democracia, com materialização das garantias e robustecimento dos seus pilares.

Inobstante, apesar da relevância da disciplina autônoma do Processo Constitucional, não há ainda uma codificação que reúna de forma sistemática, coesa

⁵⁷ "Com efeito, partimos da averiguação de que o processo constitucional aufere hoje no ordenamento jurídico nacional crescente relevância por haver alcançado já segmentos de larga faixa da sociedade. Alguns julgados do STF despertam a atenção de distintas camadas sociais, de tal sorte que demandam uma compreensão mais acurada das ações de controle julgadas perante aquela corte, bem como outras de defesa e garantia dos direitos fundamentais decididas em diversas instâncias judiciárias". — (BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. 1.folha.uol.com.br, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021).

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. 1.folha.uol.com.br, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1001201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021

⁵⁹ SALDANHA, Nelson. Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 39.

⁶⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

⁶¹ BRASIL. Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.

e robusta, em um só texto, todas as ações constitucionais, regras e princípios. Em verdade, o que se tem são diversas legislações que tratam da matéria de forma esparsa.

Neste segmento, passou a se cogitar o Processo Constitucional enquanto novo ramo da ciência jurídica ⁶² que se coloca a serviço da manutenção dos pilares do Estado Democrático de Direito, realização dos direitos humanos e fundamentais.

A regulação uniforme da legislação esparsa em um autêntico Processo Constitucional é primordial para afastar eventuais óbices formais à consecução do direito material, com concretização dos direitos humanos e fundamentais, também, orientando de forma pedagógica a atividade hermenêutica através de uma ordem geral principiológica.

Em tempos tão complexos, em que o Processo Constitucional adquiriu posição de relevo, a entrega precisa, próspera, diligente e equilibrada da prestação jurisdicional exige que à disposição do juiz constitucional existam técnicas, formas, ações e meios instrumentais processuais correspondentes.

Assim sendo, a relevância de um Processo Constitucional decorre do fato de que estruturará caminho robusto, unitário, sistêmico e coordenado direcionando a manutenção do Estado de Direito, com resguardo da alma constitucional, mesmo quando o pior cenário se impuser.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. ISBN 978-65-5614-025-4. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/r/monografias/111488027/v4/page/II>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. Revista CEJ, Brasília, v. 30. p. 10 - 12, jul./set. 2005.

BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lobo. Proposta: Código de Processo Constitucional. 1.folha.uol.com.br, São Paulo, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1001201009.htm>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UFRJ. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan.-jun., 2012.

BELAUNDE, Domingo García; TAVARES, André Ramos. Por que um Código Processual Constitucional?. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out.- dez. 2010. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2008.

BRASIL. Código Brasileiro de Processo Constitucional: relatório e as bases doutrinárias. Conselho Federal da OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas O novo processo civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Breves considerações sobre o direito processual constitucional. Revista CEJ, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. Curso de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book. ISBN 978-85-97-02460-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/epubcfi/6/44%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch02%5D/4/46%5Bsec1-2%5D/2%400:0>. Acesso em: 27 mai. 2021.

FERRER MACGREGOR, Eduardo. Derecho procesal constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2008.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965. México: UNAM, 1968. p. 207.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho procesal constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, n. 10, p. 131-192, 2006.

FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

⁶² FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 6.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JR., Zulmar Duarte de Oliveira. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio.

MORAES, Alexandre de. Constituição Federal Comentada. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Vital. Princípio da constitucionalidade. In: SANTIAGO, Carlos Ortega. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

NETTO, José Laurindo de Souza; CARDOSO, Cassiana Rufato. 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, p. 69-90, 2013.

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, v. 1, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4, n. 4, 2009.

PIERANDREI, Franco. L'Interpretazione della Costituzione. Milano, 1952.

QUINTANA, Segundo V. Linares. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

SALDANHA, Nelson. Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. Noções básicas de direito processual constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. E-book. ISBN 978-85-419-0062-1. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/1648>.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 230

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TUTELA DA EVIDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA NORMA DO ART. 311, INC. II DO CPC

PROTECTION OF EVIDENCE AND JUDICIAL PRECEDENTS: A PROPOSAL TO EXPAND THE RULE OF ART. 311, INC. II OF CPC

Letícia Isabel da Silva Vieira ¹, Ruy Alves Henriques Filho ²



O presente trabalho visa analisar o sistema da tutela da evidência em conjunto com os precedentes judiciais, ambos adotados pelo Código de Processo Civil de 2015. Em especial o foco do estudo se dá em razão do art. 311, inciso II do CPC, que adotou como hipótese autorizadora da concessão da tutela da evidência a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, mas deixou de elencar outros precedentes que o próprio código civil adota como sendo formalmente vinculantes que é o caso do art. 927 do CPC. Ainda, será proposta a possibilidade de aplicar outras modalidades de precedentes, mesmo que, não positivados na legislação, para assim autorizar a concessão da tutela da evidência, de modo a ampliar a norma e adequar a aplicação deste instituto.

Palavras-Chave: Tutela da Evidência. Precedentes Judiciais. Ampliação da norma.

¹ Advogada OAB/PR 112.844. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (UnicuriTiba) em 2021. Integrante do Grupo de pesquisa "Precedentes Judiciais" (UnicuriTiba). Participante do projeto formação constitucional nas escolas, ministrando aulas sobre a constituição em colégios públicos. Atualmente atuante como advogada tributarista.

² Professor e Magistrado. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais e Processo Civil. Doutor pela Universidade de Lisboa (título reconhecido pela UFPR em 2020). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (2008). Membro do Instituto Paranaense de Direito processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor da Escola Judicial da América Latina. Membro do Fundo Penitenciário do Paraná. Professor do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR e da Escola da Magistratura do Paraná. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (EJUD-PR).



The present work aims to analyze the injunction based on evidence along the judicial precedents both of them adopted by Brazilian Civil Procedure Code. Specially the goal of this work will be regarding the rule inserted in article 311, which item II adopted as hypothesis of authorizing the concession of injunction based on evidence the existence of the thesis when it comes to trial for repetitive cases, however it no longer contemplates other precedents which the Civil Code itself adopts as it being formally binding which is the case article 927. In addition, I'll propose an analysis of the possibility of another precedent modalities even though they are not present in legislation, in consequence, to authorize the injunction based on evidence and therefore to expand this norm, in that way evolving the institute to have a larger and adequate comprehensiveness.

Keywords: injunction based on evidence; Judicial Precedents; Norm Expansion.

INTRODUÇÃO

A tutela da evidência em seu art. 311 inc. II do CPC, preceitua que a tutela deverá ser antecipada quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Ocorre que, o texto expresso, revela um grande equívoco de orientação que incidiu o legislador, pois, o julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes, são hipóteses expressas da redação do art. 927 do CPC, possibilidades que são reconhecidas pela lei, como sendo precedentes judiciais formalmente vinculantes e, nesse mesmo artigo, há outras modalidades de precedentes, que são de observância obrigatória dos juízes e tribunais.

No entanto, na doutrina resta fortalecido que o rol do art. 311, inc. II do CPC previu menos do que gostaria, vez que há outras maneiras de expressão jurisdicional que serão aptas a conferir ao magistrado a "certeza", evidência do direito alegado para a concessão da tutela da evidência.

O que causa espanto em sua redação é a impossibilidade de ser concedida a tutela da evidência, por decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, hipótese expressa do art. 927 do CPC, o qual, juízes e tribunais devem observar.

Por que decidiu o legislador tão somente na escolha dos incisos II e III do art. 927 (súmulas vinculantes e casos repetitivos) para a concessão da tutela da evidência? Foram considerados mais importantes ou dotados de superioridade pelo legislador em relação aos demais? Os outros incisos não estariam aptos a conceder a tutela da evidência? Dessa forma, não faz sentido o legislador seguido este caminho, afinal, todas as hipóteses do art. 927 do CPC são igualmente vinculantes.

Consequentemente, na prática processual, a tutela da evidência é raramente utilizado pelos jurisdicionados, tendo em vista a omissão do legislador, assim, a justificativa deste trabalho, se presta a analisar e identificar se será possível autorizar a concessão da tutela da evidência com base em outros precedentes vinculantes, em especial todas as hipóteses do art. 927 do CPC, com o fito de ampliar e qualificar sua aplicação, e adequá-la à prestação jurisdicional no caso concreto, tornando-o efetivo com vistas ao alcance da segurança jurídica, da previsibilidade e da estabilidade, qualidades tão caras ao ordenamento jurídico pátrio.

1 TUTELA DA EVIDÊNCIA

O provimento jurisdicional apenas será proveitoso, útil, eficaz se a parte gozar do seu direito tempestivamente ou puder assegurar a sua satisfação

futura por meio da técnica antecipatória. Dessa forma, o Estado tem como dever, garantir a satisfação do direito em um tempo considerado adequado, motivo este que ensejou a criação do instituto da tutela provisória.

Tutela provisória é gênero, da qual são espécies a tutela de urgência e a da evidência. A tutela de urgência é subdividida em tutela antecipada (antecipar os efeitos da sentença) e cautelar (medida assecuratória), ambas exigem dois elementos para sua concessão, o *fumus boni luri* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.) A tutela da evidência, no que lhe concerne, funda-se somente no *fumus boni luri*, nesse sentido, não há o requisito de urgência, repousando seu estudo apenas na probabilidade do direito do autor.

Para Humberto Theodoro a tutela da evidência não deve ser assimilada a uma simples modalidade de urgência, pois, o que se tem em mente, não é somente afastar o perigo de dano gerado pela demora processual, mas eliminar de plano, de imediato, qualquer injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, pois, a evidência existe e, assim merece a tutela do Poder Judiciário (DE SOUZA, 2017, p. 564). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni "um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo." (MARINONI, 2020, p. 278)

Em conformidade a este entendimento Rogéria Fagundes Dotti, afirma que um direito é evidente quando postulado é percebido desde logo, isto é, os direitos evidentes são aqueles que podem ser percebidos desde o primeiro momento, sem a devida instrução processual. Portanto, os direitos evidentes são caracterizados pela percepção de sua existência e essa decorre de dois fatores conjugados, isto é, a probabilidade e a fragilidade da defesa de outro. (DOTTI, 2020, p. 89)

A tutela jurisdicional viabiliza a distribuição do ônus do tempo do processo, técnica processual destinada a proporcionar a tutela do direito do autor, sendo os fatos constitutivos incontroversos ou até mesmo evidentes e defesa infundada, isto é, da evidência do direito e da fragilidade da defesa, permitindo que a tutela do direito postulado se dê no início ou no curso do processo sem que seja pago o preço do direito de defesa. (MARINONI, 2020, p. 272)

Note-se como bem assevera Luiz Guilherme Marinoni:

i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se esse fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômica. (MARINONI, 2020, p. 272 - 273)

Percebe-se que o tempo do processo não poderá prejudicar o autor e acabando por beneficiar o réu, pois, o Estado proibiu a justiça de mão própria, assumindo o compromisso com aquele que busca o judiciário, portanto, além do Estado ter o dever de tutelar os direitos, este deve tutelar de forma efetiva e além de tudo tratar os litigantes de maneira isonômica. (MARINONI, 2020, p. 273)

Daniel Mitidiero, segue a mesma linha de raciocínio do autor acima, a tutela da evidência visa promover a igualdade no processo entre os litigantes, "tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não." (MITIDIERO, 2019, p. 158). Pois, quando o legislador criou a modalidade antecipatória baseou-se no abuso do direito de defesa ou contra manifesto protelatório do réu, assim, este visou que o demandado não fosse prejudicado ou que estivesse sendo beneficiado pelo tempo do processo. (MITIDIERO, 2019, p. 158)

A proposição desses pensamentos está em quem deve suportar o tempo que o processo habitualmente leva para o seu desenvolvimento e o seu desfecho, verifica-se que é aquele litigante que dele necessita para demonstrar que tem razão. Nesse quesito a tutela jurisdicional será deveras adequada à maneira como o direito material se apresenta em juízo. Pois, o litigante que apresenta um direito evidente, sendo provável que este é o titular do direito discutido, deverá usufruir do bem da vida e no decorrer do processo o oponente terá que provar que o seu posicionamento é merecedor da tutela jurisdicional. (MITIDIERO, 2019, p. 158)

Rogéria Dotti, em sua obra, constata que é:

Se antes o *periculum in mora* constituía a justificativa para a inversão das atividades de execução e cognição, atualmente isso decorre da aplicação dos direitos fundamentais e da lógica de que o ônus do tempo no processo deve ser suportado por aquele que ainda não produziu prova de suas alegações. Independentemente do risco, o legislador nesse caso contenta-se com a probabilidade de o autor ter razão. (DOTTI, 2020, p.163 - 164)

A partir do que foi exposto é possível compreender que é desproporcional e injusto que a parte que tem um direito evidente aguarde o tempo processual, sem uma resposta prévia a um direito evidente, é por si só é uma lesão aos seus direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. (FUX, 1996, p. 309)

Dado o exposto à tutela da evidência, técnica processual que se funda na evidência do direito ou até

mesmo nos fatos constitutivos do direito comprovado pelo autor e com a inconsistência da defesa do réu, tem como principal objetivo resolver os problemas do ônus do tempo processual, para aquele agente que mesmo sem o requisito de urgência (*periculum in mora*), vai obter desde logo a tutela jurisdicional do direito, sem precisar aguardar o longo período de toda instrução processual. (MAZINI, 2020, p.26)

Compreendido o conceito da tutela da evidência, verifica-se que há quatro hipóteses contempladas no art. 311 do CPC, discutidas pela doutrina e jurisprudência, se o rol do artigo 311 do CPC seria taxativo ou exemplificativo. Como bem pontua Rogéria Dotti "esse dispositivo disciplina a tutela da evidência e apresenta um rol de hipóteses não taxativas para sua concessão." (DOTTI, 2020, p. 90), ou seja, o rol do art. 311 do CPC é exemplificativo, a técnica deve ser aplicada genericamente, e não apenas em possibilidades taxativas.

Abordadas as questões preliminares, o artigo passa a se debruçar sobre a norma do inciso II do art. 311 do CPC, objeto do presente estudo, que pretende abreviar uma hipótese de direito evidente.

A previsão legal é justificada de duas formas, a primeira parte do dispositivo (art. 311 do CPC) refere-se à prova documental dos fatos, enquanto, a segunda, é a coerência do direito. Assim, havendo comprovação dos fatos alegados pelo autor e somada a necessidade de continuidade da instrução probatória a requerimento do réu e principalmente estando baseado a pretensão em entendimento judicial a respeito da lei, a tutela da evidência deverá ser antecipada. (DOTTI, 2020, p. 258)

Desse modo, é relevante um aprofundamento na hipótese do inciso II, pois, revela um grande equívoco de orientação que incidiu o legislador, ao deixar expressamente "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". (BRASIL, Lei nº 13.105, 2015)

Insta salientar, como bem assevera o autor Guilherme Freire no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, não basta somente abrir as portas ao judiciário e não observar o princípio da garantia da ação, este estabelece que um desenvolvimento do processo, deve ser dar à luz de um processo ético e justo, quando se fala a ter acesso à justiça, esse entendimento deve ser superado, não basta oferecer assistência judiciária, se após isso, o processo vai seguir sem o adequado amparo a parte.³

Um ponto final deve ser observado e compreendido no que tange a natureza jurídica da tutela da evidência. Muito frequentemente questiona-se como de fato será aplicada pelo julgador a evidência que se comprova nos autos. Bem, na prática a parte está

³ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Aspectos práticos constitucionais. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJfLTdHVY>. Acesso em: 1 jul. 2021.

em busca de uma tutela que podemos chamar de "comum", para usar a terminologia do código. Seria ela uma tutela condenatória, constitutiva ou até mesmo declaratória. Quem sabe uma executiva lato sensu ou mandamental (utilizando a classificação quinária de Pontes de Miranda). Modernamente poderíamos falar em tutela ressarcitória, inibitória ou mesmo reintegratória (agora sob as luzes de Marinoni). A questão é que ao deferir a tutela da evidência o julgador irá aplicar aquela tutela antes requerida (a tutela inserida no pedido principal) porque há ordem para o juiz dar justa distribuição equitativa do tempo intraprocessual. Assim, além de poder julgar parcialmente o mérito, poderá aplicar em sua decisão o "reforço" inserido no artigo 311 do Código de Processo Civil. Não há um milagre ou mesmo o deferimento de uma tutela mágica. Apenas será incrementado outro ritmo procedimental no feito que tem a possibilidade de receber o pleito da evidência.

Desse modo deve ocorrer um provimento justo e efetivo, assim, reitera-se, portanto, que o legislador deverá considerar as demais hipóteses elencadas nos incisos I, IV e V do art. 927 do CPC, haja vista serem precedentes igualmente vinculantes, logo, se propõe a concessão da tutela da evidência a partir de outras modalidades de precedentes, adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, serão analisados no próximo tópico.

2 ANÁLISE DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Os precedentes judiciais estão disciplinados nos arts. 489, 926 e 927 do CPC (precedentes judiciais formais). Os referidos artigos foram introduzidos no referido código para que as decisões judiciais sejam tomadas de acordo com os precedentes já firmados, garantindo desse modo, a segurança jurídica, estabilidade e a previsibilidade aos magistrados e, principalmente, àqueles que invocarem tal precedente.

No que tange a conceituação do precedente, Luiz Guilherme Marinoni afirma que "o precedente atinge as questões de direito, ainda que a partir dos fatos do caso." e "deve estar evidente, portanto, que a parte da decisão que constitui um precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito." (MARINONI, 2019, p. 85)

Ruy Alves Henriques Filho, compartilha do entendimento ao afirmar que os "precedentes devem versar necessariamente sobre questão de direito, visto que a decisão sobre questão de fato não tem o condão de vincular, em respeito ao princípio da individualidade." (FILHO, 2018, p. 377). Na definição de Daniel Mitidiero, os precedentes são "razões generalizáveis que podem ser

identificadas a partir da decisão judicial". (MITIDIERO, 2018, p. 91)

Em linhas gerais, trata-se de uma decisão judicial baseada em um caso específico e, seus elementos normativos podem ser usados como um guia para julgamentos posteriores em casos semelhantes. A rigor, precedente pode ser definido como a razão de decidir, em latim "*ratio decidendi*", isto é, a base jurídica que ampara a decisão é a essência de ensaios jurídicos suficientes para determinar um caso específico.⁴

Precedente judicial nada mais é do que o juiz propor uma decisão e essa servir de base para outras causas semelhantes que possam receber a mesma resposta do judiciário, lembrando que essas necessariamente deverão versar sobre questões de direito, tendo em vista que, as decisões sobre questões de fatos não terão o condão de vincular.

Para o doutrinador Ruy Alves Henriques Filho, no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, o precedente ao lado de incidentes de resoluções repetitivas, súmulas vinculantes, de incidente de assunção de competência, etc., os precedentes judiciais, vem hoje no Brasil, pelo sistema do novo código de processo civil, nos dizer, que é necessário, parâmetros e diretrizes para sustentar a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões, porque isso é o respeito ao Estado democrático de Direito. Se houver decisões conforme a ótica de cada julgador, não terá um sistema de justiça previsível, se quer estará observando o princípio da legalidade e o pior que não julgar, é fazer o julgamento sem parâmetro.⁵

Consequentemente, a decisão pode não ter as marcas necessárias para configurar um precedente, seja porque não trata de uma questão jurídica de direito ou não apoia a alegação por maioria de votos, seja porque se limita a confirmar a letra da lei ou reafirmar um precedente. Além disso, um precedente requer uma análise dos principais argumentos relativos a uma questão jurídica de direito e também reclama o delineamento final de muitas decisões. Nesta dimensão, pode-se dizer que o precedente é a primeira decisão que igualmente, pelo menos por maioria de votos, o estabelece de forma decisiva, deixando-o cristalino. (MARINONI, 2019, p. 154 - 155)

Um precedente inicialmente, deverá advir de uma decisão colegiada e, que esta para ser considerada um precedente, é necessário o esgotamento teórico da matéria e um juiz individualmente não esgota todo o conteúdo em discussão, por isso, que para que se tenha uma decisão que seja um precedente, ela terá que ser

⁴ DIREITO NET. Precedente Judicial – Novo CPC (Lei nº 13.105/15). Direito Net, 11 abr. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1642/Precedente-judicial-Novo-CPC-Lei-no-13105-15>. Acesso em: 1 abr. 2021

⁵ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. A Identificação dos Precedentes Judiciais Obrigatórios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UHiZ6tnBJ3s>. Acesso em: 24 jul. 2021.

decorrente do colegiado real, vale lembrar que o quórum estendido não é formador de precedentes.⁶

Dessa forma, compreende-se que os tribunais deverão dar unidade ao direito, para orientar os comportamentos sociais. Surge, então, a seguinte questão – todos os tribunais poderão ter suas decisões qualificadas como precedentes vinculantes?

Adotar a teoria do precedente tem ocasionado algumas mudanças nas Cortes Supremas, faz com que gradativamente as pessoas deixem de se preocupar com a aplicação exata da lei para lidar com a unificação da legislação por meio da interpretação jurídica. A principal razão para essa mudança é que se entendem que texto e norma não se confundem, são distintas, portanto, norma é o resultado da interpretação de textos e, a responsabilidade por esse trabalho cabe às Cortes Supremas. (MITIDIERO, 2017; ZANETI JR, 2019. p. 311)

A lei prevê a existência de precedentes formalmente vinculantes, todavia, como, será visto adiante, não é somente a lei que irá autorizar que o precedente seja vinculante e tampouco a norma será necessária para que ocorra a vinculação do precedente, pois, o que vai determinar a vinculação de um precedente, serão os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida.

Ressalta-se que o art. 926 ao lado do art. 6º do CPC são de duas dimensões da tutela dos direitos, quais sejam, de viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva e de outro lado, promover a unidade do direito, através da ordem jurídica segura, livre e igualitária. Através da leitura do artigo 926 do CPC, compreende-se que todos os “tribunais” que fazem parte da composição do poder judiciário tem a mesma função diante da ordem jurídica.

Mas, segundo Daniel Mitidiero, essa suposição está equivocada, pois, é necessária uma divisão entre Cortes de Justiça e Cortes de precedentes, onde determinadas cortes vão prolatar decisões justas e outras cortes irão formar somente precedentes. Para o autor, à luz do art. 926 do CPC, Cortes de Justiça (TJ e TRF) irão exercer um controle retrospectivo diante de causas decididas em primeira instância e, ainda, uniformizar a jurisprudência. Quanto as Cortes de Precedentes, irão ocupar o “vértice” da organização judiciária, quais sejam, o STF e STJ, que tem como fim outorgar uma interpretação prospectiva e dar a devida unidade ao direito. (MITIDIERO, 2018, p. 79-81)

Para o autor José Miguel Garcia Medina no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, os tribunais superiores têm uma função paradigmática, diz respeito a ideia do

fornecimento de padrões decisórios para o julgamento de casos futuros, o palestrante corrobora com o entendimento do doutrinador Arruda Alvim, onde os tribunais superiores quando julgam, eles atuam como se fossem faróis, isto é, ele profere uma decisão sobre determinado caso e espera-se que o sentido que o STF e o STJ formulou, entendam como o correto a respeito de determinada disposição constitucional, e que seja observado pelos demais tribunais.⁷

Luiz Guilherme Marinoni, compartilha do mesmo entendimento, observa-se:

Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais de apelação importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*). (MARINONI, 2019, p. 288)

Desse modo, os únicos tribunais que podem formar precedentes são o STF e o STJ, significa dizer que são considerados tribunais de precedentes, e suas respectivas funções são entendidas na perspectiva do ceticismo moderado, entendendo que sua essência se reflete na interpretação da constituição ou do texto legal. (MITIDIERO, 2018, p. 86 - 86)

Insta salientar que a interpretação da Corte Suprema, a constituição ou ao texto legal, consiste em dois elementos básicos: *ratio decidendi* (motivos determinantes da decisão, o que garante a segurança jurídica da decisão, parte vinculante) e obter *dictum* (questões não essenciais para a solução específica do problema).

Conforme Eduardo Talamini, no Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual do IPDP, a *ratio decidendi*, serão aqueles fundamentos que são verdadeiramente relevantes e fundamentais, que são essenciais para que a decisão seja a àquela em que ela foi decidida, as afirmações feitas como obter *dictum* em uma decisão de controle incidental, ainda que muito bem elaboradas e ainda que muito convincente, não serve para isso, não são elas as

⁶ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. A Identificação dos Precedentes Judiciais Obrigatórios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UHIz6tnBJ3s>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. O Código de Processo Constitucional e a função dos Tribunais Superiores. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PRn0HLU8eDM>. Acesso em: 28 jul. 2021.

relevantes para daí se extrair a força vinculante, entendimento aceito na teoria dos precedentes.⁸

As cortes de precedentes não serão cortes de uniformização, essas não poderão repetir inúmeras decisões diante de muitos casos concretos a mesma solução jurídica para então uniformizar, mas sim, atribuir unidade ao direito, com solução de casos que serão precedentes para guiar interpretações futuras. Assim, nesta linha, uniformizar é dever das Cortes de Justiça. (MITIDIERO, 2018, p. 86)

Ainda, no que concerne ao § 2º do art. 926, do CPC, embora afirme que, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” isso declara que a norma é uma curiosa admissão de que as súmulas são critérios que se referem ao passado, diferentemente dos precedentes, que são parâmetros voltados ao futuro. As súmulas não conferem unidade ao direito, diferentemente dos precedentes.

Imperioso salientar que para o autor Luiz Guilherme Marinoni, as súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e tem como objetivo facilitar a decisão sobre o recurso. No entanto, observe que a súmula é um enunciado de tese de direito e não pode, jamais, explicar os motivos da adoção da tese em face de um caso concreto, o que nos precedentes é totalmente cabível. (MARINONI, 2019, p. 284 - 285)

Verifica-se que o art. 927 do CPC estabelece o que seria um precedente e elenca quais deverão ser observados pelos juízes e tribunais, o legislador procurou dar força aos precedentes, conferindo autoridade a estes, através de regras positivadas, mas ignorando que a força do precedente independe da existência de dispositivo legal. Pois, um precedente está relacionado à *ratio decidendi*, aos motivos que os tribunais superiores utilizaram na interpretação da lei. Ainda cabe observar que para Marinoni, o art. 927 do CPC é exemplificativo, a força do precedente não decorre do seu positivismo, independe do fato de ter recebido poderes do legislador, observa-se:

[...] além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. À parte das súmulas — que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas —, decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III, do CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas

repetitivas — deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram —, deveriam ser observadas em razão de sua natureza erga omnes. (MARINONI, 2019. p. 286) GRIFO NOSSO

Percebe-se que é necessário compreender a teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa, ou seja, retira-se o foco apenas da Lei e se coloca, inclusive, no precedente. Assim sendo, a liberdade e a igualdade passam a ser consideradas diante do produto da interpretação e da segurança jurídica. O precedente resultante da reestruturação legislativa passa a ser o garante último da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado de direito, portanto, o precedente judicial constitui a principal fonte de direito, cuja eficácia vinculativa decorre do poder institucionalizador da interpretação da jurisdição. (MITIDIERO, 2018, p. 93)

3 TUTELA DA EVIDÊNCIA E PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA NORMA DO ART. 311, INC. II DO CPC – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA

Com a finalidade de conferir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva aos direitos e tão logo, confirmar aos precedentes a sua eficácia vinculante, o CPC reuniu a tutela da evidência e os Precedentes Judiciais, trazendo como hipótese autorizadora da concessão da tutela a presença de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante, com a existência da prova documental (art. 311, inciso II, do CPC).

A tutela da evidência irá decorrer da justa distribuição do tempo da espera processual, desse modo, comprovados os fatos alegados pelo autor e estando baseado em teses jurídicas pelos tribunais superiores sobre o tema em questão e ainda havendo necessidade de instrução probatória, a tutela deverá ser antecipada. (DOTTI, 2020. p. 257-258)

Assim, causa espanto a tutela da evidência ser concedida através de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, sendo que essas hipóteses compõem o rol de precedentes elencados no art. 927 do CPC, que devem, obrigatoriamente, ser respeitado e observado pelos juízes e tribunais na solução dos casos concretos. Desse modo comparando o art. 927 e o art. 311, inc. II do CPC, verifica-se uma inconsistência legislativa.

Embora o art. 927 do CPC possua cinco incisos que se referem a diferentes modelos de precedentes, o legislador optou, exclusivamente pela existência de somente dois para a concessão da tutela da evidência,

⁸ CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Controle de constitucionalidade pelo STF e coisa julgada no caso

concreto. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJfLTrTdHvY>. Acesso em: 1 jul. 2021.

mesmo sendo os demais de observância obrigatória pelos juízes e tribunais.

Todas as hipóteses do art. 927 do CPC, assim, como às duas possibilidades da concessão da tutela da evidência, são precedentes vinculantes. Assim, diante dessa incoerência legislativa, boa parte da jurisprudência e doutrina, como será visto adiante, se posicionam afirmando que os precedentes arrolados no art. 927 do CPC são aptos a ensejar a autorização da concessão da tutela da evidência.

Insta salientar como bem elucida a autora Rogéria Dotti, o art. 311 do CPC é um rol exemplificativo, a doutrinadora faz uma crítica válida, pois, não haveria sentido, uma decisão em IAC autorizar a improcedência liminar (art. 332, III, do CPC), mas não a tutela da evidência. (DOTTI, 2020, p. 265)

O art. 332 do CPC, prevê hipóteses de improcedência liminar do pedido. Confere ao juiz a possibilidade de julgar a lide diante da presença de súmulas do STJ e STF e enunciado de súmula de TJ sobre direito local, no conhecimento de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, poderá o magistrado utilizá-los também para a concessão da tutela da evidência, isto é, se um juiz pode julgar uma demanda improcedente com base em precedentes, este também será capaz de utilizar estes precedentes para conceder a tutela da evidência, assim, "quem pode o mais, pode o menos". (RIBEIRO, 2016, p. 196)

Desse modo, o art. 331, inc. II do CPC sendo considerado um rol exemplificativo, de antemão é possível afirmar que o art. 927 do CPC poderá conceder a técnica antecipatória, assim, todos os precedentes arrolados no art. 927 serão aptos a deferir a tutela da evidência, a exemplo de doutrina dominante Rogéria Dotti, leciona que:

Na verdade, todos os incisos do art. 311 e todas as hipóteses do inciso II referem-se a situações de uma defesa frágil, inconsistente. A propósito, a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos representam meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, o que está contido em decisões vinculantes. Daí por que todas as hipóteses descritas no art. 927 do Código de Processo Civil podem autorizar a concessão da tutela da evidência. (DOTTI, 2020, p. 265)

Nessa senda, Paulo Guilherme Mazini, declara que o rol do art. 311, inc. II se trata de rol não exaustivo, portanto, cabe interpretação extensiva diante da previsão do art. 927, I à V do CPC, afinal, outras decisões poderão espelhar o posicionamento dos tribunais, não

havendo razão para excluir do art. 311, inc. II decisões que emanam das cortes brasileiras "desde que sejam capazes de exprimir seu entendimento a respeito das matérias versadas nos pedidos de tutela sumária da evidência." (MAZINI, 2020, p. 95-96)

A exemplo de jurisprudência a favor dessa interpretação extensiva, constata-se o enunciado 48 da I Jornada de Direito Processual Civil, 135 da II Jornada de Direito Processual Civil e o enunciado 30 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).⁹

Desse modo, partindo da premissa básica da tutela da evidência, o tempo processual deverá ser equilibrado entre as partes, isto é, a justa distribuição do tempo da espera processual e baseando-se naquilo que já foi possível comprovar, não seria razoável limitar apenas algumas situações específicas (taxativamente previstas em lei), por isso que tal técnica necessitará ser aplicada de modo amplo. (DOTTI, 2020, p.178)

Portanto, parece haver um consenso doutrinário e jurisprudencial, que as hipóteses de concessão de tutela da evidência não devam ser restringidas à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, pois, não seria razoável e nem lógico excluir do regramento da tutela da evidência o conjunto completo de todos os precedentes obrigatórios, não tendo sentido algum¹⁰ se aplicado dessa forma, assim, se fazendo necessário a extensão hermenêutica. (GOUVEIA; SOUZA JÚNIOR; ALVES, 2019, p. 644)

Em uma abordagem mais ampla, para além dos precedentes e da jurisprudência uniformizadora do art. 927 do CPC, deverá ser considerado como hipótese autorizadora da concessão da tutela da evidência, outros precedentes, todos e quaisquer precedentes obrigatórios vinculantes, mesmo os que não estejam previstos em lei.

Inicialmente, insta salientar que o art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, isto é, a norma trata apenas de alguns dos precedentes existentes, não será somente a lei que poderá autorizar a criação de um precedente e tampouco a legislação será necessária para que ocorra a vinculação do precedente. O que vai determinar a vinculação de um precedente, serão os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida, como visto em tópico próprio, para uma parte da Doutrina, os precedentes emanam de cortes de Precedentes, quais sejam, STF e STJ. Desse modo sendo emanados de Cortes Supremas, serão sempre obrigatórios vinculantes.

obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927 do CPC, no caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça."

⁹ Recomenda-se a Leitura.

¹⁰ "Não tem nenhum sentido a restrição do dispositivo a esses casos mencionados no dispositivo legal, devendo ainda ser proposta uma interpretação sistemática para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes

Não haverá vinculação de um precedente apenas nos casos em que uma determinada norma de direito positivo reconheça eficácia normativa geral em relação às razões em que se baseiam certas decisões judiciais – como é o caso do art. 926 e 927 do CPC. (MITIDIERO, 2018, p. 94).

Portanto, uma vez que um precedente é formado, este fará parte do sistema jurídico como a principal fonte de direito e deverá ser considerado na determinação da regra que se aplica a um caso concreto, faz parte do âmbito protegido pela segurança jurídica, objetivamente considerado elemento integrante do conhecimento. (MITIDIERO, 2018, p. 94)

Nessa perspectiva de outros precedentes autorizarem a concessão da tutela da evidência, confira-se a doutrina de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Devem ser levado em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 629)

Cabe ressaltar que para o autor Marinoni, “a ideia de súmula vinculante e de decisão tomada em casos repetitivos indica meros exemplos do entendimento das Cortes Supremas, que, mais do que em qualquer outro lugar, está em seus precedentes.” (MARINONI, 2020, p. 330-331)

Dessa forma, se a norma do art. 311 inc. II do CPC permitiu que casos repetitivos e súmulas vinculantes, sejam consideradas como autorizadoras da tutela da evidência, por qual, outro motivo, não poderia a tutela ser concedida sob a perspectiva de outros precedentes vinculantes. Pois, como observado pelo doutrinado Marinoni essas hipóteses são meros exemplos de precedentes, entendimento de Corte Suprema.

Além disso, como visto em tópico anterior um precedente é muito mais do que uma súmula vinculante, é evidente que a leitura do art. 311, II, do CPC deverá ser feita a partir da isonomia e consequentemente o devido respeito às decisões vinculantes e não somente a meros comandos abstratos expostos em súmula. Mesmo que a lei diga expressamente que deverá ser considerado os recursos repetitivos ou as súmulas vinculantes, se sabe que esses enunciados não serão capazes de garantir a igualdade no direito. (DOTTI, 2020, p. 259)

A diferença fundamental é que, enquanto as súmulas estão relacionadas à sua definição como

enunciados, extraídos de julgamentos, os precedentes, no que lhe concernem, referem-se à análise efetiva e aprofundada de casos específicos. Dessa forma, a utilização de súmulas não traz a mesma garantia que o uso de precedentes.

A norma só terá sentido se interpretada da seguinte forma “as alegações do autor, evidenciadas por documento, têm fundamento jurídico amparado em entendimento de Corte Suprema” (MARINONI, 2020, p. 331)

Nessa percepção, a autora Rogéria Dotti sustenta que o legislador incorreu em equívoco ao escolher apenas dois institutos jurídicos (casos repetitivos ou súmulas vinculantes), deixando de lado todos os outros precedentes vinculantes, abaixo:

Em outras palavras, a força vinculante não está obviamente no invólucro processual em que fora proferida a decisão, mas na decisão em si mesma. Daí porque o legislador não poderia escolher esse ou aquele instituto jurídico, deixando de lado todos os outros que também encerram decisões vinculantes. (DOTTI, 2020, p. 265-266)

Para corroborar o entendimento, confira-se o Agravo de Instrumento n. 70076356773, da relatora Des. Marilene Bonzanini, julgado em 2018, cuja ementa expressa a necessidade de interpretação extensiva ao disposto no art. 311, II, do CPC. Ainda há o entendimento exarado pelo Des. Paulo Sérgio Scarpato, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70077253730 de 2018, em que foi concedida a tutela da evidência, com fundamento no art. 311, inciso II, do CPC, em razão de, além de prova documental suficiente, existir entendimento firmado em Súmula do STJ – hipótese esta não contemplada na redação do dispositivo.

Diante do exaurido, o posicionamento da jurisprudência e da doutrina em sua maioria, defendem que a concessão da tutela da evidência não deverá se limitar à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes.

De tal forma é evidente que deverá haver a necessidade de uma interpretação extensiva do artigo 311, inc. II do CPC, é a partir da ampliação da norma do artigo que será atingido o objetivo do processo de prestar uma tutela adequada, efetiva, tempestiva e eficaz ao direito material posto.

Dessa maneira, essa é a proposta de ampliação das hipóteses elencadas do art. 311, inciso II, do CPC, para que os precedentes e a jurisprudência uniformizadora elencadas no rol do art. 927 do CPC, assim, como, qualquer precedente obrigatório com força vinculante autorizem a concessão da tutela da evidência, assegurando assim uma prestação de tutela adequada, tempestiva e efetiva e ainda concretizando a função do STF e STJ, pois, precedentes contêm potência obrigatória vinculante, sempre serão vinculantes e assim também servindo de parâmetro para

providimentos provisórios, que é o caso da tutela da evidência.

CONCLUSÃO

A tutela de evidência será concedida quando os fatos puderem ser comprovados apenas documentalment e houver tese firmada em caso de julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes, hipótese positivada no art. 311 inc. II do CPC. O objeto do estudo foi a análise legal, doutrinária e jurisprudencial, com o intuito de identificar se é factível autorizar a concessão da tutela da evidência com base em outros precedentes vinculantes, com a finalidade de garantir a efetiva prestação jurisdicional no caso concreto.

O art. 311, inc. II do CPC, ao elencar as hipóteses de concessão, apenas elegeu somente dois dos precedentes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim, parece incongruente o legislador elencar somente alguns dos precedentes e jurisprudência uniformizadora, para autorizar a permissão da tutela da evidência, tendo em vista, o vasto sistema de Precedentes Judiciais.

Constatou-se que o sistema de precedentes judiciais adotado no Brasil, tem status de fonte formal do direito, como se percebe da redação dos arts. 926 e 927 do CPC. Insta salientar que a criação e a vinculação de um precedente, não será determinada somente pela positivação na norma e, sim os fundamentos da decisão que lhe deu origem e principalmente a instância em que foi proferida. O legislador elencou, artigos, súmulas; acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas; teses firmadas em julgamento de casos repetitivos, etc., como sendo obedecidas obrigatoriamente por juízes e tribunais. No entanto, nem todas essas hipóteses são precedentes e, além disso, o legislador não teve empenho significativo de apresentar uma lista final de precedentes positivados pelo Código.

Verificou-se que o sistema judiciário deverá ser dividido em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, onde as Cortes de Justiça (TRF e os TJ), desempenham a função de revisão dos casos julgados em primeira instância e padronização da jurisprudência. Enquanto, a Cortes de Precedentes (STF e STJ) serão os únicos tribunais que poderão formar precedentes e, suas respectivas funções são entendidas na perspectiva do ceticismo moderado, entendendo que sua essência se reflete na interpretação da constituição ou do texto legal.

Investigou-se que o art. 927 do CPC, estabelece o que serão os precedentes e quais deverão ser observados pelo julgador. O legislador procurou dar força aos precedentes, conferindo autoridade a estes, através de regras positivadas, entretanto, ignorou que a força do precedente independe da existência de

dispositivos legais, afinal, o precedente está relacionado ao respeito à *ratio decidendi*, ou seja, aos motivos que os tribunais superiores utilizam na interpretação da lei, assim, é errôneo entender que um precedente só se aplicará se houver uma disposição legal explícita.

Comprovou-se com base em doutrina e jurisprudência majoritária, que somente STF e o STJ formam precedentes e os TRF e os TJ constituem jurisprudência e as súmulas poderão colaborar na interpretação e na aplicação do direito, para as Cortes Supremas e Cortes de Justiça, isto é, poderá emanar de quaisquer dessas cortes.

Ainda é imperioso destacar que a maioria doutrinária e alguns enunciados sobre o tema, afirmam que o art. 927 do CPC é meramente exemplificativo, isto é, o artigo apenas listas alguns dos precedentes existentes e jurisprudência uniformizadora.

Desse modo, será possível o artigo 311, inc. II do CPC ter sua redação ampliada para as hipóteses do art. 927 do CPC e todos os outros precedentes obrigatórios vinculantes, pois, o sistema processual civil brasileiro ao adotar o sistema de precedentes, elegeu alguns artigos com previsões expressas de precedentes vinculantes, como é exemplo do art. 927 do CPC e justamente por serem precedentes vinculantes devem ser respeitados obrigatoriamente por todos os juízes e tribunais, assim, causaria estranheza e seria incongruente todas as hipóteses do art. 927 do CPC não autorizar a concessão da tutela da evidência, sendo que o inc. II do art. 311 autoriza a sua concessão pelos recursos repetitivos e súmulas vinculantes, modalidades elencadas no art. 927 do CPC, inexistente ressalvas ou até mesmo diferenças estabelecidas pela lei do art. 927 do CPC, portanto, todas as hipóteses do art. 927 do CPC, gozam do mesmo poder e estão no mesmo nível hierárquico.

Em relação a todos os outros precedentes, igualmente verifica-se a sua ampliação no âmbito de hipóteses da tutela da evidência, a maioria doutrinária, declaram, que as opções do artigo 927 do CPC, são alguns dos muitos precedentes existentes, isto é, para se formar um precedente não precisará ser positivado na norma e tão pouco para a vinculação, pois, precedentes emanam de Cortes de Precedentes (STF e STJ), assim, todos os precedentes serão obrigatórios vinculantes.

Exatamente dentro desse contexto que a possibilidade de conceder proteção temporária, a tutela da evidência, não se pôde limitar a concessão da tutela, aos precedentes que o legislador considerou como sendo vinculantes. A fidelidade ao precedente é um meio pelo qual a nossa ordem jurídica ganha a almejada unidade ao direito, assim, tornando-se um ambiente seguro, isonômico e livre, sem os precedentes, nenhuma ordem jurídica poderá ser considerada como legítima, portanto, essas são as

razões, pelas quais os precedentes são obrigatórios vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma é coerente a ampliação da norma para essas hipóteses, pois, somente desse modo os institutos, irão atingir o que se pretendeu no início, aplicabilidade e adequação a prestação jurisdicional no caso concreto, garantindo assim, a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade.

REFERÊNCIAS

CONGRESSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL DO IPDP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uJfLTdTdHVV>. Acesso em: 26 mai. 2022.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da Evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR; Tutela provisória de evidência. //: COSTA, Eduardo José Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos (org.). Tutela Provisória. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de; ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. Breves considerações sobre a tutela da evidência no CPC/2015. //: COSTA, Eduardo José Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos (org.). Tutela Provisória. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Identificação do Precedentes Judiciais. Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. Londrina: Editora Thoth. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

MAZINI, Paulo Guilherme. Tutela da Evidência – perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação da Tutela: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: v. 3. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PLENÁRIO VIRTUAL: DESAFIOS DA VIRTUALIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

VIRTUAL PLENARY SESSION: CHALLENGES OF VIRTUALIZATION OF JUDGMENTS IN THE SUPREME FEDERAL COURT

Marcus Vinicius Furtado Coêlho¹



O processo de digitalização e virtualização dos procedimentos judiciais, certamente traz ganhos de celeridade, redução da burocracia instalada e até mesmo benefícios ambientais, quando se avalia, por exemplo a drástica redução dos processos físicos e da utilização de papel. No entanto, é imprescindível que a adoção de tecnologias digitais se dê com a máxima observância das garantias e direitos fundamentais sob pena de ocultarem retrocessos travestidos de evolução tecnológica.

¹ Advogado, Doutor em Direito Processual pela Universidade de Salamanca – Espanha, Ex-Presidente da OAB Nacional, Presidente da Comissão Constitucional da OAB. Graduou-se em Direito pela Universidade Federal do Piauí, pós-graduado em Direito Processual, pela Universidade Federal de Santa Catarina, em Direito Fiscal e Tributário, pelo Instituto de Ensino Jurídico. Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca na Espanha. Foi Procurador-Geral do Estado do Piauí, professor da Escola Superior da Magistratura, Escola Superior do Ministério Público do Estado do Piauí, Escolas de Advocacia dos Estados de Piauí, São Paulo, Distrito Federal e Escola Judiciária Eleitoral e membro da banca examinadora da pós-graduação da Universidade de Brasília - UnB. Atualmente é professor convidado pela Escola Nacional de Advocacia e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB, membro da Comissão de Juristas do Senado para o novo CPC e autor dos livros: Processo Civil Reformado, editora Forense, Direito Eleitoral e Processo Eleitoral, editora Renovar, Inviolabilidade do Direito de Defesa, editora Delrey, Manual do Direito Eleitoral, Agentes Públicos A conduta no período eleitoral, Abuso de Poder nas Eleições - Instrumentos Processuais Eleitorais, editora da OAB, Possui artigos publicados em revistas científicas, como do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Consulex.

INTRODUÇÃO

Embora os julgamentos por meio do plenário virtual sejam uma realidade no Supremo Tribunal Federal desde 2007, a ferramenta vem assumindo novos contornos, tendo se expandido consideravelmente tanto qualitativamente, em relação às espécies de processos que podem ser julgados em ambiente virtual, como quantitativamente, levando-se em consideração o crescente número de feitos que são decididos semanalmente no plenário virtual.

A pandemia da Covid-19, para além de todos os desafios de saúde pública, e de ordem social e econômica que impõe, certamente representou um marco na ampliação da utilização das ferramentas digitais no Direito. As audiências de instrução passaram a ser feitas por meio de videoconferência, as audiências dos advogados com os magistrados e as sessões de julgamento migraram do ambiente presencial para as telas de celulares e computadores. No STF não foi diferente. Além da realização de julgamentos por videoconferência, tanto pelas Turmas como pelo Plenário da Corte, houve significativas modificações na ferramenta do plenário virtual, ampliando de forma significativa o impacto do mecanismo relativamente ao total das decisões proferidas pelo Tribunal.

Se, por um lado, o julgamento em ambiente eletrônico possibilitou a ampliação da capacidade jurisdicional dos magistrados, no sentido de proporcionar maior celeridade nos julgamentos e o aumento no número de processos decididos, por outro, há críticas e preocupações que merecem atenção no tocante à necessidade de se resguardar o contraditório judicial, a participação dos advogados durante as sessões de julgamentos, bem como a importância das discussões entre os julgadores para a tomada de decisões verdadeiramente colegiadas.

Há casos de grande impacto e repercussão sob a batuta da Suprema Corte do país, cuja complexidade e relevância põem sob questionamento a utilização do plenário virtual, como é o caso das ações de controle concentrado de constitucionalidade de lei federal e das ações penais originárias. A amplitude e o alcance dos temas debatidos nesses processos parecem exigir julgamentos “à moda antiga”. Sessões, se não presenciais, ao menos em tempo real (por videoconferência), em que há debate entre os ministros, ponderações de parte a parte, reflexão, possibilidade de sustentação oral e de intervenções e esclarecimento de fato por parte dos advogados.

Nesse compasso, o presente artigo visa propor reflexões inaugurais sobre os dilemas e desafios da virtualização dos julgamentos na Suprema Corte brasileira, sobremaneira no que tange ao julgamento de ações penais originárias e ações de controle concentrado de constitucionalidade de lei federal pela via do plenário virtual. Sem pretender exaurir o tema, o

estudo sugere tópicos de reflexão que devem ser objeto de debate pela comunidade jurídica a fim de aperfeiçoar as transformações digitais – inexoráveis – pelas quais passa o Direito, mas sempre tendo em vista a garantia do devido processo legal, do direito à defesa e ao contraditório, o acesso à justiça e o respeito aos postulados éticos.

1 A EVOLUÇÃO DO PLENÁRIO VIRTUAL NA SUPREMA CORTE

O plenário virtual é um sistema que permite aos ministros do Supremo Tribunal Federal a realização de julgamentos em ambiente eletrônico. A plataforma funciona 24 horas por dia e possibilita aos julgadores o acesso de forma remota, permitindo a votação mesmo estando fora de seus gabinetes. O julgamento nesse formato foi instituído na Corte em 2007, estando inicialmente circunscrito à análise da repercussão geral de recurso extraordinário. O objetivo da medida era evitar sobrecarregar o plenário físico. Desde então, nesses casos, basta que o ministro vote se há ou não repercussão geral da matéria sob análise, em regra sem apresentar maiores fundamentos, a partir do voto do relator.

Posteriormente, em 2016, o plenário virtual foi ampliado, incluindo-se a possibilidade de julgamento de agravos internos e embargos de declaração em ambiente virtual, a critério do relator. A modificação foi levada a cabo por meio da Resolução 587/16 do STF, editada pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Em 2019, ocorreu uma nova ampliação. Com a edição da Resolução 642/19, substituindo resolução de 2016, o plenário virtual passou a receber também julgamentos de medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias e demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante na Corte.

Diante da situação de pandemia provocada pelo coronavírus e da necessidade de adoção de medidas de isolamento social, o plenário virtual foi novamente ampliado, em 2020, agora abarcando todos os tipos de processo. Além disso, a nova resolução (669/20) eliminou a possibilidade de retirar o processo do plenário virtual no caso de pedido de sustentação oral. Isso porque nas hipóteses de cabimento de sustentação, passou a ser facultado às partes encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico, por áudio ou vídeo.

Todavia foram tecidas algumas críticas quanto a essas inovações e suas limitações, por exemplo o fato de que o ambiente eletrônico não permitia ao jurisdicionado, e ao público em geral, o conhecimento amplo e imediato do voto do relator. Também não era possível visualizar, durante o curso do prazo para decidir, as posições adotadas pelos demais ministros,

para saber quais acompanharam o relator ou se houve divergência e em que sentido. O sistema também não possibilitava aos advogados apresentar questões de fato ou esclarecimentos no curso do julgamento a respeito de equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influenciem na tomada de decisão pelos ministros, direito assegurado pelo Estatuto da Advocacia em seu artigo 7º.

Ante tais demandas da classe advocatícia, a Ordem dos Advogados do Brasil, encaminhou ofício ao STF requerendo adequações na sistemática do plenário virtual². Na ocasião, a entidade aduziu que

(...) a divulgação do voto do relator apenas no momento de publicação do resultado do julgado e a impossibilidade de acompanhar os votos à medida que são proferidos afetam sobremaneira o acesso à jurisdição constitucional, principalmente no que diz respeito à permeabilidade do STF às manifestações das partes no curso das sessões.

A entidade asseverou, ainda, que

(...) a publicidade e informação são elementos constituintes dos princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja efetividade requer o acesso à informação quanto aos atos do processo e teor das decisões, bem como possibilidade de reação a estes. A plena observância dos princípios da publicidade dos julgamentos, do contraditório e da ampla defesa requer que o voto do relator, nas sessões virtuais, seja disponibilizado ao advogado e ao público em geral tão logo inserido no ambiente virtual.

O pleito foi acolhido pelo STF³, que aprimorou as sessões virtuais passando a publicar o inteiro teor do relatório e do voto do ministro relator assim que disponibilizado no sistema, bem como os votos divergentes. Além disso, também foi modificada a regra que contabilizava o voto do ministro que não votasse, como tendo acompanhado o relator, uma espécie de “voto por omissão”, o que também gerava distorções no real posicionamento do colegiado.

Embora tenha passado por necessários aprimoramentos, ainda há que se refletir sobre a adequação do plenário virtual a determinados tipos de julgamento de competência originária da mais alta corte judicial do país e a sua aptidão na concretização das garantias jurídico-processuais, como o devido processo legal, o direito de defesa, a publicidade e o acesso à justiça. É o que veremos a seguir.

2 A UTILIZAÇÃO DO PLENÁRIO VIRTUAL NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS E AÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESAFIOS E INCOMPATIBILIDADES DO AMBIENTE VIRTUAL

Com a alteração promovida pela Resolução 669/2020 do STF⁴, todos os processos de competência do Tribunal podem, agora, ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico. Há alguns casos, contudo, em que a relevância e o impacto dos feitos requerem seja reavaliada a aptidão desse meio de julgamento e sua compatibilidade com as garantias constitucionais, como é o caso das ações penais originariamente julgadas pelo Supremo Tribunal, bem assim das ações de controle de constitucionalidade concentrado de lei federal.

A jurisdição constitucional, sobremaneira quando implica em declarar inconstitucional uma lei federal ou nacional, resulta, por definição, em decisões de amplo alcance. Os necessários efeitos vinculantes e erga omnes dessas ações constitucionais dão conta da magnitude e do impacto das decisões ali proferidas, que passam a (re)orientar a atividade dos demais Poderes, as decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores, as políticas públicas, as legislações e as relações sociais de uma forma geral.

Não por acaso, o constituinte originário atribuiu competência a mais alta corte judicial do país e de forma originária para a deliberação desses casos. Os temas objeto de ações de controle concentrado têm se apresentado de alta complexidade não apenas no que tange à questão jurídica em apreço, mas também no que se refere a aspectos de natureza técnica, econômica, social política e cultural. É crescente a chegada na Suprema Corte de casos classificados como hard cases, ou casos difíceis, nos quais há consistentes fundamentos constitucionais a respaldar posições que se antagonizam, não havendo resposta a priori na legislação.

Nesse cenário, a existência de um julgamento verdadeiramente colegiado é decisiva para o deslinde da questão. As sessões presenciais ou por videoconferência possibilitam a interlocução e a troca de ideias entre os ministros, a intervenção e apartes, o verdadeiro pensar conjuntamente. Diversamente, o julgamento em plenário virtual tem se mostrado, em realidade, a soma de votos individualmente proferidos, enquanto uma sessão colegiada é o que catalisa a fixação de um entendimento construído de forma

² OAB NACIONAL. OAB solicita ao STF a publicação em tempo real dos votos dos ministros no ambiente virtual da Corte. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58042/oab-solicita-ao-stf-a-publicacao-em-tempo-real-dos-votos-dos-ministros-no-ambiente-virtual-da-corte?argumentoPesquisa=of%C3%ADcio%20stf%20plen%C3%A1rio%20virtual>. Acesso em: 25 mar. 2022.

³ CONJUR. Plenário virtual do STF passa a disponibilizar a íntegra dos votos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/plenario-virtual-stf-integra-votos>. Acesso em: 25 mai. 2022.

⁴ Art. 1º Todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

compartilhada – verdadeiramente colegiada – pela Corte, ainda que não unânime.

A relevância do princípio da colegialidade é ressaltada nos julgamentos de controle de constitucionalidade de normas federais ou nacionais dado o seu amplo impacto e a sua complexidade. Referido princípio busca justamente neutralizar o individualismo das decisões, implicando uma força centrípeta, que aponta um caminho uníssono à jurisprudência do tribunal.

O princípio da colegialidade, todavia, tem cedido demasiadamente em face dos princípios da celeridade e da razoável duração do processo. O risco, como se vê, é de esvaziamento do colegiado e redução de espaços de oxigenação da jurisprudência da corte, resultando na maior facilidade de engessamento dos entendimentos, a partir do, cada vez mais escasso, espaço de discussão e reflexão colegiadas.

Outro aspecto salutar a ser mencionado, ainda pouco debatido, é a relevância das notas taquigráficas do julgamento para a compreensão global dos debates e da *ratio decidendi* que inspirou a formação de determinado precedente. É por meio dos registros taquigráficos, por exemplo, que se pode ter a real dimensão das discussões travadas no plenário em assuntos complexos ou mesmo confusos, como por exemplo a modulação de efeitos de uma decisão, que pode gerar inúmeras nuances quanto aos seus reflexos práticos ou o alcance daquilo que se está a decidir e, por revés, daquilo que não é objeto de deliberação da corte naquele momento.

Os debates em plenário amadurecem a reflexão e o posicionamento da Corte a respeito do tema sob apreciação. É por meio deles que é possível compreender, com mais clareza, o conteúdo e a extensão do pronunciamento da Corte sobre determinada matéria, elucidando de forma mais detalhada as razões pelas quais o tribunal se posicionou a favor ou contra certa questão. Não se ignora que, muitas vezes, por detrás de um julgamento por unanimidade, se escondem as mais variadas nuances de entendimentos e posicionamentos dos ministros.

As discussões em colegiado permitem aos operadores do direito e ao próprio tribunal identificar a *ratio decidendi* dos precedentes, qual o contexto e o alcance da proclamação daquele entendimento, bem como relevantes observações em forma de obter *dictum*. A compreensão correta das razões de decidir é fundamental para o adequado funcionamento do sistema de precedentes, possibilitando a unificação da jurisprudência e a segurança jurídica.

Outro aspecto que releva avaliar é a garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório, destacando-se, aqui, as ações penais originárias de competência do STF. A Constituição Federal estatui que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos

e que todas as decisões devem ser fundamentadas. Assegura, ainda, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Consectária dessas garantias, é a previsão legal de que, nas sessões de julgamento em que acusação e defesa podem sustentar oralmente as suas razões, isso deve ser feito em ordem sucessiva. Ou seja, primeiro o órgão acusador e só depois a defesa. Tal previsão pode parecer mero detalhe de menor importância, mas não o é.

Trata-se, efetivamente, de concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa no rito penal. A defesa deve falar após a acusação, tendo em vista que esta possui o direito de se manifestar somente depois de conhecer a integralidade das alegações acusatórias. Somente nesse caso é que se pode efetivamente garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório. Este último requer o atendimento ao binômio informação e reação. Há que se garantir à parte o acesso integral ao teor e fundamentos da acusação, bem assim, a possibilidade real e efetiva de apresentar defesa em relação a ela e de que essa defesa seja efetivamente considerada no momento do julgamento.

Todavia, no que tange ao plenário virtual, consoante nova redação dada pela Resolução 669/2020, "nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual" (art. 5º-A).

Em outras palavras, em sede de julgamento em plenário virtual, as partes que pretenderem realizar sustentação oral devem enviar o material em formato de vídeo ou áudio antes de iniciado o julgamento. Não obstante o material se torne público quando do início do julgamento, a sustentação oral da defesa não se dá de forma sucessiva a da acusação, mas de forma simultânea, já que ambas devem ser remetidas em até 48 horas antes do início da sessão de julgamento.

Essa forma de conduzir os processos virtuais não se coaduna com as garantias constitucionais, notadamente a ampla defesa e o contraditório, tão caros especialmente na seara processual penal, em que o bem jurídico tutelado se trata da liberdade do indivíduo acusado.

A Lei nº 8.038/90, que regulamenta os processos perante os tribunais superiores, ao tratar das ações penais originárias, em diversos dispositivos, consagra a aplicação da ampla defesa e do contraditório no rito processual. Cite-se, como exemplo, o art. 6º, §1º, segundo o qual, no julgamento em

que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, "será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação, depois à defesa". Também no artigo 12, I, fica clara a definição do legislador ao determinar que na sessão de julgamento "a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação".

Nesse sentido, a ampla defesa do acusado, só se dá efetivamente quando ele se defende depois de ouvir todos os argumentos e alegações da acusação. Se isso não ocorrer, pode ter até havido uma defesa dos seus interesses, mas não foi ampla. E, assim, viola-se a Constituição Federal.

Tanto esse aspecto é de crucial relevância que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente confirmado a necessidade de se respeitar essa ordem de pronunciamento – primeiro a acusação e depois a defesa. A Corte reconheceu, por exemplo, que, mesmo tendo a Lei nº 8.038/90 estabelecido o interrogatório do réu como o primeiro ato de instrução, trata-se de ato de defesa, devendo este realizar-se por último, respeitada a regra do art. 400 do CPP.⁵

No mesmo sentido, o entendimento de que, o corréu delatado deve apresentar alegações finais por último, pois o corréu delator tem uma posição processual com carga acusatória. Assim, a apresentação de memoriais em prazo comum representaria uma violação ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não seria possível ao delatado fazer o confronto da manifestação incriminatória.⁶

Conforme bem observam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, "realmente, conferindo ao réu o privilégio de manifestar-se por derradeiro, sempre sucessivamente ao pronunciamento do autor, o contraditório somente se aperfeiçoará ante a cientificação do réu das razões precedentemente expedidas pelo antagonista. Estas, por sua vez, devem ser, desde logo, e antecedentemente, encartadas nos autos, a fim de que, publicizadas, se façam devidamente conhecidas. Não fosse assim, e o processo estaria destituído de sua precípua finalidade, com a sua clarificada estrutura dialética cedendo passo à escuridão do sigilo, certamente a própria negação da

imperiosidade da paridade de armas em todo o *iter procedimental*!"

CONCLUSÃO

O processo de digitalização e virtualização dos procedimentos judiciais, certamente traz ganhos de celeridade, redução da burocracia instalada e até mesmo benefícios ambientais, quando se avalia, por exemplo a drástica redução dos processos físicos e da utilização de papel. No entanto, é imprescindível que a adoção de tecnologias digitais se dê com a máxima observância das garantias e direitos fundamentais sob pena de ocultarem retrocessos travestidos de evolução tecnológica.

Há casos em que, dada a sua magnitude e relevância nacionais, não se pode prescindir dos debates e do julgamento presencial, como se dá com as ações de controle concentrado de constitucionalidade, sobremaneira quando tratam de leis federais ou nacionais, que não deveriam estar sujeitas ao julgamento via plenário virtual.

É por intermédio das discussões que se confirma, infirma ou transforma o posicionamento numa jurisprudência, numa súmula ou num precedente. Os debates no órgão pleno exercem, ainda, função de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, fatores elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal, bem assim quanto no art. 489, do Código de Processo Civil.

Os julgamentos em ambiente virtual, que prescindem da leitura pública de longos votos, sucedidos, muitas vezes, por discussões acaloradas e complexas, certamente trazem celeridade, mas ao mesmo tempo resultam em perda de conteúdo. Já se tornou conhecida a metáfora utilizada no meio jurídico para se referir aos ministros da Corte como "onze ilhas", numa alusão ao isolamento de seus entendimentos e à tendência crescente de se proferir decisões monocráticas ou, ainda que em órgão colegiado, de forma individualizada, pouco permeável ao debate e longe do compartilhamento e da busca pelo consenso possível.

Além disso, no âmbito penal, o plenário virtual imprime sérias derrotas aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O direito de falar por último é consectário do mais amplo direito de defesa, permitindo que o acusado efetivamente possa se

⁵ Ementa: PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 400 DO CPP EM DETRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 8.038/1990. O Plenário desta Suprema Corte, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, firmou entendimento no sentido de que, mesmo nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal, o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução processual (AP 528 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 8/6/2011). Agravo interno provido.

(AP 988 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017)

⁶ STF. 2ª Turma.HC 157627 AgR/PR, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/8/2019.

⁷ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais. Revista dos tribunais, n. 662. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 29.

manifestar sobre a integralidade das acusações imputadas, bem como acerca dos fundamentos e circunstâncias que a embasam. É elemento intrínseco ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito.

Reconhecer que o avanço tecnológico no campo do direito e dos processos judiciais é uma realidade inexorável, da qual não se pode escapar, não implica em assumir uma postura passiva e conformista. Ao revés, exige do sistema de justiça e dos atores que o compõem uma atitude decisivamente comprometida com as garantias constitucionais. A ferramenta não pode se transformar em fim em si mesmo. O ambiente virtual pode ser, sim, um instrumento de melhoria na prestação jurisdicional, mas desde que prevaleçam princípios inegociáveis, como a publicidade e motivação das decisões judiciais, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

REFERÊNCIAS

CONJUR. Plenário virtual do STF passa a disponibilizar a íntegra dos votos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/plenario-virtual-stf-integra-votos>. Acesso em: 26 mai. 2022.

MIGALHAS. Plenário virtual do STF: os problemas do ambiente eletrônico. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/324514/plenario-virtual-do-stf--os-problemas-do-ambiente-eletronico>. Acesso em: 26 mai. 2022.

OAB NACIONAL. OAB solicita ao STF a publicação em tempo real dos votos dos ministros no ambiente virtual da Corte. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58042/oab-solicita-ao-stf-a-publicacao-em-tempo-real-dos-votos-dos-ministros-no-ambiente-virtual-da-corte?argumentoPesquisa=of%C3%ADcio%20stf%20plen%C3%A1rio%20virtual>.

SOUZA, André Pagani de; et. al. "Plenário virtual" e sustentação oral no STF. Migalhas. Coluna CPC na prática. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/340822/plenario-virtual-e-sustentacao-oral-no-stf>. Acesso em: 26 mai. 2022.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais. Revista dos Tribunais. n. 662. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE INVESTIMENTO POR MEIO DA GESTÃO DE ATIVOS E ALIENAÇÃO CAUTELAR DE BENS APREENDIDOS DO CRIME ORGANIZADO

CITIZENSHIP AND PUBLIC SAFETY: THE POSSIBILITY OF INVESTMENT THROUGH ASSET MANAGEMENT AND PRECAUTIONARY DISPOSAL OF ASSETS SEIZED FROM ORGANIZED CRIME

José Laurindo de Souza Netto¹, Gustavo Calixto Guilherme², Adriane Garcel³



O presente artigo tem como finalidade apresentar o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, os novos mecanismos legislativos e operacionais, que possibilitam a alienação antecipada de bens apreendidos do crime, e os projetos institucionais realizados no intuito de transformar os valores arrecadados com a venda antecipada dos ativos em políticas públicas de prevenção ao narcotráfico. A problemática está em verificar o impacto da gestão de ativos e da alienação cautelar dos bens apreendidos, em razão da prática de crimes, com o fortalecimento das diretrizes constitucionais e da cidadania. A metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados. Por conclusão, tem-se que os projetos realizados pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) contribuem para prevenção

¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. E-mail: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>.

³ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho - EMATRA/UNIBRASIL. Graduação em Direito e em Letras. Mediadora Judicial, Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>.

e combate ao tráfico de drogas, além de demonstrar ser possível transformar bens apreendidos do crime organizado em políticas de cidadania e segurança pública em prol da sociedade.

Palavras-Chave: Bens apreendidos do crime. Gestão de Ativos. Alienação Antecipada. Investimento em Políticas Públicas. Projetos Institucionais.



This article aims to present the National System of Public Policies on Drugs, the new legislative and operational mechanisms that enable the early disposal of assets seized from crime and the institutional projects that are being carried out in order to transform the amounts collected from the sale anticipation of assets in public policies to prevent drug trafficking. The issue is to verify the impact of asset management and the precautionary disposal of assets seized due to the commission of crimes, with the strengthening of constitutional guidelines and citizenship. The methodology used is based in a doctrinal study, legislation consult and data analysis.



In conclusion, the projects carried out by the National Secretariat for Policies on Drugs (SENAD) and by the Court of Justice of the State of Paraná (TJPR) contribute to the prevention and combat of drug trafficking and demonstrate that is possible to transform assets seized from organized crime into citizenship and public security policies in favor of society.

Keywords: Assets seized from crime. Asset Management. Precautionary Disposal. Investment in Public Policies. Institutional Projects.

INTRODUÇÃO

Essa exposição tem como tema central apresentar as diretrizes constitucionais e o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, os novos mecanismos legislativos e operacionais, que possibilitam a alienação antecipada de bens apreendidos do crime organizado, bem como a utilização dos recursos advindos da venda de bens apreendidos do crime em projetos e políticas de cidadania e segurança pública, em prol da sociedade.

A Administração Pública é voltada à realização dos interesses da sociedade, em um desempenho contínuo de suas ações e atividades.

A constitucionalização do Direito traz a necessidade de concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, no intuito de efetivar, na prática, a dignidade da pessoa humana.

O Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. É o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios, recursos materiais e humanos que envolvem políticas, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em 2019, foi aprovada a Política Nacional sobre Drogas e foram propostas modificações legislativas que trouxeram novos mecanismos operacionais para o sistema até então vigente. As Leis 13.840/2019 e 13.886/2019 alteraram a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e estabeleceram, como regra, a possibilidade de venda antecipada de bens apreendidos pela prática de crime.

A alienação de forma cautelar possibilita que os recursos arrecadados sejam utilizados em projetos de cunho social e em políticas públicas de prevenção e combate ao narcotráfico.

Diante de tal contexto, esse trabalho objetiva analisar o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, as recentes alterações normativas e legislativas e a alienação antecipada de ativos do crime como forma de investimento em políticas de cidadania.

A pesquisa justifica-se ante a premente necessidade de eficiência da Administração Pública, que deverá realizar a gestão de ativos e a venda antecipada de bens do crime como forma de diminuir custos e aumentar a arrecadação para investimentos na prevenção e na redução da oferta de drogas.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordadas as normas constitucionais e o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

Em um segundo momento, serão apresentadas a Política Nacional sobre Drogas e as alterações legislativas, que estabeleceram um novo panorama, com a possibilidade de alienação antecipada de bens originários do crime e repasse dos recursos ao Fundo Nacional Antidrogas.

Por fim, serão demonstrados alguns dos projetos realizados pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), como forma de transformar ativos do crime em políticas públicas em prol da sociedade, e a Central de Medidas Socialmente Úteis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), unidade gestora de alternativas penais, criada no intuito de substituir a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis e que possui projeto específico com o escopo de prevenir o uso de drogas, o acolhimento aos usuários e dependentes de drogas e a reinserção social.

1 AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

O Direito Contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, dotada de supremacia formal e também de supremacia material, axiológica. A Constituição transforma-se no filtro por meio do qual deve-se ler todo o direito infraconstitucional. É a chamada constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos autônomos e tradicionais do Direito, como o penal, o processual, o civil e o administrativo (BARROSO, 2015, p. 110-111).

As Constituições modernas exercem um papel relevante na modificação da realidade, pois são dotadas de normas superiores, justamente para vincular os poderes públicos a fim de transformar o direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2020, p. 27-28).

A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades; e promover o bem de todos. É a primeira vez que uma Constituição assinala objetivos fundamentais do Estado brasileiro como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, cultural e social, no intuito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2016, p. 107-108).

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

No que tange ao Direito Penal, a sua missão é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como: a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, entre outros bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio da punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça (CAPEZ, 2015, p. 17).

As normas constitucionais são fontes formais do Direito Penal. O modelo de um Estado Democrático de Direito, adotado pela República Federativa do Brasil, deve ser implementado por meio de diversas coordenadas, a serem observadas no plano interno, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, e no plano internacional, através da prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, a defesa da paz, entre outros princípios. Tais coordenadas representam valores, liberdades, interesses e garantias que se refletem na elaboração positiva do Direito Penal. O texto constitucional criminaliza os comportamentos que afetam esses bens jurídicos, como a prática do racismo e da tortura, o terrorismo, os atentados contra o meio ambiente e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (DOTTI, 2018, p. 91).

A Administração Pública é uma atividade voltada a realização de interesses públicos, um desempenho contínuo e sistemático podendo ser legal e técnico dentre os serviços prestados pelo Estado, em benefício à sociedade (SOUZA NETTO; GARCEL; KONER, 2021, p. 345).

Nessa perspectiva, a Lei 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD e prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas é o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 3º, §1º, da Lei 11.343/2006).

Entre os princípios do SISNAD estão o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e a sua liberdade; o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro; a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; e a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos

Poderes Legislativo e Judiciário, visando à cooperação mútua nas atividades do SISNAD.

O inciso IX, do artigo 4º, da Lei 11.343/2006, trata da adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Atualmente a multidisciplinaridade é amplamente utilizada na ciência e nas disciplinas humanas. Não se pode fazer uma abordagem somente da Psicologia no trato do paciente dependente de droga, mas também são necessários profissionais de Assistência Social, Pedagogia, Nutrição, Direito e tantas outras áreas do conhecimento que puderem colaborar com a pessoa dependente de droga (RANGEL; BACILA, 2014, p. 12).

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas objetiva: (i) contribuir para a inclusão social do cidadão, visando torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; (ii) promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no País; (iii) promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios e; (iv) assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e relacionadas à repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 5º da Lei 11.343/2006).

Feitas as considerações iniciais, impende destacar a necessidade de cooperação e articulação entre os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a efetividade das atividades do SISNAD e, principalmente, para a inclusão social do cidadão, estímulo à autonomia e pacificação social.

2 OS NOVOS MECANISMOS LEGISLATIVOS E OPERACIONAIS

O Decreto 9.761, de 11 de abril de 2019, aprovou a Política Nacional sobre Drogas – PNAD, que possui como pressupostos garantir o direito à assistência intersetorial, interdisciplinar e transversal, a partir da visão holística do ser humano, com tratamento, acolhimento, acompanhamento e outros serviços, e a conscientização do usuário e da sociedade que o uso de drogas ilícitas financia atividades e organizações

criminosas, cuja principal fonte de recursos financeiros é o narcotráfico.

A Política Nacional sobre Drogas – PNAD é baseada na prevenção, no tratamento, acolhimento, recuperação, apoio, mútua ajuda e reinserção social, redução da oferta, estudo, pesquisas e avaliações.

A efetiva prevenção ao uso de tabaco e seus derivados, de álcool e de outras drogas é fruto do comprometimento, da cooperação e da parceria entre diversos segmentos da sociedade brasileira e dos órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, fundamentada na filosofia da responsabilidade compartilhada e da construção de redes com o intuito de melhorar as condições de vida e de promoção geral da saúde da população, o fortalecimento de vínculos familiares, sociais e habilidades sociais para a vida e políticas de prevenção.

No que tange ao tratamento, acolhimento, recuperação, apoio, mútua ajuda e reinserção social, o Estado deve estimular, desenvolver e garantir ações para o aperfeiçoamento do adequado cuidado das pessoas, com vistas à promoção e à manutenção da abstinência.

A redução de oferta traduz-se na redução substancial dos crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas, ao uso dessas substâncias que são responsáveis pelo alto índice de violência no País, além de práticas contínuas no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro, ao crime organizado e ações de gestão de ativos criminais vinculados ao narcotráfico.

Outra orientação geral da Política Nacional sobre Drogas – PNAD é garantir os meios necessários para o estímulo e desenvolvimento permanente de estudos, pesquisas e avaliações, que permitam aprofundar o conhecimento e a capacitação sobre drogas lícitas, ilícitas e a prevenção do uso.

Com o advento da Lei 13.840/2019, houve a alteração no procedimento anteriormente previsto na Lei Antidrogas (11.343/2006). A Lei 13.840/2019 incluiu o artigo 61, §1º, na Lei 11.343/2006, e estabeleceu que o magistrado, no prazo de trinta dias contado da comunicação da apreensão de ativos advindos do crime organizado, determinará a alienação dos bens, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Outrossim, a Lei 13.886/2019 introduziu o artigo 62-A na Lei 11.343/2006, e estabeleceu uma nova sistemática no procedimento dos depósitos judiciais. O montante integral da alienação do bem é depositado em conta judicial e vai para o Tesouro Nacional, para o Fundo Nacional Antidrogas. Caso o acusado seja absolvido, os valores arrecadados na alienação do bem são devolvidos em até 3 (três) dias úteis, acrescidos de juros (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

As modificações legislativas trazem uma mudança de cultura, uma alteração na regra até então vigente. Anteriormente, os bens apreendidos ficavam

armazenados durante anos, aguardando o trânsito em julgado dos processos para poderem ser leiloados. Além da perda do valor econômico, dos gastos públicos com a estocagem e manutenção dos materiais, havia uma grande dificuldade em transformar o ativo apreendido em dinheiro para ser utilizado na prevenção e combate ao tráfico de drogas. Basta lembrar dos veículos que ficavam nos pátios das delegacias durante anos (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

Atualmente, a regra é a venda antecipada dos bens apreendidos pela prática de crime, no intuito de reverter os recursos arrecadados em políticas públicas de prevenção e combate ao narcotráfico (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

No que se refere ao Poder Judiciário, a Gestão Estratégica e Planejamento do Poder Judiciário 2021-2026 foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por advento da Resolução 325/2020, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo sexênio. A missão, a visão, os valores, os macrodesafios do Poder Judiciário e os indicadores de desempenho estão dispostos no artigo 1º da Resolução, como componentes da Estratégia do Judiciário 2021-2026 (CNJ, 2020).

A missão primordial do Judiciário é a realização da justiça e sua visão de futuro é ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e o desenvolvimento do País.

Entre os macrodesafios, definidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário, estão a garantia dos direitos fundamentais, o enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais, e o aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal.

A Resolução 356/2020 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais (CNJ, 2020).

O artigo 2º da Resolução determina que os Magistrados com competência criminal deverão manter, desde a data da efetiva apreensão, arresto ou sequestro, rigoroso acompanhamento do estado da coisa ou bem, diretamente ou por depositário formalmente designado, sob responsabilidade, e, entre outras atribuições, providenciar, no prazo de trinta dias contados da apreensão, arresto ou sequestro de bens, a alienação antecipada dos ativos apreendidos em processos criminais, nos termos do §1º do art. 61 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), alterado pela Lei 13.840/2019.

O artigo 5º da Resolução supracitada prevê que a alienação antecipada de ativos deverá ser realizada preferencialmente por meio de leilões unificados, que poderão ser organizados pelo próprio juízo ou por centrais de alienação criadas para tal fim, ou, ainda, por meio de adesão a procedimento de alienação do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

3 A TRANSFORMAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS DO CRIME EM POLÍTICAS PÚBLICAS

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD é unidade do Ministério da Justiça e Segurança Pública e integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (BRASIL, 2021).

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas tem como missão garantir a aplicação da justiça, por meio da transformação dos bens apreendidos em razão de crimes em políticas sobre drogas, com o objetivo de promover a ordem jurídica com a gestão de ativos e reduzir a oferta de drogas no País. A Secretaria atua em dois eixos no âmbito da política sobre drogas: redução da oferta de drogas e combate ao tráfico de drogas e crimes conexos; e gestão dos recursos apreendidos em decorrência de atividades criminosas relacionadas às drogas e crimes conexos (BRASIL, 2021).

Os valores provenientes da alienação de bens de valor econômico, apreendidos ou sequestrados em decorrência de tráfico de drogas ou de atividades ilícitas de produção e comercialização de drogas abusivas constituem fonte de recursos do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, conforme estabelecido nos artigos 2º e 4º da Lei 7.560/86, alterada pela Lei 13.886/2019. Assim, a alienação antecipada de bens provenientes do crime organizado constitui fonte de recursos a serem destinados aos programas de educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso e tráfico de drogas.

Dessa forma, os valores arrecadados com a venda cautelar de bens advindos do crime organizado são utilizados, entre outras destinações, aos programas e projetos de prevenção ao uso e redução da oferta de drogas.

Por meio da Portaria 18/2019, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas instituiu o Banco de Projetos, para reunir projetos previamente habilitados, apresentados por órgãos de segurança pública federais, estaduais ou distrital, para serem financiados pelo Fundo Nacional Antidrogas (BRASIL, 2021).

Em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD e a Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas – SENAPRED, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil desenvolve, desde 2016, um projeto para aprimorar estratégias de prevenção das políticas sobre drogas. A SENAD formulou uma iniciativa piloto de política pública denominada Trabalho Orientado de Desenvolvimento Econômico e Biopsicossocial baseado na Oferta de Alternativas, o “Tô de Boa”. O projeto visa reduzir o envolvimento de adolescentes, jovens e membros de comunidades vulneráveis com entorpecentes, mediante ações que promovam o

desenvolvimento econômico e biopsicossocial (PNUD, 2020).

Além do investimento em laboratórios de toxicologia, o Fundo Nacional Antidrogas também investe em projetos especiais, como, por exemplo, o Centro de Desenvolvimento de Cães de Faro no complexo sede da Polícia Rodoviária Federal em Brasília. O projeto objetiva a habilitação e o treinamento continuado de operadores de cães e o reforço de ações policiais de combate ao narcotráfico em todo o País. Outra iniciativa realizada foi a aquisição de Sistema de Rádio Digital Troncalizado e interoperável na fronteira do Brasil com o Paraguai, principal trecho de entrada de drogas no país (BEGGIORA; JÚNIOR, 2021).

Impende destacar que a SENAD recebe pedidos de apoio do Poder Judiciário para a alienação antecipada de ativos advindos do crime, por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pelo site da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD também é possível acessar o Portfólio da Gestão de Ativos, com orientações dos procedimentos de solicitação de apoio e dos projetos realizados (BEGGIORA; JÚNIOR, 2021).

No que se refere ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já foi realizada a venda antecipada de mais de cinco mil veículos apreendidos do crime organizado, reduzindo gastos públicos com a estocagem e a manutenção dos veículos, possibilitando a reversão dos valores em políticas públicas (TJPR, 2021).

Com o objetivo de guiar as ações do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no início da gestão para o biênio 2021-2022 foi elaborado um plano de gestão, focado na inovação, na colaboração e na gestão como fim social (TJPR, 2021).

O Plano de Gestão do Tribunal para o biênio 2021-2022 intitulado O SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA é baseado em cinco grandes princípios: (i) a valorização do ser humano; (ii) o aumento da eficiência; (iii) a ampliação da capacitação; (iv) o uso racional dos recursos e (v) a aproximação do Poder Judiciário com a sociedade.

No que se refere à valorização do ser humano e à aproximação do Poder Judiciário da sociedade, e, independentemente da utilização de recursos provenientes da alienação de bens apreendidos do crime, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná implementou a Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU), no Fórum Criminal de Curitiba.

A Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU) é uma unidade gestora de alternativas penais, que oferece subsídio às unidades da justiça criminal, no intuito de substituir a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis, que são muito mais produtivas à sociedade (TJPR, 2019).

Na inauguração da CEMSU instalada no Fórum Criminal de Curitiba, a mudança de paradigma que as medidas socialmente úteis propõem foi destaque:

Na maioria dos casos o cárcere é um incremento à criminalidade, é possível observar a ineficácia desse sistema que não intimida, não reabilita, pelo contrário, causa dor e sofrimento. Temos uma taxa de encarceramento muito alta, com delitos que não deveriam ser submetidos à terapia prisional. A partir da Central de Medidas Socialmente Úteis, o objetivo é solucionar o problema de fundo, que deu causa ao cometimento da infração penal. Por meio de práticas restaurativas pretende-se perceber a melhor forma de reparar a vítima e atender o autor do fato, com processos de conscientização dos deveres de cidadania, prevenindo que ele não venha a repetir a infração (SOUZA NETTO, 2019).

No modelo tradicional o que se busca é a pena, a prisão, independente da recuperação do indivíduo e da responsabilização visando a prevenção. A Central utiliza a Justiça Restaurativa visando a prevenção da violência e a reinserção social. Na Central do Fórum Criminal de Curitiba são realizados atendimentos que envolvem círculos restaurativos, audiências de mediação e encaminhamentos socioassistenciais. Inclusive, neste período de pandemia, a Central de Medidas Socialmente Úteis realizou círculos de justiça restaurativa on-line, com temáticas de gênero, mulheres, saúde mental e vivência em comunidade.

A Central de Medidas Socialmente Úteis também realiza o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Uso de Drogas, que objetiva a reinserção social, a prevenção ao uso de drogas, o acolhimento, a recuperação e o apoio aos usuários e dependentes de drogas, em alinhamento ao Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD, à Política Nacional sobre Drogas – PNAD e à Estratégia Nacional do Poder Judiciário (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

Todos os projetos e iniciativas estratégicas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estão sendo efetivados com base nos princípios norteadores da gestão 2021/2022 do Tribunal, que tem como foco o SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, como resposta ao trabalho proposto, conclui-se que as recentes alterações legislativas foram positivas no sentido de estabelecer como regra a alienação antecipada de bens apreendidos do crime organizado e possibilitar a reversão dos recursos em políticas e projetos de cidadania e segurança pública.

A constitucionalização do Direito ocasionou uma mudança de paradigma e expandiu o alcance dos objetivos do Estado brasileiro, de forma a vincular os

poderes públicos à busca pela concretização dos direitos fundamentais de todos.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas constitui-se em um conjunto de princípios, regras, critérios e recursos que envolvem políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, tendo o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana como um de seus princípios balizadores.

As instituições públicas devem ter a eficiência como um dos pilares da estratégia e realizar projetos e atividades em benefício da sociedade.

Observa-se a efetivação das diretrizes fundamentais e dos princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, nas ações e projetos da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, dotadas de possibilidade de expansão e de aprimoramento contínuo.

Por arremate, a gestão de ativos e a alienação antecipada de bens apreendidos do crime possibilitam o investimento dos recursos na prevenção e no combate ao tráfico de drogas e em políticas públicas de cidadania, para o desenvolvimento nacional e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEGGIORA, Luiz Roberto; JÚNIOR, Giovanni Magliano. A nova política nacional sobre drogas e os desafios na gestão dos ativos apreendidos do crime organizado no Brasil. Palestra ministrada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, promovida pela Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_AGyTYiK7g. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020. Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 356, de 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3601>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_

03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Política Nacional sobre Drogas – PNAD. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.886, de 17 de outubro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de outubro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13886.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conheça a Senad. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/conheca-a-senad>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Políticas sobre drogas. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas desenvolve banco de projetos. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567110614.45>. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. SENAD e PNUD lançam “Tô de Boa”, iniciativa para evitar envolvimento de adolescentes com o tráfico de drogas. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presenter/articles/2020/senad-e-pnud-lancam-to-de-boa--iniciativa-de-prevencao-ao-uso-de.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas

públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopffholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GUILHERME, Gustavo Calixto; QUEIROZ, Fernanda de Oliveira. A gestão de ativos e a alienação antecipada de bens apreendidos do crime para o fortalecimento de políticas públicas. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/atelie-de-inovacao-elabora-artigo-sobre-gestao-de-ativos/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fdestaques%3Fp_id%3D101_INSTANCE_1lKI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D3. Acesso em: 10 jan. 2022.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A nova política nacional sobre drogas e os desafios na gestão dos ativos apreendidos do crime organizado no Brasil. Palestra ministrada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, promovida pela Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_AGyTYiK7g. Acesso em: 17 nov. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Plano de Gestão do Tribunal de Justiça do Paraná é apresentado em edição especial do Boletim “Em Foco”. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/plano-de-gestao-para-o-tribunal-de-justica-do-parana-e-apresentado-em-edicao-especial-do-boletim-em-foco-18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 24 mar. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR inaugura a Central de Medidas Socialmente Úteis no Centro Judiciário de Curitiba. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 24 mar. 2022.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. Lei de drogas: comentários penais e processuais. 2. ed. rev., ampl. e atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane, KONER, Aline. Moralidade insignificante? incidência do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública. in: estudos sobre o direito penal moderno: Disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Sérgio Moro no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. Moro, Sérgio Fernando. Garcel, Adriane. ...[Et al.]; Garcel, Adriane (org), Ferrari, Flávia Jeane (org). Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. (coord.), Moro, Sérgio Fernando. (coord.). Curitiba: Editora Clássica, 2021.



