

EDIÇÃO 12 JUN/2022 - JUL/2022
ISSN 2675-9403



TJPR

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 Octávio 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

Gustavo Calixto Guilherme

Revisão

Letícia de Andrade Porto

Flávia Jeane Ferrari

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 12. v.1, n. 12, Curitiba, jun-2022/jul-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: ejud.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.

EDITORIAL



Fernando Pessoa, em singela construção, já afirmou: "Deus quer, o homem sonha, a obra nasce".

A cada gestão que se sucede no nosso Tribunal de Justiça, verificamos avanços voltados ao cumprimento da missão de "garantir à sociedade a prestação jurisdicional acessível, de qualidade, efetiva e célere, de forma transparente e ética, solucionando os conflitos e promovendo a pacificação social".

Boas gestões, parcerias, muitos sonhos, ideias criativas e inovadoras, nascimentos e ressurreições. A cada gestão, as obras vão nascendo, com jeitos novos de caminhar a lembrar Thiago de Mello: "Não tenho um caminho novo. O que eu tenho de novo é um jeito de caminhar".

Por proposta do Presidente José Laurindo de Souza Netto, nasceu a EJUD. Não foi criada como substitutiva da EMAP (Escola da Magistratura do Paraná). Foi estabelecida como a Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que juntamente com a Escola da Magistratura e com a Associação dos Magistrados do Paraná, somam forças e já firmaram parceria no sentido de integrar suas metas, para o aperfeiçoamento e a formação inicial e continuada de magistrados e servidores.

A Revista Gralha Azul, publicada pelo Tribunal de Justiça, como um periódico científico da EJUD, tem estimulado a pesquisa, tem promovido a divulgação de novas ideias, não só com visões técnico-jurídicas. Mais que isso, tem trazido artigos, projetos, reflexões de cunho transdisciplinar.

Nesta edição temos assuntos variados e atuais como AIRBNB, Habeas corpus para animais no Brasil e na América Latina; dificuldades do ensino na intersecção entre a medicina e o direito; proposta do processo constitucional, teoria do processo constitucional, devido processo legal constitucional, integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal constitucional; acesso à justiça; movimento migratório na economia; desconsideração da personalidade jurídica; controle de constitucionalidade, liberdade de manifestação e de pensamento; jurisdição internacional; autocomposição e a comunicação digital, dentre outros temas reflexivos. Os artigos que compõe a edição foram escritos por autores nacionais e internacionais: alguns mais jovens, outros mais experientes, variadas profissões, professores,

EDITORIAL

advogados, magistrados, servidores públicos, psicólogos, médicos, pesquisadores e consultores, cada qual contribuindo, com suas provocações, para a formação de uma massa crítica de juristas com potencial de transformar a realidade.

Percebe-se em alguns escritos, independente da idade ou experiência de seus autores, um entusiasmo juvenil típico daquilo que parafraseando Rui Barbosa chamaria de mocidade que carrega a inteligência brasileira (Oração aos Moços).

Um abraço firme e de parabéns aos nossos colaboradores.

Desembargador Roberto Portugal Bacellar¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Membro do Conselho Editorial da Revista Galha Azul

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor do Corpo Permanente do Mestrado Profissional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Membro dos Conselhos Gestores do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nas áreas de mediação, conciliação e justiça restaurativa. Membro do Conselho Editorial da Revista Galha Azul.

PREFÁCIO



Gisele Giandoni Wolkoff¹

A busca pela justiça social, pela convivência digna entre os seres data de há muito, provavelmente, a coincidir com a própria escrita. Entretanto, quando pensamos as nações e as suas dinâmicas, a história do Direito ganha especificidades temporais e contextuais peculiares. Para os leigos na área, certamente, o Império Romano a partir de figuras como o grande pensador Marco Túlio Cícero, o imperador Augusto (Caio Otávio) e o filósofo Lúcio Aneu Sêneca marcam significações únicas deste vasto universo que é tentar organizar o caos das dinâmicas sociais menos pelas leis, e mais pelas compreensões possíveis destas. Mas é o Iluminismo o momento que convoca o brado à Igualdade, à Liberdade e à Fraternidade, pilares dos Estados Modernos – eis o que aprendemos nas escolas!

¹ Professora associada do Departamento Multidisciplinar do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora de pós-doutoramento na Kyoto University of Foreign Studies (2018-2019) e no Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra (2009-2012). Doutora em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês (USP, 2008), Mestre, bacharel e licenciada em Letras (USP). Professora visitante na Universidade Federal do Amazonas (2022) e na Universidade de Estudos Estrangeiros de Quioto (KUFS), Kyoto, Japão em 2018-2019. Poeta e pesquisadora de Poesia Contemporânea, Arte Asiática e Tradução, Membro do Grupo de Estudos de Adaptação e Tradução (G.R.E.A.T.) e do Grupo de Estudos Arte Ásia (GEAA), além de participar do IATIS (International Association of Translation and Interpretation Studies) e IASIL (International Association for the Study of Irish Literatures).

É assim que pensar a relação entre os princípios norteadores da Igualdade nas diversas camadas das dinâmicas sociais tem a ver com ressignificar os olhares sobre o Direito, as suas práticas e as suas reflexões nos mais variados âmbitos. Uma dessas relações diz respeito à Literatura.

Na esfera da Literatura Ocidental, o bardo William Shakespeare desvelou em seus textos alguns dos diálogos mais contundentes, cheios de verve, por meio de seus personagens que nos são atualíssimos. Algumas das cenas mais intensas por ele criadas trazem personagens que debatem as leis dos tempos quinhentistas e os seus usos como é o caso dos personagens Shylock e Portia (que interpreta o advogado de Antonio) na peça *O Mercador de Veneza* diante do tribunal que acabou por condenar aquele que quisera condenar o seu não pagador, Antonio. Na referida peça, Shylock, o judeu "usurário" (como é pelos cristãos considerado) empresta dinheiro a Antonio, o mercador que quer ajudar o amigo a conquistar a amada. Ao fazê-lo, firma um contrato em que não havendo o devido pagamento, ainda que sem a cobrança de juros para compensar todas as ofensas pelo cristão a ele proferidas, Shylock pode tirar uma libra de carne do corpo de Antonio. Este, porém, fracassa nos negócios, não lhe paga o devido e Shylock vai à corte. Enamorada do amigo de Antonio, Portia se traveste de advogado para defender este e começa a sua fala no tom que celebra o perdão:

A graça do perdão não é forçada;
Desde os céus como uma chuva fina
Sobre o solo: abençoada duplamente,
Abençoa a quem dá e a quem recebe;
É mais forte que a força: ela garante
O monarca melhor do que a coroa;
O cetro mostra a força temporal,
Atributo de orgulho e majestade,
Onde assenta o temor devido aos reis;
Mas o perdão supera essa imponência:
É um atributo que pertence a Deus,
E o terreno poder se faz divino
Quando à piedade curva-se a justiça.

E apesar da tentativa igualmente contundente de Shylock valer-se de palavras belas pois cheias de verdade, seguindo o conceito de Beleza de um outro inglês, o poeta John Keats, que nos ensinou sobre a verdade de que "algo de belo é uma eterna alegria" (no original, "A thing of beauty is a joy forever"):

"- Que julgamento devo temer, se não faço nada de errado? Os senhores têm entre vocês muitos escravos que os senhores compraram e que, como se fossem seus jumentos, seus cachorros, suas mulas, os senhores usam de modo objeto, em tarefas nojentas. Porque os senhores os compraram. Devo então dizer-lhes 'libertem os seus escravos! Deixem que eles se casem com seus herdeiros! Por que eles têm de suar, carregando pesadíssimos fardos? Permitam que as camas deles sejam tão macias quanto as suas próprias, e permitam que os paladares deles sejam agraciados com as mesmas carnes bem temperadas que vocês comem!', devo dizer-lhes isso? Os senhores vão me responder 'os escravos são nossos', pois eu lhes respondo assim. Essa uma libra de carne que exijo dele foi comprada a peso de ouro; ela é minha, e vou levar o que é meu. Se isso me for negado, meus senhores, as suas leis são uma vergonha; os decretos de Veneza não são respeitados. Estou aqui para o julgamento. Quero que me respondam: terei o meu julgamento?"

Shylock sai derrotado, por fim, acentuando a falta de misericórdia, a omissão e a hipocrisia da cena processual. Ou, não – dirão os estudiosos tão atentos aos detalhes das falas e dos enredos, quanto os que participam ainda do julgamento de Capitu, personagem do nosso grande mestre Machado de Assis. Serão os olhos de ressaca a névoa por trás da qual se esconde a traição a Bentinho na trama apresentada em *Dom Casmurro*?

Tão somente o debate com base em estudos criteriosos, comparativos, com leituras cirradas, e reflexões sobre as novas práticas podem nos sinalizar possíveis respostas que aparentem injustiças menores. E esta é a proposta de mais uma edição da Galha Azul, que intensifica reflexões sobre a proposta ao Código de Processo Constitucional, sobre o próprio Processo Constitucional, e sobre este na Teoria do Processo Constitucional, além de pensar metalinguisticamente o acesso à Justiça, os efeitos das migrações na economia e outros temas muito atuais tais como os bens e a desconsideração da personalidade jurídica, o cargo de juiz, a (ir)retroatividade da lei número 14.230/2021, além do olhar sobre os animais no Brasil e na América Latina. O diálogo dessas discussões propostas com os irmãos do Peru é o que de mais requintado a Galha Azul sugere na divulgação do conhecimento, pois se permite dar a conhecer o que é sempre silenciado nos estudos nacionais endógenos. Nesta edição, então, os leitores poderão conhecer mais sobre a justiça constitucional no bicentenário da independência do Peru, bem como dos seus Direitos Humanos.

E, desta feita, voa a Galha Azul, a formar e a sustentar araucárias daqui e de lá, onde nem os sabiás, nem as galhas despontam no céu, mas onde fazem germinar as sementes de árvores esplendorosas! Para os que se contaminam pelos ares poluídos do pessimismo, entoamos a lenda infantil de João Marino Delize, para que a ludicidade das almas leitoras se mantenha sempre viva, diante de tanta revelação por conhecimento:

A lenda da Galha Azul

A galha azul do Paraná
Não era azul, não senhor
Começou assim se tornar
Por causa de um lenhador

A galha azul do Paraná
Que é cor azul como o céu
Agora eu vou lhe contar
Já foi preta como o breu

Um dia a galha revoltada
Ao pinheiro foi reclamar
Que o lenhador derrubava
Os pinheirais do Paraná

Brava, falou ao pinheiro
Que o homem vem a cortar
Todos os pés de pinheiro
Que ela estava a plantar

O pinheiro já conformado
Disse: - Levante o astral
Dê uma volta pelo mundo
E tente mudar seu visual

A gralha preta então voou
Voou do norte até ao sul
Voou por cima das nuvens
Voou sob este céu bem azul

Ela saiu a voar pelos ares
E aí muito tempo se passou
Que então as cores do céu
Em suas negras asas pegou

E assim termina essa lenda
Que conto pois ouvi contar
Porque que se tornou azul
A gralha Azul do Paraná.

Jmd/Maringá, 26.08.10

Boas Leituras!!

Gisele Giandoni Wolkoff

Professora Associada da Universidade Federal Fluminense
Doutora em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês pela USP

REFERÊNCIAS

DELIZE, João Marino. "A Lenda da Gralha Azul". Disponível em: <https://www.luso-poemas.net/modules/news/article.php?storyid=148158>.

HELIODORA, Barbara. Shakespeare: o que as peças contam: Tudo o que você precisa saber para descobrir e amar a obra do maior dramaturgo de todos os tempos. Edições de Janeiro, 2014.

HELIODORA, Barbara. Falando de Shakespeare. São Paulo: Perspectiva, 2001.

HELIODORA, Barbara. O mercador de Veneza. São Paulo: Lacerda Editores, 1999.

KEATS, John. Endymion: A Poetic Romance, Londres, Taylor and Hessey, 1818.

NUNES, Carlos Alberto. O mercador de Veneza. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1950-1958.

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
Roberto Portugal Bacellar	
PREFÁCIO	7
Gisele Giandoni Wolkoff	
O PARANÁ NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL	14
Paulo Roberto de Almeida, Paulo Fernando Pinheiro Machado	
JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: UN ANÁLISIS DESDE EL ENFOQUE DEL DERECHO DE LOS TRATADOS	22
Krúpskaya Ugarte Boluarte	
REDES NEURAIS, TOMADA DE DECISÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIA	31
Tiago Gagliano Pinto Alberto	
O REFLEXO DO MOVIMENTO MIGRATÓRIO NA ECONOMIA	40
Antonio De Pádua Parente Filho	
A (DES)NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DA BUSCA DE BENS DO DEVEDOR PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	50
Arthur Mendes Lobo, Juliano Felipe de Oliveira, Marcel Guimarães Rotoli de Macedo	
A SENTENÇA E A COISA JULGADA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL SEGUNDO A TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL	57
Soraya Gasparetto Lunardi, Dimitri Dimoulis	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF E COISA JULGADA NO CASO CONCRETO	66
Eduardo Talamini	
A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº 14.230/2021	75
José Sebastião Fagundes Cunha, Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha	
O CARGO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU E O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL	84
José Sebastião Fagundes Cunha	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL	94
Luiz Rodrigues Wambier	
AIRBNB: HOSPEDAGEM OU LOCAÇÃO? ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ	103
Nelson Rodrigues Netto	

SUMÁRIO

CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: O DIÁLOGOS DOS DIÁLOGOS Renato Gugliano Herani	113
POR UM DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL PÓS-HUMANISTA: HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA Vicente de Paula Ataíde Junior	119
A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRIBUTAÇÃO E DA ORDEM ECONÔMICA José Laurindo De Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel	127
ABUSO DE PODER E ABUSO DE DIREITO PARA O DIREITO SOCIETÁRIO Daniella Machado Ribeiro Goedert , Sandro Mansur Gibran, Flávia Jeane Ferrari	138
AS DIFICULDADES DO ENSINO NA INTERSECÇÃO ENTRE A MEDICINA E O DIREITO Ermelino Franco Becker, José Laurindo de Souza Netto, Miguel Kfoury Neto, Viviane Coelho de Séllos-Knoerr	146
O MOMENTO DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO Sergio Luiz Patitucci	156
CONTRADIÇÕES DE DECISÕES JUDICIAIS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA Gean Carlos Dala Rosa, José Raphael Batista Freire	161
O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O OFICIAL DE JUSTIÇA FRENTE À AUTOCOMPOSIÇÃO E À COMUNICAÇÃO DIGITAL Adriano Vottri Bellé	173
REVISITANDO O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA Sandro Gilbert Martins	182
O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: PROPOSTA Paulo Lopo Saraiva	187
O MODELO DO TRIBUNAL MULTIPORTAS AMERICANO: UM DIÁLOGO COM A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO DE INTERESSES Anderson Ricardo Fogaça, José Laurindo de Souza Netto, Leticia de Andrade Porto	191
TEXTO DE OPINIÃO	202
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ Francisco Miranda Molina	

ARTIGOS

O PARANÁ NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL

PARANÁ IN BRAZIL'S INTERNATIONAL RELATIONS AND THE ROLE OF THE STATE JUDICIAL POWER



Paulo Roberto de Almeida¹

O presente ensaio visa a analisar o desenvolvimento do papel do estado do Paraná nas relações internacionais do Brasil, singularizando os principais impactos que esse desenvolvimento vem trazendo para o Poder Judiciário local. O Paraná consolidou-se como uma verdadeira potência energética e agrícola em escala global o que levou a abertura de um Escritório de Representação do Ministério das Relações Exteriores em Curitiba (EREPAR), no final dos anos 1990. Além disso, o ensaio apresenta as principais demandas que vem sendo submetidas ao Poder Judiciário paranaense, como fruto dessa crescente internacionalização do estado: a cooperação judicial internacional cível e criminal, as questões relativas a privilégios e imunidades diplomáticas e consulares e, last but not least, a necessidade de aplicação da *lex mercatoria* nas cada vez mais sofisticadas litigâncias locais envolvendo o comércio agrícola internacional.

Palavras-Chave: Diplomacia; Direito Internacional; Paraná.

¹ Diplomata de carreira, Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Livre de Bruxelas, Professor Universitário, Diretor de Publicações no Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9470963765065128>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2332-6233> Email: pralmeida@me.com.



Paulo Fernando Pinheiro Machado²

This essay aims to analyze the development of the role of the state of Paraná in Brazil's international relations, highlighting the main impacts that this development has brought to the local Judiciary. Paraná consolidated itself as a true energy and agricultural power on a global scale, which led to the opening of a Representative Office of the Ministry of Foreign Affairs in Curitiba (EREPAR), in the late 1990s. In addition, the essay presents the main demands that have been submitted to the Judiciary of Paraná, as a result of this growing internationalization of the state: international civil and criminal judicial cooperation, issues related to diplomatic and consular privileges and immunities and, last but not least, the need to apply the *lex mercatoria* in the increasingly sophisticated local litigation involving international agricultural trade.

Keywords: Diplomacy; International Law; Paraná.

² Diplomata de carreira, jurista, jornalista. Mestre em Direito pela Universidade de Londres e Mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco. Professor de Direito Internacional do UNIDOMBOSCO e Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional do Instituto dos Advogados Brasileiros. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0206572442832157>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0403-565X> Email: pf.pinheiromachado@gmail.com.

*As opiniões expressas no presente artigo são de caráter exclusivamente pessoal, não se confundindo, necessariamente, com a de qualquer instituição a que porventura os autores se filiem.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a conduzir uma breve análise do desenvolvido da participação do estado do Paraná no quadro geral das relações internacionais do Brasil ao longo de nossa história, desde os tempos coloniais até o momento atual. Buscar-se-á, ao longo da análise, ressaltar a posição geoestratégica do estado, localizado no heartland da América do Sul, com vocação para ser o hub logístico por excelência do subcontinente.

O presente ensaio buscará demonstrar o impacto que a crescente internacionalização do estado vem provocando no Poder Judiciário local, trazendo novas demandas que, por sua vez, exigem um alto grau de domínio, por parte dos juizes, de temas avançados de Direito Internacional Público, como os mecanismos de cooperação judiciária de que o Brasil é parte, as evoluções no instituto dos privilégios e imunidades diplomáticas e consulares e a necessidade, cada vez mais premente, de aplicação de *lex mercatoria* nos contenciosos locais envolvendo contratos de exportação de alimentos.

O Paraná se consolidou como uma potência energética e agrícola global, trazendo novos temas e abordagens para o Poder Judiciário local. O presente ensaio, assim, visa a apresentar, em linhas gerais, o desenvolvimento da internacionalização do estado e os principais temas que esse desenvolvimento tem trazido para o Tribunal de Justiça do Paraná.

1 A IMPORTÂNCIA GEOPOLÍTICA DO PARANÁ NO DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL

Não obstante sua posição relativamente excêntrica, no plano dos primeiros três séculos da história nacional, com respeito aos principais eixos das relações internacionais do Brasil, situados, respectivamente, primeiro no Nordeste – as regiões produtoras de açúcar em Pernambuco e na Bahia – depois no Sudeste – Rio de Janeiro e Minas Gerais, na produção e no escoamento das riquezas minerais, a região na qual se situa o atual estado do Paraná sempre teve um papel importante na projeção geopolítica do Brasil no imenso heartland da América do Sul. A autonomia política do Paraná também é relativamente recente, datando apenas de meados do século XIX – pois que antes estas terras estavam vinculadas à capitania de São Vicente, depois à província de São Paulo –, mas tanto a importância econômica, quanto o papel internacional do Paraná fazem do estado um dos mais importantes eixos de relações internacionais do Brasil contemporâneo.

O território praticamente não estava incorporado ao Brasil colonial até o Tratado de Madri de 1750, pois que a linha de Tordesilhas vinha se encontrar

com as margens do Atlântico pouco abaixo da atual costa paranaense, na região de Laguna, em Santa Catarina. Deve-se, aliás, ao gênio do avô da diplomacia brasileira, o diplomata português nascido em Santos, Alexandre de Gusmão, a integração destas terras à então colônia portuguesa da América do Sul, pela via do princípio jurídico do *uti possidetis*, por obra dos desbravadores dos sertões saídos da pobre localidade de São Paulo, os paulistas caçadores de índios, mais tarde conhecidos na historiografia ufanista da maior metrópole brasileira como bandeirantes. Foram eles que devassaram estas terras até o leito do Paraná e mais longe ainda, em direção das regiões meridionais – se possível até o Prata, eterno sonho geopolítico português, de garantir o acesso às terras do coração da América do Sul pelas diferentes vias fluviais a partir de Sacramento – e subindo pelas bacias hidrográficas do Amazonas, permitindo a Alexandre de Gusmão, nos mapas e na prática, conformar o atual mapa do Brasil contemporâneo quase que inteiramente, pendentes poucas porções de territórios adicionais que seriam negociadas, na passagem dos séculos XIX e XX, pelo pai da diplomacia brasileira, o Barão do Rio Branco. Foi Juca Paranhos quem garantiu que o Rio Grande não se desgarrasse do restante do imenso território brasileiro na arbitragem da questão de Palmas em face das demandas da República Argentina, pois do contrário Santa Catarina seria apenas um minúsculo elo entre a rebelde República Farroupilha das Regências e o Brasil, a partir do Paraná justamente.

Mas foi o mais importante ciclo da história econômica brasileira, o do café, a partir do Vale do Paraíba e do interior do estado de São Paulo, junto com a imigração maciça de agricultores europeus, os dois mais importantes processos que fizeram do Paraná um estado crucial na modernização agrícola e na construção do moderno agronegócio que colocou o Brasil na vanguarda do suprimento alimentar no mundo. Até a primeira metade do século XX, justamente, o Brasil tinha uma agricultura atrasada, aquela que tinha motivado as crônicas de Monteiro Lobato sobre o matuto do interior, o Jeca Tatu, ademais de sua famosa frase sobre as saúvas como os principais inimigos do país. A modernização agrícola do Brasil, antes de ser estimulada cientificamente pela Embrapa, foi obra das unidades de agricultura familiar dos estados do sul, que depois avançariam sobre as terras do Mato Grosso e do cerrado central, modernos bandeirantes que completaram a "marcha para o Oeste" deliberadamente empreendida na era Vargas.

Vem, aliás, da era Vargas, a elevação do Paraná a um novo status geopolítico, o de elo de ligação entre o Paraguai e o Oceano Atlântico, pela via do porto de Paranaguá. Desde a independência, o Império do Brasil tinha se esforçado para resguardar a independência do país mediterrâneo situado ao norte do antigo vice-reinado do Rio da Prata que Buenos Aires se empenhou

em novamente submeter assim que foram proclamadas as Repúblicas Unidas do Rio da Prata, visando igualmente o sul da Bolívia e o Uruguai, então incorporado ao Império como "Província Cisplatina". As tentativas de submeter o Paraguai foram contínuas sob a ditadura de Rosas – que chegou a patrocinar a "clausura de los rios", um imenso problema ao acesso pelo Brasil de suas províncias do interior – e até mesmo ao final da guerra do Paraguai, quando a República Argentina finalmente emerge como poder nacional. O Império foi o primeiro Estado a reconhecer a independência da jovem República do Paraguai, uma das primeiras a se desligar da tutela espanhola (e napoleônica) sobre as diversas partes de seu império colonial sul-americano, e assim continuou procedendo durante praticamente os primeiros cem anos da turbulenta república oligárquica e caudilhesca.

Mas foi apenas na era Vargas, nos anos 1930 e 40, que a República dos Estados Unidos do Brasil normaliza e estabiliza suas relações com o Paraguai, e o faz por meio de tratados internacionais que deram ao Paraná um papel estratégico na via alternativa de acesso ao Oceano Atlântico através do território do estado, e do uso soberano de parte do porto de Paranaguá, para usufruto do comércio exterior paraguaio. Foi a partir desse momento, também, que a triplíce fronteira adquiriu uma importância singular – para o bem e para o mal, em vista de todos os tipos de contrabandos – nas relações exteriores do Brasil, especialmente em sua diplomacia regional. Nos anos 1950 e 1960, quando o Brasil estava construindo sua nova matriz energética, baseada na utilização intensiva dos recursos hídricos, a diplomacia brasileira – por acaso guiada, na sua divisão de Fronteiras, pelo grande escritor Guimarães Rosa – soube realçar as virtudes do rio Paraná, contíguo ao Paraguai, para iniciar um novo tipo de relação cooperativa com o país mediterrâneo, associando-o definitivamente ao Brasil e dirimindo uma das últimas pendências limítrofes que tinha permanecido indefinida depois do trabalho do Barão do Rio Branco.

As poucas nesgas de terras disputadas na margem direita do rio Paraná foram consensualmente "afogadas" no grande lago de Itaipu, depois que, nos anos 1970, um tratado binacional decidiu pela elevação de uma barragem na fronteira comum aos dois países. A contestação argentina quanto à altura das comportas na enorme barragem de Itaipu – a maior do mundo até a construção de Três Gargantas, na China – foi finalmente resolvida pelo acordo tripartite de 1979, que selou o início de uma nova etapa no relacionamento com os dois mais importantes vizinhos do Brasil na bacia do Prata. Foi a partir daí que as medidas de construção de confiança entre os três países permitiram o início do processo de integração, realizado primeiro de forma bilateral entre o Brasil e a Argentina, nos anos 1980, e, a partir do Tratado de Assunção, de 1991, consagrou o

formato quadrilateral do Mercosul, a união aduaneira em construção que acaba de completar seu trigésimo aniversário. O estado do Paraná é, de pleno direito, o fiel da balança dos novos arranjos econômicos, geopolíticos e diplomáticos que sepultaram, definitivamente, as velhas disputas hegemônicas entre os dois grandes do Cone Sul para inaugurar uma era de empreendimentos cooperativos que hoje marcam o perfil contemporâneo desse eixo central do Cone Sul latino-americano.

Esse novo perfil foi atentamente acompanhado, estimulado e até guiado pela diplomacia regional do Brasil, sobretudo depois da democratização do Paraguai, em 1989, que acompanhou processos similares nos demais países da região, dando novamente ao estado do Paraná um papel crucial na materialização de diversos projetos de construção da cooperação transfronteiriça e de consolidação da integração regional no âmbito do Mercosul (do qual o Paraguai é o estado depositário). Um escritório do Itamaraty foi criado em Curitiba, o EREPAR, no final dos anos 1990, convertendo-se num dos mais ativos, senão o principal, dos escritórios regionais da Casa de Rio Branco que lidam diretamente com as relações internacionais do Brasil, numa perfeita coordenação entre o ministério em Brasília e o executivo do Paraná.

2 A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO EREPAR

A abertura do Escritório de Representação do Ministério das Relações Exteriores no Paraná (EREPAR) foi, sem dúvida alguma, um reconhecimento da alta importância geopolítica do Paraná para a condução das relações internacionais do Brasil. Estado-sede da binacional de Itaipu e localizado na triplíce fronteira, o Paraná é ainda o principal receptor de migrantes do leste europeu, o principal exportador mundial de uma série de commodities agrícolas, além de abrigar o porto de Paranaguá, o segundo maior porto exportador de grãos do Brasil e principal porta de entrada de fertilizantes em território nacional. Fazia, desde fins dos anos 1990, jus a uma representação exclusiva do Itamaraty, na sua capital, para tramitar todos os assuntos internacionais de interesse estadual.

A importância prática da presença do EREPAR não deve ser subestimada. Em que pese a densidade da agenda internacional do estado do Paraná, a Constituição Federal, em seu art. 84, VII, reserva a condução das relações internacionais à competência privativa do Presidente da República, que, por força do art. 76 da Constituição, a exerce auxiliado pelo Ministro das Relações Exteriores. Ou seja, as autoridades estaduais não têm competência para manter relações com Estados estrangeiros, devendo tramitar os assuntos de seu interesse sempre pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores (SERE). Daí a importância fundamental de o Paraná contar com um

Escritório da SERE em Curitiba. Não são todos os estados da Federação, frise-se, que gozam desse privilégio.

Vale notar, igualmente, que a recíproca é verdadeira no plano externo também, isto é, representantes de Estados soberanos não devem tratar diretamente com autoridades federativas, devendo sempre comunicarem-se com elas por intermédio da SERE. É o que impõe a regra do art. 41(2) da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, promulgada pelo Decreto 56.435/1965:

Todos os assuntos oficiais que o Estado acreditante confiar à Missão para serem tratados com o Estado acreditado, deverão sê-lo com o Ministério das Relações Exteriores, ou por seu intermédio, ou com outro Ministério em que se tenha convindo.

É sempre importante ter em mente a diferença entre a autonomia interna e soberania no plano do Direito das Gentes. Os entes federados possuem autonomia para atuar dentro da esfera de competência a eles reservada pelo texto constitucional, mas não possuem soberania, isto é, a capacidade jurídica de Direito Internacional Público. No plano internacional, somente a União Federal possui soberania, respondendo pelos entes federados. No plano internacional figura a chamada “doutrina da uma só voz”, segundo a qual o Estado atua como entidade unitária, reconhecendo-se a penas a voz do seu Chefe de Estado.

Vale notar que a questão da possibilidade jurídica de um ente federativo celebrar contrato ou convênio com entidade de direito público internacional já foi submetida diversas vezes à Consultoria Jurídica do Itamaraty. Em 1999, por exemplo, a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro submeteu consulta acerca da possibilidade de a municipalidade celebrar convênio com o Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (Habitat). O então Consultor Jurídico do Itamaraty, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, concluiu pela negativa, apoiando-se em clássico parecer de seu antecessor, Levi Carneiro, que considerava inconcusso que

um Estado Federado não possa agir nas órbitas internacionais, não possa assumir compromissos de feição internacional; não possa tratar e obrigar-se com uma organização internacional. [...] Se assim não fosse, o Estado Federado poderia tratar com uma organização internacional, a que o Governo Federal fosse estranho, ou até infenso. Ficaria quebrada, em face das nações estrangeiras, a unidade nacional, que, nessas relações, o regime federativo mantém plenamente. (...) Somente a União, portanto – e não qualquer Estado Federado – pode manter relações de qualquer espécie, contratuais ou não, com alguma organização internacional.

Isso não significa, como o próprio Consultor Jurídico do Itamaraty assinala em seu parecer, que Estados e Municípios não tenham uma agenda internacional própria e crescente. Justamente para auxiliar na condução dessa agenda o Itamaraty coloca em prática uma diplomacia federativa, de que o EREPAR é um exemplo, para manter um diálogo constante e profícuo com os entes federados.

Passaremos a analisar, então, alguns aspectos dessa crescente agenda internacional do estado do Paraná, com maior impacto no cotidiano do Poder Judiciário local, que vem sendo progressivamente chamado a se pronunciar em questões que envolvem aspectos internacionais e de Direito das Gentes. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possui uma importância fundamental no endereçamento das questões de cunho internacional apresentadas, que, com a crescente relevância geopolítica do estado na condução da diplomacia brasileira, certamente virá a assumir progressiva importância nos próximos anos.

3 A TRÍPLICE FRONTEIRA – COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL

Conforme ressaltado acima, o Paraná se singulariza entre os estados da federação por abrigar a tríplice fronteira, com o Paraguai e a Argentina, na região de Foz do Iguaçu. Trata-se de uma região fronteiriça de alta movimentação de pessoas, além de se estruturar em uma área de conexão estratégica entre as zonas produtoras de commodities dos três países e os canais de escoação rododiferroviários que as ligam até o porto de Paranaguá. Some-se a isso o fato de Foz do Iguaçu ser o segundo destino turístico em território nacional, com expectativa de receber cerca de 1.8 bilhão de visitantes até 2030. Também é digno de nota o recém anunciado projeto de construção de um novo museu internacional na cidade, em parceria com o Centro Georges Pompidou, iniciativa essa que contou com amplo apoio do EREPAR. O novo museu internacional deverá intensificar ainda mais o fluxo de pessoas na região da tríplice fronteira.

A pujança da região da Tríplice Fronteira, aliada à sua localização geoestratégica, como seria natural, tem o condão de gerar um fluxo continuado e exponencialmente crescente de demandas judiciais, em particular com aspectos internacionais. Assim, o Poder Judiciário do Paraná é frequentemente chamado a pronunciar-se sobre e a operar com os mecanismos de cooperação jurídica internacional dos quais o Brasil faz parte, tanto na área cível como na área penal.

Os pedidos de cooperação jurídica internacional são bastante amplos e variados, envolvendo desde pedidos de informações até tramitação de documentos, cartas rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e, em ponto

mais extremo, pedidos de extradição. Os mecanismos de cooperação jurídica internacional fundamentam-se precipuamente em tratados bilaterais e multilaterais ratificados pelo Brasil. Na operacionalização prática desses mecanismos, é importante atentar para o fato que, via de regra, cada qual estabelece uma autoridade nacional competente para a tramitação, que pode ser tanto o Ministério das Relações Exteriores, quanto, em alguns casos, o Ministério da Justiça. Para se evitar demoras e necessidade de repetição de procedimentos, é muito importante que a autoridade judiciária verifique previamente qual a autoridade nacional competente para cada pedido concreto.

Outro aspecto que é de fundamental importância ter sempre em vista é o de que a cooperação jurídica internacional tem o seu fundamento em um princípio geral de direito, o da reciprocidade. Isso quer dizer que, em face de cada pedido, o juiz deverá fazer uma análise preliminar, com base no direito brasileiro, para auferir se a questão em tela se coaduna com a legislação pátria e se há equivalência na legislação e no tratamento da matéria pela autoridade estrangeira, isto é, se há, de fato, reciprocidade real na questão. O ponto de partida, do ponto de vista do juiz brasileiro, deverá sempre ser o do respeito e o da preponderância do nosso direito pátrio. O princípio da reciprocidade se verifica, com especial importância, nos casos penais, em particular nos de extradição, nos quais impera a doutrina da dupla-incriminação, isto é, a matéria objeto do pedido deve ser considerada ilícita da mesma forma nos dois ordenamentos jurídicos envolvidos.

4 PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS E CONSULARES

Outra gama de assuntos que a importante presença internacional do Paraná traz para o seu Poder Judiciário é a necessidade de apreciação de casos e questões que envolvam exceções à jurisdição estatal. O estado do Paraná conta com um corpo consular significativo, com presença bastante ativa de consulados de carreira e de consulados honorários, além de ser destino de visitas frequentes de autoridades diplomáticas e de Chefes de Estados estrangeiros, em particular dos países do Mercosul.

Essa intensa atividade internacional demanda que os juízes tenham pleno domínio da área do direito internacional público que trata dos privilégios e imunidades. Grosso modo, há três grandes categorias de exceção à jurisdição estatal: as imunidades estatais, as imunidades diplomáticas e as imunidades consulares.

Com relação às primeiras, as imunidades estatais ou soberanas, elas se referem às prerrogativas dos Estados diretamente enquanto pessoas jurídicas de direito internacional público. Note-se que a matéria é

regulada pelo costume internacional e não por tratados. Nesse sentido, pela operação do princípio geral de direito do par in parem non habet iudicium, isto é, o de que entre pares não há jurisdição, reconhecia-se como absoluta a imunidade dos Estados estrangeiros perante tribunais domésticos. A partir da segunda metade do século XX, contudo, iniciou-se uma flexibilização desse conceito, passando a imunidade soberana a ser não mais absoluta, mas relativa. Passou-se a fazer uma distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, isto é, entre atos soberanos e atos administrativos, não estando os últimos cobertos pela imunidade estatal.

Essa evolução do instituto no direito internacional levou a abertura de uma série de procedimentos judiciais contra Estados estrangeiros, ao redor do mundo, notadamente em questões imobiliárias e trabalhistas. Recentemente, contudo, o Poder Judiciário inglês proferiu uma decisão, em duas causas trabalhistas conexas, que parecem operar uma reversão nesse desenvolvimento da relativização da imunidade soberana que, pela aplicação do princípio da reciprocidade, deverá ter impacto nas decisões dos tribunais brasileiros também. É de suma importância que os juízes acompanhem de perto a evolução do assunto.

Já as imunidades diplomáticas e consulares, por sua vez, não dizem respeito às prerrogativas do Estado soberano diretamente, mas as dos representantes dele. Aqui a matéria é regulada por tratados internacionais, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963). É muito importante os juízes conhecerem a fundo essas convenções, que estabelecem regimes e imunidades totalmente distintos para autoridades diplomáticas e para autoridades consulares.

Com relação às autoridades consulares, em particular, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) estabelece dois sub-regimes distintos, um para os cônsules de carreira e outro para os cônsules honorários. Os consulados honorários, em particular, possuem um regime de prerrogativas muito restrito, reservado somente a atos oficiais. Essa é uma distinção importante para os juízes terem presente. Vale à pena, aqui, reproduzir as considerações do diplomata e professor Guido Soares sobre a questão:

Imunidades ainda menos extensas são atribuídas aos cônsules honorários: as imunidades unicamente se referem a atos no exercício de sua função oficial e, quanto a deveres de prestar depoimentos, existem regras mínimas que protegem unicamente a independência e autonomia das referidas funções. Destaque-se o dispositivo da Convenção de Viena que expressamente declara não serem concedidos quaisquer privilégios ou imunidades aos membros da família de funcionário de repartição consular dirigida por funcionário consular honorário

(parágrafo 3º, do art. 58, "Disposições Gerais Relativas às Facilidades, Privilégios e Imunidades", inscrito no Capítulo III da Convenção de Viena de 1963, que estabelece o regime jurídico aplicável a essas pessoas).

Vale notar que, em caso de dúvida do Poder Judiciário estadual acerca de eventual prerrogativa alegada, pode ser feita uma consulta à Coordenação-Geral de Privilégios e Imunidades do Itamaraty, via o EREPAR.

5 REGIME JURÍDICO INTERNACIONAL DO AGRONEGÓCIO – LEX MERCATORIA.

Uma terceira categoria de demandas que vem crescentemente sendo apresentada para o Poder Judiciário paranaense diz respeito às questões relacionadas com o comércio agrícola internacional. Trata-se de demandas novas, de uma caracterização mais sutil, que pedem um nível de sofisticação elevado do Poder Judiciário no seu encaminhamento. Aqui está-se a operar na zona de confluência entre o direito internacional público, o direito interno brasileiro e o direito internacional privado.

Não se pode perder de vista que o estado do Paraná se consolidou como uma potência agrícola mundial. Sete das dez maiores cooperativas agrícolas da América Latina tem sede no estado e suas exportações agrícolas correspondem a nada menos do que cerca de 5% das exportações totais do Brasil. Além disso, o porto de Paranaguá, como ressaltado acima, é o segundo maior porto exportador de grãos do país e a principal entrada de fertilizantes em território nacional. O Paraná é sem sombra de dúvida uma potência agroexportadora global.

Com a eclosão do conflito no leste europeu no início de 2022 e a consequente desarticulação das cadeias globais de fornecimento, em especial de hidrocarbonetos e de trigo, uma possibilidade real de crise alimentar global se afigura no horizonte. Nesse cenário, é bastante provável que os produtores de alimentos do estado do Paraná sejam pressionados a priorizar o abastecimento do mercado externo em detrimento do mercado interno, causando uma espiral inflacionária na economia brasileira com potencial falta de alimentos em nosso país.

Essas pressões causadas pela desarticulação das cadeias globais de alimentos naturalmente se traduzirão em uma onda de contenciosos contratuais, a ser despejada principalmente no Poder Judiciário paranaense. É muito importante, nesse sentido, que os juízes estejam sensibilizados para a questão da geopolítica global dos alimentos e que também estejam preparados para julgar com base em elementos internacionais, de *lex mercatoria*, que muitas vezes se apresenta como um regime especial, a variar as

orientações do regime geral do direito civil e comercial interno.

Tratam-se, em especial, de contenciosos comerciais oriundos de contratos de compra e venda típicos, celebrados em mercados com tradições, especificidades e regras consuetudinárias muito sólidas, que muitas vezes são ignoradas pelos juízes no momento de decisão. Esse desconhecimento da *lex mercatoria* e a falta do seu reconhecimento como fonte do direito pátrio normalmente se dá em detrimento do produtor e das cooperativas paranaenses, que se veem tolhidas de sua capacidade de negociação, em mercados nos quais, por exemplo, são costumeiras as quebras contratuais para arbitragem de preços, prática conhecida no mercado como "washout" de contratos. Os mercados internacionais de commodities são regidos por regras consuetudinárias milenares, sob a égide do direito inglês, que não reconhece, por exemplo, nem o dever de boa-fé nas negociações contratuais nem a possibilidade de se apor uma cláusula penal à avença. É de sua importância que os juízes conheçam esses detalhes de *lex mercatoria*, sob pena de se constituir um regime comercial brasileiro dissociado da prática milenar internacional, isolando ainda mais o nosso país, com enormes custos para os produtores e para os consumidores brasileiros.

CONCLUSÃO

Analisamos, no presente ensaio, a importância geoestratégica do estado do Paraná no quadro geral da inserção internacional do Brasil desde o descobrimento. Verificou-se uma internacionalização crescente do estado a partir dos anos 1960, que culminou hoje com o estado tendo se consolidado como uma verdadeira potência energética e agrícola em escala global.

O crescente protagonismo internacional do Paraná levou a abertura de um Escritório de Representação do Ministério das Relações Exteriores em Curitiba (EREPAR), no final dos anos 1990, um claro sinal da importância do estado para a diplomacia brasileira. Ressaltou-se a importância de o estado contar com uma representação do MRE local, para cuidar dos assuntos internacionais de seu interesse, uma vez que por força tanto da Constituição Federal quando da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, entidades federativas possuem autonomia interna, porém não soberania no plano do Direito das Gentes, não podendo, portanto, conduzir relações com Estados estrangeiros.

Além disso, analisou-se no presente ensaio as principais demandas que vem sendo apresentadas ao Poder Judiciário paranaense, como fruto dessa crescente internacionalização do estado. Identificou-se três principais áreas de atuação judiciária: a cooperação judicial internacional cível e criminal, as

questões relativas a privilégios e imunidades diplomáticas e consulares e, last but not least, a necessidade de aplicação da *lex mercatoria* nas cada vez mais sofisticadas litigâncias envolvendo o comércio agrícola internacional.

Os autores encerram louvando as iniciativas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que vem demonstrando particular sensibilidade com a capacitação e a sofisticação dos seus servidores para bem atenderem às demandas judiciais de um estado que se consolidou como uma verdadeira potência exportadora mundial.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Leonor. "O Beubourg de Iguazu", Arte!Brasileiros, 27 jun. 2022. Disponível em <https://artebrasileiros.com.br/arte/instituicao/foz-do-iguacu-arte-pompidou/> Acesso em: 22 jul. 2022.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty. v. IX (1990-2000). Brasília: FUNAG, 2009. p. 227-231. Disponível em https://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-356-pareceres_dos_consultores_juridicos_do_itamaraty_v_olome_ix_1990_2000. Acesso em: 21 jul. 2022.

GOLDMAN, Berthold. "Frontières du Droit et Lex Mercatoria", in Doutrinas Essenciais de Direito Internacional, vol. 5, fev. 2012, pp. 43-61. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5061226/mod_resource/content/1/goldman_frontieres.pdf. Acesso em: 22 jul. 2022.

PAGNO, Thaynara. "Foz do Iguazu é o 2º destino turístico mais procurado por brasileiros", 100 Fronteiras, 04. abr. 2021. Disponível em <https://100fronteiras.com/foz-do-iguacu/noticia/foz-do-iguacu-e-o-2o-destino-turistico-mais-procurado-por-brasileiros/> Acesso em: 22 jul. 2022.

PINHEIRO MACHADO, Paulo Fernando. "A disputa entre Maduro e Guaidó no Judiciário britânico", Diários de um Diplomata, Jota, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/disputa-maduro-guaido-judiciario-britanico-18022022> Acesso em: 21 jul. 2022.

PINHEIRO MACHADO, Paulo Fernando. "Correção de rumos no desenvolvimento da imunidade estatal.", Diários de um Diplomata, Jota, 17 jul. 2022. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/correcao-de-rumos-no-desenvolvimento-da-imunidade-estatal-17072022>. Acesso em: 22 jul. 2022.

PINHEIRO MACHADO, Paulo Fernando. "O washout nos contratos internacionais de commodities.", Diários de um Diplomata, Jota, 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-washout-nos-contratos-internacionais-de-commodities-06082021> Acesso em: 22 jul. 2022.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. Curso elementar. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2000.

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: UN ANÁLISIS DESDE EL ENFOQUE DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

INTERNATIONAL JURISDICTION IN THE FRAMEWORK OF THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE: ANALYSIS FROM THE APPROACH OF THE LAW OF TREATIES



Krúpskaya Ugarte Boluarte¹

Este artículo Jurisdicción Internacional en el marco del Código Procesal Constitucional Peruano: Un análisis desde el Enfoque del Derecho de los tratados, estudia su Libro X "Jurisdicción Internacional" reconociendo los Organismos Internacionales competentes de los que el Perú es Estado parte, asimismo desarrolla el Procedimiento de la Ejecución de las resoluciones de los organismos internacionales, y la Obligación de proporcionar documentos y antecedentes. El análisis se hace desde una mirada de los compromisos internacionales que asumen los Estados, y en especial el caso peruano, partimos de lo que he denominado la trilogía de la argumentación internacional, donde desarrollamos

¹ Doutora pela Universidade Carlos III de Madrid - Espanha (CUM LAUDE) - Programa de Estudos Avançados em Direitos Humanos. Cum Laude. Advogada e Professora. É docente da Cátedra de Direitos Humanos e Direito Internacional Público da Universidade Nacional Mayor de San Marcos - Faculdade de Direito e Ciências Políticas / Peru. Ex-Advogada Titular do Ministério Público Especializado Supranacional - Ministério da Justiça e Direitos Humanos - Peru, responsável pela pasta da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1631547553746005>. Orcid: 0000-0001-5226-4807. Email: krupskaya74@hotmail.com.

los principios inspiradores de La Carta de San Francisco, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de Viena de 1969, que aporta a todas las áreas del derecho internacional principios, reglas y normas, que influyen de manera directa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional contemporáneo. En esa perspectiva, considero que es de relevancia haber abordado la Jurisdicción Internacional en el marco del Código Procesal Constitucional Peruano, desde un enfoque de los tratados.

Palavras-Chave: Jurisdicción Internacional; Compromisos Internacionales; Derecho Constitucional.

This article International Jurisdiction within the framework of the Peruvian Constitutional Procedural Code: An analysis from the Treaty Law Approach, studies its Book X "International Jurisdiction" recognizing the competent International Organizations of which Peru is a State party, also develops the Procedure of the Execution of the resolutions of the international organizations, and the Obligation to provide documents and antecedents. The analysis is done from a perspective of the international commitments assumed by the States, and especially the Peruvian case, we start from what I have called the trilogy of international argumentation, where we develop the inspiring principles of the Charter of San Francisco, the Declaration Universal Law of Human Rights, the Vienna Convention of 1969, which provides principles, rules and norms to all areas of international law, which directly influence international human rights law and contemporary constitutional law. In this perspective, I consider it relevant to have addressed the International Jurisdiction within the framework of the Peruvian Constitutional Code of Procedure, from a treaty approach.

Keywords: International Jurisdiction; International Commitments; Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

La Constitución Política del Estado del Perú de 1993, en su artículo 2 reconoce el catálogo de los Derechos Fundamentales, y en el artículo 200 aborda las Garantías o procesos constitucionales, como son la Acción de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, Acción de Inconstitucionalidad, la Acción Popular y la Acción de Cumplimiento. Nuestra Constitución, recibe conforme el artículo 55 los tratados en derechos humanos, que son derecho interno, siendo corroborada conforme establece la IV Disposición Transitoria referida a "Interpretación de los derechos fundamentales" que profundiza que todas las normas relativas a derechos y libertades deberán ser interpretadas a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta estructura normativa, se complementa el 2004 con el Código Procesal Constitucional, que en su Libro X reconoce "Jurisdicción Internacional" reconociendo los Organismos Internacionales competentes de los que el Perú es Estado parte, asimismo reconoce el Procedimiento de la Ejecución de las resoluciones de los organismos internacionales, y la Obligación de proporcionar documentos y antecedentes.

Este análisis se hace desde una mirada de los compromisos internacionales que asumen los Estados, y en especial el caso peruano, partimos de lo que he denominado la Trilogía de la argumentación internacional, donde desarrollamos los principios inspiradores de La Carta de San Francisco, dónde se invoca la protección y defensa de los derechos humanos como una patrimonio de la humanidad; esto nos lleva a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como expresión del consenso en una Sociedad bipolar del periodo en el que nacen estos instrumentos jurídicos; luego nos lleva a repasar la importancia de la Convención de Viena de 1969, que aporta a todas las áreas del derecho internacional principios, reglas y normas, que influyen de manera directa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional contemporáneo. En esa perspectiva, considero que es de relevancia haber abordado la Jurisdicción Internacional en el marco del Código Procesal Constitucional Peruano, desde un enfoque de los tratados. Espero haber contribuido en el análisis y discusión.

1 LA TRILOGÍA DE LA ARGUMENTACIÓN INTERNACIONAL

1.1 LA CARTA DE SAN FRANCISCO

El Estado peruano firmó la Carta de San Francisco el 26 de junio de 1945 (ONU, 1945), era uno de los 50 Estados que fueron fundadores de la ONU. En "La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización

Internacional", también se firmó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este tratado tiene 19 capítulos, y 111 artículos. En el Preámbulo "se reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas" este tratado en el nuevo orden jurídico internacional determina derechos y obligaciones a favor de cada uno de los Estados partes. Es en el Capítulo I de Propósitos y principios, en su artículo primero reconoce:

Artículo 1

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

[... Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal ...]. (ONU, 1945, pág. 3)

Los principios y fundamentos que tiene esta Organización son vitales para el orden internacional, como el Principio de igualdad soberana, la libre determinación de los pueblos, etc., hoy después de 76 años esta Organización tiene luces y algunas falencias, sin embargo, sus esfuerzos y logros son superiores a sus críticas. En ese sentido, le dio contenido al Derecho Internacional contemporáneo, y un entorno de gobernanza. Es así que los derechos humanos es un triunfo de la Comunidad Internacional que se va ver reflejado 1948, como una afirmación moral.

1.2 LOS TRATADOS EN DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL Y SISTEMA REGIONAL

El Perú es un Estado signatario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) (ONU: ASAMBLEA GENERAL, 1948, s/p), en su Preámbulo precisa: "...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...". Asimismo, es un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR - 1966). También, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR -1966) que tiene su Comité (CESCR - OP /2008). Estos instrumentos son conocidos como La Carta de los Derechos Humanos, convirtiéndose en el marco jurídico de protección de los derechos humanos en el Sistema Universal y que son derecho nacional en el Estado peruano, al ser parte en los siguientes tratados en el Sistema Universal:

1. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD - 1965).
2. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW- 1979). Este instrumento tiene un Protocolo Facultativo (OP -CEDAW /1999) del cual son parte 114 Estados, han firmado 11 Estados sin ratificación, 72 Estados no han realizado ninguna acción.
3. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes (CAT - 1984).
4. Convención sobre los Derechos del niño (CRC-1989), son a la fecha 196 Estados Partes, han firmado.
5. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW- 1990).
6. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CED).
7. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD- 2006). Este recorrido en el proceso de reconocimiento de derechos requiere dar una mirada de eficacia desde el cumplimiento de las Recomendaciones de los diferentes Comités de Naciones Unidas en el caso de Perú.

Somos Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos - CADH (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA, 1969). El Perú asume la competencia de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981.

1.3 LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969

El Perú ratifica la Convención de Viena de 1969 (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969), fue suscrita por el Perú el 23 de mayo de 1963, y fue ratificada por Decreto Supremo N° 029 -2000-RE de 14 de setiembre de 2000, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 21 de setiembre del año 2000, entrando en vigencia para el Perú el 14 de octubre de 2000. La ratificación de este tratado, también requiere que en sede interna tenga respaldo constitucional a través de la Constitución Política del Estado, y genera un marco interno

expresado en una Ley de Perfeccionamiento de los Tratados (Ley N° 26647), El Reglamento del Congreso de la República, entre otras leyes necesarias para darle forma y contenido en sede nacional. El desarrollo de este marco legal interno lo veremos más adelante, sin embargo, quiero precisar algunos artículos de la CV69 que reconoce normas, reglas, principios que regulan las relaciones internacionales de los Estados, tienen y deben tener un efecto transversal, en la justicia constitucional y procesal constitucional. La CV69, señala lo siguiente:

En su artículo 2:

"a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969, pág. 2)

En su artículo 26:

"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Pacta sunt servanda. (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969, pág. 10)

En su artículo 27:

"El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969, pág. 10)

En su artículo 31:

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (...)" (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969, pág. 12)

En su artículo 53:

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general

que tenga el mismo carácter". (NACIONES UNIDAS (ONU), 1969, pág. 17)

Esta Convención aporta al orden jurídico internacional bases sólidas que van a permitir construir un orden civilizado, sujeto a principios, reglas, normas que conducirán a tener sociedades civilizadas, en respeto estricto de su marco jurídico nacional y por ende internacional

2 MARCO JURÍDICO NACIONAL

2.1 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución Política del Estado Peruano en su artículo 55 establece que: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional"; respecto a la aprobación de los tratados, el artículo 56 reconoce las materias que deben ser aprobadas por el Congreso de la República, esta aprobación es después de la ratificación expresa por el Presidente de la República, en materias de: "Derechos Humanos, Soberanía, dominio e integridad del Estado, Defensa Nacional y Obligaciones financieras del Estado". El artículo 57 está orientado a los Tratados celebrados por el Poder Ejecutivo, siempre que no verse sobre las materias previstas en el artículo 56. Son tres artículos y la IV Disposición Transitoria, que señala: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Para el Magistrado Espinosa -Saldaña:

"la constitucionalización del Derecho ha favorecido enormemente la unificación del orden jurídico (es la constitución la pasa a articular las diferentes áreas del Derecho y relativiza la distinción entre Derecho público y Derecho privado), fenómeno al cual Favoreu califica como un efecto indirecto de la constitucionalización aquí descrita (...) En cualquier caso, Guastinni indica como elementos jurídicos se ha constitucionalizado en: Una Constitución rígida, Constitución formal, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes etc." (ESPINOSA - SALDAÑA, 2019).

2.2 EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Código Procesal Constitucional Peruano (en adelante CPC) entró en vigencia en diciembre de 2004, es un instrumento que contribuye a un Estado Constitucional que permite la eficacia constitucional, y permite la vigencia de los derechos humanos, derechos

fundamentales o derechos Constitucionales. La Doctrina la define como:

"... Un 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" (BLUME FORTINI, 2004, pág. 123).

Asimismo, es "[...] el primer código de un país latinoamericano que aborda, de manera orgánica, integral y sistemática, el conjunto de los procesos constitucionales y los principios procesales que los sustentan; por otro, porque la norma recoge importantes avances e innovaciones, provenientes de los aportes de la doctrina y jurisprudencia de la materia (EGUIGUREN PRAELI, 2004)."

La Jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre la naturaleza del derecho procesal Constitucional, conforme podemos desprender en el considerando 16, de la STC 0020-2005-AI que señala:

"Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, prima facie, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino la defensa de la Constitución como norma jurídica suprema. No obstante, aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo (...) también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst (LANDA ARROYO, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2010)"

Este Código Procesal Constitucional permite regular todos los procesos constitucionales contenidos en el artículo 200 y 202 inciso 3), de la Constitución Política del Estado. Este Código, también permite ejecutar las Resoluciones que provienen de Organismos Internacionales, en materia de derechos humanos, de los cuales el Estado Peruano es parte.

2.2.1 EL LIBRO X JURISDICCIÓN INTERNACIONAL, EN SU ARTÍCULO 114

Referido a Organismos internacionales competentes, a la letra dice:

"Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los

derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

Este artículo para efectos prácticos voy a dividirlo en tres partes:

a. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Conforme desarrollamos líneas arriba, el Perú es Estado Parte de los Tratados en materia de derechos humanos en el Sistema Universal, y por ende está obligado internacionalmente a dar cumplimiento a las Recomendaciones emitidas por los diferentes Comités de Naciones Unidas, ejemplo: Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), Subcomité para la prevención de la Tortura, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Comité sobre Trabajadores Migratorios (CMW), Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), y Comité contra la Desaparición Forzada de Personas (CED). Sin embargo, el cumplimiento de estas Recomendaciones es discrecionales por los Estados, no existe la obligación o fuerza como un fallo emitido por un Tribunal Internacional.

b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Este artículo hace referencia al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH). El Perú asume la competencia de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981. Lo que significa que el Perú se somete a la competencia de los dos Órganos del Sistema, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siendo dos órganos del sistema reconocidos en el artículo 33 de la Convención Americana de Derechos humanos; la Comisión, en su etapa final emite Recomendaciones, que no son de cumplimiento obligatorio por los Estados, mientras que la Corte, emite sentencias, que son definitivas, inapelables e inimpugnables, lo que significa que, si o si los Estados deben de cumplir dichos fallos, en sus reparaciones materiales e inmateriales, sin embargo, este artículo, omite considerar a la Corte. La omisión puede dar a una

interpretación, que, al tener tantas sentencias en contra, no se quiere reconocer procesalmente un mecanismo de implementación de los fallos de la CIDH.

c. Aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

Esta parte está pensada, en futuros mecanismos que se puedan habilitar a la luz de un tratado en materia de derechos humanos, del cual es Estado es parte.

2.2.2 EN SU ARTÍCULO 115, REFERIDO A LAS EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

“Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente del Poder Judicial, quién a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”.

a. Los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno.

La Corte IDH tiene competencia, para ver las demandas contra los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en los casos que se alegue vulneración de derechos humanos. Estos fallos son obligatorios para el Estado peruano, desde que el Perú asume la competencia de la Corte IDH, el 21 de enero de 1981. En esa línea según el artículo 68 de la CADH, establece el carácter de obligatorio de cumplir las sentencias, asimismo establece que todos los Estados deben cumplir con la indemnización compensatoria, a través de un procedimiento interno, para ejecutar las sentencias contra el Estado.

Artículo 68 (ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA, 1969)

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

A su vez, el Reglamento de la CIDH, en su artículo 66, se refiere a "la decisión sobre el caso", conforme se precisa:

Artículo 66. Sentencia de reparaciones y costas (CORTE IDH, 2009, pág. 66)

1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.

2. Si la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

Asimismo, en el artículo 63 de la CADH que si de la revisión de los hechos, la CADH se vulnero derechos y libertades, se deberá garantizar al lesionado el goce del derecho o la libertad conculcada, entonces se impone una reparación e indemnización por las consecuencias de la violación. Conforme se puede ver en el artículo 63 de la CADH:

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, 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.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Entonces, este mecanismo permite que las víctimas sean reparadas, por la violación de derechos vulnerados, y se repare las consecuencias de la violación sufrida en el pasado, la Corte en su amplia jurisprudencia buscan desaparecer los efectos de la violación cometida. Las reparaciones pueden ser de distintos tipos de índole material e inmaterial. En las reparaciones materiales, no siempre la Corte fija un monto por indemnización, cediendo a las partes la posibilidad de acordar las reparaciones, reservándose esta posibilidad, generando en el caso peruano un debate en torno a estos casos, en determinar quién es

el sujeto obligado a cumplir con el pago de las indemnizaciones derivadas de las sentencias de la CIDH, esta circunstancia ha generado un conjunto de normas en sede interna para efectivizar la ejecución de los fallos de la CIDH. Dentro de esta normativa interna está la Ley N° 27775, que a continuación desarrollaré.

b. Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

La Ley N° 27775 (LEY N° 27775, 2002) entra en vigencia el 8 de julio de 2002, esta ley es denominada "Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales", esta ley regula los procedimientos específicos para implementar las sentencias, en la cual se dispone lo siguiente: 1) El pago de una suma determinada, 2) El pago de una suma por determinar, y 3) Establecer el monto de la reparación en sede interna. Esta Ley reconoce que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es el sujeto pasivo para cumplir con dichos pagos, debiendo habilitarse una partida que sirva de fondo suficiente para reparar los montos fijados por los Tribunales Supranacionales. Esta ley en su artículo 2 dispone:

Artículo 2.- Reglas de ejecución de Sentencias Supranacionales Las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales constituidos según Tratados de los que es parte el Perú, que contengan condena de pago de suma de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado o sean meramente declarativas, se ejecutarán conforme a las reglas de procedimiento siguiente:

- Competencia. - La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución.

- Procedimiento para la ejecución de resolución que ordena el pago de suma determinada. - Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero, el Juez a que se refiere el inciso a) de este artículo dispone que se notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago ordenado en la sentencia en el término de diez días.

- Procedimiento para el pago de suma por determinar. - Si la sentencia contiene condena de pago de suma de dinero por determinar, el Juez Especializado o Mixto a que se refiere en el inciso

a) de este artículo, correrá traslado de la solicitud del ejecutante con los medios probatorios que ofrezca, al Ministerio de Justicia por el término de diez días. El representante del Ministerio de Justicia puede formular contradicción exclusivamente sobre el monto pretendido, ofreciendo medios probatorios. Formulada la contradicción o sin ella, el Juez ordenará la actuación de los medios probatorios pertinentes en audiencia de conciliación, en el plazo no mayor de 30 días y pronunciará resolución dentro de los 15 días. La apelación será concedida con efecto suspensivo y será resuelta por la Sala de la Corte Superior correspondiente en igual término.

- Proceso para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, en su caso.
- Si la sentencia contiene declaración de que la parte ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado o como consecuencia de los hechos materia de juzgamiento internacional y ha dejado a salvo el derecho del mismo para hacerlo valer conforme a la jurisdicción interna, la parte deberá interponer la demanda correspondiente siguiendo el trámite del proceso abreviado previsto en el Título II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil.

- Ejecución de medidas provisionales. - En los casos que la Corte emita medidas provisionales, ya sea cuando se trate de asuntos que estén en conocimiento de la misma, o bien, a solicitud de la Comisión Interamericana ante la Corte, éstas deberán ser de inmediato cumplimiento, debiendo el Juez Especializado o Mixto ordenar su ejecución dentro del término de 24 horas de recibida la comunicación de la decisión respectiva.

En su artículo 7, hace referencia a la Previsión presupuestaria, y dice a la letra: "El Ministerio de Justicia incorporará y mantendrá en su pliego presupuestal una partida que sirva de fondo suficiente para atender exclusivamente el pago de sumas de dinero en concepto de reparación de daños y perjuicios impuesto por sentencias de Tribunales Internacionales en procesos por violación de derechos humanos, así como el pago de las sumas que se determinen en las resoluciones de los procedimientos a que se refieren los incisos c) y d) del Artículo 2 de esta Ley. Si la partida fuere insuficiente para atender su objeto, se aplicará lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 055-2001, que establece procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en procesos seguidos con el Estado, en lo que sea pertinente".

c. Un tercer aspecto no precisado en la norma: Decreto Legislativo N° 1068.

El 2008, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1068 "Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado" (DECRETO SUPREMO N° 017-2008-JUS, 2008), este decreto genera cambios respecto a la ejecución de las sentencias emitidas por

los Tribunales Internacionales. Dentro de los cambios podemos distinguir 1) Determina que cada entidad en sede interna asume las reparaciones materiales, con sus propios recursos, dejando de ser el sujeto pasivo el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y 2) Que en sede interna los procuradores públicos de cada sector, representaran a la entidad obligada, debiendo coordinar con los titulares de cada sector. Lo dicho está estipulado en los artículos 20.3 y 22.6. En diciembre de 2008, entró en vigencia el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS "Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado". Respecto a la ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales, arbitrales y supranacionales, señala que los sectores en sede interna asumen con recursos propios los mandatos materiales fijados por la CIDH, en el caso de ser dos entidades las obligadas, el pago se asume de manera mancomunada y en partes iguales, en caso que la sentencia no individualice a la entidad responsable, será el Consejo Jurídico de Defensa del Estado, quién determine, mediante un Acuerdo.

Nos encontramos con dos normas sobre ejecución de sentencias supranacionales, se podría hablar de una derogación tácita, por tener dos regulaciones incompatibles, respecto a ejecución de fallos, sin embargo nuestro sistema jurídico, establece en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la "Abrogación de la ley" -la ley se deroga por otra ley-, y esta derogación es tácita o expresa, criterio reconocido en la Constitución Política de Estado de 1993, que refrenda lo mismo en el artículo 103 y 109. Es de precisar, que respecto al sujeto obligado al cumplimiento de mandatos de la CIDH en atención al Decreto Legislativo N° 1068 y su Reglamento es incompatible con la Ley N° 27775. Razón por la cual se ha producido una derogación tácita. Sin embargo, cada una de estas normas citadas, deberán cumplirse conforme a la fecha de los hechos cumplidos, es decir los efectos se producen a partir de la vigencia de la nueva ley (Leyes materiales), en caso de normas procesales se puede aplicar ultractivamente la norma.

Lo concreto es que el Estado peruano es responsable de cumplir con las sentencias supranacionales en los plazos previstos por los fallos en cuestión, y más allá de la discusión interna cuál de las normas está vigente, o una tiene una vigencia parcial, etc., el Estado peruano debe tener presente la Convención de Viena en su artículo 27, que dice a la letra: "una parte no puede invocar el derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Y los Estados deben de eliminar todas las barreras que impidan la ejecución del cumplimiento de los fallos, sino hay el riesgo de seguir vulnerando el derecho humano de la tutela judicial efectiva y se revictimiza a la víctima.

2.2.3 EN SU ARTÍCULO 116, OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR DOCUMENTOS Y ANTECEDENTES

"La Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional deberán remitir a los organismos a que se refiere el artículo 114, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia".

La carga de la prueba recae en el Estado en los Procesos internacionales de derechos humanos, en ese sentido los organismos internacionales serán proveídos de material diverso: "...la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición", con el objetivo de llegar a la verdad.

CONCLUSÃO

1. Un Código Procesal Constitucional contribuye a preservar el orden constitucional y los valores institucionales, de tal forma que los procesos constitucionales, están orientados a ese fin, a la efectivización de los derechos humanos a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2. El fin especial de los procesos constitucionales es garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución y los tratados de derechos humanos.

3. El Pleno del Congreso de la República en Perú este 2021 aprobó la reforma del Código Procesal Constitucional después de 20 años, dentro de las principales reformas:

- Se incorpora la institución procesal del Amicus Curiae y el control de convencionalidad.

- En caso de existir incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la que proteja mejor a la persona humana en sus derechos humanos.

- Presentar las demandas en su lengua originaria, si es que ella predomina en el lugar donde se la interpone.

REFERÊNCIAS

BLUME FORTINI, Ernesto. El Código Procesal Constitucional. Derecho & Sociedad, v. 23, p. 119-125, 2004. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16861>. Accedido: 15 jun. 2021.

CORTE IDH. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington D.C, Disponible en:

https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Reglamento_CortelDH.pdf Accedido: 2 mayo 2021.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. Derecho PUCP, p. 161-183, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200401.009>. Accedido: 15 jun. 2021.

ESPINOSA - SALDAÑA, Eloy. Sobre los límites del Juez Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2019. E-book. Disponible en: <https://n9.cl/xj4rw>.

GACETA JURIDICA. Código Procesal Constitucional Comentado - Tomo I y II. Lima: Gaceta Jurídica, 2015. E-book. Disponible en: <https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/04/codigo-procesal-constitucional-comentado-ii.pdf>.

LANDA ARROYO, César. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2019.

ONU. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945. E-book. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf. Accedido: 15 jun. 2021.

ONU: NACIONES UNIDAS. Convención de Viena de 1969. Viena, 1969. E-book. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf. Accedido: 17 abr. 2021.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS - OEA. Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". San José: [s. n.], 1969. E-book. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>. Accedido: 15 jun. 2021.

PERÚ. Ley n.º 27775, de 5 de julio de 2002. REGULA EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EMITIDAS POR TRIBUNALES SUPRANACIONALES. 7 jul. 2002. Disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNum_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=27775&xTipoNorma=0. Accedido: 22 may. 2021.

PERÚ. MINJUS. Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado de 5 de diciembre de 2008. DECRETO SUPREMO N° 017-2008-JUS. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wpcontent/uploads/2014/08/DecretoSupremo-Nº-017-2008-JUS1.pdf>. Accedido: 21 abr. 2021.

REDES NEURAIS, TOMADA DE DECISÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIA

NEURAL NETWORKS, DECISION-MAKING AND EVIDENCE ASSESSMENT



Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

O presente artigo tem o objetivo de descrever a teoria dos princípios das redes neurais, criada por Johan E. Korteling, Anne-Marie Brouwer e Alexander Toet com o propósito de examinar o processo de tomada de decisão. Esta teoria preconiza a existência de quatro princípios que regem a metodologia de decisão em nível cerebral – (i) associação; (ii) compatibilidade; (iii) retenção; e (iv) foco – e cuja atuação é capaz de gerar pontos dominantes e cegos em relação a determinadas realidades. A utilização dos princípios descritos revela interessante e promissora forma de examinar o recorrente problema da causalidade na tomada de decisão, sendo capaz de cessar vieses inadequados tanto na produção como na valoração da prova, acaso identificada a forma de atuação e funcionamento das redes neurais e isoladas as problemáticas capazes de ensejar conclusão equivocada. O artigo ressalta, contudo, que essa constitui uma das possíveis abordagens da questão, não mutuamente excludente das demais; e que a

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidad de León/ES; Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Pós-Doutor em Psicologia Cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-doutorando em Ontologia e Epistemologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito titular da Quarta Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Instrutor da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Email: tiagogagliano@hotmail.com

neurociência, da mesma forma, representa uma forma, não disjuntiva, de examinar a questão. O artigo utiliza metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: Tomada de decisão. Prova. Neurociência.

This article aims to describe the theory of neural networks principles, created by Johan E. Korteling, Anne-Marie Brouwer and Alexander Toet with the purpose of examining the decision-making process. This theory advocates the existence of four principles that govern decision methodology at the brain level – (i) association; (ii) compatibility; (iii) retention; and (iv) focus – and whose performance is capable of generating dominant and blind spots in relation to certain realities. The use of the described principles reveals an interesting and promising way of examining the recurrent problem of causality in decision making, being able to stop inappropriate biases both in the production and in the evaluation of the evidence, if the form of action and functioning of the isolated and neural networks is identified, problems capable of giving rise to a wrong conclusion. The article emphasizes, however, that this is one of the possible approaches to the issue, not mutually exclusive of the others; and that neuroscience likewise represents a non-disjunctive way of looking at the issue. The article uses an exploratory methodology, supported by national and foreign bibliographic sources.

Keywords: Decision making. Evidence. Neuroscience.

INTRODUÇÃO

No âmbito da tomada de decisão a partir da valoração da prova produzida em Juízo, muitos fatores, ademais do jurídico, importam. A ciência jurídica, aparelhada pela metodologia dedutiva oriunda do ensino positivista-metodológico com o qual os profissionais do Direito estão acostumados não se revela suficiente para valoração do material probatório, deixando entrever diversos pontos lacunosos, como, em rol exemplificativo: dinâmica metodológica da produção da prova oral, encadeamentos dos depoimentos, perfis de tomadores de decisão e pessoas inquiridas, técnicas adequadas para formulação de perguntas, linguagens verbal e não-verbal envolvidas na produção da prova e, entre muitas outras, metodologias para valoração da prova.

Considerando que o Direito não logra obter, por si só, apreensão holística de todas as técnicas e demandas teórico-práticas necessárias à produção e valoração da massa fática resultado do empreendimento probatório inserido no contexto do processo, outros ramos do pensamento científico são chamados a atuar, a fim de esquadrihar melhor todas as facetas da produção do material probatório e a sua correspondente análise.

Neste texto descrevemos e examinamos uma dessas sugestões teóricas, com evidentes resultados práticos: a neurociência. E, mais especificamente ainda, uma abordagem haurida deste importante ramo do conhecimento, os princípios das redes neurais, com o objetivo de verificar se e em que medida a causalidade pode gerar e/ou induzir comportamentos decisórios.

A hipótese trabalhada neste artigo, outrora tratada para confecção da teoria das redes neurais, é a de que a causalidade é capaz de sugerir comportamentos, alterar visões de realidade e induzir verdadeiros pontos cegos na dinâmica fática, tornando o escrutínio judicial mais restrito e míope. Ao fim e ao cabo, como era de se esperar, a visão distorcida da reconstrução dos fatos a partir da prova colhida em ambiente judicial sói gerar mesmo decisão igualmente disparatada, relegando ao desdém muitas vezes aspectos de acentuada importância para o descortino das questões controvertidas.

Advertimos ao leitor, contudo, que a abordagem da causalidade, suas características e efeitos, a partir da neurociência e, bem assim, dos princípios das redes neurais descritos neste artigo constitui uma das possíveis explicações e encaminhamentos dessa questão. Há, evidentemente, outros caminhos para se chegar ao mesmo fim – e todos relevantes. Contudo, independentemente da trilha que

escolhamos, o problema da causalidade subsiste e decerto é capaz de gerar muitas decisões enviadas no cotidiano da resolução de conflitos.

Vejamos como a neurociência, a partir das redes neurais, trata essa celeuma.

1 OS PRINCÍPIOS DAS REDES NEURAIS: ORDEM

Os psicólogos comportamentais norte-americanos Fritz Heider e Marianne Simmel conduziram, na década de 40 do século XX, interessante experimento sobre a compreensão humana da ideia de causalidade. Tratava-se de um vídeo em que os voluntários viam um retângulo como figura principal e que tomava a maior parte da tela, em cujo interior havia um triângulo se movendo livremente; em seguida, apareciam, do lado de fora do retângulo, um triângulo menor e um círculo, ocorrendo que, em dado momento, o triângulo maior abria uma parte do retângulo e se chocava contra o triângulo menor por repetidas vezes. Ainda no vídeo, o triângulo maior entrava no retângulo e era aprisionado lá pelo menor, que passava a interagir, do lado de fora, com o círculo, seguindo-se, então, uma escapada do triângulo maior do retângulo e uma aparente perseguição deste ao menor e ao círculo. Quando finalmente o triângulo menor e o círculo saíam do cenário, o triângulo maior destruía todo o retângulo (HEIDER; SIMMEL, 1944).¹

Há duas formas de analisar esse experimento. A primeira delas diz respeito à constatação da existência de várias figuras geométricas no mesmo plano e o movimento entre elas; trata-se de explicação meramente descritiva. A segunda, no entanto, é um pouco mais elaborada e não decorre necessariamente da mera existência de figuras e da simples movimentação. Trata-se de uma interpretação causal, a partir da qual podemos correlacionar o comportamento das figuras às intenções decorrentes das suas atitudes. Assim, quando verificamos o triângulo maior sair do retângulo e interagir com o menor, podemos imaginar que o maior parece indagar ao menor o que estaria ocorrendo. Da mesma forma, quando vemos o triângulo menor interagir com o círculo e, na sequência, o maior sair do retângulo e os perseguir, podemos interpretar que o triângulo maior estaria furioso com o menor, na medida em que não estava conseguindo alcançar o círculo; e, por fim, quando verificamos que o triângulo menor e o círculo saem do cenário e, na sequência, o triângulo maior destrói o retângulo, podemos visualizar nisso uma expressão de raiva. Trata-se de explicação interpretativa da realidade.

¹ O vídeo relativo ao experimento pode ser acessado em <https://www.youtube.com/watch?v=evSWbAttGhs>. Acesso em 20 jul. de 2022.

A primeira forma de compreender o experimento, ou seja, a partir apenas da descrição da movimentação das figuras, não é aquela com a qual o nosso cérebro usualmente trabalha; ao contrário, visualizamos causalidades a todo o momento, o que melhor se adequa à segunda explicação (SAPOLSKY, 2021). Uma das possíveis razões para tanto, ao menos aquela baseada na neurociência², é a existência dos princípios das redes neurais, criados com o objetivo de explicar a existência do sistema de processamento dual de tomada de decisões³. Johan E. Korteling, Anne-Marie Brouwer e Alexander Toet sugeriram a existência de 4 princípios denominados "princípios das redes neurais" (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018):

- i. associação;
- ii. compatibilidade;
- iii. retenção;
- e iv. foco.

Passemos a analisar cada princípio.

1.1 O PRINCÍPIO DA ASSOCIAÇÃO

O princípio da associação, segundo os autores, afirma que (usando correlação e detecção de coincidências) o cérebro "pesquisa" associativamente por relacionamentos, coerência, links e padrões nas informações disponíveis. Como destacam, essa forma de funcionamento cerebral não é novidade e já foi descrita de diversas maneiras: na regra de Hebb (Hebb, 1949; Shatz, 1992), a 'Lei do Efeito' (Thorndike, 1927, 1933), condicionamento pavloviano (Pavlov, 2010), ou autocorrelação (Reichardt, 1961), entre outras (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018, p. 1565).

Se você é o juiz de uma causa criminal e foi vítima de roubo, tenderá a associar a experiência traumática pela qual passou com o processo criminal em que se discute a ocorrência do mesmo crime. Ainda que não o faça conscientemente, decerto o seu cérebro

trabalhará com a associação da memória emocional que teve e, a partir da "regra de Hebb"⁴, tenderá a aprofundar a experiência que teve e correlacioná-la, em termos neurais, com a reconstrução dos fatos discutidos no processo, ou às suas consequências. A decisão, portanto, poderá ser fruto de um salto causal nascido da associação inconsciente entre a experiência passada e o fato analisado.

Neste ponto, há uma importante observação a ser feita. A busca por padrões, que, ao fim e ao cabo, é o que ocorre quando o princípio da associação atua, dá-se por convergência ou divergência (ou dissociação); e de forma inconsciente. Na primeira situação, por convergência, o cérebro descobre padrões comuns e a partir deles conclui em determinado sentido, reputando como acertada a realidade encontrada simplesmente porque coincide com o padrão. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz detecta que os depoimentos e as declarações apresentadas na instrução foram, para usar um jargão jurídico, coerentes e harmônicos entre si e, por isso, confluem para a comprovação de determinada reconstrução fática. Neste caso, se o juiz não estiver atento para a existência do princípio da associação ou correlação, simplesmente será levado a tomar a decisão em determinado sentido, porque a ele parecerá mais confortável, verídico e acertado simplesmente concluir no mesmo sentido que o padrão exorta a fazer. No padrão por divergência ou dissociação, o cérebro perceberá justamente a dissonância entre as versões apresentadas, de maneira tal que esta, a divergência, será o padrão a, por intermédio de um salto causal, comprovar que a reconstrução do fato não se deu da forma como narrado.

Repare que este é um fenômeno inconsciente, porque decorrente justamente da associação que o cérebro faz entre os elementos fáticos da realidade e experiências passadas, que já constam em suas memórias. E é algo que ocorrerá em uma velocidade tão

² Há, obviamente, outras formas de examinar a causalidade, sob diversos pontos de vista científicos e teóricos. Uma das mais conhecidas no âmbito do direito é a teoria positivista metodológica, que, por obra de seu grande sistematizador, Comte, equiparou a construção do sistema normativo à causalidade científica. Esse não é, contudo, o foco da análise neste texto ponto, de sorte que, acaso se interesse, remeto o leitor à seguinte obra: COMTE, Augusto. Curso de Filosofia Positiva. Traducción de Carmen Lessening. Buenos Aires: Need, 2014.

³ O Sistema de processamento dual de tomada de decisões é apenas uma das sugestões investigativas metodológicas do funcionamento do cérebro e foi apresentada e desenvolvida, em especial, por Daniel Kahneman e Amós Tversky. Há outras formas. Embora não possamos, por questões de espaço, delimitar e explicar todas, sugerimos a leitura das seguintes obras, a fim de introduzir o leitor ao conhecimento da temática: KAHNEMAN, Daniel. Pensar rápido, pensar despacio. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debate, 2016; THALER, Richard. H. Misbehaving. A construção da economia

comportamental. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019; e GREENE, Joshua. Tribos Morais. A tragédia da moralidade do senso comum. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018.

⁴ Em 1949, o neuropsicólogo Donald Hebb propôs a seguinte regra, para fins de aprendizado: "Quando um axônio de um neurônio A está próximo o suficiente para excitar uma célula B e repetidamente ou persistentemente participa do disparo de B, então ocorre um processo metabólico em uma das células ou em ambas de forma que a eficiência de A em contribuir para o disparo de B é aumentada". Isso significa que a conexão sináptica entre dois neurônios é plástica, na fase de aprendizado, e se modifica proporcionalmente ao produto final, ou seja, quanto mais se estimule a mesma conexão, mais ela é aprofundada e compreendida como produto acertado pelo cérebro (tradução livre do Autor). Para aprofundamento: Hebb, D.O. (1961). Distinctive features of learning in the higher animal. In: J. F. Delafresnaye (Ed.). Brain Mechanisms and Learning. London: Oxford University Press.

rápida que simplesmente será difícil, senão impossível, detectar um nível consciente, de forma que o tomador de decisão possa constatar a causalidade que ensejou o resultado decisório final (DOIDGE, 2021).

Apenas para exemplificar a velocidade com a qual o nosso cérebro descobre padrões e atua eficientemente, ainda que não o reconheçamos em nível consciente, leia em voz alta, para si mesmo, o texto abaixo.

Se você está compreendendo bem esse texto mesmo sem algumas das letras contidas nas palavras, saiba que isso decorre de uma pré-compreensão que o seu cérebro faz com decorência do aprendizado que você teve ao decorrer de toda a vida como estudante. Parece também que se, no início do texto, parecia um pouco mais difícil, agora, do meio para o fim, a compreensão já fica muito mais facilitada, porque o seu cérebro se acostumou com a atividade. Parabéns! Boa fliz!

Provavelmente você compreendeu muito bem o que o texto quis dizer, ainda que, de repente até este momento, não tenha percebido qual o padrão de letras faltantes: na maioria, vogais.

Note que, a despeito de não ter sido elevado à consciência a percepção do padrão, o seu cérebro ainda assim atuou eficientemente, percebendo o problema e o corrigindo, de maneira que o conteúdo semântico do texto pudesse ser compreendido. Mais do que isso, em realidade: a velocidade da percepção do problema e, igualmente, a correspondente solução foram tão acentuadas que as letras faltantes chegaram a ser ignoradas na sua leitura, simplesmente porque não necessitavam mais ser lidas; o seu cérebro preencheu os espaços faltantes, onde, originariamente, encontravam-se as letras ausentes.

Isso ocorre também no tocante à realidade fática. O princípio da associação preenche dados faltantes da reconstrução dos fatos; e o faz a partir de um padrão que é percebido de maneira inconsciente. Por isso, quando testemunhas apresentam uma versão coerente e harmônica do evento ocorrido, o princípio da associação cuidará de colmatar todas as lacunas faltantes da realidade, verdadeiramente inserindo pessoas e coisas em locais em que não estavam originariamente e, bem assim, convencendo o consciente de que sempre estiveram ali.

E há mais. Ao inserir realidades dentro da própria realidade, faltaria congruência e, portanto, aceitação por parte do consciente, se essas realidades inseridas não fossem convincentes. Aí, então, entra outro movimento cerebral, também causal e igualmente tributário à associação: o viés da confirmação. De nada adiantaria inserir uma realidade no campo da reconstrução fática se não pudessemos

ser convencidos, também de forma eficaz, que de fato a realidade inserida é verdadeira. Disso cuidará o viés da confirmação, tratando de afastar linhas argumentativas, encadeamentos argumentativos e/ou simplesmente argumentos em tese capazes de provar o contrário. O processo de convencimento chega ao extremo de nos provocar reações biológicas quando simplesmente discordamos de uma realidade que não nos convence (NUSSBAUM, 2006)⁵. Quem nunca sentiu um pouco de raiva, frustração ou até mesmo ódio, ao perceber (ou melhor: supor perceber) que a versão de uma testemunha é falsa, de acordo com o que disse outra testemunha e que, por causalidade, entendemos verídico?

A explicação para esse agir está no sequencial princípio, o da compatibilidade.

1.2 O PRINCÍPIO DA COMPATIBILIDADE

O Princípio da Compatibilidade (ou Consistência) afirma, segundo os Autores, que as associações são altamente determinadas por sua compatibilidade (correspondência, consistência, conformidade) com o estado momentâneo e as propriedades conexionistas da rede neural, de modo que vemos, reconhecemos, aceitamos ou preferimos informações de acordo com a sua consistência com o que já sabemos, entendemos, esperamos e valorizamos (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018, p. 1566). A atenção seletiva, a cegueira deliberada, ou o fenômeno conhecido como priming (Meyer e Schvaneveldt, 1971; Bao et al., 1997) representam manifestações do princípio da compatibilidade. A partir da associação já feita previamente, o cérebro identificará o que lhe é familiar, consistente com as experiências já vividas e em conformidade com o seu perfil. Por isso talvez seja tão difícil convencer quem adota determinada ideologia a ver uma prova no sentido de que o seu político preferido, ou teoria escolhida, encontram-se equivocados (o que é conhecido como o viés do conhecimento). "Quando um estímulo é experimentado, as experiências subsequentes do mesmo estímulo serão processadas mais rapidamente pelo cérebro"; e, em função das conexões neurais, da velocidade com que ocorrem e nível de conforto na percepção da realidade para o tomador de decisão, passam a ser consideradas verídicas. "Se um martelo é tudo o que você tem, todo problema se assemelha a um prego." (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018, p. 1566).

Na década de 80, Geert Hofstede, um psicólogo holandês, conduziu um experimento realizado com funcionários da IBM em que procurava identificar características, por ele denominadas dimensões, que categorizassem os indivíduos pertencentes a

⁵ Tem sido cada vez mais frequente a pesquisa a respeito do "nojo moral", isto é, o nojo como forma de decisão. A respeito, entre

vários outros trabalhos: NUSSBAUM, Martha. El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires: Katz, 2006.

determinada nacionalidade. A utilização de funcionários da IBM não foi ocasional e se deu porque na época a empresa estava na vanguarda computacional e, por isso, atraía a atenção de trabalhadores de várias nacionalidades, o que tornava o campo bem fértil aos fins objetivados pela pesquisa.

Hofstede postulava que o enquadramento em determinada dimensão era motivado por comportamentos e maneiras de ver a realidade peculiares de cada nacionalidade em relação ao traço escolhido. Eis as dimensões, como por ele mencionadas (HOFSTEDE, Geert, 1999):

1. Individualismo x coletivismo;
2. Masculinidade x feminilidade;
3. Evitar a incerteza;
4. Distância do poder;
5. Orientação a longo prazo x curto;
6. Indulgência x Restrições.

Exemplificativamente, conforme a nacionalidade, alguém poderia ter maior ou menor tolerância a incerteza, de maneira a apresentar maior ou menor dificuldade no processo de tomada de decisão relacionado às lacunas, fáticas ou jurídicas. Dito de outro modo: a depender da característica pessoal (que Hofstede associou à nacionalidade), a associação poderá ter vínculo mais ou menos forte às experiências passadas e familiares da pessoa; ou seja, o preenchimento de realidades fáticas poderá ser mais ou menos intenso. O mesmo ocorreria no tocante às outras dimensões, prevalecendo o comportamento predominante da dimensão em que se encontra inserida a pessoa.

Evidentemente o estudo de Hofstede é contestado e, por suposto, não pode ser considerado o santo graal científico no tocante ao conhecimento do comportamento humano. Afinal, Popper lembra que a ciência é falseável (POPPER, 2012). De todo modo, é um bom indicativo de comportamentos e que, mais tarde, confluuiu para a ratificação do funcionamento do princípio da compatibilidade: o cérebro toma decisões com base na associação, conformando a realidade ao que lhe pareça natural, familiar e conhecida, ainda que para isso tenha que verdadeiramente resignificar objetos e pessoas, ou trabalhar com a sua própria visão de consequências. Hofstede percebeu o efeito, categorizando-o como a nacionalidade, mas não a causa, a compatibilidade.

Essa resignificação, aliás, se dará também em nível inconsciente, de sorte que haverá simplesmente uma ilusão acerca da realidade que não lhe pareça familiar, confortável e conhecida ao cérebro. Você já se perguntou por qual motivo tem maior paciência, complacência e até aceitação em termos de validação de argumentos, com testemunhas idosas e já cansadas da brutal realidade com a qual convivem do que com

jovens aparentemente questionadores? Ou por qual motivo parece tão difícil simplesmente não acreditar em depoimentos prestados por agentes das forças de segurança do Estado, se contrapostas às teses de um acusado?

Todos esses movimentos decorrem da compatibilidade. Resulta natural crer na idosa, porque a experiência pessoal passada lhe trará, provavelmente, registros positivos; e nos agentes das forças de segurança do Estado, porque a experiência social indica estes como pessoas empenhadas em garantir a segurança da sociedade.

A ruptura em termos de pensamento, aqui, é mais difícil do que se imagina. A confluência normal do fluxo de pensamento, por compatibilidade, apontará em uma determinada direção, cegando o decisor para a visão mais ampla do quadro. É uma verdadeira cegueira e que, aliás, é assim mesmo denominada: cegueira deliberada, ou ilusão perceptiva (PINNA e REEVES, 2017). Para evitar que o tomador de decisão caia nesse perigoso espectro de não percepção do quadro maior que o cerca, deverá estar disposto a questionar o familiar, abrir o flanco ao que não lhe é comum no que tange à percepção usual e, ainda, procurar verificar os detalhes escondidos dentro da própria realidade que é por ele percebida, porque nestes estarão verdadeiras portas a outras realidades mais amplas.

1.3 O PRINCÍPIO DA RETENÇÃO

O princípio da retenção, segundo os autores, afirma que quando informações irrelevantes ou contraproducentes (que foram dadas antes) são integradas associativamente, elas são capturadas no circuito neural do cérebro, de modo que isso não pode ser simplesmente desfeito, apagado, negado ou ignorado e assim afetará (associativamente) um julgamento ou decisão seguinte. Em termos comportamentais, segundo os Autores, uma vez que o conhecimento retrospectivo ou resultado está intrinsecamente ligado às memórias sobre a situação ou evento de decisão original, as novas informações recebidas após o fato influenciam como a pessoa se lembra dessa situação original (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018, p. 1567).

O funcionamento cerebral é construído e reconstruído a todo momento, de modo que experiências atuais as quais somos expostos influenciam não apenas o nosso momento presente, senão também a recordação que temos do passado. Isso porque o passado representa a reconstrução atual de eventos ocorridos (SEARLE, 2006, p. 249-280). Note que, embora os eventos já tenham ocorrido, a reconstrução é atual e, por isso, sujeita ao resultado presente do que somos e como nos apresentamos no momento.

Aqui opera o princípio da retenção. Infelizmente, não podemos escolher o que guardar ou descartar em nosso cérebro, de maneira tal que qualquer situação vivida produzirá efeitos nas redes neurais e poderá, em função da regra de Hebb, ensejar o aprofundamento das conexões que desencadeiam e são desencadeadas pelos nossos pensamentos, tornando-a cada vez mais verídica e aceitável. Por isso é tão importante ser seletivo quanto às experiências as quais nos sujeitamos, já que, uma vez inseridas em nosso contexto cerebral, não poderemos selecionar o que nos influenciará ou deixar de fazê-lo.

A situação ainda piora considerando que os efeitos podem não ser diretos, frontais; mas, diversamente do que se poderia imaginar, também indiretos. Pense na situação de um juiz que foi vítima de roubo e, alguns meses após o ocorrido, julga um caso de roubo em que o acusado apresenta a face parecida com a do criminoso. Em função da transferência inconsciente entre os elementos da face do roubar e a similitude que guarda com a face do acusado, o juiz certamente estará propenso muito mais à condenação do que à absolvição (LOFTUS, 1996). Isso, obviamente, em função da causalidade analisada sob o ponto de vista do princípio da retenção, considerada isoladamente.

Da mesma forma, se quem apresenta o depoimento ou declarações foi vítima ou experimentou algum episódio que lhe gerou uma cicatriz emocional, estará, em função do princípio da retenção, empreendendo a leitura das circunstâncias atuais em função de elementos contidos no passado; e, pior, sem poder sequer escolher os elementos do passado que influenciam o seu presente.

A construção e reconstrução dos eventos pode ser sutil e não estar ligada necessariamente a algum evento nocivo. Também experiências positivas podem influenciar a construção do presente e potencializar a criação de novos contextos, circunstâncias e dinâmicas fáticas, de maneira a orientar a leitura atual de eventos pregressos. Assim, por exemplo, se determinada testemunha ostenta relação de gratidão com quem a arrolou, tenderá a minimizar o relativizar os efeitos negativos/positivos da conduta levada a cabo pela Parte. Este fenômeno é conhecido como ilusão cognitiva e se apresenta como uma forma de mecanismo neural gerado pela associação indireta de uma conduta passada a uma consequência atual (PINNA e REEVES, 2017); algo como um favor paga outro, só que em nível neural.

1.4 O PRINCÍPIO DO FOCO

Por último temos o princípio do foco, que se caracteriza pela concentração na informação dominante: "O Princípio do Foco afirma que o cérebro concentra-se associativamente na informação

dominante" (KORTELING; BROUWER; TOET, 2018, p. 1567), segundo os autores. A contraposição entre pontos cegos e dominantes funciona no cérebro para todas as situações, gerando verdadeira cegueira deliberada no tocante às informações eleitas pelo nosso sistema mental como menos relevantes em relação àquelas que se apresentam dominantes. Bem por isso, os autores do estudo alertam que quantidades limitadas de ideias, hábitos ou intuições relativamente fortes podem facilmente dominar nossos processos de tomada de decisão, suprimindo processos alternativos, mas mais fracos. Inexiste, propriamente, neste campo, correspondência entre os elementos emocionais ou racionais, de maneira tal que a prevalência de um sobre o outro não será decidida com ponderação, ou considerando graus de influência e pesos, senão que um eliminará o outro, relegando o vencido a uma zona de cegueira, inobservância, ilusão e inexistência.

Imagine que uma testemunha, agente público aposentado, reclame, em dado momento do seu depoimento, do pronome de tratamento a partir do qual estava sendo chamado; a testemunha acreditava que deveria ser chamada de maneira diferenciada, o que, em seu sentir, retrataria o respeito pela função que um dia ocupou, mas não foi isso que se verificou na audiência, de modo que, em que pese tratada com respeito, não foi chamada da forma que imaginava. Neste ponto, hipoteticamente, instaura-se o caos na audiência, visto que a testemunha se nega a prosseguir sem que seja tratada da maneira pela qual entende acertada; após longo debate sobre a questão, o juiz logra convencer a testemunha de que não havia qualquer falta de respeito na forma pela qual foi tratada, prosseguindo então o depoimento. Na análise da prova a ser feita para fins de prolação da sentença, o juiz, a partir do princípio do foco, terá muito mais clara em sua mente a confusão gerada pela testemunha ao transcorrer do depoimento do que o conteúdo em si, que representará, este, ponto cego, que cedeu passo ao dominante.

Pense, ainda, no julgamento de um caso de feminicídio em que o acusado já teve diversas incursões pregressas pela Lei Maria da Penha em relação a outra pessoa, sendo alvo de medidas restritivas das mais diversas, com objetivo de cessar a ilicitude. Neste caso, em que pese diversas as vítimas, ainda assim o princípio do foco atuará no sentido de iluminar com maior força a relação existente entre as situações, construindo um ponto dominante causal a partir do qual criará uma cadeia inferencial empírica da seguinte natureza: (i) o acusado ostenta passado de violação ao direito de mulheres; (ii) a vítima, no crime do qual acusado, é uma mulher; (iii) então, o acusado provavelmente cometeu o feminicídio.

A partir do estabelecimento deste ponto dominante, todos os demais serão relativizados, porque inseridos no contexto de pontos cegos. A luta neural será desigual em relação à comprovação de uma tese

defensiva e à corroboração da linha argumentativa acusatória. O problema aqui não é jurídico e tampouco se solucionará com paridade processual de armas; mas, em realidade, operante em nível neural e invisível, atuando à sorrelfa no sentido de comprovar previamente teses que estejam iluminadas por toda uma construção, fática e jurídica, inserida no campo do ponto dominante.

Da mesma forma – e para variar da temática criminal – se alguém é acusado de descumprir um contrato de prestação de serviços e tem em seu histórico diversos outros casos antecedentes de condenação por inadimplemento contratual, o ponto dominante repousará sobre a inobservância ao contratualmente estipulado, cegando o decisor a todas as realidades, argumentos e teses diversas àquela.

Da mesma forma, se o alimentante apresenta histórico de descumprimento de ordens judiciais de pagamento de pensão, a sua justificativa, seja ela qual for, será analisada com recalitrância, em função de se situar no campo cego do princípio do foco.

Obviamente, não se está pregando a absolvição de toda e qualquer pessoa acusada de crimes de quaisquer naturezas, porque as suas teses estariam sempre corretas; privilegiar quem não paga pensão alimentícia, ou descumpra contratos. Essa seria uma interpretação equivocada do que se sinaliza nesta oportunidade. A matéria, em si, pouco importa; o que é necessário analisar é a metodologia utilizada para o encadeamento da tomada de decisões. Pode ser que o problema não esteja no convencimento em si, mas na maneira como ele opera, podendo resultar em decisões enviesadas e com aparência de corretas, na medida em que sustentadas pela construção invisível do fluxo de pensamento lastreado nos princípios da rede neural.

Para evitar este comportamento, a primeira atitude deve ser deontológico-crítica. Ou seja, duvidar da percepção mais rápida, normal e confortável que se apresenta; ela pode não estar equivocada, como resulta óbvio, mas o decisor pode estar sendo levado a tomar alguma decisão por encadeamento não visualizado em um primeiro momento.

Mas, para duvidar, há que se compreender o funcionamento do mecanismo e era esse o objetivo do presente trabalho.

CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo apresentar o funcionamento dos princípios das redes neurais, como apresentado por Johan E. Korteling, Anne-Marie Brouwer e Alexander Toet e a forma como podem vir a influenciar, metodologicamente, a tomada de decisão.

Algumas observações finais ressoam importantes:

(a) os princípios das redes neurais não representam a única forma de apresentação da matéria alusiva à causalidade, tampouco a melhor ou a definitiva. Trata-se, em verdade, de uma visão da questão a partir de aportes teóricos e práticos oriundos da neurociência e com base em achados científicos pertinentes a essa temática, de sorte que outras maneiras de tratar o tema não são mutuamente excludentes ou disjuntivas;

(b) os princípios das redes neurais retratam o funcionamento encadeado dos circuitos neurais que formatam o fluxo de pensamento tendente à ação, de maneira que a matéria com a qual lidam não é importante. O mesmo encadeamento se dará ao apreciar tanto um processo complexo, com intrincadas questões probatórias, fáticas e jurídicas, como em relação a qual canal de TV escolher para assistir ao chegar em casa. Isso não afasta a importância do estudo e aprofundamento pertinente ao tema; antes, o incrementa, na medida em que a compreensão do funcionamento da engrenagem cerebral decerto auxiliará a melhor analisar os meandros fáticos e jurídicos relacionados a algum conflito;

(c) O objetivo do artigo foi, com base no aporte teórico prelecionado, identificar as bases da causalidade e não a qualificar como adequada ou não aprioristicamente. O pensamento deontológico-crítico seguramente evitará vieses e ensinará a adoção de conclusões refletivas, ainda que no mesmo sentido daquela apontada pela causalidade; a diferença estará no método, que trará à consciência e à reflexão algo que, no fluxo natural, substituiria o tomador de decisão, apresentando soluções previamente entabuladas e o convertendo em mero homologador destas.

Se o artigo, tal como lançado, viabilizou ao menos a reflexão acerca dos pontos tratados, então certamente atingiu os seus objetivos centrais.

REFERÊNCIAS

COMTE, Augusto. Curso de Filosofia Positiva. Traducción de Carmen Lessining. Buenos Aires: Need, 2014.

DOIDGE, Norman. O cérebro que se transforma. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2021.

GREENE, Joshua. Tribos Morais. A tragédia da moralidade do senso comum. Tradução de Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HEBB, D.O. (1961). Distinctive features of learning in the higher animal. In: J. F. Delafresnaye (Ed.). Brain Mechanisms and Learning. London: Oxford University Press.

HEIDER, Fritz; SIMMEL, Marianne. An experimental study of apparent behavior. The American journal of psychology, v. 57, n. 2, p. 243-259, 1944.

HOFSTEDE, Geert. Culturas y organizaciones. El software mental. La cooperación internacional y su importancia para la supervivencia. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

KAHNEMAN, Daniel. Pensar rápido, pensar despacio. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debate, 2016

KORTELING, Johan E.; BROUWER, Anne-Marie; TOET, Alexander. A neural network framework for cognitive bias. *Frontiers in psychology*, v. 9, p. 1561, 2018.

LOFTUS, Elizabeth F. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

NUSSBAUM, Martha. El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley. Buenos Aires: Katz, 2006. PINNA, Baingio; REEVES, Adam. Lighting, backlighting and watercolor illusions and the laws of figurality. In: *Spatial Vision*, v. 19, No. 2-4, p. 341-373 (2006).

POPPER, Karl R. Los dos problemas fundamentales de la Epistemología. Basado en manuscritos de los años 1930-1933. Traducción de Maria Asunción Albisu Aparicio. Madrid: Editorial tecnos, 2012;

SAPOLSKY, Robert M. *Comporte-se. A biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução de Giovane Salimena e Vanessa Barbara. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 562-570.

SEARLE, John R. *A redescoberta da mente*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

THALER, Richard. H. *Misbehaving. A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

O REFLEXO DO MOVIMENTO MIGRATÓRIO NA ECONOMIA

THE REFLEX OF MIGRATION MOVEMENT IN THE ECONOMY



Antonio De Pádua Parente Filho¹

O assunto sobre migrações e seu efeito social e econômico é estudado e trabalhado nas sociedades, em especial naquelas que têm o movimento de migração mais presente. Nota-se que o Estado, enquanto órgão tutelar dos direitos humanos e responsável relativamente pelo ambiente social, cultural e econômico do país em suas diversas frentes, está cada vez mais engajado e comprometido para suprir e tratar de forma significativa os impactos que o movimento migratório causa na sociedade. O presente estudo tem como objetivo instigar aos leitores questionamentos sobre o reflexo desse movimento migratório focando no aspecto econômico, sem deixar de abordar questões sociais e culturais por entender que estas fazem parte intrínseca do objeto em estudo, com o fim de verificar as consequências econômicas deste. Para tanto, como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica buscando informações e dados para a análise qualitativa, para se apurar tendências de pensamentos e opiniões. O resultado deste ensaio visa, ainda, auxiliar a esclarecer questões migratórias que afetam a economia de maneira significativa por seus impactos decorrentes do referido movimento. Além disso, tem o intuito de mostrar, mesmo que de maneira simples e muito resumida, as dificuldades que estes indivíduos tiveram ao decidirem seguir por esse caminho e as situações que os levaram a tomar tal decisão, que foram, muitas vezes, para garantir a sua sobrevivência e de sua família; porém quando acolhidos em outros países puderam contribuir sobremaneira na economia daquele.

Palavras-Chave: Migração; Economia; Refugiado; Migrante.

¹ Mestre em Direito das Migrações Transnacionais, com dupla titulação pela Univali/SC e pela Università Degli Studi di Perugia/Itália (CAPES 6). Advogado com certificação registrada pela UNICAMP/SP, inscrito na OAB (SP) nº 120.842, (PR) nº 25.977 e (SC) nº 59.187. LLM pelo INSPER-PR; especialista em Direito Empresarial com Foco Tributário pela PUC-PR; Direito Bancário pela FGV-RJ; Extensão em Contratos pela Boston University-MA. Participou do 21º Programa de Atualização de Advogados pela Harvard Law School-MA. Experiência como Head do Legal & Compliance - Latam (Argentina, Brasil, Chile e México) em renomadas instituições financeiras transnacionais, atuando, além do Brasil, na Argentina, Áustria, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japão e União Europeia. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da OAB/PR, desde 2016 e do Direito Sistêmico, desde 2018. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9541916924295710>.

The issue about migration and its economic and social effect is studied and worked in the societies, specially on those that the migration movement is more present. All of us can see that the State, while human right protector organism and responsible for the social, cultural and economic environment of the country in different parts, is more and more engaged and committed to supply and treat in a significant way all the impacts caused by the migration movements to the society. The object of this present study is to instigate questions to the lectors about the reflex of this migration movement focusing to economic aspect, without forgetting social and cultural issues considering them intrinsic to the question, aiming to verify the economic consequences of it. For this purpose, as methodology, it was used the bibliographic research with data and details to qualitative analysis in order to identify trends and opinions. The aim of this study is to clarify migration questions that affect the economy in a significant way related to the impacts due this mentioned movement. Besides that, this issue aims to show, even though in a simple way and summarized, the difficulties suffered by those individuals when they had to decide to follow by this path and the situations that influenced then to take the specific decision, that was in the most of time to ensure their own survival and their family's survival; however, when they were welcomed by other countries they usually contributed a lot to the economy.

Keywords: Migration; Economy; Refugee; Migrant.

INTRODUÇÃO

O assunto que trata o presente artigo é o movimento migratório e seu reflexo na economia, tanto no país de origem como no país de acolhimento do imigrante. Isto porque entende-se que o imigrante ou refugiado causam grande impacto na sociedade em que eles decidem se estabelecer, impacto esse tanto cultural, quanto econômico.

Segundo estudos, os imigrantes ou os refugiados continuam fazendo movimentos de remessa de valores para seu país de origem, contribuindo com suas famílias ou parte dela, que continua em seu país.

Não se pode fechar os olhos aos imigrantes e refugiados, pois além de ser uma questão humanitária, os mesmos contribuem economicamente no país que os acolhem gerando consumo, trabalho, mão-de-obra, renda e, conseqüentemente, tributos, que são recolhidos na forma da lei de cada país, ainda que tais imigrantes estejam, momentaneamente, indocumentados.

Inegavelmente, essa contribuição ocorre mesmo antes desse imigrante estar devidamente regularizado, pois precisa se alimentar e se manter de alguma forma e o faz, ainda que seja praticando uma economia de maneira informal.

Estes mesmos imigrantes após estarem devidamente regularizados, continuam a contribuir de maneira mais efetiva e mais regular, haja vista que precisam cumprir suas obrigações legais, fiscais e parafiscais para iniciarem e continuarem na legalidade e assim, poderem inserir-se na sociedade de maneira mais aceitável, visando iniciar um cotidiano mais digno e salutar, podendo abrir contas em bancos, remetendo valores para seus familiares que continuaram no seu país de origem ou muitas vezes, se prepararem para trazê-los para junto de si, no país onde foram acolhidos.

A forma como os imigrantes ou refugiados são vistos gera certa insegurança para grande parte da sociedade que, até mesmo inconscientemente, os repelem sem refletir sobre as condições humanitárias que os levaram até aquela situação naquele determinado país.

O objetivo deste ensaio é trazer alguns dados e informações econômicas que são reflexos do movimento migratório e que impactaram e continuam a impactar a sociedade e o país onde o imigrante ou o refugiado se estabeleceu ou se estabelece.

Dados importantes que merecem reflexão e um convite a uma mudança na forma que estes refugiados ou imigrantes são vistos por outros cidadãos, pela sociedade, pelos empresários e pelo próprio governo que, sob a ótica do autor, sem sombra de dúvida, se beneficiam com a presença deste indivíduo "imigrante" no país.

A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica, para reunir dados qualitativos,

identificando informações sobre as migrações, os efeitos sociais e econômicos que estas podem causar e efetivamente causam, o que já foi feito para os imigrantes, bem como para os refugiados, o que e como os governos de alguns países entenderam e enxergaram com a situação destes.

As situações desumanas e vexatórias que tais indivíduos sofreram ou sofrem, as condições análogas a de escravidão a que estão submetidos por inúmeras vezes, além da humilhação que enfrentam, muitas vezes, com seus filhos que de tudo participam, e ou ainda sem um teto para morar, justificam a natureza deste ensaio, pois mais do que nunca, faz-se necessário trazer o tema à luz da sociedade para que esta possa refletir sobre como e de que forma podem auxiliar nesta situação fática enfrentada e sofrida por muitos dos refugiados e infelizmente ignorada.

A dificuldade na apuração de números reais, atuais e na obtenção de informações referentes às movimentações e transações econômicas dos refugiados e imigrantes foram limitações enfrentadas ao escrever o presente artigo. Isso porque o tempo em que se leva para apurar, registrar e publicar dados sensíveis como esse podem maquiar ou não trazer a seriedade que o tema pede, perdendo-se o "time" para a devida tomada de decisão que pode muitas vezes salvar vidas.

Espera-se, que o presente artigo inspire os leitores a refletirem sobre o tema e que os levem a concluir que o movimento migratório não é simplesmente um movimento comum ou secundário, mas que vai muito além da importância que impele à economia de um país, mostrando que o imigrante ou refugiado tem muito a contribuir com a pátria que o acolhe e, principalmente, devem ser tratados e respeitados com toda dignidade que lhes são de direito.

1 CONCEITOS NECESSÁRIOS

Para melhor compreender o objetivo deste artigo, entendeu-se por bem, alinhar os conceitos básicos de imigrante, emigrante, refugiado e migrante.

A semântica na linguística pode influenciar sobremaneira o que se quis dizer e expressar. Nesse sentido, a fim de se evitar qualquer mal-entendido, considerando que as palavras objeto destes conceitos, ainda que simples, são de uso não cotidiano, buscou-se alinhá-los de maneira inteligível. Ressalte-se que, para o objetivo deste artigo e considerando que a finalidade desejada não é discorrer profundamente sobre cada um dos seus significados, não se despenderá muitas linhas além do necessário e desde que tais conceitos estejam claros para o texto em comento.

Com efeito, imigrante, segundo o Dicionário Houaiss, significa aquele que imigra ou imigrou; que ou quem se estabeleceu em país estrangeiro; para o caso em tela, entender-se-á aquele que mudou de

residência, que saiu do seu país de origem e foi para um país no exterior (país de destino), o país onde o indivíduo pretendeu se instalar, ou seja, no país de acolhimento, isto visto pelos habitantes do país que o recebeu. Segundo a Lei de Migração Brasileira (L. nº 13.445, de 24 de maio de 2017, artigo 1º, § 1º, II), imigrante é a pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil.

Quanto a definição de emigrante, conforme o mesmo Dicionário supramencionado, tem-se que é aquele que sai da sua pátria para viver em outro país; desta vez, considerado pelos habitantes do país de origem. Conforme a mesma Lei de Migração Brasileira (L. nº 13.445, de 24 de maio de 2017, artigo 1º, § 1º, III), tem-se que emigrante é o brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior.

Em relação ao termo refugiado, acompanhando a definição do retro mencionado Dicionário, é aquele que se refugiou; em referência à política, é o emigrante que sofre ou sofreu perseguição política em seu país natal.

Por fim, mas não menos importante, tem-se o migrante, que seguindo a mesma lógica e mesma literatura, retro mencionada, é o que migra; que vai para outra parte; emigrar; mudar de moradia; mudar; passar de um lugar para outro.

Por muito tempo, os termos "emigração" e "imigração" referiam-se apenas aos deslocamentos internacionais e às permanências ou saídas de pessoas, de seus países de origem para países no exterior, e ou vice-versa. Em contrapartida, tinha-se o termo "migrante" que se utilizava apenas para deslocamentos internos, ou seja, no mesmo país, por exemplo, quando pessoas se mudavam de uma cidade ou de um estado para outro, mas dentro do mesmo país.

Atualmente, há uma mudança de entendimento ao se utilizar o termo migrante. Nesse novo conceito, situa-se o migrante como detentor de direitos reconhecidos, independente de onde ele venha e, pela nova concepção, referido termo "migrante" utiliza-se também para deslocamentos internacionais e não somente internos.

Esse termo, embora não tenha significado expresso na nova Lei de Migração Brasileira é bastante mencionado o que faz valer ainda mais a sua utilização em caráter pujante. Além disso, esse mesmo termo pode ser encontrado em nomes de organizações intergovernamentais como a Organização Internacional para as Migrações (OIM), ou acordos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990, entre outros. De tal sorte, que para o artigo em análise, poderá utilizar-se o termo "migrante" ou "refugiados" para nomear aqueles que partiram de seus países "de origem" com destino a outros diferentes, os ditos países "de acolhimento".

2 MIGRANTES OU REFUGIADOS – UM OUTRO MUNDO, A MESMA VISÃO

Como é de conhecimento público, pode-se dizer que a migração está presente na história do mundo desde seu início. Tal fato pode ser comprovado até mesmo em relatos bíblicos e outras fontes da história da humanidade, em qualquer país onde se avalie e discuta o tema em comento.

A razão pela qual os povos se mudavam de um lugar para outro eram as mais variadas possíveis, como clima, alimentação, perseguições políticas, religiosas e guerras, ou seja, a sobrevivência era uma das justificativas mais presentes desde aquela época. Existem algumas teorias de estudiosos e pesquisadores que detalham ou explicam alguns padrões de migração, trazendo as razões desse processo.

Segundo Giddens:

"As teorias que explicam os padrões migratórios são pautadas pelos chamados fatores *push* (empurrar) e *pull* (puxar). Os fatores *push* ocorrem dentro de um país e obrigam ou "empurram" as pessoas para que emigrem, como conflitos, guerras, fome ou opressão política. Os fatores *pull* ocorrem nos países de destino e atraem novos imigrantes, por exemplo, melhores mercados de trabalho, oportunidades de emprego, melhores condições de vida e incentivo político."

Conforme estudos atuais, tais teorias são consideradas um pouco simplistas, especialmente considerando-se os processos migratórios cada vez mais rápidos, objetivos e globais.

O que se pode comprovar por diversos estudos e tal fato não é difícil é que grande parte das migrações não são escolhidas e realizadas de maneira pacífica, ou, de certa forma, por vontade própria, nem tampouco há escolha com certo planejamento, quando, no mínimo, se saberia para onde vai, o que se poderia esperar, ou ainda, portando consigo alguma reserva financeira para suprir as necessidades básicas até que se estabelecessem no local escolhido ou de acolhimento.

No mundo moderno, se assim se pode entender, os refugiados ou migrantes causam muita insegurança para vários cidadãos dos países por onde passam ou aonde chegam. E assim já era desde os tempos antigos. Essa suposta insegurança, embora uma tolice desmedida e infundada, foi plantada desde o passado, muitas vezes, pela ideia que os refugiados ou migrantes eram pessoas que chegavam nos países de destino para tomar e assumir os lugares daqueles cidadãos nativos, sujeitando-se a um baixo salário, sem documentos que permitiam aos seus "novos empregadores" reduzir o valor de suas remunerações e, por conseguinte, reduziam também de seus nativos,

uma vez que a lei da oferta e procura fazia e faz impondo tal consequência, desde então.

Durante muito tempo, no passado, os povos podiam deslocar-se livremente entre países sem necessidades de autorizações, ao menos não nos formatos atuais dos chamados vistos. Os povos, quando tinham interesse ou necessidade, se deslocavam de um país a outro com mais liberdade e, talvez por esse motivo, com maior segurança uma vez que não o faziam de maneira escondida ou ilegal. Segundo Rodrigues, em sua obra Portugal e a globalização das migrações, escreveu que:

"Durante séculos as populações circulavam e deslocavam-se livremente entre diferentes territórios sem necessidade de vistos; diferentemente do que ocorre atualmente, onde os cidadãos migrantes são percebidos e vistos como ameaça à soberania dos Estados, razão pela qual se adotam medidas cada vez mais restritivas."

Infelizmente, a grande maioria da população mundial não tem ideia de que tais migrantes foram forçados, talvez por questões políticas, sociais ou ambientais, a mudar-se com sua família, com seus filhos em seus colos, ou muitas vezes sozinhos, deixando-os para trás, com uma promessa de ir buscá-los ou lhes enviar dinheiro para que eles pudessem se encontrar novamente.

Um tanto quanto incoerente dizer 'infelizmente', mas tal palavra se adequa melhor, pois se os cidadãos não pertencentes a essa realidade se vissem em uma situação de empatia, colocando-se no lugar de tais migrantes, possivelmente os veriam e os receberiam com mais compaixão e humanidade. O medo que os refugiados ou migrantes sentem foge a imaginação do ser humano, que antes de ter um sentimento vil, deveria se questionar como poderia ajudá-los e acolhê-los.

O governo, por meio de suas políticas migratórias, estabelece procedimentos para refugiados, asilados e migrantes em geral; todavia, para que este migrante ou refugiado tenha alcance a tal política, estes devem passar por várias etapas ou fases que muitas vezes nem ao menos entendem, não dispondo de recursos, de meios financeiros ou subsistências para fazê-lo.

Todos os seres humanos são fadados a coexistir entre si. Não há vida em sociedade sem pensar no próximo, de maneira singular ou única. As pessoas, ainda que com medo ou insegurança deveriam aprender a conviver, no sentido mais amplo possível, com todos os tipos de etnias, crenças, verdades e culturas, sem distinção de credo, sexo ou outras diversidades.

Veem-se governantes sugerindo políticas de migração, com artigos restritivos, com procedimentos assecuratórios. Governantes que plantam discórdia,

ainda que de maneira polida e disfarçada, que fazem sua plataforma política sobre promessas vis, descomunais, como por exemplo, a construção de muros separatistas, na tentativa de contenção de estrangeiros, migrantes, refugiados, prometendo assim maior segurança ao seu povo, aos seus eleitores.

Baumam, cita em sua obra, intitulada Estranhos à nossa porta, que:

"Robert Reich está correto ao rotular de 'sonho impossível' as promessas de Donald Trump (e, indiretamente, as de seu crescente rebanho) de consertar as coisas impedindo a importação e implementando a exportação de estrangeiros, e ao rotular sua carreira de 'truque de mágica'".

Isso porque a campanha política de um grande estadista foi baseada e sustentada na exposição que os estrangeiros migrantes apresentam uma ameaça ao país, sendo uma fonte onde os terroristas se albergam, ou ainda sendo uma porta do tráfico de drogas.

Esse sentimento ficou muito mais forte após o atentado nos Estados Unidos, de 11 de setembro, se intensificando após o atentado em Paris. Com isso, alguns governantes incluíram em suas campanhas discursos impingindo medo aos cidadãos como se fossem os refugiados ou migrantes que causassem todo o problema.

Os refugiados e migrantes, independente de onde estejam se estabelecendo contribuem com impostos, geram trabalho, exercem atividades em que na maioria das vezes são remunerados com valores menores do que para os próprios nativos, propositadamente e por proveito incorreto e imoral daqueles que os contratam, esquecendo-se que os mesmos refugiados fazem parte da sociedade, que movem a economia em grande parte de maneira significativa.

A realidade acima vivida pelos refugiados infelizmente é replicada e acontece em vários outros países da mesma forma. Nessa mesma situação, pode-se verificar países como a Itália, a Espanha, ou ainda o próprio Brasil, que são países onde há grande número de estrangeiros, migrantes e refugiados.

Citando-se um pouco da história, o historiador William McNeill avaliou que "é seguro presumir que, quando nossos ancestrais se tornaram plenamente humanos, eles já eram migratórios, movimentando-se na caça de grandes animais". Assim tem-se, como já anteriormente mencionado, que o movimento migratório acontece há muito tempo, com confrontos entre povos, na ânsia pela sobrevivência.

Trazendo a situação para os dias atuais, o movimento continua a existir, as razões continuam as mesmas, porém, mais intensificadas e, em razão da globalização e do acesso às informações, os cidadãos do mundo tomam conhecimento com mais rapidez.

Exemplificando, a situação do povo Sírio entre tanto outros, que não só durante a guerra, buscaram e ainda buscam refugiar-se em países onde não haja violência na forma daquela vivida e exposta naquela região, atravessam fronteiras, cruzam rios e mares, no anseio de uma vida melhor, mais segura para si e seus familiares.

Porém, ao chegar em outros países, se estabelecerem, conseguirem trabalho, uma vida ainda não tão digna mas, na maioria das vezes, melhor do que tinham em seus países de origem, um teto para si e seus filhos ou familiares, começam o que se chama de segunda fase, qual seja, a preparação para trazer aqueles que estão longe, que ficaram em seus países, para junto de si, e assim desenvolvem cada vez mais atividades laborativas, sujeitando-se a remunerações abaixo do mínimo, revezando e exercendo um trabalho analogicamente ao escravo, muitas vezes; exemplo disso, foi o flagrado na cidade de São Paulo, onde empresas contratavam estrangeiros e refugiados, com promessas de vidas melhores, vendendo-lhes a valores exorbitantes, comida e abrigo, descontando de seus miseráveis salários, criando dívidas impagáveis, desrespeitando leis, sonegando impostos, não fornecendo condições mínimas de segurança e expondo os seus trabalhadores a condições desumanas.

Os trabalhos e movimentos para evitar questões como estas acima citadas estão cada vez mais presentes, mas ainda longe de se chegar a um patamar justo ou ao menos aceitável. A justiça e os órgãos de fiscalização ainda têm um árduo trabalho pela frente de conscientização, que será feito em grande parte, com autuações e fechamentos de locais insalubres, fiscalizando, autuando e multando em altas cifras as empresas e seus responsáveis, divulgando para a população com o intuito de dar publicidade a fatos desumanos para que estes não se propaguem.

De acordo com estudos, as situações de muitos povos de diferentes etnias, que levaram os migrantes a deixarem ou fugirem de seus países foram, invariavelmente, questões humanitárias, de segurança, de preservação de suas vidas e das de suas famílias e, por óbvio, por questões econômicas, na busca de melhores condições.

Segundo dados do Relatório do Banco Mundial de 2018, mais de 68 milhões de pessoas, em todo o mundo, foram forçadas a deixar seus lares e a projeção, segundo dados do mesmo Relatório, é que em 2030, quase metade dos cidadãos considerados como pobres, entre eles, obviamente, os refugiados, viverão em situações de miséria e fragilidades afetadas por conflitos.

Ora, tal acontecimento não pode passar em branco pela sociedade e seus governantes que, com certeza, podem refletir e desenvolver novas políticas ou movimentos que suportarão os refugiados ou

migrantes, com uma nova perspectiva e sob uma nova ótica.

3 MIGRAÇÃO – REFLEXOS E IMPACTOS NA ECONOMIA MUNDIAL

Pelo que já se vislumbrou com o exposto acima, a questão dos refugiados não é uma questão única ou que não traga impacto social e econômico, muito pelo contrário. Essa é uma situação que deve ser albergada, discutida e tratada de forma séria e contundente pelos representantes dos povos, ou seja, pelos políticos e governantes de vários países.

Nesse sentido, buscou-se aferir informações não somente considerando movimentos de imigração, por parte de pessoas que sofreram perseguições políticas, maus tratos, que buscaram lugares distantes de guerras e almejaram melhores condições humanas, hábitos mais saudáveis e maneiras de sobrevivência mais condizentes e humanitárias, mas também trazer informações de movimentos de imigrantes, que buscam basicamente melhores condições econômicas, mais oportunidades profissionais e melhores remunerações que possibilitem a realização de seus sonhos. Nota-se nesses movimentos que o objetivo final é a melhor condição social, ambiental, cultural e econômica para si e seus familiares, de sobrevivência pura.

Sobre os reflexos e impactos na economia mundial, nos ensina Rodrigues que:

*“As migrações contribuem para o desenvolvimento econômico dos países de origem (por meio de envio de remessas aos que ficam, seus parentes consanguíneos ou não), e também aos países de destino (mão-de-obra barata e/ou especializada) e para o equilíbrio demográfico e enriquecimento social (maior diversidade cultural) dos países de acolhimento. Nesse sentido, bem apontado o dizer que importa referir que *‘[m]igration affects migrants and non-migrants alike, in countries of origin, transit and destination. Some effects are felt directly at the household level, others by communities or national economies’*. As migrações internacionais contribuem significativamente para a redução da pobreza, a melhoria do acesso à saúde, educação e segurança alimentar, podendo resultar, ainda, num maior grau de independência dos próprios cidadãos.*”

Como bem expresso no Relatório do Banco Mundial de 2018, a pobreza e a fragilidade estão cada vez mais interligadas e segundo projeções, constantes do mesmo documento, até 2030, entre 43% (quarenta e três por cento) e 60% (sessenta por cento) das pessoas extremamente pobres do mundo viverão em ambientes marcados por fragilidades, conflito e violência, além de graves riscos como o extremismo violento, a mudança do clima, pandemias e a insegurança alimentar estarem em crescimento.

Esta instituição internacional (Banco Mundial), entre outras atividades, busca fortalecer e intensificar esforços para maximizar seu impacto em situação de pobreza, tendo anunciado, em 2018, como uma de suas prioridades o desenvolvimento e altos investimentos para auxiliar populações que sofrem tipos de temores tais quais os que estão sendo discutidos neste artigo.

Ainda em relação ao Banco Mundial, juntamente com o governo de vários outros países, trabalha e financia vários projetos destinados a melhorar a educação, promover a qualificação e oferecer serviços básicos, como água e saneamento; aos refugiados, financiamentos que foram liberados em etapas, a exemplo do que ocorreu em Bangladesh, Camarões, entre outros tantos países.

Dados interessantes mostram, nesse sentido, que o Banco Mundial realizou uma reunião de líderes mundiais que representaram o setor privado, investidores de impacto, filantropos e fundações, para discutir sobre a questão da fragilidade e maneiras de enfrentar essa questão envolvendo muitas frentes. Em uma dessas reuniões discutiu-se a crise dos refugiados Sírios e apresentaram uma perspectiva coletiva dos desafios e oportunidades enfrentados pelos agentes que trabalham em situações frágeis.

Isso mostra que importantes organismos e instituições internacionais estão se mobilizando cada vez mais para discutir sobre o assunto e tentar encontrar uma forma de minimizar impactos para tais povos com situações de migração constante.

Importa registrar, ainda, que o Banco Mundial, de acordo com o Relatório de 2018, nessa frente de intenções e compromissos de melhorar a estabilidade macroeconômica e financeira, concedeu, por exemplo, na Turquia, um empréstimo de US\$ 400 milhões para melhorar o acesso a financiamento para empresas que promovem a inclusão da mulher e empresas ativas em áreas com grandes comunidades de refugiados.

Não se pode deixar de considerar, como já mencionado, que os refugiados e os migrantes, após terem suas situações regularizadas, passam a remeter valores para suas famílias o que gera movimentação econômica de grande monta, que reflete bastante no mercado financeiro e de consumo e nas suas próprias relações humanas, por consequência.

Constata-se que o Brasil também é visto como um país de acolhimento, ou seja, recebe inúmeros refugiados e migrantes, por todas as suas fronteiras que, ressalte-se, tem um trabalho bastante ativo no sentido de acolher, receber, verificar e auxiliar os que aqui chegam.

Atento a essa situação real e vislumbrando um aumento na movimentação econômica por parte dos refugiados, considerando a realidade constatada no Brasil, onde milhares de migrantes e refugiados chegam ao país, cruzando as fronteiras buscando novas e melhores condições de vida e sobrevivência, por sua

vez, por meio do Ministério da Justiça em conjunto com o Banco Central do Brasil, elaborou uma Cartilha que orienta migrantes e refugiados sobre educação financeira, abertura de contas correntes em bancos, operações de câmbio (que permitem remessas e recebimento de valores do e para o exterior), empréstimos, alertas para se evitar golpes, além de informações gerais a respeito do funcionamento do sistema financeiro brasileiro e do papel do Banco Central do Brasil.

A Cartilha foi divulgada em formato digital nos sítios eletrônicos do Banco Central do Brasil, do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do ACNUR. Para estimular a economia de forma justa e coerente criando-se oportunidades e com intuito para que os refugiados não sejam alvos de oportunistas e pessoas estelionatárias, os bancos criaram normas e regulamentos que autorizam os refugiados e migrantes a abrirem conta corrente, com a finalidade, entre outras, de que eles possam movimentar seus recursos recebidos dos seus empregadores, de suas famílias que algumas vezes lhes suportam, e para que, da mesma forma, eles próprios possam remeter valores aos seus países de origem, sempre de maneira legal e registrada.

Segundo o Decreto nº 9.277, de 2018, foi instituído o DPRNM como documento válido para que os migrantes e refugiados possam abrir suas contas bancárias em instituições integrantes do sistema financeiro nacional. A lista de documentos necessários e requisitos para a abertura depende dos próprios bancos que têm autonomia para instituir suas próprias políticas para abertura de contas de imigrantes, na condição de residentes do Brasil.

Outros países têm, da mesma forma, suas normativas e procedimentos específicos com o mesmo objetivo e segundo a soberania de cada país, cabe ao refugiado que ele busque nos organismos respectivos ou consulados, como proceder para se regularizar.

O Brasil é um país que há tempos trás o processo de migração intrínseco em sua cultura, que atualmente soma um grande número de indivíduos e tendem a se intensificar, conforme citado por Brzozowski:

"Assim, surgiu a diáspora brasileira, estimada atualmente em 3,7 milhões de pessoas. A diáspora constitui um grande desafio para o país, especialmente em relação às consequências econômicas da emigração, visto que esses movimentos deverão ainda se intensificar."

Nota-se ainda, no caso do Brasil, ao mesmo tempo que ele é um país de emigração, onde seus indivíduos buscam oportunidades de melhores condições de vida no exterior, frisa-se por razões econômicas e não perseguições políticas, é, também

como dito amplamente acima, um país que acolhe muitas pessoas.

Há um grande movimento de acolhimento de refugiados no norte do país, com apoio do Ministério da Justiça e dos organismos sociais que lideram algumas frentes nesse sentido. Outros movimentos de apoio e frentes sociais que suportam e lideram questões de refugiados e migrantes, da mesma forma, são também vistos no centro-oeste, sudeste e sul do país.

Em estudos realizados, analisou-se a relação dos movimentos de migração e apontaram que há uma correlação entre os que migram e para onde migram. Ou seja, de acordo com o estudo, apurou-se que a razão do movimento migratório, além da questão de sofrimentos, maus tratos, perseguição política e guerras, surgiu muito forte a questão econômica diretamente, ou seja, a razão que impele a busca por melhores condições financeiras e novas oportunidades.

Brzowski, ainda, registra:

"As teorias de migração, como a referida nova economia de migração, apontam, no entanto, que não são os mais pobres que emigram. A migração, especialmente internacional, deve ser considerada como uma forma de investimento: é associada com risco e exige recursos próprios, os quais pessoas pobres não possuem."

O Brasil é um país que tem um movimento de remessas razoáveis, sendo apontado como um dos principais recebedores de remessas da América Latina.

Alguns pesquisadores, como Hein De Haas (2009), sustentam que o processo migratório deve ser considerado como um processo naturalmente vinculado constituindo a parte de um processo mais amplo, qual seja, o desenvolvimento econômico.

Embora o tema resida no aspecto econômico, há estudos que enviesam o assunto sobre migração demonstrando um aspecto claramente sociológico. O que não se pode negar é que o viés desejado ou avaliado depende da ótica que se está analisando.

Os próprios estudos relatados pelo Banco Central do Brasil expressam inquestionavelmente que o movimento migratório reflete na economia mundial sobremaneira, seja pelo fato de que os refugiados também participam no mercado consumidor, seja porque prestam atividades laborativas, seja porque estão desenvolvendo atividades que geram uma economia regular, muitas vezes remetendo ou recebendo valores para ou de seus países de origem, além de outras razões.

A necessidade de os governantes concentrarem em alguns de seus departamentos questões relativas a migrações demonstra ou pode demonstrar uma questão de insegurança por parte dos políticos que, por pretensão de interesses, mascaram e manipulam as informações e orientações,

contrariamente ao que pode contribuir para o país de acolhimento aos ditos refugiados.

Nesse contexto, caberá aos cidadãos ponderarem sobretudo no momento de eleição e indicação de seus representantes, escolhendo um que melhor lhes representem, conhecendo e avaliando a história de cada um. Não obstante a questão dos refugiados influenciarem o ambiente econômico do país, não somente o de origem, mas especialmente o de acolhimento, não se pode fechar os olhos que a economia pode ter vários benefícios com a alocação correta e suportada aos refugiados; que estes querem e tem todo o direito a uma condição de vida melhor para si e seus familiares, além de também merecerem novas oportunidades; com esperança, se lançam na sorte de um novo caminho, na maioria das vezes, sem volta e totalmente desconhecido.

CONCLUSÃO

O reflexo do movimento migratório na economia é um assunto fértil e muito amplo. Acredita-se que os números e indicadores reais referentes aos dados que os migrantes e refugiados impactam estão longe dos reais ou dos que são apresentados.

O que se levanta, se apura e se declara são números, dados e valores que as instituições ou organismos pretendem investir ou financiar para que os movimentos migratórios sejam menos impactantes para suas economias, tanto movimentos de emigração quanto movimentos de imigração. Quanto aos números que realmente são movimentados pelos refugiados, sobre estes não há registros efetivos, mas sim estimativas que surpreendem e que, em razão da condição e dos registros, levam à conclusão de que a economia se beneficia quando há ingresso de migrantes ou refugiados no país. Tal benefício se mostra por recolhimentos de impostos, tributos, disposição de mão-de-obra, entre outros fatores, que podem ser avaliados em algumas comunidades específicas.

A necessidade de acolher os refugiados pode, com toda certeza, ter uma contrapartida positiva sob todos os aspectos, em especial no aspecto social e humanitário.

Como se verifica, cada país tem seus procedimentos de acolhimento, cabendo a cada um deles, segundo sua soberania, estabelecer o que melhor lhes parece; todavia, uma questão que não quer calar é se a soberania está acima da vida humana, posto que o movimento acontece por razões de sobrevivência.

Dever-se-ia analisar os fatores que levam os refugiados a migrarem, correndo risco de vida, arriscando as suas próprias e as de seus familiares, que muitas vezes lhes acompanham. Sabe-se que muitos já perderam a vida nessa busca por melhores condições e que ainda, infelizmente, muitos outros perderão e por

isso resta fundamental novos processos, novas políticas.

Apesar do assunto em comento ter um viés econômico, o aspecto social e humanitário jamais poderá deixar de ser considerado, pois vidas estão em jogo.

A reflexão que se convida a fazer, após a leitura do presente ensaio, é que as pessoas se coloquem numa condição de empatia, colocando-se no lugar daqueles refugiados, tentando entender ou ao menos apoiar de alguma forma os que chegam, não fechando os olhos a essa realidade.

Muito se fala do dever do Estado de apoiar, criar frentes de apoio, e muito já foi feito; não se pode ignorar os movimentos, ainda que pequenos, mas muito importantes que alguns estão liderando, como por exemplo, a frente de apoio existente no norte do país, ou ainda, vários movimentos existentes no sudeste e sul.

Algumas empresas têm convênios e empregam refugiados, disponibilizam programas de formação e qualificação aos que chegam, prestando assim um trabalho ativo à sociedade.

Há sim os organismos e frentes sociais que defendem e apoiam as questões humanitárias, movimentos sérios e fortes, que impactam sobremaneira na vida dos migrantes.

A exemplo das Cartilhas com orientações financeiras que já foram criadas, reuniões são realizadas, instituições e organismos que se movimentam com certa frequência, entretanto, ainda está distante o que pode ser feito face ao que os refugiados necessitam. Talvez o olhar deva mudar, ou seja, quando o governo federal, os estados, começarem a enxergar certos benefícios que um grupo de refugiados e migrantes podem trazer a comunidade, pensar-se-á em um novo e diferente planejamento social para que a parte econômica tenha seus reflexos equilibrados.

Infelizmente, um lado da balança ainda está mais pendente que o outro, o que reflete o modo social arcaico, despreparado e antissocial que o mundo apresenta.

Dever-se-ão criar novos mecanismos, novas frentes, com novos pensamentos para suportar de um lado e receber a contrapartida de outro, refletindo no movimento migratório, como o jargão empresarial por muitos conhecidos, o famoso ganha-ganha real, buscando um equilíbrio econômico para todos – países, cidadãos nativos e refugiados acolhidos.

REFERÊNCIAS

BACEN, Banco Central do Brasil. Focus: relatório de mercado. 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicações/focus/06122019>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BANCO MUNDIAL. Relatório Banco Mundial - 2018. GRUPO BANCO MUNDIAL - p. 35. Disponível em: <https://www.openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle>

BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Editora ZAHAR.

BRASIL. Decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/Decreto/D9277.htm.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estud. av.*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137-156, ago. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000200009&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 10 jul. 2020.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Editora Objetiva. Instituto Antônio Houaiss. 2001.

GIDDENS, Anthony, 1938. Conceitos essenciais da Sociologia. Anthony Giddens, Philip W. Sutton; tradução Claudia Freire – 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2016.

GUEDES, Ana Lucia; ACCIOLY, Tatiana de Almeida; DUARTE, Paula da Cunha; SANCHES, Danielle; CALIL, Lucas; RUEDIGER, Tatiana; OLIVEIRA, Wagner. 42º Encontro Anual da ANPOCS. GT16 Migrações internacionais: Estado, controle e fronteiras. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25736/Artigo%20ANPOCS%202018%20Guedes%20et%20al.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

HAYEK, F. A. A MIRAGEM DA JUSTIÇA SOCIAL. Vol. II. Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça econômica política. Ed. VISÃO, 1985.

IMIGRAÇÃO COMO VETOR ESTRATÉGICO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E INSTITUCIONAL DO BRASIL. Estudos Estratégicos sobre Políticas Públicas Volume 1. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2012. Disponível em: http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/estudo_24.pdf.

RODRIGUES, Teresa Ferreira; FERREIRA, Susana de Sousa. Portugal e a globalização das migrações.

Desafios de segurança. População e Sociedade. CEPESE. Porto, v. 22, 2014. p. 137 - 155.

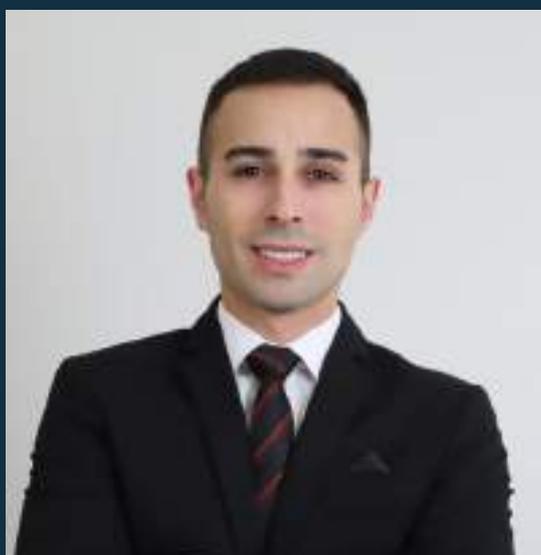
SILVA, César Augusto Silva da. Desafios para uma Política Brasileira para Refugiados no Contexto Contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Volume Especial, 2014, p. 187 - 190. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir>.

A (DES)NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DA BUSCA DE BENS DO DEVEDOR PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

THE (UN)NECESSITY OF EXHAUSTING THE DEBTOR'S GOODS SEARCH FOR THE GRANT OF THE INSTALLATION OF THE INCIDENT OF DISREGARDING THE LEGAL PERSONALITY



Arthur Mendes Lobo¹



Juliano Felipe de Oliveira²

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0567351441778271>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6328-0594>.

² Advogado Pleno no escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Concluiu curso de Planejamento Patrimonial e Recuperação e Crédito do Curso de Mestrado Profissional em Direito dos Negócios da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Pós-graduado em Direito Tributário pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG.



Marcel Guimarães Rotoli de Macedo³

A desconsideração da personalidade jurídica é um tema muito recorrente nos Tribunais, porém, alguns Magistrados exigem o esgotamento da busca de bens do devedor originário como requisito para o deferimento da sua instauração. Seria essa uma regra absoluta? Seria esse um requisito legal? A lei exige essa aferição instrutória antes do deferimento da medida? Com enfoque nas relações cíveis-empresariais, o presente artigo tem o objetivo de analisar esses questionamentos.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica; Responsabilidade Patrimonial; Esgotamento da busca de bens do devedor.

The disregard of the legal personality is a very recurrent theme in the Courts, however, some Magistrates demand the exhaustion of the original debtor's goods search as a requirement for the granting of its establishment. Could this be an absolute rule? Would this be a legal requirement? Does the law require this instructional assessment before granting the measure? Focusing on civil-business relations, this article aims to analyze these questions.

Keywords: Keywords: Disregard of Legal Entity; Financial liability; Exhaustion of the debtor's asset search.

³ Juiz de Direito Substituto em 2º Grau, Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP, Especialista em Direito Administrativo e Especialista em Direito Civil pelo Instituto Romeu Bacellar. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0039873183975517>.

INTRODUÇÃO

No presente estudo, com enfoque nas relações cíveis-empresariais, pretende-se analisar se seria ou não prematura a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica quando realizada antes do esgotamento de todas as diligências possíveis para localização de bens do devedor original.

Iniciaremos abordando alguns aspectos gerais acerca da personalidade jurídica e da responsabilidade patrimonial dela decorrente, para em seguida analisar a teoria da desconconsideração.

Finalmente, analisaremos se, dentre os requisitos legais para o deferimento da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, poder-se-ia exigir o esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor originário.

1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O artigo 45 do Código Civil estipula que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se inicia a partir da inscrição do seu ato constitutivo no registro respectivo, precedida, quando for o caso, de autorização do Executivo.

Além disso, para garantir a estabilidade da personalidade e a segurança jurídica, o parágrafo único do citado dispositivo legal prevê que em três anos decairá o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Convém lembrar que, de acordo com a classificação adotada pelo Código Civil, as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Nos termos do artigo 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; os partidos políticos.

Para tratarmos da desconconsideração da personalidade jurídica com segurança é importante destacarmos três características essenciais das sociedades, sejam empresárias ou simples. Todas as sociedades possuem três características fundamentais: autonomia negocial, capacidade processual e autonomia patrimonial.

Primeiramente as sociedades tem autonomia negocial, ou seja, realiza negócios jurídicos em nome próprio e no seu próprio interesse. Logo, responde, em nome próprio perante terceiros. Naturalmente, como visto, a atuação das sociedades carece da presença de uma pessoa natural, sócio ou administrador, que confere densidade física à sua vontade. Em todo caso, o

sócio ou administrador sempre agirá em nome e no interesse da sociedade.

De outro passo, por assumir suas obrigações em nome próprio, as sociedades também possuem capacidade para figurar nos polos ativo e passivo das relações processuais. Sua capacidade processual decorre logicamente de sua capacidade civil, vale dizer, de sua capacidade de contrair direitos, deveres e poder exercê-los em nome próprio.

Por fim, lembramos que a sociedade tem seu próprio patrimônio, autônomo e distinto do patrimônio dos seus sócios. Nesse caso é o patrimônio autônomo da sociedade que, em regra, responderá pelas obrigações assumidas com terceiros. Ordinariamente, mesmo que se trate de modelo societário cujos sócios tenham responsabilidade ilimitada, a sociedade deverá ser responsabilizada primeiramente. Somente após o esgotamento do patrimônio da sociedade, em regra, poderá haver, subsidiariamente, a responsabilidade patrimonial do sócio. Dizemos em regra pois excepcionalmente o patrimônio do sócio poderá ser atingido antes do patrimônio da sociedade, como se passa nos casos de desconconsideração.

2 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

São precisamente as autonomias patrimonial e negocial que justificam a desconconsideração da personalidade jurídica. Naturalmente só será adequado pretender a desconconsideração quando houver uma personalidade jurídica autônoma e independente considerada como tal pelo ordenamento jurídico.

Como vimos, a vontade das sociedades se manifesta através dos seus sócios e administradores. Sem as pessoas naturais as sociedades não poderiam atuar no plano fenomenológico.

A despeito de previsões específicas acerca das deliberações dos sócios das sociedades simples e empresárias, de modo geral, o Código Civil prevê que a pessoa jurídica ficará obrigada pelos atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Aliás, conforme o artigo 1.015 do Código Civil, no silêncio do estatuto ou do contrato, os administradores das sociedades poderão praticar todos os atos relacionados à sua gestão, com exceção da alienação de imóveis. Neste caso, não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis, depende do que a maioria dos sócios decidir.

Está claro, portanto, que exceto nos casos expressamente previstos em lei, se os sócios atuarem de acordo com as normas que orientam o exercício da atividade econômica da sociedade não haverá, em tese, ensejo para a responsabilidade patrimonial desses sócios. Assim, ordinariamente, o alcance do patrimônio dos sócios pela desconconsideração da personalidade

jurídica só ocorrerá quando houver condutas abusivas ou expressa previsão legal destinada à tutela de bens juridicamente relevantes.

Ao disciplinar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil faz remissão genérica aos pressupostos previstos no ordenamento jurídico. Basicamente, o pedido de desconconsideração deve ter por fundamento os pressupostos indicados nas normas materiais.

No que se refere à tutela legislativa da desconconsideração da personalidade jurídica, além dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, também podem ser citados: o artigo 50 do Código Civil, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 34 da Lei 12.529/11, os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas e o artigo 4º da Lei 9.605/98.

A desconconsideração da personalidade jurídica pode ser operada segundo parâmetros objetivos ou subjetivos. Em algumas hipóteses, a constatação da prática de conduta ilícita do sócio é indispensável para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica. Nestes casos, fala-se em Teoria Maior da Desconconsideração, referenciada no elemento subjetivo. Em outras hipóteses, a aferição da prática de ato ilícito é irrelevante para a desconconsideração. Nestes casos, a despeito da licitude das condutas dos sócios, pela assunção da Teoria Menor, pode haver a desconconsideração da personalidade jurídica sempre que for necessária à tutela de bens juridicamente mais relevantes. Em síntese, de modo geral, pode-se dizer que enquanto o artigo 50 do Código Civil e artigo 34 da Lei 12.529/11 adotam a Teoria Maior, o artigo 28¹ do Código de Defesa do Consumidor, os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas e artigo 4º da Lei 9605/08 adotam a Teoria Menor.

Há quem sustente, ainda, a existência de duas subespécies da teoria Maior: Teoria Maior Subjetiva e Teoria Maior Objetiva.

Para a Teoria Maior Subjetiva, a desconconsideração teria fundamento na conduta dos sócios ou administradores. Esta tese, sustentada pelo Professor Rubens Requião, decorreria da expressão **desvio de finalidade** prevista pelo artigo 50 do Código Civil. Já a Teoria Maior Objetiva, cujo maior expoente é o Professor Fábio Konder Comparato, reconhece que o fundamento da desconconsideração seria o desvio da finalidade da própria pessoa jurídica, independentemente da apreciação axiológica das condutas dos sócios. Esta tese seria confirmada pela expressão **confusão patrimonial**, prevista no artigo 50 do Código Civil.

Não obstante parte da doutrina defenda que o Código Civil tenha adotado a Teoria Maior Objetiva, a jurisprudência caminha no sentido de que a

desconconsideração da personalidade jurídica pode se fundamentar tanto na Teoria Maior objetiva quanto na Teoria Maior Subjetiva.

3 ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir de todo o exposto acima, nota-se que, no que diz respeito às relação cíveis-comerciais, de acordo com o artigo 50 do Código Civil, sempre que apurado o abuso da personalidade jurídica, seja por desvio de finalidade, ou mesmo em virtude de confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade, bem como o benefício, decorrente do abuso, de administradores, o Magistrado poderá decidir, a pedido do legítimo interessado, que os efeitos patrimoniais de obrigações específicas sejam projetados sobre o patrimônio dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim sendo, mostra-se correta a exigência do esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor original como requisito para a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica?

De antemão, exprimimos que nossa opinião é no sentido de que a insuficiência de bens do devedor não é requisito legal para instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

É bem verdade que existem decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, assim como de outros Tribunais de Justiça, no que diz respeito às relações cíveis-empresariais, nas quais se entendeu como prematura a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica quando realizada antes do esgotamento de todas as diligências possíveis para localização de bens do devedor original. Cita-se a título de exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Pedido de reforma – Inviabilidade neste momento. Medida Excepcional. Mão esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora da empresa executada. Ausência de demonstração dos requisitos legais previstos no art. 50 e § 4º do Código Civil. Decisão mantida. Agravo desprovido. (TJPR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0025707-85.2019.8.16.0000, Rel.: Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 02.09.2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – "INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA" – Pretensão da credora de proceder à

¹ Nesse sentido, o seguinte julgado: TJPR – 10ª C. Cível – AI 824644-0 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Luiz Lopes – Unânime – J. 15.12.2011.

chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim de atingir bens de EIRELI que seria, tal como a sociedade executada, gerida de fato pela mesma pessoa, embora ambas (EIRELI e Sociedade devedora) estejam em nome e contratualmente sob a administração dos filhos do suposto gerente – Pretensão que se afigura prematura, eis que a credora não esgotou as diligências em face da sociedade devedora – Ausência, por ora, dos requisitos do art. 50, do Código Civil – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO (TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2165201-20.2017.8.26.0000, Rel: Des. Ana Catarina Strauch, j. 20/02/2018.)

Entretanto, com o máximo respeito ao entendimento contrário, como já adiantado, parece-nos mais adequado o entendimento no sentido de que a instauração da desconsideração da personalidade jurídica não possui como pressuposto o esgotamento das pesquisas por bens penhoráveis do devedor originário.

Defende-se referido entendimento porque, entre os seus artigos 133 e 137, o Código de Processo Civil trata do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, e especificamente no artigo 134 do referido dispositivo legal está previsto que: **“O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”**. Ainda, o § 2º do referido dispositivo legal prescreve que: **“Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”**.

Uma vez que a legislação processual prescreve a possibilidade de o pedido de desconsideração da personalidade jurídica ser realizado na petição inicial, primeiro ato processual, por consequência, não se pode exigir a busca de bens como requisito para realização do pedido.

Ademais, como já visto anteriormente, o artigo 50 do Código Civil é a legislação que se aplica nas relações cíveis-empresariais e, ao analisar o conteúdo desse referido dispositivo legal, é possível verificar que os pressupostos para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica são: (1) o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e (2) o benefício, decorrente do abuso, de administradores.

Com efeito, nas relações cíveis-empresariais, não se pode exigir a frustração das buscas por bens do devedor original para se pleitear a desconsideração da personalidade jurídica, afinal, o artigo 133, § 1º, do Código de Processo Civil prescreve que **“o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”** e o artigo 50 do Código Civil, aplicável às relações cíveis-empresariais,

não elenca o esgotamento das buscas como pressuposto para a realização do pedido.

Exatamente nesse sentido os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr.:

“O requerimento deve demonstrar, ainda, o preenchimento dos pressupostos legais específicos que, nos termos do art. 50, do CC são o desvio de finalidade da pessoa jurídica e a confusão patrimonial entre ela e seus sócios”.

Ainda, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“a mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica”. (STJ, AgInt no AREsp 1565590/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJE 30/03/2020).

Não sendo a inexistência de bens ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica, por consequência, não pode ser exigida como pressuposto para o pleito. O que se deve demonstrar é, apenas, como já visto, o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios.

Exatamente nesse sentido, a 4ª Turma do STJ, conforme ementa abaixo colacionada, no julgamento do Recurso Especial n. 1729554, firmou entendimento acerca do tema em comento:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos. 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137). 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há

muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. 6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. 7. **A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.** 8. Recurso especial provido. (STJ, 4ª Turma, REsp 1729554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2018) (grifo nosso).

Nas razões do seu voto, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que, acerca da questão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca comentam que:

Deve adotar-se, destarte, interpretação ampla do interesse de agir, preconizada doutrinariamente por conferir maior efetividade à cláusula constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Em sede de desconsideração maior, em que é o sócio (que atuou abusivamente através da personalidade jurídica) verdadeiro titular passivo do crédito, assiste ao autor o direito de optar por sua responsabilização, independentemente da potencial satisfatividade do crédito perante a pessoa jurídica.

Por fim, não se pode deixar de observar que, conforme também pontuado nas razões do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão:

De fato, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se apresenta como importante mecanismo de recuperação de crédito, combate à fraude e, por consequência, fortalecimento da segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, atuando, processualmente, sobre o polo passivo da relação, modificando ou ampliando a responsabilidade patrimonial.

Existindo inadimplemento da obrigação e identificados o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios, não faz sentido, nas relações cíveis-empresariais, exigir-se a frustração na busca por bens do devedor original para ser pleiteada a

desconsideração da personalidade jurídica, especialmente porque, muitas vezes, o credor, somente a partir da desconsideração da personalidade jurídica, consegue identificar se os sócios e/ou administradores, que se está buscando atingir, já estão dilapidando patrimônio para buscar esquivar-se de eventual responsabilização.

Lembrando, ainda, que apresentados indícios suficientes, com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderão ser pleiteadas medidas para assegurar o recebimento do crédito, como, por exemplo, o arresto ou a indisponibilidade de bens.

Em conclusão, portanto, não nos parece que seja correta a exigência do esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor original como requisito para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas relações cíveis-empresariais.

CONCLUSÃO

Como visto acima, a legislação processual prescreve a possibilidade de o pedido de desconsideração da personalidade jurídica ser realizado na petição inicial, primeiro ato processual, por consequência, a exigência da frustração da busca de bens é, pois, limitação indevida do direito de ação do credor, afinal, a legislação processual possibilita o pedido já na petição inicial, sem qualquer ressalva sobre a necessidade de aguardar a evolução da execução.

Ademais, os pressupostos para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica são definidos pelas normas de direito material e o artigo 50 do Código Civil, que é a legislação que se aplica nas relações cíveis-empresariais, não traz a insuficiência de bens do devedor como requisito para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, não sendo a insolvência do devedor originário um requisito para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica nas relações cíveis-empresariais, jamais se poderia aceitar como requisito para a instauração do incidente.

Ainda, existindo inadimplemento da obrigação e identificados o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios, também jamais seria aceitável que fosse exigido que continuassem realizando diligências em busca do patrimônio do devedor originário, visto que, antecipadamente, tais fatos revelaram que serão infrutíferas. Seria penalizar o credor e premiar a conduta ilícita do devedor.

Assim, com o máximo respeito ao entendimento contrário, seguindo o recente precedente do STJ sobre o tema, entendemos que o esgotamento das diligências para atingir o patrimônio

do devedor originário não pode ser exigido como requisito para a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.065, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1565590/SP, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 30/03/2020.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp n. 402.622/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 05/05/2015.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma, AgRg no REsp n. 1.125.501/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/04/2015.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, REsp n.1.096.604/DF, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/08/2012.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, REsp 1.729.554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2018.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2165201-20.2017.8.26.0000, Rel: Des. Ana Catarina Strauch, j. 20/02/2018.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0025707-85.2019.8.16.0000, Rel.: Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 02.09.2021.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 824644-0, Rel.: Des. Luiz Lopes, j. 15.12.2011.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. AI 840392-1, Rel.: Des. Nilson Mizuta, j. 26.01.2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. BREVES COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Teresa Arruda Alvim Wambier et all (Coordenação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 425-437.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 95.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 224-228.

NUNES, Dierle. CPC Referenciado - Lei 13.105/2015 / Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 67-68.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva Fonseca. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do Novo CPC. GENJURÍDICO.COM.BR, 19 jan. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 405.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Direito Processual Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A SENTENÇA E A COISA JULGADA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL SEGUNDO A TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

THE SENTENCE AND RES JUDICATA IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS ACCORDING TO THE THEORY OF CONSTITUTIONAL PROCESS



Soraya Gasparetto Lunardi¹

O debate em torno da autonomia científica é de crucial importância, pois se relaciona com a questão das (devidas ou indevidas) influências que o direito processual constitucional recebe dos demais (e muito mais consolidados) ramos do direito processual. Dito de outra forma, a questão de sua autonomia não deve ser analisada de forma estática, mas na perspectiva temporal, examinando se o processo constitucional conseguiu delimitar e diferenciar claramente seus conceitos e conteúdo normativo e se emancipar dos demais ramos do processo.

Palavras-chave: Sentença; Coisa Julgada; Processo Constitucional.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-Doutora pela Universidade Politécnica de Atenas. Livre docente em Direito Constitucional e Econômico pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora de Direito Público da Universidade Estadual Paulista - UNESP. Membro da Comissão de Juristas que elabora o anteprojeto de sistematização do processo constitucional (2020-2021).



Dimitri Dimoulis²

The debate around scientific autonomy is of crucial importance, as it relates to the question of (due or undue) influences that constitutional procedural law receives from other (and much more consolidated) branches of procedural law. In other words, the question of its autonomy should not be analyzed in a static way, but in a temporal perspective, examining whether the constitutional process was able to clearly delimit and differentiate its concepts and normative content and emancipate itself from the other branches of the process.

Keywords: Sentence; Res Judicata; Constitutional Process.

² Doutor e Pós-doutor em Direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

1 AUTONOMIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE CODIFICAÇÃO

O problema de saber se o direito processual constitucional goza de autonomia científica gera debates doutrinários. Cintra, Grinover e Dinamarco sustentam que não configura ramo autônomo do direito processual ("mera colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a constituição") (NERY JR., 2002, p. 19). No mesmo sentido se posiciona Rodríguez Domínguez que entende que a existência de normas processuais na Constituição não implica na existência de um direito processual constitucional, pois ainda estaríamos no âmbito do direito constitucional, sendo a Constituição fundamento do sistema jurídico estatal. Afirma o autor que isso implicaria em admitir também um direito civil constitucional, um direito do trabalho constitucional etc. Em suma, o direito processual constitucional se funda na Constituição, mas não nasce da Constituição (DOMÍNGUEZ, 2006, p. 17).

De maneira contrária, há doutrinadores que sustentam a autonomia científica do processo constitucional, que foi desenvolvido em conexão com a atividade do Tribunal Constitucional e atende finalidades diferentes daquelas do processo comum-subjetivo. Encontramos essa opinião em muitos autores da América Latina, entre outros em Sagüés e Castagno (Argentina), Rey Cantor (Colômbia), Tavares e Bernardes, (Brasil).

Concordamos com a tese da *autonomia* científica do processo constitucional, com a observação de que não é possível considerar o direito processual constitucional como parte do direito constitucional material. As normas constitucionais (substanciais) definem as formas de organização e as relações entre os poderes estatais, assim como entre o país e a comunidade internacional, os processos de produção de normas e o conteúdo dos direitos fundamentais. De seu lado, as normas processuais estabelecem critérios para a aplicação e garantia das prescrições do texto constitucional. O processo constitui uma das vias para assegurar a proteção do texto constitucional, dando vida a seu texto, através dos processos pertinentes.

O debate em torno da autonomia científica é de crucial importância, pois se relaciona com a questão das (devidas ou indevidas) influências que o direito processual constitucional recebe dos demais (e muito mais consolidados) ramos do direito processual. Dito de outra forma, a questão de sua autonomia não deve ser analisada de forma estática, mas na perspectiva temporal, examinando se o processo constitucional

conseguiu delimitar e diferenciar claramente seus conceitos e conteúdo normativo e se emancipar dos demais ramos do processo.

A multiplicação de obras sobre processo constitucional nas últimas décadas é um importante indício dessa tentativa de emancipação³. Na esfera normativa, observa-se também o surgimento de leis e códigos de processo constitucional, sistematizando os regulamentos e permitindo o desenvolvimento da doutrina.

Temos como exemplo expressivo o Código de Processo Constitucional, promulgado no Peru em 31 de maio de 2004 (Lei 28.237) para regulamentar sete processos de garantia da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais, previstos na Carta constitucional de 1993.

Esse Código não só reconhece a autonomia do direito processual constitucional, como também expressa a necessidade de criação de uma lei específica, sistemática e abrangente para que a matéria seja disciplinada. Essa escolha tem quatro vantagens: elimina dúvidas processuais; diminui a necessidade de "analogias" com aplicação de regras de processo civil; fortalece a tutela dos direitos fundamentais, tornando mais simples o acesso à justiça constitucional; restringe o espaço discricionário dos tribunais com competências constitucionais que muitas vezes se declaram (e atuam) como "Senhores do processo".

Após quase 20 anos de vigência, o Código foi revisado. Promulgou-se uma versão bastante diferente em 21 de julho de 2021 com a denominação oficial de *Nuevo Código Procesal Constitucional* (Lei 31.307). Entre as inovações processuais encontramos: a criação de "juízes constitucionais" que possuem competência para apreciar remédios constitucionais; a regulamentação do *amicus curiae*; o fortalecimento dos precedentes judiciais; a indicação da peculiar força executória das decisões em matéria constitucional.

Destacamos uma norma dos Códigos de processo constitucional peruanos que deveria interessar particularmente o debate processual brasileiro. Trata-se da extrema celeridade na tomada de decisão definitiva sobre inconstitucionalidade que estabelecem as normas processuais. O prazo para decisão é de trinta dias (art. 107 do novo Código). Sabendo que no Brasil há ações de controle direto que tramitam por anos ou mesmo décadas é necessária uma reflexão sobre a forma e a qualidade de prestação da justiça constitucional que não depende apenas da fundamentação da decisão, mas envolve também a necessidade de decisão célere, em vista da importância dos temas e interesses regulamentados por leis que possam ser inconstitucionais.

³ FIX-ZAMUDIO, 1993; CLÈVE, 2000; SAGÜÉS, 1999; BELAUNDE, 2001; BARROSO, 2004; TAVARES, 2005; GOZÁINI, 2006; AGRA, 2008.

2 A SENTENÇA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS

O estudo da sentença no controle de constitucionalidade⁴ muitas vezes tem como fundamento reflexões e princípios do processo civil. Essa proposta não é adequada diante das peculiaridades do processo constitucional em todos os seus aspectos e em todas as dimensões. Isso faz com que a sentença em matéria constitucional deva ter outra conformação prática e teórica.

A primeira característica peculiar da sentença constitucional é relativa ao objeto. Enquanto no processo civil estamos discutindo normalmente as formas de resolver um litígio, no processo de controle de constitucionalidade o conflito de interesses pode até existir na prática (exemplo: os contribuintes que desejam o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei para não pagar impostos). Mas esse conflito não está sendo debatido judicialmente. O que se pretende é a preservação da higidez, da regularidade do sistema jurídico pela verificação da conformidade da norma infraconstitucional com a constitucional. Estando em discussão a composição do sistema de fontes do direito, a corte constitucional é chamada para controlar outro poder, examinando e, eventualmente, invalidando suas decisões. O que é muito diferente do que resolver conflitos entre particulares tanto no alcance político como nas condições de realização da jurisdição.

No que diz respeito ao resultado da sentença temos também peculiaridades, pois a sentença aproxima-se muito mais de um ato do legislativo do que um ato do judiciário. Tanto a forma de aplicação, como o alcance e o impacto social são amplos, mostrando que a sentença se equipara *de facto* a um ato normativo e não à solução de uma controvérsia concreta. Não se discute se um contribuinte deve determinada quantia de dinheiro, mas se deve ou não deve (ou: como deve) ser aplicada a norma tributária que fundamenta essa obrigação.

Outra peculiaridade da sentença no processo constitucional consiste nas operações lógicas realizadas. No processo constitucional o julgador faz uma subsunção somente entre normas, não se interessando pela análise de fatos como ocorre com a sentença no processo comum-objetivo. Dito de outra maneira, a sentença em sua estrutura não apresentará como fundamento fatos. Os fatos até podem ser utilizados para justificativa de uma decisão, mas não como parte do mecanismo de tomada da sentença que se preocupa com a relação entre norma inferior e norma superior.

As normas são aplicadas por meio do silogismo que permite deduzir uma conclusão a partir de

determinadas *premissas*. É sabido que o silogismo jurídico consiste na *leitura dos fatos reais à luz das normas vigentes*. Para estabelecer as consequências jurídicas de certos fatos, o julgador faz duas operações distintas. Em primeiro lugar (e obviamente) busca provar a ocorrência de certos fatos, decidindo quais das alegações das partes serão consideradas verdadeiras e em que medida.

A segunda operação consiste em estabelecer as normas que serão aplicadas (a Lei A e não a Lei B) e determinar qual é seu sentido. No contexto dessa operação de escolha do parâmetro são possíveis vários atos interpretativos tanto para resolver dúvidas (interpretação *stricto sensu*) como para resolver conflitos entre normas (solução de antinomias no âmbito da interpretação). Nesse contexto de fixação do parâmetro do processo é também possível decidir, de maneira incidental, sobre a constitucionalidade de uma norma.

No processo comum-subjetivo são realizadas duas operações de silogismo. A primeira tem a seguinte estrutura:

1.1. Premissa maior de conduta: para todos os destinatários D que se encontram na condição X, a elaboração dos parâmetros normativos pelo juiz indicou que a conduta C é proibida (permitida, obrigatória) (se D em condição X, então C é proibido, permitido, obrigatório).

1.2. Premissa menor de conduta: certa pessoa faz parte do grupo D e encontra-se na condição X (constatação de fatos, devidamente comprovados).

1.3. Conclusão (norma individual de conduta): a conduta C é Proibida (permitida, obrigatória) para D.

A segunda operação tem a seguinte estrutura:

2.1. Premissa maior de sanção: para todos os destinatários D que se encontram na condição X, a elaboração dos parâmetros normativos pelo juiz indicou que o desrespeito às normas que proíbem ou impõe a conduta C tem como consequência a imposição da sanção S (em caso de cumprimento de norma permissiva, está eventualmente prevista sanção premial) (se D em condição X tiver a conduta C, então deve ser aplicada a sanção S).

2.2. Premissa menor de sanção: D desrespeitou a norma que proíbe ou impõe a conduta C (ou teve a conduta pela qual está prevista sanção premial) (constatação de fatos, devidamente comprovados).

2.3. Conclusão (norma individual de sanção): a D será aplicada a sanção S.

⁴ Analisaremos aqui apenas decisões de controle de atos estatais. A discussão sobre o controle das omissões estatais apresenta

peculiaridades que tornariam demasiadamente complexa a análise.

O elemento crucial nesses silogismos é a forma de realização da prova, manuseando o julgador de maneira adequada os meios de prova estabelecidos em cada espécie de processo judicial, as regras sobre ônus da prova, as consequências e formas de valoração de cada prova. Apenas a decisão fundamentada sobre fatos relevantes permite aplicar as premissas hipotéticas ("se D tiver a conduta C, então...").

Já nos processos de fiscalização da constitucionalidade o silogismo jurídico limita-se na construção de *parte da premissa maior* que indica quais normas devem ser levadas em consideração, isto é, limita-se na construção do parâmetro, aplicando apenas uma das regras para solução de antinomias. A estrutura do silogismo é:

Premissa maior: se normas de hierarquia inferior contrariarem normas constitucionais, devem ser afastadas ou interpretadas conforme a Constituição.

Premissa menor: a norma N contraria a Constituição.
Conclusão: a norma N deve ser afastada ou interpretada conforme a Constituição.

Essa diferença não apresenta apenas interesse para o teórico do direito que examina a estrutura do raciocínio forense em várias espécies de processo. Tem também consequências processuais. No controle de constitucionalidade a finalidade do julgamento que se expressa na estrutura do silogismo aqui apresentada, tem como consequência, como dissemos, a eliminação da prova de fatos do campo processual. A referência a fatos é apenas um elemento de apoio na demonstração da contrariedade entre norma superior e inferior. Exemplo: para avaliar a constitucionalidade de uma lei que estabelece cotas a favor de minorias raciais em concursos públicos precisamos ter dados sobre a efetiva presença dessas minorias nos respectivos serviços públicos, dados sobre sua renda e escolaridade. Mas isso servirá apenas para argumentar sobre a congruência entre as normas.

Ulterior consequência da diferença no raciocínio jurídico é a natureza objetiva do processo constitucional. A presença de partes fica estruturalmente excluída já que não existem nem réus nem pessoas diretamente interessadas na sentença. A repercussão será apenas indireta tal como ocorre com qualquer mudança normativa. A presença dos interessados é apenas periférica, exatamente como no processo legislativo temos atuação de grupos de interesse que procuram convencer os legisladores, mas não é dado a esses grupos papel institucional. Esse é o núcleo de configuração do controle de constitucionalidade como processo objetivo em clara contraposição à natureza subjetiva dos demais processos judiciais.

Além disso, no controle de constitucionalidade, o resultado da sentença é muito

mais abrangente do que a decisão que resolve controvérsias entre indivíduos e grupos. Ao examinar e, eventualmente, modificar ou afastar atos dos demais poderes, o controle judicial de constitucionalidade representa uma direta interferência em questões sensíveis tanto da democracia como da separação de poderes. Estamos tratando de decisões relativas a atos normativos, ou seja, no limite entre o sistema judiciário e o sistema de representação política, assim como entre o próprio sistema jurídico e o sistema social.

Há concordância doutrinária e jurisprudencial de que qualquer decisão de mérito sobre a inconstitucionalidade gera mudança no ordenamento jurídico, devendo ser observada por todos. Quando o fiscal constitucional confirma a constitucionalidade, o dispositivo deve ser aplicado por todos os seus destinatários. Já a declaração de inconstitucionalidade impossibilita a aplicação do dispositivo, na medida em que é excluído do ordenamento. Isso mostra a vinculação universal dos destinatários da norma. Sua eliminação afeta todos que poderiam e/ou deveriam aplicá-la antes da decisão da Corte constitucional.

Esse efeito decorre de uma *necessidade não estritamente jurídica como também social*. Qualquer regulamentação estatal e aplicação de normas afeta grande número de pessoas, de maneira necessária. A lei que diminui o limite de velocidade em rodovias afetará a conduta e os interesses de grande número de pessoas que o legislador não saberia nomear, pois não pode prever quem transitará futuramente nessas rodovias. A mesma norma terá consequências reflexas para terceiros. Pode evitar acidentes graves, beneficiando estatisticamente a população, como também causar problemas, por exemplo, provocando congestionamentos e atrasos. Nesse universo de consequências múltiplas e imprevisíveis, o que importa é que a lei deve ser cumprida por quem vier a se tornar seu destinatário.

Exatamente o mesmo ocorre com as decisões judiciais sobre inconstitucionalidade. Ao afastar normas ou modificar sua interpretação, muda a posição jurídica de muitos, afetando interesses materiais sem que os afetados tenham participado do processo de fiscalização da constitucionalidade ou que alguém tenha sido "vencedor" de um litígio.

3 A PROBLEMÁTICA (DA) COISA JULGADA NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 COISA JULGADA FORMAL

A coisa julgada é dividida habitualmente em formal e material, sendo a primeira também denominada preclusão máxima. Após o trâmite do procedimento judicial, temos necessariamente a

cristalização da coisa julgada formal no sentido do fim daquele processo. Quando não se realiza julgamento de mérito em razão de vício formal ou por alguma determinação legal, por exemplo, pela falta de uma condição da ação ou pela prescrição, surge tão somente a coisa julgada formal que não é objeto da garantia constitucional prevista no art. 5º XXXVI, da CF (proteção da coisa julgada perante tentativas de relativização).

A coisa julgada formal torna imutável apenas a relação processual da forma que foi decidida naquele processo (sentença terminativa). Mas não há pronunciamento sobre o mérito da controvérsia. Isso significa que os silogismos jurídicos apresentados no item 2 não são realizados. Os órgãos julgadores examinam apenas questões preliminares para chegar à conclusão de que não é possível decidir sobre o mérito da questão (ocorrência de certa conduta, ilicitude, sanção prevista, etc.). Em razão disso, nada impede que o mesmo pedido decorrente da mesma relação jurídica seja apreciado futuramente em um outro processo, provocando nova manifestação do Judiciário no intuito de receber resposta sobre o pedido "material" que não foi apreciado.

No processo constitucional também ocorre o fenômeno da coisa julgada formal em caso de extinção do processo sem julgamento de mérito, por algum defeito normativamente previsto, por exemplo, a falta de legitimidade, a revogação da norma, a incompetência do tribunal, etc.

Um pensamento com base na preocupação de efetividade no processo indica que, em se tratando de questão de magnitude constitucional, é importante que o Tribunal busque todas as alternativas para sanar as deficiências processuais, realizando julgamento de mérito para dirimir definitivamente a dúvida, ao invés de extinguir o processo. Essa exigência decorre da interpretação sistemática da legislação processual constitucional que prevê a indisponibilidade das ações de controle de constitucionalidade (art. 5º da Lei 9.868 de 1999). Se o pedido da ação de controle abstrato for tão relevante que sequer admite extinção do processo após desistência do legitimado, não parece coerente o rigor processual exagerado.

Mesmo assim sempre haverá casos de extinção de uma ação de controle de constitucionalidade sem julgamento de mérito. Nessas hipóteses o processo se encerra transitando em julgado no aspecto formal. Mas a questão pode ser reaberta mediante outra ação, sanando os vícios formais.

3.2 COISA JULGADA MATERIAL

Ao contrário da limitada relevância processual e política da coisa julgada formal, a coisa julgada material apresenta grande interesse pela abrangência e durabilidade de seus efeitos. Segundo as regras do processo comum-subjetivo a coisa julgada consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença final no processo:

"Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502 do Código de Processo Civil).

Após o julgamento final de mérito, não se admite a rediscussão da matéria decidida (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2000, p. 615). Isso pressupõe a causa julgada formal, mas desenvolve efeitos de maior amplitude e relevância. A coisa julgada material foi considerada "qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio, isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente" (MARQUES, 1976, p. 270).

A imutabilidade consiste, segundo os artigos 503 e 504 do mesmo Código, na atribuição de "força de lei" ao decidido, nos limites da questão principal e segundo as provas produzidas no processo e sem abranger os motivos que deram base para a sentença nem significar comprovação da verdade dos fatos invocados na decisão (NERY JUNIOR, 2002, p. 676). Segundo o Código exclui-se também da coisa julgada material a sentença meramente processual (art. 485) e a tutela antecipada (art. 304). Fica ainda a coisa julgada limitada às partes que fizeram parte da demanda, não atingindo ou prejudicando terceiros (efeitos *inter partes*). A essa determinação da "força de lei"⁵ da coisa julgada se acrescenta a previsão constitucional que lhe atribui força supralegal, proibindo sua modificação mediante lei: "A lei não prejudicará (...) a coisa julgada" (art. 5, XXXVI da CF).

A coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim, qualidade de seus efeitos. Trata-se de exigência de ordem pública, a fim que a tutela jurisdicional se torne estável e segura.

Pergunta-se se essa característica central da decisão judicial encontra-se também nas decisões de controle de constitucionalidade. A dúvida diz respeito às decisões de controle abstrato-principal, pois nos casos do controle concreto-incidental temos apenas uma sentença subjetiva-comum que envolve apenas um momento de controle de constitucionalidade para formação de premissa maior.

Segundo anteriores análises (LUNARDI, 2013, p. 162-174), sustentaremos que os efeitos das decisões

⁵ O termo "força de lei" indica a relevância da coisa julgada, mas é de cunho metafórico ou hiperbólico. Uma lei como o Código de processo civil não pode atribuir "força de lei" a algo que não foi decidido conforme o processo legislativo estabelecido na

Constituição. Apenas a própria Constituição pode impor que o legislativo não modifique a coisa julgada.

no processo objetivo são *diversos* dos que desenvolvem a coisa julgada material, podendo, em razão disso afirmar, que essas decisões não formam coisa julgada material por razões estruturais.

A nossa opinião é francamente minoritária. A doutrina costuma afirmar que a decisão de mérito no processo objetivo faz coisa julgada material sendo impedido o Tribunal de reexaminar a questão:

"No direito brasileiro tendo o STF afirmado, em controle direto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, e tendo tal decisão transitado em julgado, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o próprio STF, poderá voltar a examinar a questão. Instaurado que seja outro processo em que se queira provocar o controle direto da constitucionalidade da lei ou ato normativo que já tenha sido objeto daquele controle anterior, caberá ao STF extinguir o novo processo, sem lhe resolver o mérito" (CÂMARA, 2001, p.19).

Sustentou-se, mais especificamente, que as decisões em sede de controle abstrato só fazem coisa julgada material quando é declarada a inconstitucionalidade de normas. Logo, se a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental forem julgadas procedentes ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade for julgada improcedente com as majorias previstas para que a decisão possa declarar a inconstitucionalidade, a questão não pode ser submetida a um novo processo em razão da imutabilidade da coisa julgada (FERRARI, 1999, p. 172-173) (BARROSO, 2004, p. 151-186).

Já em caso de declaração de norma como constitucional não considera-se que ocorre formação de coisa julgada material, podendo os legitimados suscitar novamente controle de constitucionalidade abstrato:

"à vista de novos argumentos de novos fatos de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifique o impacto ou a percepção da lei" (BARROSO, 2004, p. 152).

Há posicionamentos no STF no sentido de não conhecimento de ação de controle abstrato caso tenha sido declarada a constitucionalidade em decisão anterior, ainda que se apresentem novos argumentos para a inconstitucionalidade. É característico o voto do Min. Sepúlveda Pertence (Adin 1.073) no sentido de atribuição de efeitos de coisa julgada material em todas as decisões do Plenário tomadas com a maioria exigida: "transitou em julgado a declaração de constitucionalidade e essa decisão é irreversível".

Mas a tendência predominante no STF é negar-se a atribuir efeitos de coisa julgada material a decisões que afirmam a constitucionalidade. Isso

ocorreu no caso em que o Tribunal declarou a constitucionalidade de norma processual que reconhecia a legitimação do Ministério Público para a cobrança de ressarcimento em nome da vítima hipossuficiente até a estruturação das Defensorias Públicas (RE 135.328, RE 147.776), reservando-se explicitamente a possibilidade de decidir de maneira contrária no futuro se mudarem as circunstâncias (Voto do Ministro Carlos Velloso, QO da ADECON 1). Diante de interposição de nova ADIn, alegando a inconstitucionalidade de dispositivo anteriormente declarado constitucional, houve voto considerando possível a nova apreciação se houver na petição inicial argumentos que não tinham sido apresentados ou discutidos na ADIn anterior (ADIn 1.073).

A atribuição da força de coisa julgada material no processo objetivo parece-nos problemática do ponto de vista da lógica jurídica, pois diferencia decisões de deferimento e indeferimento. No processo subjetivo a formação da coisa julgada material constitui atributo da decisão de mérito independentemente de seu teor, não importando se a pretensão do autor foi deferida ou indeferida. O que interessa são as características da decisão e não seu conteúdo favorável e certa tese e pedido. Isso ocorre porque, no Estado de Direito, o imperativo da segurança jurídica e de tutela dos direitos fundamentais dos réus impede retomar processos sob o pretexto de novo e melhor exame da causa no futuro.

Porque então a decisão a favor da constitucionalidade careceria da força de coisa julgada se essa força é atribuída à declaração de inconstitucionalidade? A melhor explicação é que não apenas essa diferenciação não se justifica como também que a decisão no processo objetivo sempre carece de força de coisa julgada, sendo seus efeitos radicalmente diferentes.

No processo subjetivo, há pretensões que geram conflitos e questionamentos, devendo ser pacificadas, o que ocorre com o trânsito em julgado no sentido material que impede ulteriores questionamentos. Já no controle de constitucionalidade não se discutem conflitos e pretensões, mas a dúvida sobre a inconstitucionalidade.

Sabendo que os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade não se afigura necessário dotar de força de coisa julgada a decisão do Tribunal constitucional, pois a norma continua sendo aplicada sem a sua decisão.

Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade retira a norma do ordenamento jurídico, exatamente como ocorre com uma revogação decidida pelo legislativo. Denominar esse afastamento da norma de efeito da coisa julgada não faz sentido, pois não se trata de dizer que algo se tornou imutável, mas apenas de constatar que a norma não existe mais, foi excluída do ordenamento jurídico. Isso constitui, no

mundo do Dever Ser, um evento tão objetivo e inquestionável quanto a morte de um ser vivo no mundo do Ser. Se a norma não se encontra mais no ordenamento, não há objeto que autorize a interposição de uma nova ação. Logo, a explicação mais adequada é a impossibilidade jurídica do pedido em caso de nova ADIn⁶ e não a formação de coisa julgada material.

Se, por fim, o Tribunal confirmar a constitucionalidade da norma, nada impede que haja questionamento futuro conforme a jurisprudência do STF – e isso confirma a ausência de formação de coisa julgada material⁷.

Além disso, constatamos uma lacuna normativa. Nem na Constituição, nem nas leis 9.868 e 9.882 de 1999 ou em outras normas vigentes sobre o processo objetivo encontramos previsão sobre a formação de coisa julgada. A doutrina utiliza a figura processual da coisa julgada, empregando analogicamente o Código de Processo Civil.

Essa construção de hetero-referência atípica (LUNARDI, 2013, p. 111-112) não convence por uma ulterior razão. Os legisladores não ficam impedidos de criar normas de conteúdo idêntico após declaração de inconstitucionalidade e o STF pode confirmar a constitucionalidade da nova lei, modificando sua jurisprudência. Nem o legislador nem o STF estão vinculados pelos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, segundo o artigo 102, §2º, da Constituição.

Devemos ter em mente que a Constituição prevê que a lei não pode prejudicar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Essa norma oferece argumento a favor do entendimento de não formação de coisa julgada material no processo objetivo. Se o legislador pode, por força da própria Constituição, editar lei de idêntico conteúdo após a declaração judicial de inconstitucionalidade, essa declaração não pode ter força de coisa julgada, sob pena de a nova lei ser ao mesmo tempo constitucional (pois a CF a autoriza) e inconstitucional (pois prejudica a coisa julgada material).

Uma outra hipótese explicativa seria a aplicação analógica da regulamentação da coisa julgada no processo coletivo. Nessa ótica, o controle de constitucionalidade abstrato permitiria a formação de coisa julgada, mas isso não ocorreria na declaração de constitucionalidade, aplicando-se analogicamente o artigo 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor que faz a coisa julgada depender do resultado da lide (*secundum eventum litis*). Se a ação coletiva for julgada

improcedente por falta de provas, os interessados podem interpor a mesma demanda. Mas se for julgada procedente, pode beneficiar as pessoas lesadas (e seus sucessores) em ações individuais, conforme o § 3º do artigo 103 desse Código.

Apesar da semelhança entre o processo coletivo e o processo objetivo não há a identidade que parte da doutrina alega⁸. As ações coletivas objetivam a satisfação de interesses coletivos, ao contrário da fiscalização abstrata da constitucionalidade que se realiza independentemente da lesão de interesses, coletivos ou individuais (TAVARES, 2003, p. 291-292). Além disso, a aplicação analógica do art. 103, § 3º do Código de Defesa do Consumidor torna-se problemática, pois não ocorre, via de regra, produção de provas no processo objetivo. Não se resolve um conflito de interesses, mas debate-se a retirada de uma norma do sistema. Verificamos esse posicionamento em decisões do STF que determinam que a decisão produz efeitos imediatamente após a publicação do dispositivo, não sendo necessária a publicação do acórdão – e muito menos o trânsito em julgado (LUNARDI, 2021).

Dessa forma, a melhor denominação para os efeitos da sentença no processo constitucional não seria "imutabilidade dos efeitos da sentença" ou "coisa julgada material", mas apenas o *efeito vinculante* que possui efeitos muito mais amplos do que a coisa julgada material, em particular por vincular todos os possíveis interessados e não apenas as partes do processo (DIMOULIS; LUNARDI, 2021, p. 208-217).

Verificamos mais uma vez, que as figuras do processo coletivo e do processo comum-subjetivo não regulamentam nem descrevem adequadamente os fenômenos do processo objetivo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

6 Segundo TAVARES (2006, p. 263-264, 274) o pedido de declaração de incompatibilidade normativa de ato não previsto como objeto de ação de controle concentrado configura impossibilidade jurídica do pedido.

7 BARROSO, 2004, p. 152: "no caso de improcedência do pedido (na ADIn) nada ocorre com a lei em si". Concordamos com a observação que o texto normativo não se modifica. Mas isso não significa que

"nada ocorre". O reconhecimento da constitucionalidade de uma norma com força vinculante produz sim efeitos jurídicos, tornando, entre outros, possível a Reclamação constitucional se outro órgão do Judiciário declarar a inconstitucionalidade da lei.

8 ALMEIDA, 2003, considera o processo constitucional como processo coletivo especial.

BELAUNDE, Domingo García. Derecho procesal constitucional. Bogotá: Temis, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A coisa julgada no controle direto de constitucionalidade. In SARMENTO, Daniel (org.). O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 3-20.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 2004, 11. ed.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. São Paulo: RT, 2021.

DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. Derecho Procesal Constitucional. Lima: Grijley, 2006.

FERRARI, Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. São Paulo: RT, 4. ed. 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves Reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (org.). Derecho procesal constitucional, v. 1, 2. Ed. Mexico: Porrúa, 1993.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Introducción al derecho procesal constitucional. Buenos Aires: Rubinzal, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Teoria do Processo Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Momento inicial de produção dos efeitos da sentença no controle abstrato de constitucionalidade. Parecer, São Paulo, 2021.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Editora Saraiva, 1976.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: RT, 7. ed. 2002.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinário, 3. ed. Buenos Aires: Ástrea, 1999, v. I.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Aspectos atuais do controle abstrato da omissão inconstitucional do legislador no Brasil. In FERREIRA, Olavo Alves et al. (org.). Constituição Federal – 15 anos: Mutações e Evolução. Comentários e Perspectivas. São Paulo: Método, 2003. p. 283-311.

TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos. Fronteiras da Hermenêutica Constitucional. São Paulo: Método, 2006-a.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flavio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, São Paulo: RT v. I, 3. ed. 2000.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO STF E COISA JULGADA NO CASO CONCRETO

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY BY THE STF AND RES JUDICATA IN THE SPECIFIC CASE



Eduardo Talamini¹

O texto examina a impugnação ao cumprimento do título executivo judicial inconstitucional à luz do artigo 525, § 12, do Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-Chave: Impugnação ao Cumprimento de Sentença; Coisa Julgada Inconstitucional; Título Executivo Judicial.

The text addresses the challenge of unconstitutional judicial decisions' enforcement in light of the article 525, § 12, of the Brazilian Civil Procedure Law of 2015.

Keywords: Challenge of Judicial Decision's Enforcement; Unconstitutional Judgments; Enforcement of Judicial Decisions.

¹ Advogado. Livre-docente em direito processual civil na Universidade de São Paulo - USP. Doutor e Mestre em direito processual pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Associado em direito processual civil na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5468372586915869>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1731-5263>. E-mail: eduardo.talamini@ufpr.br.

INTRODUÇÃO

Nos termos do § 12 do art. 525 do CPC/2015, “considera-se também inexigível” – para o fim de autorizar-se a impugnação ao cumprimento de sentença – “a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”. Idêntica disposição é veiculada também no art. 535, § 5º, tratando especificamente da impugnação à execução (por quantia) do título judicial contra a Fazenda Pública.

A regra não é de todo nova. Desde a MP 1.997-37, de 11.04.2000, permite-se que o executado oponha-se à execução do título judicial que esteja em desconformidade com pronunciamentos do STF. No entanto, o CPC/2015 ampliou significativamente o alcance desse instrumento.

Tive a oportunidade de examinar o tema, em mais de uma ocasião, sob a égide da legislação anterior.² Em larga medida, as considerações antes desenvolvidas continuam aplicáveis – e quando não o são, permitem um útil cotejo com a disciplina atual. O presente texto dialoga com esses escritos anteriores, propondo-se a atualizá-los. Em vista dessa específica finalidade, e tomando em conta as exigências de concisão e objetividade da coletânea a que este artigo se destina³, opto aqui, em muitos pontos, por remeter a referências doutrinárias e jurisprudenciais e premissas contidas em meus ensaios anteriores.

1 SENTIDO E FINALIDADE DA NORMA

A hipótese dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, não é verdadeiramente de “inexigibilidade da obrigação”. O preceito executivo existe e é exigível, pois a decisão jurisdicional inconstitucional não é juridicamente

inexistente nem absolutamente ineficaz: ela precisa ser desconstituída, rescindida, pela via adequada⁴ – sem o que, continuará sendo exigível.

Mas o que importa é que também se permite o uso da impugnação nesse caso. A equiparação à inexigibilidade (“considera-se também inexigível...”) foi o artifício adotado pelo legislador para estender a essa hipótese o regime jurídico da impugnação ao cumprimento (“para o efeito do disposto no inc. III do § 1º...”). Nesse sentido, tem-se uma ficção jurídica: a equiparação formal de uma situação a outra, diversa, para que se submetam ambas a uma mesma norma, originalmente concebida para apenas uma delas.⁵ O mesmo resultado normativo poderia ser produzido mediante a simples inclusão da hipótese ora em exame diretamente no elenco de situações que autorizam o emprego da impugnação ao cumprimento. Não há inconstitucionalidade nessa regra, como se vê adiante.

2 IMPUGNAÇÃO COM CARÁTER RESCISÓRIO

A impugnação ao cumprimento da decisão inconstitucional, assim como aquela dos arts. 525, § 1º, I, e 535, I, concerne a um defeito anterior ao trânsito em julgado do pronunciamento que serve de título executivo. A diferença está em que, na hipótese dos arts. 525, § 1º, I, e 535, I, tem-se uma “inexistência jurídica” (ou uma ineficácia absoluta, conforme a concepção que se adote) – de modo que não há verdadeiramente trânsito em julgado nem coisa julgada⁶. Já na hipótese objeto deste breve ensaio, a decisão, em princípio, é juridicamente existente, e transitou em julgado⁷. A impugnação assume verdadeira função *rescisória*.

A impugnação será admitida mesmo que a decisão que constitui o título executivo revista-se de coisa julgada material – e ainda que já se tenha encerrado o prazo para ajuizamento de ação rescisória. Assim, trata-se de modalidade típica de revisão da coisa julgada.

² TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, cap. 8; Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, em Revista de Processo, v. 106, abr./jun. 2002, disponível em: www.revistadoSTF.com.br, acesso em: 05 fev. 2017. Outras premissas relevantes para o exame do tema foram por mim desenvolvidas em Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). Direito constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2014, v. 2, passim; e Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’), In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JR., Nelson (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: RT, 2011, v. 12, passim. A exposição que segue constitui detalhamento e aprofundamento daquilo que escrevi em Curso avançado de processo civil (em coop. c/ L. R. Wambier). 17. ed. São Paulo: RT, 2020, v. 3, n. 19.5, p. 564-571.

³ Este artigo foi originalmente destinado a coletânea em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. O tema aqui abordado, como tantos outros, foi enfrentado com maestria pela

homenageada (O *dogma da coisa julgada*, em coop. c/ J. M. Medina, São Paulo: RT, 2003, n. 2.3.3, p. 72 e seguintes).

⁴ Conforme a orientação assente do STF: RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos, j. 13.09.1968, em RTJ 55/744; RE 86.056, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 31.05.1977, DJU 01.07.1977; Rcl. 148, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.06.1983, em RTJ 109/463; Ag no RE 592.912, 2º T., rel. Min. Celso de Mello, DJe 21.11.2012; RE 730.462 (repercussão geral), Pleno, v.u., rel. Min. Teori Zavascki, j. 25.05.15, DJe 09.09.2015. Ver TALAMINI, Eduardo, Coisa julgada e sua revisão, cit., n. 8.22, p. 435-437; e “Embargos à execução...”, cit., n. 2.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: Temas de direito processual: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 6, p. 64-65.

⁶ Ver TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, cit., n. 5.8.2, p. 337 e seguintes.

⁷ Ver TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, cit., n. 5.8.2, p. 337 e seguintes.

3 A ORIGEM, NO DIREITO COMPARADO

A medida inspira-se no Direito alemão. Quando julgada inconstitucional uma lei pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, em princípio, as decisões judiciais que a aplicaram permanecem válidas e eficazes. Apenas poderão ser desconstituídas (a) as condenações criminais e (b) as sentenças condenatórias cíveis que ainda não tenham sido executadas (Lei do Tribunal Constitucional, § 79, n. 2). Para essa segunda hipótese é que lá se prevê a impugnação à execução em moldes similares à hipótese ora examinada (ZPO, § 767).

Mas há uma diferença relevante. Na Alemanha, esse é o único mecanismo apto a desconstituir a coisa julgada proferida no processo civil sob o fundamento de que a sentença adotou solução inconstitucional. No Brasil, esse é um instrumento adicional de rescisão da coisa julgada. Cabe também, observado seu prazo e demais pressupostos específicos, a ação rescisória. Essa superfetação dos meios rescisórios da coisa julgada, no Direito brasileiro, precisa ser tomada em conta, quando se investiga o alcance de cada um deles e sua interação.

4 CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA

É constitucionalmente legítima a previsão de impugnação ao cumprimento apta a rescindir a própria coisa julgada material. Em sua essência, a coisa julgada é uma garantia constitucional. Mas é conferida ao legislador infraconstitucional a competência para definir os limites da coisa julgada e os meios e hipóteses de sua rescisão. Não há nenhuma imposição constitucional de que a ação rescisória seja o meio único e exclusivo para essa finalidade – e nem há a predefinição constitucional dos casos que justificam o desfazimento da coisa julgada (tanto é assim que as hipóteses de cabimento da ação rescisória podem mudar, de uma lei para outra – como mudaram nos vários Códigos, desde o CPC/1939 até o CPC/2015). Assim, a lei infraconstitucional pode criar novos instrumentos rescisórios, como é o caso.

Aliás, o Direito brasileiro já havia contemplado no passado hipóteses de oposição à execução com caráter rescisório da coisa julgada: a descoberta de “documento novo” (“prova nova”, no CPC/2015), que passou a autorizar ação rescisória a partir do CPC/1973, era hipótese de embargos à execução da sentença no Regulamento 737 e em alguns Códigos de Processo Civil

⁸ Santa Catarina (art. 1.808, VII, b), Paraná (art. 662, 3), São Paulo (art. 1.056, 11), Minas Gerais (art. 1.400, 3), Bahia (art. 1.192, 4), Pernambuco (art. 1.393, 5). Os Códigos pernambucano (art. 173, 6) e cearense (art. 1.303, IV) previam já essa hipótese como fundamento de ação rescisória.

⁹ Para amplo panorama do tema, v. TALAMINI, Eduardo, Coisa julgada e sua revisão, cit., cap. 4.

estaduais⁸. E antes, ainda, nas Ordenações do Reino, várias hipóteses de “sentença nenhuma” (que, ao contrário do que o nome possa sugerir, não eram sentenças inexistentes, mas eivadas de vício rescisório) podiam ser alegadas em embargos à execução, que eram então ditos “infringentes do julgado”.⁹

A constitucionalidade do mecanismo em exame foi reconhecida pelo STF, ao julgar improcedente ação direta de inconstitucionalidade promovida contra a regra que tratava do tema antes do CPC/2015¹⁰.

Mas há um limite imposto pela Constituição, no que tange ao direito intertemporal, de que se trata adiante (v. n. 11).

5 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

Não é qualquer decisão judicial reputando inconstitucional a norma em que se embasou o título executivo (ou adotando interpretação diversa da adotada pelo título) que permitirá a impugnação fundada nos arts. 525, § 12, e 535, § 5º. Há limites, extraíveis não apenas diretamente desses dispositivos como da consideração sistemática de outras normas.

5.1 PRONUNCIAMENTO DO PLENÁRIO DO STF

O pronunciamento judicial que justifica o emprego dessa medida tem de ser do STF, pois a essa Corte cabe a função essencial de guarda da Constituição, e apenas ela profere decisões com força vinculante *erga omnes* acerca de questões constitucionais. Essa tarefa incumbe ao plenário do STF¹¹.

5.2 ENFRENTAMENTO DIRETO E RELEVANTE DA QUESTÃO (*RATIO DECIDENDI*) PELO PLENÁRIO

Mais ainda: não basta qualquer pronunciamento do STF sobre questão constitucional. No controle direto de constitucionalidade, a manifestação da Suprema Corte deve constituir o próprio *decisum* – ainda que necessariamente compreendido à luz da sua fundamentação determinante. O CPC/2015 inovou, em relação à disciplina anterior, ao autorizar que também pronunciamentos proferidos pelo STF no controle incidental de constitucionalidade sirvam de base para o emprego da impugnação ora em exame. Antes, apenas as decisões de controle direto tinham essa eficácia, por

¹⁰ STF, ADI 2418, Pleno, v.m., rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016, DJe 16.11.2016.

¹¹ Enunciado 58 do FPPC: “As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF”.

si sós. As decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle incidental dependiam da intervenção do Senado (CF, art. 52, X)¹¹. A inovação está em consonância com a atribuição de maior força vinculante para determinadas decisões proferidas pelos tribunais, também empreendida pelo CPC/2015 (v. n. 5.3, a seguir). São precisamente essas decisões de controle incidental que ora também autorizam o emprego da impugnação ao cumprimento, como se vê em seguida. Mas, mesmo nessas decisões de controle incidental com força vinculante, o juízo sobre a questão constitucional precisa ter sido proferido pelo Plenário, em enfrentamento direto – e não em exame meramente tangencial, casual. É imprescindível que o juízo de constitucionalidade constitua, na decisão, um fundamento que é decisivo para o resultado do julgado; um motivo que, se fosse afastado ou suprimido, conduziria, em termos lógicos, a resultado diverso daquele a que se chegou no *decisum*. Vale dizer: tal juízo tem de cumprir o papel, na decisão, de *ratio decidendi*. Não pode ser mero *obiter dictum*¹².

5.3 DECISÃO REVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE *ERGA OMNES*

Como indicado, a decisão precisa ter sido tomada em um procedimento apto à produção de comandos com força vinculante de caráter geral (*erga omnes*) em sentido estrito (i.e., "vinculação forte")¹³ – procedimento esse que, em vista de sua finalidade, permitirá a ampla participação de todos os possíveis grupos afetados pela questão, em regime de contraditório, como *amici curiae*.

¹¹ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, cit., n. 8.5, p. 457-460, e Embargos à execução..., cit., n. 5; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel. O dogma da coisa julgada. São Paulo: RT, 2003, n. 2.3.3, p. 75-76; ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional, em Revista Jurídica, v. 301, n. 3.7, p. 25, 2002; DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV, n. 1.764, p. 793; BUENO, Cassio Scarpinella. "Coisa julgada inconstitucional": uma homenagem a Araken de Assis, em ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014, n. 4.2, p. 153.

¹² Tais categorias, amplamente desenvolvidas e utilizadas no Common Law (v. p. ex. INGMAN, Terence. The English Legal Process. 13. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, n. 5.4 e 5.5, p. 214-222), são úteis ao Direito brasileiro, desde que não se perca de vista a essencial diversidade dos dois sistemas. No Brasil, sobre a distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, ver, entre outros: ZANETI JR., Hermes. Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais: disposições gerais, em CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.330 e seguintes; CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, n. 4.6, p. 102-113; MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, n. 6, p. 115 e seguintes; PEIXOTO, Ravi. Superação

Nem toda decisão do Supremo em matéria constitucional reveste-se dessa eficácia. Ela está presente nas decisões do STF proferidas nos processos de controle direto e concentrado (ADI, ADC, ADPF). Quando instituída a hipótese de impugnação do título judicial ora em exame, eram basicamente essas decisões que autorizavam o emprego da medida.

As decisões de inconstitucionalidade tomadas no controle incidental antes só assumiam força vinculante geral se e quando o Senado Federal, no exercício da competência prevista no art. 52, X, da CF, retirasse a norma do ordenamento. Posteriormente, instituiu-se a Súmula Vinculante – e a partir de então orientações consolidadas sobre questões constitucionais no controle incidental também passaram a receber eficácia vinculante *erga omnes* por essa via.

O CPC/2015 dá um passo além, ao consagrar a força vinculante geral das decisões de controle incidental de constitucionalidade proferidas em procedimento em que se reconhece a repercussão geral da questão constitucional e o caráter repetitivo do recurso extraordinário (arts. 988, § 5º, II, 1.039 e 1.040). Em consonância com tal nova diretriz, os arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do CPC/2015 passaram a aludir, ao tratar dessa modalidade de impugnação ao cabimento, a "controle de constitucionalidade concentrado ou difuso". Tal disposição tem de ser compreendida nos limites das normas extraíveis dos arts. 988, § 5º, II, 1.039 e 1.040.

Então, é estritamente esse conjunto de decisões de controle direto ou incidental aqui

do precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, n. 3.3, p. 151-169; MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, n. 5.5, p. 231-256; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; ALEXANDRIA, Rafael de Oliveira. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, cap. 11, n. 1, p. 455-463; CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 439 e 446. 15. Sobre os graus de força vinculante, v. TALAMINI, Eduardo. "Objetivação...", cit., n. 3, p. 144-148. A força vinculante em sentido estrito (ou vinculação forte) consiste na obrigatoriedade da observância do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do Direito (submetidos hierarquicamente àquele que emitiu o pronunciamento), na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante esse tribunal, para a preservação de sua autoridade).

¹³ Sobre os graus de força vinculante, v. TALAMINI, Eduardo. "Objetivação...", cit., n. 3, p. 144-148. A força vinculante em sentido estrito (ou vinculação forte) consiste na obrigatoriedade da observância do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do Direito (submetidos hierarquicamente àquele que emitiu o pronunciamento), na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante esse tribunal, para a preservação de sua autoridade).

destacadas que viabiliza o emprego da impugnação ora em exame.

Note-se que continuam existindo decisões do STF, no controle de constitucionalidade incidental, que não assumem, por si sós, eficácia erga omnes (p. ex., a resolução incidental de uma questão constitucional no julgamento de um recurso ordinário ou de um habeas corpus ou mandado de segurança originários). Nesses casos, apenas a emissão da Súmula Vinculante, após reiteradas decisões, ou a intervenção do Senado, na hipótese do art. 52, X, da CF, ou, ainda, a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de um incidente de assunção de competência (IAC) serão aptos a produzir aquele efeito (arts. 947, § 3º, 985 e 988, IV).

5.4 DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE OU DE INTERPRETAÇÃO CONFORME

O contraste entre a decisão exequenda e o pronunciamento do STF pode consistir em: (i) aplicação pela decisão exequenda de uma norma declarada inconstitucional pelo STF; (ii) afirmação de inconstitucionalidade, pela decisão exequenda, de uma norma declarada constitucional pelo STF; (iii) adoção, pela decisão exequenda, de uma interpretação considerada, pelo STF, incompatível com a Constituição.

5.5 DECISÃO ANTERIOR À FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Ademais, a decisão do STF precisa ser anterior ao trânsito em julgado da decisão que constitui o título executivo que se pretende impugnar (art. 525, § 14, e 535, § 7º). Essa foi também uma inovação do CPC/2015. Antes, era irrelevante que a decisão do STF fosse posterior ou anterior à formação do título executivo.

No sistema do Código atual, quando houver desconformidade entre a decisão exequenda e um posterior pronunciamento do STF (revestido das características acima indicadas) o remédio cabível será a ação rescisória (art. 525, § 15, e 535, § 8º – v. n. 11, abaixo). Essa regra constituiu uma novidade trazida pelo CPC/2015, pois antes o termo inicial do prazo rescisório era sempre definido pela data do trânsito em julgado da decisão rescindenda – o que, de resto, continua sendo a regra geral no diploma vigente (art. 975, caput).

Quando a decisão do STF for anterior ao trânsito em julgado do título executivo, também cabe, além da impugnação ao cumprimento, ação rescisória, por manifesta violação: (1º) da norma constitucional ignorada ou mal aplicada pela decisão exequenda, tendo-se a aplicação ou interpretação adotada na decisão do STF; (2º) das normas que atribuem força

vinculante à decisão do STF. Mas o prazo da ação rescisória, nessa hipótese, conta-se do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 975, caput).

6 MODULAÇÃO DE EFEITOS

É possível que o STF module os efeitos de sua decisão sobre a questão constitucional, de modo a limitar sua retroação, excluir dela determinadas situações ou até mesmo conferir eficácia prospectiva (de modo a só começar a produzir efeitos num momento futuro). No controle direto, essa possibilidade, sempre reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte, está expressamente consagrada no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 (ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), no art. 11 da Lei nº 9.882/1999 (arguição de descumprimento de preceito fundamental) e no art. 4º da Lei nº 11.417/2006 (súmula vinculante).

Mas a modulação dos efeitos pode também ocorrer no controle incidental desenvolvido pelo STF. A jurisprudência daquela Corte é também pacífica quanto a isso – reputando tratar-se de poder intrínseco ao controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. De resto, quando a força vinculante geral advém do ato previsto no art. 52, X, da CF, tal resolução do Senado pode também limitar os efeitos da retirada da norma inconstitucional do ordenamento.

Então, por ocasião do emprego da impugnação do art. 525, § 12, e 535, § 5º, também será preciso verificar se o Supremo ou o Senado limitaram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade – hipótese em que a impugnação em questão apenas será cabível se os fatos da causa tiverem ocorrido no período abrangido pelos efeitos da decisão do STF. Por exemplo, se o Supremo Tribunal declarar uma norma inconstitucional, mas ressaltar efeitos já produzidos por ela, a impugnação ao cumprimento não poderá ser utilizada em casos que estejam inseridos no período objeto da ressalva.

Mas não bastasse isso, o § 13 do art. 525 prevê também que, para os fins da aplicação do § 12 do mesmo artigo, “os efeitos da decisão do STF poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”. Idêntica disposição é reiterada no § 6º do art. 535, relativamente ao § 5º do mesmo artigo. Mas tais disposições não se referem apenas nem essencialmente à modulação a ser feita pelo próprio Supremo – já autorizada por força de outras normas e princípios. A função do art. 525, § 13, e do art. 535, § 6º, é outra: destacar a possibilidade de o próprio juiz que julga a impugnação ao cumprimento vir a proceder a alguma modulação no próprio caso concreto.

Isso também é admitido pela jurisprudência do STF. A Suprema Corte reconheceu que pode haver circunstâncias concretas a serem ponderadas pelo juiz da causa, a despeito de não ter havido a modulação no

controle direto. Ou seja, o poder de modulação em caráter geral e abstrato, do STF, não exclui o poder do juiz no caso concreto. Há apenas um limite: o juiz do caso concreto não pode insistir em proceder a uma modulação relativamente a uma situação ou período ou por um determinado fundamento que já tenha sido enfrentado e negado pelo STF.

7 DESCONSTITUIÇÃO DO DECISUM ANTERIOR E NOVO JULGAMENTO

Pode haver casos em que com o acolhimento da impugnação fundada no art. 525, § 12, ou no art. 535, § 5º, surge a necessidade de um novo julgamento para a causa (p. ex., para examinar-se um pedido cumulado alternativamente que, antes, havia ficado prejudicado com o acolhimento do primeiro pedido feito – e agora, com a desconstituição desse julgamento de procedência, precisa ser enfrentado). Na impugnação ao cumprimento apenas se desconstitui o comando decisório inconstitucional. Não se rejudga a causa. Ou seja, só há juízo rescindente (*iudicium rescindens*) e não juízo rescisório (*iudicium rescissorium*). Nisso, a impugnação difere da ação rescisória.

Então, nesses casos, o processo (ou fase cognitiva) em que se formou o título precisará ser reaberto, a fim de que nova decisão se profira.

8 IMPRESCINDIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO

Como visto antes, a despeito de a lei equiparar a hipótese aos casos de "inexigibilidade", não se trata absolutamente de um caso em que o comando sentencial seja de plano ineficaz, inexigível. É necessário desconstituir-lhe a eficácia.

Então, a matéria prevista nos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, não pode ser arguida em mera objeção à execução ("exceção de pré-executividade"). Depende necessariamente de impugnação ao cumprimento, a ser oposto na forma e prazo legalmente previstos. A desconstituição da coisa julgada não é medida que se possa tomar de modo meramente incidental e mediante cognição sumária, que é o que se tem na objeção à execução.

Nem se diga que a equiparação à inexigibilidade teria o condão de permitir a alegação do defeito dentro da própria execução, a todo o tempo, como ocorre para a inexigibilidade propriamente dita. A equiparação é feita – reitere-se – unicamente "para o efeito do inc. III do § 1º" do art. 525, i.e., para caber impugnação.

Como indicado, o mecanismo ora em exame é claramente inspirado em dispositivo do ordenamento alemão segundo o qual "não é admissível" a execução da sentença que houver aplicado lei inconstitucional. Talvez se pudesse pretender que uma tal

inadmissibilidade implicaria carência de ação executiva, arguível na própria execução. No entanto, a mesma regra do Direito alemão que alude à inadmissibilidade desautoriza essa conclusão, na medida em que expressamente indica a via cabível para a arguição do defeito: a medida prevista no § 767 do diploma processual civil alemão (ZPO). É a "ação de oposição (embargos) à execução", meio adequado para veicular "as objeções que afetam a própria pretensão determinada pela sentença" (§ 767, 1). Vale dizer: objeções ao próprio conteúdo da pretensão – matéria típica de embargos em nosso sistema. Portanto, tampouco o Direito Comparado oferece subsídios para a tese de que a matéria dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, poderia ser discutida na própria execução.

9 INAPLICABILIDADE ÀS DECISÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS

O mecanismo em questão só é aplicável às decisões que ensejam cumprimento, vale dizer, as decisões condenatórias ao pagamento de quantia ou impositivas de dever de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa. Afinal, só nesses casos caberá impugnação ao cumprimento, que então permitirá a aplicação do art. 525, § 12, ou do art. 535, § 5º.

Os capítulos decisórios declaratórios e constitutivos não são objeto de execução. Eles produzem seus efeitos de modo automático – sem a necessidade de uma conduta voluntária de cumprimento por parte do sucumbente ou de qualquer providência estatal executiva. Logo, nesses casos, a regra dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, é inaplicável. O único modo de desconstituir tais decisões, depois de transitadas em julgado, é a ação rescisória, no termo do art. 975, caput.

10 LIMITES DE APLICABILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA PREVISTA NOS ARTS. 525, § 12, E 535, § 5º

O mesmo campo restrito de incidência vale para a regra sobre termo inicial do prazo de ação rescisória previsto nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º. A contagem do prazo da ação rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF – e não, nos termos da norma geral (art. 975, caput), a partir da decisão rescindenda – só se aplica aos capítulos decisórios condenatórios, mandamentais ou executivos ainda não cumpridos espontaneamente nem executados.

Os capítulos decisórios declaratórios e constitutivos que já haviam transitado em julgado e, portanto, produzido desde logo seus efeitos, antes do pronunciamento do STF, não se submetem a tal termo inicial do prazo rescisório. Para eles, o prazo da rescisória conta-se a partir do seu próprio trânsito em julgado – e não a partir do trânsito em julgado da

decisão do STF. O mesmo se diga dos capítulos decisórios condenatórios, mandamentais e executivos que já haviam transitado em julgado e produzido seus efeitos – seja pelo cumprimento espontâneo do sucumbente, seja por força de execução judicial – quando proferida a decisão do STF. Para eles, não se conta o prazo rescisório a partir da decisão do Supremo Tribunal, mas sim nos termos da regra geral do art. 975, caput.

Não há nada de contraditório nem paradoxal nessa diversidade de regimes. Como dito, o mecanismo em exame inspira-se no Direito alemão. Como já exposto, lá, as próprias normas constitucionais ocupam-se em estabelecer que, diante da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, as sentenças proferidas em processo civil que tenham aplicado tal norma, em geral, permanecem válidas e eficazes. Apenas as condenações civis ainda não cumpridas espontaneamente nem executadas é que poderão ser desconstituídas (Lei do Tribunal Constitucional alemão, § 79, n. 2). A ideia subjacente a tal distinção é a de que seria muito sacrificante para as partes e geraria maiores transtornos para a ordem jurídica desfazer decisões cujos efeitos já se produziram. Então, a rescisão é reservada apenas às decisões que ainda não produziram seus efeitos, no momento do surgimento da decisão da Corte Constitucional.

Entre nós, até se admite a rescisão da coisa julgada incidente sobre decisões que já produziram seus efeitos. Mas isso, então, há de ser feito nos limites gerais do art. 975 – e não no prazo, que pode ser extremamente dilatado, dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º.

De resto, a letra da lei e a consideração topológica dos dispositivos pertinentes afastam qualquer dúvida. O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 aludem à ação rescisória contra a “decisão exequenda”, isso é, uma decisão condenatória, mandamental ou executiva que ainda precisa ser executada. Não bastasse isso, cabe considerar que, se o escopo da norma fosse criar um termo inicial rescisório aplicável a toda e qualquer decisão, essa disposição certamente estaria contida no capítulo da ação rescisória – e não, como está, num artigo que apenas trata da impugnação de decisões que estão sendo ainda executadas.

Além disso, aplicam-se à ação rescisória as balizas atinentes à modulação dos efeitos, anteriormente mencionadas (n. 7).

Por outro lado, note-se que o art. 525, § 15, e o art. 535, § 8º, apenas preveem uma regra especial de prazo rescisório. Eles não estabelecem um fundamento rescisório novo, em relação ao elenco previsto no art. 966. A ação rescisória, nessa hipótese, fundar-se-á em violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V) – no caso, violação da norma constitucional ignorada ou mal aplicada pela decisão exequenda, tendo-se em vista a aplicação ou interpretação adotada na decisão do STF.

11 DIREITO INTERTEMPORAL

Regras que alteram o regime rescisório da coisa julgada apenas podem ser aplicadas às decisões que transitem em julgado depois do início de sua vigência.

Por isso, quando, em 2000, institui-se o mecanismo ora em exame, logo assentou-se o entendimento de que ele era aplicável apenas às coisas julgadas formadas após o início de vigência da medida provisória que o instituiu (STJ, Súm. 487).

O mesmo princípio incide sobre as inovações trazidas pelo CPC/2015.

Assim, o emprego da impugnação ao cumprimento baseada em decisão do STF proferida no controle difuso (sem intervenção do Senado) – que antes não cabia – apenas se aplica às decisões transitadas em julgado depois do início de vigência do Código atual.

Do mesmo modo, como inovações que foram, também só se aplicam às coisas julgadas posteriores ao início de vigência do CPC/2015 (conforme expressamente prevê o art. 1.057): (i) a regra que limita o emprego da impugnação aos casos em que a decisão do STF é preexistente à formação do título e (ii) a regra que prevê prazo rescisório especial para as hipóteses em que a decisão do STF é posterior à decisão exequenda.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel. O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Revista Jurídica, v. 301, 2002.

ASSIS. Manual da execução. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. 'Coisa julgada inconstitucional': uma homenagem a Araken de Assis. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao

Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BUENO. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Themistocles. Do contrôlo da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

DINAMARCO, Cândido. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. IV.

GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; ROQUE, André; OLIVEIRA JR., Zulmar. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016.

INGMAN, Terence. The English Legal Process. 13. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Dos embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: Temas de direito processual: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA. Comentários ao CPC. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PIMENTA, Paulo Lyryo. Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180. In: Revista Dialética de Direito Processual, v. 2, 2003.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Cumprimento da sentença. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2.

TALAMINI. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: Revista de Processo, v. 106, abr./jun. 2002, disponível em: www.revistadostribunais.com.br, acesso em: 05 fev. 2017.

TALAMINI. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou 'devagar com o andor que o santo é de barro'). In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JR., Nelson (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 12.

TALAMINI. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 2.

TALAMINI; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 3.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ZANETI JR., Hermes. Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais: disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZAVASCKI, Teori. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: Revista de Processo, v. 125, 2005, disponível em: www.revistadostribunais.com.br, acesso em: 12 maio 2017.

A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº 14.230/2021

Decisões com trânsito em julgado em que há a supressão legal de
sanções referentes a perda da função e suspensão dos direitos
políticos

THE CONTROVERSIAL ISSUE OF (IR) RETROACTIVITY OF LAW Nº 14.230/2021

Final and unappealable decisions in which there is a legal suppression
of sanctions referring to loss of function and suspension of political
rights



José Sebastião Fagundes Cunha ¹

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-UFMG. 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). *eRede Internacional de Juristas para la Integración Americana*. 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 os 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. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610736588429169>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9415-0493>.

Este trabalho apresenta considerações sobre a controvérsia da irretroatividade da Lei nº 14.230/2021, em especial nas decisões transitadas em julgado onde ocorreu a supressão legal de sanções referentes a perda da função e suspensão dos direitos políticos. Especificamente realiza estudo de caso, comparando determinações desta lei de âmbito do Direito Administrativo Sancionador com o Código de Processo Penal, quando este prevê a retroatividade da lei quando esta for mais benéfica ao réu, apoiada no que preceitua o inciso XL do art. 5º da CF/88.

Palavras-Chave: Irretroatividade; Direito Administrativo Sancionador; Lei nº 14.230/2021; Código de Processo Penal; Lei mais benéfica ao réu.



Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha ²

This work presents considerations about the controversy of the non-retroactivity of Law nº 14.230/2021, especially in the final and unappealable decisions where the legal suppression of sanctions and suspension of political rights took place. Specially, it carries out a case study, comparing provisions of this law within the scope of Sanctioning Administrative Law with Code of Criminal Procedure, when it provides for the retroactivity of the law when it is more beneficial to the defendant, supported by the provisions of item XL of art. 5º of the CF/88.

Keywords: Non-retroactivity; Sanctioning Administrative Law; Law nº 14.230/2021; Code of Criminal Procedure; Law most beneficial to the defendant.

² Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

INTRODUÇÃO

O ministro da Justiça à época, Jarbas Passarinho, assim expôs:

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado — o devido processo legal — impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito. (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Exposição de motivos nº EM. GM/SAA/0388, de agosto de 1991, do senhor Ministro de Estado da Justiça. Diário do Congresso Nacional: seção 1, 17 ago. 1991, p. 14124)

O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão do processamento dos Recursos Especiais nos quais foi suscitada a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa em razão da repercussão geral reconhecida.

Em sua decisão, escreveu que

Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem. Ele completa, afirmando que “assim, considerando que tais pleitos têm como fundamentos a controvérsia reconhecida na repercussão geral por essa Suprema Corte, recomenda-se, também, o sobrestamento dos processos em que tenha havido tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 24 de fevereiro de 2022).

Na decisão do Plenário do STF o relator esclarece que “com efeito, (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide” (STF, 2022). Acrescenta que

[...] por essas razões, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, para definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR. Relator:

Ministro Alexandre de Moraes, 24 de fevereiro de 2022).

Ademais, uma das problemáticas que também se infere em razão da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021 é a supressão de sanções referentes a perda da função e suspensão dos direitos políticos, quando a prática de ato ímprobo viole ao tipo referente aos princípios da administração pública.

Aqui avulta relevante controvérsia e problema a ser enfrentado pela doutrina e nossos Tribunais. A supressão da referida sanção implicaria em automática retroatividade, inclusive apta a atingir condenações por ato de improbidade as quais já incidiram o manto da coisa julgada material?

1 ESTUDO DE CASO

Em estudo de caso, trazemos condenação por ato de improbidade administrativa em face, dentre outros, de um ex-prefeito municipal.

Em apertada síntese, à época prefeito e virtual candidato à reeleição, veiculou informativo publicitário com informações enganosas a respeito da conclusão de obras públicas para ligação entre bairros, com a intenção de promoção pessoal – obras que não foram concretizadas.

Consta, ainda, que além da confecção de material publicitário para divulgação de obras inacabadas, com intuito único de autopromoção do gestor público, foram identificadas irregularidades no curso do procedimento licitatório de contratação da pessoa jurídica responsável pela propaganda.

Em sede de apelação, a 5ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, ainda sob a égide da norma anterior, entendeu pela violação aos princípios da administração pública, aplicando as seguintes sanções:

[...] Ante o exposto, dou parcialmente provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu/apelado, nas penas do inciso II do art. 12, quais sejam suspensão de direitos políticos por 3 (três) anos; multa civil de 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo ex-prefeito, em virtude do cometimento de ato de improbidade administrativa descritos no art. 11 caput e incisos I e IV da Lei 8.429/92, ante a violação dos princípios da publicidade em certame licitatório, e violação do princípio da moralidade e impessoalidade ao se utilizar de propaganda oficial para autopromoção. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5. Câmara Cível). Apelação nº 8978772/PR. Relator: Edison de Oliveira Macedo Filho, 4 de fevereiro de 2014).

Rejeitados os embargos de declaração, os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e, depois de percorrida toda a cadeia recursal à disposição do acusado no âmbito do STJ, certificou-se o trânsito em julgado da condenação no dia 05.8.2020.

Ocorre que, em sede de execução definitiva do julgado, foi soerguida através de impugnação ao cumprimento de sentença, a questão de que, se com advento da nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 14.230/2021), a condenação pode e merece ser revista.

Veja-se, se a condenação se deu com base no que dispunha o art. 11, caput e incisos I e IV, da Lei nº 8.429/92, e a nova redação do art. 12, inc. III extinguiu a possibilidade de aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos às condutas previstas art. 11, abriu-se a discussão quanto à possibilidade de revisão ao acórdão prolatado, circunscrevendo-se a sanção apenas ao pagamento de multa civil, como autoriza a nova lei, nos casos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma.

A alegação para sustentar a retroatividade, contrariando os princípios do *tempus regit actum*, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, é o disposto no § 4º do artigo 1º da Lei nº 8.429/1992-2021: "aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador".

Sustenta-se a tese de que em matéria de Direito Administrativo Sancionador, devem ser aplicados os princípios inerentes ao Direito Penal, sobretudo no que diz respeito à retroatividade da lei mais benéfica ao condenado.

Afora a questão quanto a qual instrumento processual seria o apto a se deduzir a referida pretensão, o que não será objeto do presente trabalho, cinge-se a questão quanto à possibilidade de a nova lei produzir efeitos pretéritos desconstituindo o manto da coisa julgada material.

2 DIREITO PENAL *VERSUS* DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A nova Lei nº 14.230/2021 entrou em vigor na data de sua publicação e, dentre as principais alterações, elencam-se: a exigência de dolo específico (vontade livre e consciente) para que os agentes públicos sejam responsabilizados, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função pública; a supressão de condutas anteriormente tipificadas como atos de improbidade; a adoção de um rol taxativo de condutas; e o escalonamento de punições (em casos de menor ofensa, a pena poderá ser limitada à aplicação da multa, de forma isolada).

No que diz respeito ao período de vigência e à aplicabilidade das novas leis no País, estabelece o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Da leitura da LINDB, infere-se que as leis começam a vigorar em todo o território nacional, produzindo efeitos imediatos e gerais, uma vez superado seu período de vacância, se houver (art. 1º, *caput*), e terão vigência até que outra lei as modifiquem ou revoguem – LINDB, art. 2º.

Devem respeitar, todavia, atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e a coisa julgada.

De se ressaltar a seguir a garantia constitucional à segurança jurídica, da prevalência da coisa julgada e da impossibilidade de aplicação do art. 5º, inc. XL, da CF/88 à nova Lei de Improbidade Administrativa

Dispõe o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Com o advento da Constituição Federal de 1988 tem-se início a chamada constitucionalização do processo civil brasileiro, a partir da qual o legislador constituinte revelou significativa preocupação, do ponto de vista processual, com a segurança das relações jurídicas postas sob apreciação do Poder Judiciário.

Um dos mecanismos pelos quais a Carta Magna busca proteger a segurança das relações jurídicas é fazendo constar do rol dos direitos e garantias fundamentais justa e precisamente a coisa julgada.

A doutrina cuida de explicar a maneira pela qual a coisa julgada está intrinsecamente relacionada à segurança jurídica.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015):

A Constituição refere que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF). Ao dizê-lo, expressamente se optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma regra de proteção à coisa julgada. Por expressa determinação constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo.

A conclusão a que se chega da leitura dos dispositivos acima é a de que, no intuito de se preservar e de se garantir a segurança jurídica, somente em casos absolutamente excepcionais, previstos de forma expressa na Constituição Federal, é que se poderá relativizar a coisa julgada para aplicar sobre um determinado litígio as disposições de uma lei que entra em vigor após o trânsito em julgado de um determinado título judicial.

Em regra, a solução conferida pelo Poder Judiciário a conflitos já definitivamente solucionados por sentenças transitadas em julgado não pode ser alterada apenas porque as disposições da lei da qual o julgador se valeu para solução da controvérsia foi modificada ou revogada, no todo ou em parte.

Deve-se respeitar a garantia constitucional fundamental à segurança das relações jurídicas decorrente do fenômeno da coisa julgada.

Uma das exceções expressamente previstas na Constituição que admite a relativização da coisa julgada para que haja alteração da solução dada a um caso concreto a partir da entrada em vigor de uma nova lei é aquela prevista no inciso XL do art. 5º da CF/88, que dispõe: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Questão absolutamente pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a de que leis penais mais benéficas aos réus são dotadas de retroatividade máxima, isto é, alcançam fatos futuros, presentes e pretéritos, inclusive processos criminais já definitivamente solucionados por decisão transitada em julgado.

Há, inclusive, previsão no art. 66, inc. I, da Lei de Execuções Penais no sentido de que ao Juízo da Execução compete aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

É a partir de uma interpretação dita sistêmica do art. 5º, inc. XL, da CF/88, que muitos juristas passaram a defender a tese da retroatividade da lei mais benéfica também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (DAS), sobretudo após a promulgação da Lei nº 14.230/2021.

A partir desta tese, o princípio da retroatividade da lei penal benéfica (art. 5º, XL, da CF) aplicar-se-ia também às condenações por atos de improbidade administrativa, já que as sanções civis previstas na legislação especial em muito se assemelhavam àquelas de natureza penal.

É bem verdade que as sanções civis previstas na Lei de Improbidade Administrativa em muito se assemelham às de natureza penal, dado seu caráter sancionatório, repressivo, reparatório e preventivo.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio não as classificou como sanções penais propriamente ditas (aquelas decorrentes da prática, pelo agente, de uma infração penal, seja contravenção penal, seja crime), e não as equiparou de forma expressa.

Em nenhum momento a Constituição da República equipara improbidade administrativa a crime, acusados de ilícitos administrativos a acusados de crime. Muito pelo contrário, a Constituição Federal é bastante clara em diferenciar crime de improbidade administrativa. O faz implicitamente no artigo 15 quando trata, nos incisos III e V, as duas situações como hipóteses diferentes de suspensão dos direitos políticos; e, expressamente no § 4º do artigo 37, quando assevera que os atos de improbidade administrativa são sancionados sem prejuízo da ação penal cabível.

Não cabe ao intérprete, portanto, por ocasião da aplicação da norma, estabelecer esta equiparação de per se, sem que haja prévio fundamento legal ou constitucional para tanto.

Os institutos jurídicos não são coisas do mundo fático, que têm existência própria. São criações do Direito. Não têm essência própria e imutável. Apenas existem com os contornos dados pelas normas jurídicas. Têm requisitos e regimes parametrizados por normas do direito positivo.

É o que defende a Prof. Helena Regina Lobo da Costa (2013), para quem a ideia da existência de um único *ius puniendi* estatal, tanto no âmbito criminal propriamente dito como na seara administrativa sancionatória, possuiria um caráter autoritário e retórico, acabando "[...] por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito".

A única possibilidade das normas previstas na Lei nº 14.230/2021, retroagirem para beneficiar os acusados pela prática de atos ímprobos seria entender que os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador corresponderiam àqueles aplicáveis ao Direito Penal, chamando a incidência da norma estipulada no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal.

É incongruente, no entanto, defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do Direito, já que, na órbita administrativa propriamente dita, o Direito Administrativo Sancionador visa à preservação do interesse coletivo e dos princípios da administração pública, ao passo que na órbita judicial, a essas finalidades se agrega principalmente a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, finalidades tais não tuteladas pelo Direito Penal com a mesma profundidade.

O Direito Penal incide muito mais severamente nos direitos individuais, pois sua punição característica é a pena privativa de liberdade. Em razão desta intensidade é a *ultima ratio* e sobre ele incidem os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Por sua vez, o Direito Administrativo Sancionador rege-se pela prevalência da tutela da moralidade pública, vinculado à busca de interesses gerais e coletivos. Por isso, as garantias no âmbito do Direito Administrativo Sancionador não têm o mesmo alcance do que a seara Penal.

O Direito Administrativo possui finalidades distintas das do Direito Penal, e está alicerçado em uma gama principiológica própria que, muitas vezes, não converge com aquela que fomenta o Direito Penal.

Mostra-se, pois, simplista e equivocada a tese que aponta para uma pura transposição dos princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

Primeiro, porque parte de uma premissa equivocada, no sentido da existência de uma suposta simetria integral entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (o que já foi afastado). Segundo, pois essa teoria deixa de lado todas as prerrogativas e peculiaridades que impregnam a tutela do coletivo, objeto último do Direito Administrativo Sancionador.

Não há como se sustentar que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, haja uma prevalência dos direitos do réu tal qual ocorre no âmbito do Direito Penal, pois os valores e os interesses em litígio possuem notas distintas que, inclusive, ensejaram a ruptura do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal como disciplinas de um mesmo ramo jurídico.

Afinal, reafirma-se: na seara do Direito Administrativo, a prevalência é do coletivo.

Ainda que com características semelhantes, não há como se equiparar de forma principiológica ou normativa, ramos do Direito diverso.

Neste esteio, Alice Voronoff (2018) tece fortes críticas ao aspecto unitário do *ius puniendi*, deixando claras as peculiaridades que permeiam o Direito Administrativo Sancionador e que devem conduzir sua interpretação. Segundo a doutrinadora,

Este ramo é dotado de singularidades que buscam um 'equilíbrio fino' ('legitimação híbrida'), destacando: 1) as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; 2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; 3) o componente funcional, que, segundo Voronoff, se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao *modus operandi* da Administração).

Sobre a irretroatividade das normas mais benéficas aos réus no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, Rafael Munhoz de Mello (2007) aduz que:

A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a irretroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador. Com efeito, a irretroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. [...] Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma

penal da irretroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da irretroatividade da lei mais benéfica ao infrator.

Neste esteio, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou a irretroatividade das normas previstas na Lei nº 14.230/2021:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NÃO OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO – IRREGULARIDADE. [...] Apuração de atos de improbidade administrativa de maneira intencional. Não admissão de irretroatividade da legislação mais benéfica (Lei n. 14.230/21, em seu art. 1º, § 4º). Recursos negados. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (1. Câmara de Direito Público). Apelação Cível nº 0001213-12.2014.8.26.0629. Relator: Danilo Panizza, 21 de março de 2022).

Corroborando com o que já sustentado, também o Superior Tribunal Federal tem julgados em que nega a aplicação do princípio da irretroatividade em matéria de Direito Administrativo Sancionador, por entender que não se confunde com a seara do Direito Penal.

ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do *tempus regit actum*. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época. II – O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da irretroatividade da lei penal mais benéfica. III – Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988). IV – Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. V – Agravo

regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo em Recurso Especial nº 1019161/SP. Relator: Ricardo Lewandowski, 2 de maio de 2017).

3 IMPOSSIBILIDADE, DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.230/21, VISTO QUE ELA NÃO CONTÉM PREVISÃO NESSE SENTIDO – INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA LINDB

Importante mencionar, ademais, no que tange à irretroatividade da nova LIA, o recente entendimento do eg. TJSP, segundo o qual deve prevalecer o disposto no art. 6º da LINDB. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – Impossibilidade, a princípio, de aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, visto que ela não contém previsão nesse sentido – Inteligência do art. 6º da LINDB – Sem olvidar a polêmica no C. STJ acerca da possibilidade de retroatividade da lei mais benéfica em se tratando de direito administrativo sancionador, mesmo que adotada a posição que admite a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, é certo que não verificada a prescrição intercorrente – [...] – Decisão mantida – Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2264638-92.2021.8.26.0000. Relator: Carlos von Adamek, 27 de janeiro de 2022).

Para o Relator do Agravo acima ementado, Desembargador Carlos Von Adamek (TJSP, 2022):

De início, verifica-se que a Lei 14.230/21 modificou consideravelmente a Lei de Improbidade Administrativa; todavia, não previu sua aplicação retroativa, razão pela qual, a princípio, ela se aplicaria somente aos processos ajuizados posteriormente à sua publicação, por força do princípio da irretroatividade das leis estabelecido no artigo 6º da LINDB.

E o artigo 6º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, é expresso em definir o princípio do tempus regit actum. Portanto, a retroatividade da lei é exceção. Como exceção, para que incida deve estar expressamente prevista.

É de se prevalecer, assim, a coisa julgada, que constitui corolário da garantia constitucional à segurança jurídica, óbice intransponível à pretendida retroatividade de uma norma de caráter estritamente civil, ainda que mais benéfica ao condenado.

A corroborar com este entendimento, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal afirmou, em sua Orientação nº 12/2021, que a nova lei não se aplica aos atos de improbidades ocorridos antes de sua vigência.

4 DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O NÃO RETROCESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

Outro fundamento jurídico pelo qual a tese da defesa, com a devida vênia, não se sustenta, diz respeito à violação ao princípio da proporcionalidade no que tange à proteção deficiente ao direito fundamental anticorrupção.

É seguro dizer que o Constituinte de 1988 discorreu, ainda que implicitamente, sobre a corrupção no âmbito da Administração Pública, ao fazer incluir, como um dos princípios basilares da Administração, a moralidade administrativa – art. 37, caput, da CF.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, impregnado de carga principiológica que, ao fim e ao cabo, tem por escopo impor àqueles que tratam da res publica a observância de uma conduta proba, ética, limitada pela lei e, acima de tudo, que vise ao interesse público de toda a coletividade.

Segundo Uadi Bulos, “[...] o princípio da moralidade administrativa é a pauta mais importante dos Estados constitucionais que elegem a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade.”

Trata-se de comando de observância obrigatória, pauta jurídica de conduta e possui alvo determinado: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

E em sentença prolatada com maestria, Luis Mauro Lindenmeyer (2022), traz a seguinte conclusão:

Disso se conclui, com segurança, que a moralidade e a improbidade são facetas de um mesmo prisma. A improbidade administrativa busca evitar aquilo que se denomina de corrupção administrativa, ou seja, o ato do administrador público praticado em desvio de finalidade ou de poder, em favor próprio ou de terceiro, com prejuízo à coisa pública, seja este prejuízo material (perda patrimonial) ou imaterial (violação dos princípios e deveres morais).

Admitindo-se como constitucionais as modificações advindas da Lei nº 14.230/2021 (e esta é a presunção do ordenamento jurídico), é preciso realizar uma interpretação à luz da vedação ao retrocesso no tocante ao combate à corrupção, de observância cogente no Brasil à luz da Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, ratificada pelo Decreto Federal nº 5.687/2006.

Segundo referida Convenção, os atos de corrupção, dos quais os de improbidade administrativa são espécies, gozam da proteção contra o retrocesso legislativo, de modo que, seja a revogação dos tipos outrora existentes, seja a alteração dos elementos normativos e das penalidades, não podem incidir sequer sobre processos cíveis em curso, quanto menos sobre feitos já julgados em definitivo, condicionando o agir

estatal somente quanto aos fatos ocorridos após o início de vigência da nova norma.

Afinal, a tutela efetiva da probidade administrativa é decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de toda e qualquer República, já havendo manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive, a identificar o direito difuso à probidade administrativa, tutelado como cláusula pétrea e que, como tal, há de prevalecer sobre a pretendida aplicação do princípio insculpido no art. 5º, XL, da CF/88 aos atos de improbidade.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o pretense efeito retroativo do Código Florestal diante dos benefícios advindos de tal legislação, seguiu caminho hermenêutico similar ao ora esposado, limitando os efeitos favoráveis:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, em se tratando de matéria ambiental, deve-se analisar a questão sob o ângulo mais restritivo, em respeito ao meio ambiente, por ser de interesse público e de toda a coletividade, e observando, in casu, o princípio *tempus regit actum*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1145207/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão, 9 de setembro de 2021).

Com efeito, as alterações relacionadas à supressão de penalidade não podem retroagir para beneficiar réus de ações já julgadas, na medida em que a Constituição Federal impede a retroatividade automática de normas mais benéficas como forma de impedir o retrocesso no combate à corrupção e à improbidade – art. 37, §4º, da CF/88.

E se por um lado o Estado busca através da nova lei a proibição do excesso, sua aplicação e interpretação precisará encontrar o meio termo entre intervenção e abstenção, critérios de ponto de equilíbrio e proporcionalidade, para que também não venha a violar a proibição da proteção deficiente.

Por derradeiro, igualmente inconstitucional é a supressão da pena de suspensão dos direitos políticos dos condenados por atos de improbidade previstos no art. 11 (redação conferida pela nova Lei nº 14.230/21 ao art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92), na medida em que esta sanção possui assento constitucional – artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF/88.

Trata-se de normas infraconstitucionais que excluem ou tornam sem efeito reprimendas expressamente determinadas no texto constitucional.

Ademais, estas normas implicam em proteção ineficiente, pois trazem reprimendas irrisórias para condutas graves. Por exemplo, uma fraude, com falsificação de documentos, ameaça a servidores públicos etc., desde que não importe em enriquecimento ilícito e/ou lesão ao erário, terá como sanção apenas multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios estatais

CONCLUSÃO

Assim, em resposta ao caso apresentado, tem-se a impossibilidade de retroatividade automática da nova redação do art. 12, inc. III da Lei nº 14.230/2021, que extinguiu a possibilidade de aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos às condutas previstas art. 11, nas decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada material.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução: Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p 55 – 56, jul./set. 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/deceto/d5687.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Exposição de motivos nº EM. GM/SAA/0388, de agosto de 1991, Ministro de Estado da Justiça. Diário do Congresso Nacional: seção 1, 17 ago. 1991, p. 14124. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1145207/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1263811182/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1145207-sp-2017-0186852-4>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 24 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.amperj.org/wp-content/uploads/2022/03/Decisao-Alexandre-de-Moraes-2.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo em Recurso Especial nº 1019161/SP. Relator: Ricardo Lewandowski, 2 de maio de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742260769/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1212133-sp-sao-paulo>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5. Câmara Cível). Apelação nº 8978772/PR. Relator: Edison de Oliveira Macedo Filho, 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/838687967/apelacao-apl-8978772-pr-8978772-acordao/inteiro-teor-838687975>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (1. Câmara de Direito Público). Apelação Cível nº 0001213-12.2014.8.26.0629. Relator: Danilo Panizza, 21 de março de 2022. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1427986282/apelacao-civel-ac-12131220148260629-sp-0001213-1220148260629>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2264638-92.2021.8.26.0000. Relator: Carlos von Adamek, 27 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=BD11F435428C78A436862BDC7CB83548.cposg2?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2264638-92.2021&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2264638-92.2021.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=28>. Acesso em: 25 jul. 2022.

LINDENMEYER, Luís Mauro. A proteção ineficiente dos princípios da moralidade administrativa em razão das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21. Jusbrasil, 2022. Disponível em: <https://luismaurolindenmeyer9470.jusbrasil.com.br/artigos/1514582946/a-protecao-ineficiente-dos-principios-da-moralidade>

administrativa-em-razao-das-alteracoes-promovidas-pela-lei-n-14230-21. Acesso em: 25 jul. 2022.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

O CARGO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU E O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL

THE POSITION OF SUBSTITUTE LAW JUDGE IN SECOND DEGREE AND DUE CONSTITUTIONAL LEGAL PROCESS



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-UFMG. 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 os 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 Juizes. 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. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610736588429169>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9415-0493>.

Este artigo tece considerações a respeito de julgado proferido pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000, em que é requerente a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina e requerido o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cujo pleito refere-se à intenção de criação do cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, em detrimento do cargo de Desembargador Substituto, e a sua inconstitucionalidade. Para tanto, usa como fundamento preceito contido no art. 94 da Constituição Federal Brasileira, além do código de Processo Penal e em Leis Complementares do Estado de Santa Catarina.

Palavras-Chave: Juiz Substituto em Segundo Grau; Desembargador Substituto; CNJ.

This article makes considerations about the judgment uttered by the National Council of Justice in Administrative Control Procedure nº 381-52.2011.2.00.0000, in which is applicant the Brazilian Lawyers Association - Santa Catarina and requered the Court of Justice of the State of Santa Catarina, whose lawsuit refers to the intention to create the position of Substitute Judge of Second Degree, to the detriment of the position of Substitute Judge, and its unconstitutionality. To do so, it uses as a basis the precept contained in art. 94 of the Brazilian Federal Constitution, in addition to the Criminal Procedure Code and in Complementary Laws of the State of Santa Catarina.

Keywords: Substitute Judge of Second Degree; Substitute Judge; NCJ.

INTRODUÇÃO

A discussão do projeto de Código Processual Constitucional Brasileiro introduz no cerne dos direitos fundamentais o do Juiz Natural uma vez mais; a polêmica questão da inconstitucionalidade do cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau por diversos fundamentos, sendo certo que os Tribunais fingem ouvidos moucos, pois não querem ouvir o clamor advindo dos púlpitos, ferindo de morte princípios fundamentais de Direito Constitucional.

1 DISCUSSÃO JUNTO AO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000, em que é requerente a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Santa Catarina e requerido o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o Conselho Nacional de Justiça ementou a decisão conforme segue:

TJSC - JUIZ DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU – ATUAÇÃO PERMANENTE - COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL - DESEMBARGADORES - PREJUÍZO - QUINTO CONSTITUCIONAL - LEI COMPLEMENTAR 510/2010 - NOMEAÇÃO - MAGISTRADOS - SUSPENSÃO Ementa: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. JUIZ DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU. QUINTO CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS DE DESEMBARGADORES. ENVIO DE PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. IMPROCEDENTE. I – Na essência pretende-se o reconhecimento da regra do quinto constitucional sobre o número total dos magistrados em exercício no Tribunal de Justiça, incluídos no cálculo da quinta parte tanto os Desembargadores como os Juizes de Direito de 2º Grau em substituição, que segundo alega a requerente atuam em igualdade de condições em violação ao art. 94 da Constituição Federal. II – Na medida em que computada a quinta parte em relação aos cargos de Desembargadores legalmente criados, tem-se por corolário lógico que o quadro de “Juiz de Direito de Segundo Grau”, instituído por Lei Complementar Estadual, não pode ser acrescido na base de cálculo para aferição do quantitativo de vagas destinadas ao quinto, até porque a natureza das atribuições desempenhadas é distinta. III – A questão de fundo trazida à análise, qual seja, a ilegalidade do exercício permanente dos Juizes de Direito Substitutos de Segundo Grau, já foi objeto de definição por este Conselho, restando apenas o acompanhamento da respectiva decisão, o qual se encontra em fase de execução nos autos da CUMPRDEC n. 511-29, de competência da Corregedoria Nacional de Justiça, juntamente com o PP n. 1989-56, intentado pelo TJSC, comunicando a situação ora impugnada. IV – Procedimento de Controle Administrativo que se julga improcedente com a remessa de cópia destes autos à Corregedoria Nacional de Justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000 /SC. Relatora: Conselheira Morgana Richa, 15 de março de 2011).

No Procedimento de Controle Administrativo, segundo o relatório do julgamento, a requerente pretende que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina informe o número de vagas existentes para o cargo de Juiz de Direito de Segundo Grau e a data de início do exercício. Propugna, outrossim, seja determinado à Corte Estadual o envio de Projeto de Lei à Assembleia Legislativa para que os cargos referenciados sejam extintos, com a criação do mesmo número de cargos de Desembargadores.

Descreve o requerimento de ingresso que o TJSC possui em sua estrutura jurisdicional o cargo de “juiz de direito de segundo grau”, outrora denominado “juiz substituto de segundo grau”, criado pela Lei Complementar Estadual nº 122/94, com previsão inicial de seis magistrados, número que foi paulatinamente ampliado.

Segundo informa, o Tribunal é composto por sessenta (60) Desembargadores e mais 30 Juizes de Direito de Segundo Grau, o que representa um terço dos magistrados que atuam na Corte. Esclarece ainda que o provimento ocorre mediante remoção, observados, alternativamente, os critérios de antiguidade e merecimento.

Aduz que tais magistrados possuem gabinetes próprios, atuando de forma paralela e conjuntamente, com distribuição autônoma de processos “como se desembargadores fossem”, além de receberem remuneração e outras vantagens pecuniárias idênticas.

Entende merecer especial destaque “o fato de que os Juizes de Segundo Grau, não podem exercer suas atividades jurisdicionais em primeiro grau de jurisdição”, além de competir-lhes a composição no Tribunal Pleno e nas Câmaras Especiais, com participação permanente.

Aponta que questão semelhante já foi objeto de apreciação pelo CNJ, em que reconhecida ilegalidade de ato administrativo que extrapola os limites da lei ao modificar a finalidade transitória do cargo, situação verificada na magistratura catarinense, na medida em que os Juizes de Direito de Segundo Grau atuam em igualdade de condições com os Desembargadores.

Cita a título de exemplo que existem magistrados há mais de cinco anos em atividade ininterrupta. Em prosseguimento alega violação ao art. 94 da Constituição, pois “nenhum dos Juizes de Direito de Segundo Grau é oriundo da advocacia ou do Ministério Público”, o que na prática representa ampliação do número de Desembargadores, ausente cumprimento das regras do quinto constitucional.

Diante deste contexto expõe a necessidade de correção do equívoco relatado com a indicação de membros oriundos da classe dos advogados e representantes do MP, sob pena de supressão da regra mencionada. Conclui ser

[...] aritmética a conclusão de que deveria haver, no Tribunal catarinense, dezoito (18) magistrados oriundos da advocacia e do Ministério Público (um quinto de noventa) e setenta e dois (72) magistrados de carreira. Porém há apenas doze (12) magistrados do chamado 'quinto constitucional' (um quinto dos sessenta Desembargadores) e setenta e oito (78) magistrados de carreira (os quatro quintos dos Desembargadores e todos os Juizes de Direito de Segundo Grau). (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000/SC. Relatora: Conselheira Morgana Richa, 15 de março de 2011).

Tendo em vista a existência de treze (13) cargos vagos de Juiz de Direito de Segundo Grau, requer em sede de liminar a suspensão da nomeação até definição da matéria. Instada à manifestação a Corte requerida destaca em primeiro lugar o respeito ao preceito constitucional insculpido no art. 94 da CF/88, composto o Tribunal por sessenta (60) lugares, configurando lógica a conclusão de que os cargos de Juiz de Direito de Segundo Grau não podem ser computados no cálculo para aferição do número de vagas destinadas ao quinto constitucional.

Aponta que a função destes cargos se circunscreve à substituição e cooperação na jurisdição de Segundo Grau, sem assento para as deliberações administrativas do Tribunal Pleno ou Órgão Especial, desarrazoada a pretensão de atribuir-lhe natureza diversa que não à vislumbrada por lei. Aduz a criação dos mencionados cargos em estrita obediência à garantia constitucional e institucional da autonomia administrativa e financeira, além da iniciativa privativa para alterar o número de seus membros, criar e extinguir cargos, estabelecer a remuneração e serviços auxiliares, criar ou extinguir tribunais inferiores e, principalmente, alterar a organização e divisão judiciárias. Cita o interesse público como

[...] outro elemento importante a considerar, porquanto a criação do cargo de juiz de direito de segundo grau passou a proteger o jurisdicionado da falta inevitável e recorrente de Juizes de Direito titulares nas serventias judiciais de Primeiro Grau, em razão da necessidade de convocação para suprir as ausências justificadas de Desembargadores no Tribunal. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000/SC. Relatora: Conselheira Morgana Richa, 15 de março de 2011).

A relatora fundamenta as razões de decidir afirmando que através do Procedimento de Controle Administrativo em exame a entidade requerente almeja a extinção dos cargos de Juiz de Direito de Segundo Grau, mediante envio de projeto de lei neste sentido à Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, bem assim a criação correspondente do mesmo número

de cargos de Desembargadores em cumprimento à regra do quinto constitucional.

Em primeiro lugar pontua que o caso em apreço deve ser analisado sob vertentes distintas, na medida em que na essência a requerente pretende o reconhecimento da regra do quinto constitucional sobre o número total dos magistrados em exercício no Tribunal de Justiça, incluídos para o cálculo da quinta parte tanto os Desembargadores como os Juizes de Direito de 2º Grau, que segundo alega atuam em igualdade de condições em violação ao art. 94 da Constituição Federal.

No que concerne à aplicação da regra do quinto constitucional sobre o número total dos magistrados em exercício no Tribunal de Justiça, apresentados segundo aritmética de que deveria haver dezoito (18) membros oriundos da Advocacia e do Ministério Público, para setenta e dois (72) da Magistratura, ao passo que há apenas doze (12) do quinto e setenta e oito (78) da carreira, incluídos para o cálculo da quinta parte tanto os Desembargadores como os Juizes de Direito de 2º Grau, sem razão a requerente.

Segundo fundamenta, a matéria encontra-se disciplinada pela Constituição da República, no art. 94, que assim dispõe:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Emerge claramente da norma acima comando no sentido de que um quinto dos "lugares" ou cargos dos Tribunais deverão ser preenchidos por membros da Advocacia e Ministério Público.

Aduz que na medida em que computada a quinta parte em relação aos cargos de Desembargadores legalmente criados, tem-se por corolário lógico que os cargos de Juiz de Direito de Segundo Grau, instituídos por Lei Complementar Estadual, não podem ser acrescidos na base de cálculo para aferição do quantitativo de cargos destinados ao quinto, até porque a natureza das atribuições desempenhadas é distinta.

Eis a primeira contradição na fundamentação do julgado, posto que a disposição constitucional é clara que o segundo grau de jurisdição será exercido por desembargadores, não prevendo cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau e disciplina que um quinto das vagas serão preenchidas na forma que assinala - desde logo é de asseverarmos que o correto cumprimento do dispositivo constitucional, o que entendemos, é que como ocorre na entrância final

(primeira instância), existem os cargos de Juiz de Direito Substituto que atendem a ausência em razão de licenças e férias, além de distribuição rotineira; assim, a solução correta para o cumprimento do dispositivo constitucional é a criação do cargo de Desembargador Substituto, com o preenchimento por promoção e pelo quinto constitucional, sem possibilidade de designação, preservando o princípio do juiz natural e outras garantias constitucionais do que mais se dirá adiante.

A fundamentação do julgado no CNJ reconhece expressamente que, consoante esclarece o TJSC, os cargos em questão pertencem ao quadro de carreira da magistratura de primeiro grau do Estado, o que certamente se diferencia do Segundo Grau de jurisdição. Tanto assim o é que a própria requerente visa com o presente pedido o encaminhamento de projeto de lei que determine a criação do mesmo número de cargos de desembargadores para fins de ser atendida a regra prevista para o quinto constitucional.

Outro viés de análise se apresenta em relação ao aludido desrespeito aos critérios de substituição previstos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, reputado ilegal o exercício permanente dos Juizes de 2º Grau na respectiva função disciplinada em leis complementares estaduais a partir de 1994. Pois bem.

A criação dos cargos de Juiz de Direito de Segundo Grau no respectivo Estado foi regulamentada inicialmente pela Lei Complementar n. 122, de 11/07/1994, que assim dispôs:

Art. 1º. Ficam criados, na Comarca da Capital, 06 cargos de Juiz de Direito Substituto de 2º grau. Art. 2º. O provimento dos cargos dar-se-á por remoção, observado o critério de merecimento, dentre os Juizes de Direito integrantes da primeira meta de da lista normativa de antiguidade da última entrância. Art. 3º. Compete ao Juiz de Direito substituto de 2º grau: I – substituir Desembargador, nas suas faltas, impedimentos, afastamentos, licenças, férias e na vacância do cargo; II – integrar Câmara Especial ou de Férias, na forma que vier a ser definida pelo Tribunal; III – exercer função de juiz corregedor, quando não estiver em exercício de substituição ou integrando câmara especial ou de férias; IV – integrar comissão especiais, na forma que vier a ser definida pelo Conselho da Magistratura.

Posteriormente o número de cargos foi ampliado pelas Leis Complementares 200/2000, 292/2005, 339/2006, 425/2008 e 510/2010, totalizados trinta (30) cargos de Juiz de Direito Substituto de 2º grau.

A matéria referente ao modelo implantado para fins de substituição na segunda instância constitui tema de extrema relevância, amplamente debatido no CNJ, delineadas as diretrizes autorizadas através da publicação da Resolução n. 72/CNJ, de 21/05/2009, que padronizou o regime de convocação de juizes de primeiro grau para substituição e auxílio nos Tribunais.

Registrado no sistema do processo eletrônico do CNJ, mais especificamente no Ofício da Corregedoria Nacional de Justiça dirigido ao então presidente desta Corte, Ministro Gilmar Mendes, nos autos do ATO n. 1390-20, o conhecimento do formato adotado pelos Tribunais em estudo que envolveu o normativo consubstanciado na Resolução nº 72, apontando pesquisa junto às Cortes que indicaram a utilização de modalidade de reforço concernente em juizes convocados para auxílio nos Tribunais, mediante autorização por lei estadual, dentre eles o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A medida se justifica pela grande quantidade de convocações nos diferentes tribunais e estados da federação sob variados fundamentos tanto quanto em virtude da intensa e extensa repercussão sobre a eficiência dos trabalhos da justiça de primeiro grau. [...] No que concerne à convocação para auxílio, entretanto, não há regra específica, valendo como disciplina as iniciativas dos tribunais interessados ou necessitados e alguns preceitos dos tribunais superiores. Para avaliação desse quadro, foi realizada uma pesquisa junto aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, na qual se solicitou informações a respeito. [...] Dos tribunais que reportaram a existência de juizes de primeiro grau convocados para auxílio, 13 indicaram a utilização dessa modalidade de reforço, sendo que o TJ/MT, o TJ/MS, o TJ/PA, o TJ/PR, o TJ/SP, o TS/RS e o TJ/SC referiram estarem autorizados por lei estadual (ordinária ou complementar). [...] Em face dos dados, parece se deva na proposta de regulamentação principalmente dar atenção especial aos tribunais regionais federais e aos tribunais estaduais dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Quanto a estes últimos, particularmente, e pela circunstância de ostentarem legislação estadual, a questão que se põe é saber se a legislação estadual, mesmo complementar, está compatível nessa matéria com a competência legislativa federal. Com efeito, a Constituição estabelece que lei complementar de iniciativa do STF disporá sobre o estatuto da magistratura, observando, dentre outros, o princípio do 7º acesso ao segundo grau por antiguidade e merecimento alternadamente, e de estabelecer, nesses limites, por regimento interno, a competência e funcionamento de seus órgãos (arts. 93, III e 96, I, a). Com respeito aos tribunais estaduais, a Constituição, além disso, assenta que a competência e organização judiciária respectiva serão reguladas pela Constituição estadual e pela sua lei de organização judiciária estadual ou legislação especial. [...] Ora, a lei orgânica nacional refere hipótese de convocação de juizes e primeiro grau para substituição (art. 114 a 119), limitando-se aos casos de vacância ou ausência ("vagas ou afastamento") dos juizes de segundo grau. Daí resulta que a atuação de juiz de primeiro grau, na forma da LOMAN, parece tão só permitida para substituição de juizes de segundo grau ou desembargadores, e não propriamente para auxílio ou cooperação dos trabalhos destes nos tribunais de segundo grau.

Se a Lei Orgânica Nacional não prevê o auxílio ao segundo grau, naturalmente também não prevê a convocação para esse efeito, e em face disso as leis estaduais que assim estabelecem poderiam estar em conflito com a lei complementar federal (nacional). Em outros termos, em princípio os Estados não teriam competência para legislar sobre matéria de organização judiciária cuja previsão não tenha sido expressa na Loman - tal, por exemplo, a convocação de juízes de primeiro grau para auxílio em segundo grau - e, em razão disto, as leis (ordinárias ou complementares estaduais) que assim dispuseram, aparentemente poderiam estar em desacordo com a LC 35/1979. Nada obstante, a jurisprudência dos tribunais superiores que se ocuparam da espécie, enfrentando essa e outras questões que contribuem para tornar ainda mais complexa a discussão a respeito (sobretudo porque é necessário ter clareza quanto a tratar-se de uma ou de outra modalidade de convocação), assentou a constitucionalidade das convocações para auxílio ou composição de órgão judiciários especiais ou extraordinários, talvez inspirada na urgência e inevitabilidade da medida. As decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ - mais citadas são os recentes acórdãos nos Habeas Corpus nº 112.652/SP, 108.425/SP, 103.259/SP, 101.943/SP, 102.744/SP, 72.941/SP e o, mais antigo, HC 9.405/SP. No Supremo Tribunal Federal - STF - são muito repetidas as referências aos acórdãos nos HC 71.963/SP, 81.347/SP, 69.601/SP, 68.210/RS, 68.905/SP, 70.103/SP, 78.051/PB e 73.801/MG, todos da década de 90 e o HC 86.889/SP julgado em 20.11.2007. [...] Seguindo a linha dessa jurisprudência, por isso: a) a convocação de juízes e a sua designação não pode ser autorizada apenas regimentalmente, sendo imprescindível a edição de lei (o Estado do Rio Grande do Sul, depois do julgamento do HC 68.210, em que essa questão foi explicitamente discutida, editou lei para esse efeito) prevendo os cargos a preencher; e b) quando autorizada por lei local, a disciplina e as convocações não poderão conflitar com a LOMAN. [...] Resumindo, o tema ainda é controvertido na jurisprudência dos dois tribunais, tanto com relação à possibilidade de convocação para substituição, em maioria de juízes de primeiro grau no órgão julgador de segundo grau, quanto com respeito à 8 convocação em auxílio de juízes que se oferecem em voluntariado para compor turmas ou câmaras extraordinárias criadas por lei especial local. [...] Os tribunais de justiça estaduais que têm lei regulatória das convocações de substituição e auxílio e que dispõem sobre quadro, classe ou juízes de primeiro grau substitutos de segundo grau deverão passar a observar esses padrões locais e, conforme o caso, acomodarem-nos com a normativa do CNJ, devendo os demais promoverem as modificações legislativas necessárias visando regularizar as eventuais convocações de qualquer tipo. [...] É bem de ver que para esse efeito o acúmulo de processos é situação ocasional e transitória já que eventual acúmulo ordinário e permanente de processos só pode ser resolvido ou por racionalização dos serviços ou por constituição de órgãos judiciais novos com cargos novos de segundo grau, isto é, com a criação de tribunais e cargos de desembargadores em número suficiente para a apreciação dos casos de sua competência, elimi-

nando a necessidade de convocações. Do conjunto das considerações acima pode ser recolhida a conclusão de que as convocações de juízes de primeiro grau para auxílio a juízes e desembargadores de segundo grau, autorizadas por lei estadual ou federal em possível desacordo com a lei complementar federal específica (LOMAN), pode tornar nulas as convocações e, por decorrência, nulos os julgamentos de que participem os juízes convocados. Ademais, a reiteração e abundância de convocações desse tipo implica naturalmente no enfraquecimento das instâncias iniciais de jurisdição com prejuízo da prestação da justiça no primeiro grau. Em face desse quadro, a proposição que se apresenta a mais recomendável - tendo presente a urgente necessidade tanto de regularização das situações potencialmente irregulares quanto de prover as instâncias de segundo grau de alguma ajuda ou auxílio que se mostram extremamente irrecusáveis - é a de disciplinar com maior rigor as convocações para auxílio, observadas a legalidade, a conveniência e a oportunidade delas. A experiência tem evidenciado, ao menos nesse momento de acúmulo (justificado ou não), a necessidade de auxílio a ser garantido em caráter excepcional e quando o acúmulo de serviços o exigir, o que é o bastante para a solução intermediária de admitir a convocação para auxílio, mas com rigor formal quanto a estipulação, condições e limites. Resumindo, impõe-se reiterar que as convocações para auxílio, na hipótese de previsão legal de constituição extraordinária de órgãos julgadores, isto é, de câmaras ou turmas especiais (caso da lei paulista, por exemplo) ou câmaras regionais (caso dos Tribunais Regionais Federais, na forma do art. 107, §§ 28 e 39 da Constituição), observarão num e noutro caso as peculiaridades da legislação obrigatória, própria e específica e, em qualquer caso, preservada a maioria de juízes naturais de segundo grau ou desembargadores. Ao CNJ foi atribuído pela Constituição o poder de disciplinar normativamente o seu próprio funcionamento e as atribuições do Ministro Corregedor, e essa outorga tem força e natureza de lei complementar no que se refere a matéria de competência legislativa correspondente enquanto não sobrevém novo estatuto da magistratura, nisso remediando e afastando possível arguição de desacordo constitucional. Parece, pois, oportuna a edição de resolução especial para esse fim cuja proposta inicial segue adiante". (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000/SC. Relatora: Conselheira Morgana Richa, 15 de março de 2011).

Deste modo, entendeu necessário o reconhecimento de que a questão de fundo trazida à análise pela OAB-SC, qual seja, a ilegalidade do exercício permanente dos Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau, já foi objeto de definição por este Conselho, restando apenas o acompanhamento da respectiva decisão, o qual se encontra em fase de execução nos autos da CUMPRDEC n. 511-29, de competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

Verifica-se, outrossim, segundo fundamenta, a existência de registro de procedimento instaurado pelo TJSC, por meio do qual comunica ausentes “Juizes de primeiro grau convocados para substituição, porquanto conta com cargos de ‘juiz de direito de segundo grau’, integrantes da última entrância, cujo provimento se dá por remoção, observados os critérios alternados de antiguidade e merecimento”, e esclarece que “os cargos em referência foram criados pela Lei Complementar Estadual nº 122, de 11 de julho de 1994, posteriormente alterada pelas Leis Complementares nºs 200/2000, 292/2005, 339 – de 8 de março de 2006, 367 – de 07 de dezembro de 2006 e 418 – de 01 de agosto de 2008” (REQ2 – Pedido de Providências n. 1989- 56). De igual modo determinado o apensamento destes autos à CUMPRDEC n. 511-29 para acompanhamento da execução.

Portanto, tendo em vista que a matéria já foi objeto de definição pelo Plenário do CNJ, competindo a verificação das situações em concreto ao Acompanhamento de Cumprimento de Decisão, submetida a conhecimento do Órgão através da Corregedoria Nacional de Justiça, em procedimento próprio, como salientado em curso, inexistente medida a ser adotada neste particular.

Determinado ainda o encaminhamento de cópia destes autos à Corregedoria Nacional de Justiça para fins de conhecimento e providências que entender cabíveis.

Pelo exposto, julgou improcedente o Procedimento de Controle Administrativo em epígrafe.

Considerada a impossibilidade de recurso contra as decisões plenárias do CNJ, restaria buscar no Poder Judiciário uma solução.

Já enfrentamos a questão em um outro referencial do que buscaremos enfrentar agora, naquela oportunidade in O inconstitucional cargo de juiz de direito em segundo grau, afirmamos que no *Habeas Corpus* nº. 101.232 - PR (2008/0046627-4), relatado pela Ministra Laurita Vaz, com pedido de liminar, impetrado em favor de O. C., condenado em primeiro grau pela prática dos crimes tipificados nos arts. 288, parágrafo único, 180, caput, do Código Penal e 14 da Lei nº. 10.826/03 às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 165 dias-multa, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo-se, assim, na integralidade, a condenação monocrática onde ocorreu uma decisão importantíssima que conforme mais um precedente importantíssimo. Alegou a Impetrante, no *writ*, a nulidade do julgamento do apelo pelo Tribunal de origem, haja vista que a Sessão de Julgamento foi majoritariamente composta por juizes convocados, ferindo frontalmente o princípio do juiz natural. Requereu, assim, liminarmente, a expedição de salvo-conduto em favor do Paciente e, no mérito, a

concessão da ordem para anular o “julgamento do v. acórdão nº. 5143 da 3ª Câmara Criminal do TJ/PR, para que outro venha a ser realizado por Câmara composta, majoritariamente, por desembargadores titulares”. A liminar pleiteada foi indeferida. O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer que guarda o seguinte sumário, *ad litteratim*:

[...] de violação ao princípio do juiz natural. Magistrados de carreira. Regulamentação pelo Código de Organização Judiciária. Parecer pela denegação da ordem. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.232/ PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 15 de dezembro de 2020).

O julgamento foi ementado conforme segue:

Habeas Corpus nº. 101.232 - PR (2008/0046627-4) Ementa Habeas Corpus. Processual Penal. Crimes de quadrilha ou bando, receptação e porte ilegal de arma de fogo. Condenação em Primeiro Grau. Julgamento de recurso de apelação interposto pela defesa. Desprovimento. Órgão Colegiado. Composição majoritária por juizes convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Precedentes. 1. Embora não exista impedimento à convocação, autorizada por lei complementar estadual, de Juizes de primeiro grau para compor órgão julgador do Tribunal de Justiça, não pode o órgão revisor ser formado majoritariamente por Juizes convocados, sob pena de violação ao princípio do Juiz Natural. 2. É dos Desembargadores titulares a jurisdição sobre os recursos criminais de competência do Tribunal de Justiça Estadual. A Constituição Federal admite a composição de órgão revisor formado por Juizes de primeiro grau somente para o julgamento dos recursos que versarem sobre crimes de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, de competência da Turma Recursal dos Juizados Especiais. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Ordem concedida para anular o julgamento do recurso de apelação, determinando novo julgamento por Câmara composta majoritariamente por Desembargadores titulares. A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da decisão aos demais co-réus apelantes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.232/ PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 15 de dezembro de 2020).

O voto da Ministra Laurita Vaz entendeu que a ordem merece concessão. O que acarreta preocupação em relação a precedentes é a fundamentação. De fato, como afirma o parecer ministerial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm decidido que não ofende o princípio do Juiz Natural a convocação, autorizada por lei complementar estadual, de Juizes de Primeiro Grau para compor órgão julgador do Tribunal de Justiça Estadual. Nesse sentido, destacou o seguinte precedente do Pretório Excelso:

Habeas corpus. Princípio do juiz natural. Relator substituído por Juiz Convocado sem observância de nova distribuição. Precedentes da Corte. 1. O

princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade. 2. A convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfere o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº. 9.788/99 (clique aqui) 3. O fato de o processo ter sido relata do por um Juiz Convocado para auxiliar o Tribunal no julgamento dos feitos e não pelo Desembargador Federal a quem originariamente distribuído tampouco afronta o princípio do juiz natural. 4. Nos órgãos colegiados, a distribuição dos feitos entre relatores constitui, em favor do jurisdicional, imperativo de impessoalidade que, na hipótese vertente, foi alcançada com o primeiro sorteio. Demais disso, não se vislumbra, no ato de designação do Juiz Convocado, nenhum traço de discricionariedade capaz de comprometer a imparcialidade da decisão que veio a ser exarada pelo órgão colegiado competente. 5. Habeas corpus denegado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus* nº 86.889/SP, Relator: Ministro Menezes Direito, 20 de novembro de 2007).

Todavia, o presente Habeas Corpus trata de situação fática diversa, o que afasta a incidência do mencionado entendimento. É sabida a atuação de três Desembargadores nos órgãos fracionados dos Tribunais de Justiça, encarregados de apreciarem o recurso de apelação. No caso, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, embora presidida por Desembargador, era composta somente por Juízes convocados. Assim, quando do julgamento do apelo defensivo, atuaram um Desembargador (Presidente sem voto) e dois Juízes de primeira instância, sendo que estes funcionaram como Relator e Revisor, examinando o processo, formando convencimento e prolatando os votos. Ora, a despeito de não haver impedimento à convocação de Juízes de Primeiro Grau para atuarem no Tribunal de Justiça, a composição majoritária da Câmara por juízes convocados afronta o princípio do Juiz Natural.

Com efeito, assevera o voto que, nos termos dos artigos 93, inciso III, e 94, cc. art. 98, inciso I, da Constituição Federal, a jurisdição para o julgamento de recursos de competência do Tribunal de Justiça pertence aos Desembargadores titulares. A própria Carta Magna restringe a competência de Órgão Revisor formado por Juízes de Primeiro Grau, ao julgamento de recursos que versarem sobre crimes de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, no âmbito da Turma Recursal dos Juizados Especiais. Confira-se:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o

julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Nesse sentido, já se pronunciou este Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. Habeas Corpus. Câmara forma da majoritariamente por juízes de Primeiro Grau convocados. Violação ao princípio do Juiz Natural. Ocorrência. Recurso em sentido estrito. Julgamento. Falta de intimação pessoal do Defensor Público. Nulidade. Ocorrência. Ordem Concedida. 1. Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau, por violação ao princípio do juiz natural e aos artigos 93, III, 94 e 98, I, da CF. 2. É nulo o julgamento do recurso em sentido estrito em que não houve a intimação pessoal do defensor público. 3. Ordem concedida para anular o julgamento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 72941/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 11 de setembro de 2007).

- Penal. Habeas Corpus. Tribunal De Justiça. Órgão Fracionário Insuficientemente Composto. Nulidade. Embargos Infringentes. Apelação. - Nulos são os julgamentos de recursos proferidos por Turma composta, majoritariamente, por juízes de Primeiro Grau. - Ordem concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 9405/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 11 de abril de 2000).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, concedida a ordem para anular o julgamento do Recurso de Apelação, determinando novo julgamento por Câmara composta majoritariamente por Desembargadores titulares. A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da decisão aos demais co-réus apelantes, com a ressalva da vedação da reformatio in pejus indireta, quanto ao apelante Alexandre de Macedo Carvalho. Diante de tal quadro, em breve reflexão, o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau se me afigura inconstitucional. Se o julgamento em Segundo Grau é, em princípio, privativo dos Desembargadores, consoante os critérios constitucionais de preenchimento dos cargos, alternadamente por merecimento e por antiguidade, por promoção, o cargo deveria ser de Desembargador Substituto, como soe acontecer com os Juízes Substitutos (em entrância inicial ou primeira entrância), Juízes de Direitos Substitutos (comarcas de entrância final) e, por consequência Desembargadores Substitutos.

Os princípios constitucionais que norteiam o preenchimento de cargo de Desembargador, que é quem deve ser o juiz natural de Segunda Instância e, por consequência, como soe acontecer em Primeira Instância, o substituto deve ser da mesma entrância.

A criação do cargo de Desembargador Substituto preserva o preenchimento das vagas em segunda instância de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, preservando o quinto constitucional, entretanto o Juiz Natural ocorrerá posto que não haverá designação dos Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau para essa ou aquela Câmara, irá concorrer por promoção por antiguidade e merecimento alternadamente, possibilitando o preenchimento da vaga existente e não a designação ao alvitre do presidente da Corte para uma ou outra Câmara.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto do Código de Processo Constitucional Brasileiro. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 72, de 21 de Maio de 2009. Dispõe sobre a convocação de juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos Tribunais estaduais e federais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/77>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 381-52.2011.2.00.0000/SC. Relatora: Conselheira Morgana Richa, 15 de março de 2011. Disponível em: file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/documento_0000381-52.2011.2.00.0000_PDF. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 101.232/PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 15 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus* nº 86.889/SP, Relator: Ministro Menezes Direito, 20 de novembro de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2328347>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 9405/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 11 de abril de 2000. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 72941/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 11 de setembro de 2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. O inconstitucional cargo de juiz de direito em segundo grau. *migalhas.com.br*, 18 jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/62908/o-inconstitucional-cargo-de-juiz-de-direito-em-segundo-grau>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 122, de 11 de junho de 1994. Cria cargos de Juiz de Direito Substituto de 2º grau, e dá outras providências. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/1994/122_1994_lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 200, de 28 de setembro de 2000. Cria seis cargos de Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, extingue dez cargos de Juiz Substituto de Primeiro Grau, fixa gratificação de representação do 2º Vice-Presidente e adota outras providências. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2000/200_2000_Lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 292, de 15 de julho de 2005. Cria seis cargos de Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, cargos no Quadro de Pessoal da Secretaria e adota outras providências. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2005/292_2005_Lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

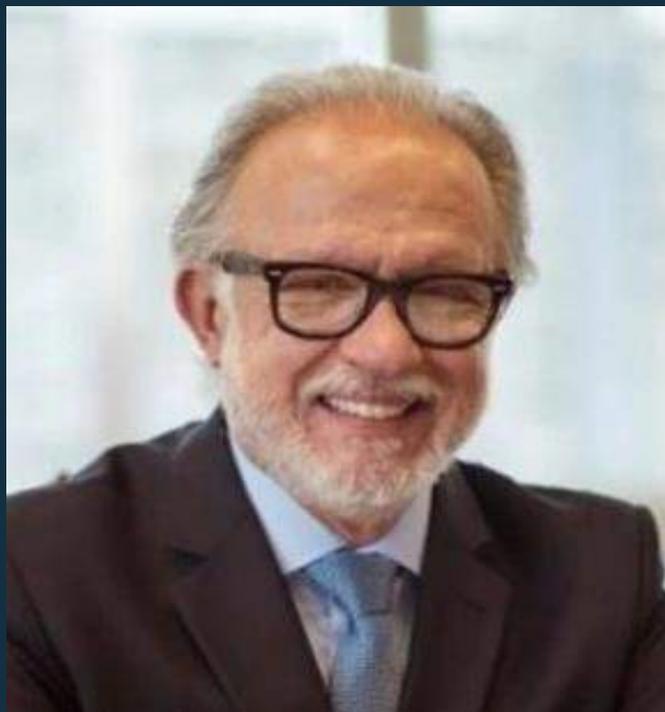
SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 339, de 8 de março de 2006. Dispõe sobre a Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina e estabelece outras providências. Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2006/339_2006_Lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 425, de 16 de dezembro de 2008. Cria cargos no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.ale.sc.sc.gov.br/html/2008/425_2008_Lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 510, de 20 de agosto de 2010. Cria cargos de Desembargador no Tribunal de Justiça e adota outras providências. Disponível em: http://leis.ale.sc.gov.br/html/2010/510_2010_Lei_complementar.html. Acesso em: 25 jul. 2022.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

CONSIDERATIONS ON THE INTEGRATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY TO THE DUE PROCESS OF LAW IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL ORDER



Luiz Rodrigues Wambier¹

Toda ordem constitucional, independentemente de que Estado ou de qual tempo histórico se esteja tratando, fundamenta-se em princípios que, erigidos em normas constitucionais, vão desenhar um determinado tipo de Estado, norteando-lhe a conduta. O legislador constituinte dedicou-se a ampliar e clarificar a tutela das garantias processuais dos cidadãos, criando expressivo arcabouço normativo voltado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito quanto ao desenvolvimento escorreito do processo. O princípio do devido processo legal, uma vez incorporado à Constituição, assenta-se como mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário no contexto de uma ordem democrática, isto é, em respeito aos patamares mínimos necessários dentro de um Estado Constitucional, abrigando em si todos os demais princípios constitucionais relativos ao processo. O princípio da proporcionalidade, enquanto aspecto substancial do devido processo legal, vincula os atos

¹ Advogado com intensa atuação no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Professor no programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6038245889031645>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1691-1127>.

de todas as esferas do poder estatal, atuando como verdadeiro bloqueio a eventuais arbitrariedades nesse exercício e alicerçando tais atos em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Palavras-Chave: Direito Processual na ordem Constitucional; Princípios constitucionais processuais; Devido Processo Legal; Estado de Direito; Princípio da Proporcionalidade.

Every constitutional order, regardless of which State or which historical period it is dealing with, is based on principles that, built on constitutional norms, will design a certain type of State, guiding its conduct. The constituent legislator dedicated itself to expanding and clarifying the protection of procedural guarantees for citizens, creating an expressive normative framework aimed at guiding jurisdictions and legal practitioners regarding the smooth development of the process. The principle of due process of law, once incorporated into the Constitution, is based on a commandment that guarantees citizens' access to decisions of the judicial system in the context of a democratic order, that is, in respect of the minimum levels necessary within a Constitutional State, harboring in itself all the other constitutional principles related to the process. The principle of proportionality, as a substantial aspect of due process of law, binds the acts of all spheres of state power, acting as a true block to any arbitrariness in this exercise and basing such acts on criteria of adequacy, necessity and proportionality.

Keywords: Procedural Law in the Constitutional Order; Procedural Constitutional Principles; Due Process of Law; Rule of Law; Principle of Proportionality.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual, no cumprimento de sua atribuição de disciplinar a atuação da função jurisdicional, é um composto complexo de normas jurídicas, enquadráveis em distintas categorias. Destaca-se, para o desenvolvimento deste modesto estudo, em especial, a divisão entre as normas processuais fundamentais e as normas processuais de caráter infraconstitucional.

As normas que dão regramento ao processo, previstas no CPC e na legislação processual extravagante, ganham unidade a partir da respectiva interpretação à luz da Constituição. Mas, além disso, o próprio Código, em si, deve ser visto a partir dessa ótica, porque é a Constituição, como matriz de todo o sistema, que orienta o dever-ser do processo.

Paulo Bonavides (2004) ensinava que vários princípios da Constituição vinculam, em nosso País, os dois ramos do processo – o civil e o penal – ao Direito Constitucional. Com o Direito Judiciário Civil, esse vínculo se declara na concessão, pelo Poder Público, de assistência judiciária aos necessitados (art. 5.º, LXXIV), na garantia do mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo (art. 5.º, LXIX), no direito de petição aos Poderes Públicos contra abusos de autoridades (art. 5.º, XXXIV, a) e no chamado direito de ação popular em defesa do patrimônio de entidades públicas contra atos que lhe sejam lesivos (art. 5.º, LXXII).

Em seu sentir, esse movimento doutrinário de “publicização” do processo estreitou de tal forma os laços entre o Direito Constitucional e o Direito Processual que resvalou para a criação da disciplina do Direito Processual Constitucional (BONAVIDES, 2004).

A relação do Direito Processual com o Direito Constitucional ganha especial relevância justamente porque o primeiro regula o exercício de uma das funções do poder estatal, que é a atividade jurisdicional.

Tal diretriz está expressa logo no art. 1.º do CPC/15, que dispõe que “o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Essa previsão sofreu algumas críticas, no sentido de afigurar-se desnecessária a norma infraconstitucional que retrate aquilo que já decorre da própria força normativa da Constituição. De todo modo, acredito que essa explicitação, logo no primeiro dispositivo legal do Código, cumpre bem sua função didática, de lembrar ao intérprete que a leitura das normas ali contidas não pode ser dissociada dos preceitos e valores constitucionais.

Nelson Nery Jr. (2016) aponta a existência de diferentes correntes doutrinárias relativamente à submissão do direito infraconstitucional à Constituição, como a ideia de constitucionalização do

direito privado ou de eficácia civil dos direitos fundamentais, de modo que, para o autor, é autorizado afirmar haver uma “eficácia processual dos direitos fundamentais” (NERY JR., 2016).

O legislador do CPC/15, diferentemente do que fazia o Código anterior, optou por sistematizar as normas fundamentais do processo. Embora não seja a localização topográfica da norma que determina a sua natureza, mas, sim, seu objeto e sua função, o legislador dedicou os primeiros artigos do Código às normas fundamentais do processo. Não significa que não haja previsão de direitos fundamentais judiciais e garantias fundamentais do processo em outra localidade do Código, como se verifica relativamente ao próprio dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 489, § 1.º, do CPC.

A Constituição tutela o processo, assegurando o adequado exercício da atividade jurisdicional, de diferentes maneiras. As primeiras delas são estruturais, porque dizem respeito à separação dos poderes estatais, distribuição de competência legislativa (quem pode legislar sobre processo e quem pode legislar sobre procedimento), estrutura do Judiciário, a partir dos seus diferentes órgãos, e distribuição de competências entre esses, além das próprias normas de direito processual em si, na medida em que tratam do regramento da atividade jurisdicional.

Há, ainda, as normas constitucionais que estabelecem garantias institucionais e funcionais aos órgãos e membros do Poder Judiciário.

E temos as normas que definem princípios que constituem garantias fundamentais do processo, muitas delas previstas ao longo dos incisos do art. 5.º da CF. Estabelecer essa diferença não constitui mera abstração teórica, porque a violação de algum desses princípios pode invocar a interposição de recurso especial ou extraordinário, conforme se trate de previsão constitucional ou infraconstitucional.

Os princípios fundamentais, assim como todo princípio, contêm um campo de incidência que se pode afirmar ser ilimitado. Tais princípios dão alicerce ao sistema normativo infraconstitucional, orientando todo o ordenamento jurídico.

Gilmar Mendes (2012) destaca o papel fundamental que os direitos e garantias constitucionais processuais exercem na concretização do Estado de Direito. Com base na doutrina alemã, assevera que “a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial da realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica”. Significa que a eficácia dos direitos fundamentais, que conferem e ao mesmo tempo limitam o poder do Estado, exige a independência judicial e processos que se desenvolvam em escorreita atenção aos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, afirma o autor, “o princípio da dignidade humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.

Toda ordem constitucional, independentemente de que Estado ou de qual tempo histórico se esteja tratando, fundamenta-se em princípios que, erigidos em normas constitucionais, vão desenhar um determinado tipo de Estado, norteando-lhe a conduta.

Para Paulo Bonavides (2004), "fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes". E acrescenta o autor que os princípios constitucionais "são qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição".

Em seu sentir, "essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época". As decisões desses tribunais, para esse autor, "marcam e balizam a trajetória de jurisdicação cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios" (BONAVIDES, 2004).

O tratamento e a força dos princípios sofreram grande transformação ao longo do tempo. E essa transformação, segundo leciona Paulo Bonavides (2004), deveu-se "ao caráter e lugar de sua normatividade", pois, se antes os princípios eram tutelados somente nos Códigos, como "fontes de mero teor supletório", ao receberem tratamento constitucional, convertem-se "em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais".

Mas, se o caráter subsidiário dos princípios, imbuído pela corrente positivista, já está superado, de modo que a normatividade, a vinculatividade e a eficácia dos princípios constitucionais restam amplamente reconhecidas, sendo eles as "normas-chaves" do nosso sistema jurídico, tal como afirma Paulo Bonavides (2004), por qual razão o legislador do CPC/15 optou por explicitar no texto positivado infraconstitucional princípios fundamentais do processo que já constam na própria Constituição Federal?

Retomo o raciocínio empregado relativamente à previsão do art. 1.º do CPC. Trata-se, na verdade, de estratégia legislativa com finalidade pedagógica, buscando-se também, a partir disso, conferir maior concretude e aprofundamento às garantias processuais de força constitucional.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O debate acerca da necessidade de uma via segura mediante a qual os cidadãos possam requisitar

ao Estado a solução de seus conflitos de interesses é bastante antiga.

Há, entretanto, o consenso entre os doutrinadores de que a primeira aparição que se pode comprovar do princípio do devido processo legal remonta a 1215, na Charta Magna Libertatum, em que o Rei João da Inglaterra, denominado "João Sem Terra", compelido a pactuar com as reivindicações crescentes de seus barões, outorga uma primeira carta de direitos, que expressava o resultado e a resposta a esses requerimentos.

As modernas constituições nascem a partir da referida carta constitucional, muito embora essa se tratasse do produto do consenso entre o monarca e os barões em revolta. Ainda assim, a Charta Magna Libertatum é bastante significativa para a construção do direito constitucional contemporâneo, especialmente no tocante ao reconhecimento de alguns dos direitos da pessoa humana.

No que interessa ao devido processo legal, o monarca se comprometeu a atuar em conformidade com os limites da *law of the land*, o que significou um empecilho à atuação de acordo com sua livre vontade. Ou seja, a referida lei marcou decisivamente na definição do direito do homem de ser submetido, em qualquer conflito de interesses do qual seja parte, aos procedimentos de um processo justo, na forma da lei.

No âmbito do direito brasileiro, o princípio do devido processo legal foi primeiramente positivado no texto constitucional, de maneira expressa, na Constituição de 1946, art. 141, § 4.º, que dizia que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Muito embora possa parecer explícita somente a previsão à garantia do controle jurisdicional, é certo que dela naturalmente decorre o devido processo legal. É que não há como se cogitar da garantia do direito ao controle jurisdicional dos atos sem que isso se realize por meio de via apropriada, adequadamente prevista em lei.

A afirmação de que a garantia do devido processo legal somente foi explicitada em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1946, todavia, não significa que já não houvesse, antes disso, a previsão de outras garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, culminassem para a adoção da garantia substancial do devido processo legal.

Cito como exemplo o art. 179 da Constituição Imperial de 1824, cujo inciso XI determinava que "ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta".

A Constituição de 1891, já no período republicano, não operou grandes inovações em matéria de controle judicial dos atos, garantindo a legalidade e

anterioridade das leis, a ampla defesa nos processos da esfera penal e a vedação aos foros especiais.

Já, a Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso 26, constou que “ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na fôrma por ella prescripta”.

Na Era Vargas, o texto constitucional de 1937 continha, no art. 122, item 11, disposições atinentes ao âmbito criminal que, lidas sistematicamente, em conjunto com o art. 123, autorizam a conclusão de que, naquele tempo, já despontava a garantia do devido processo legal.

Já, sob a égide da Constituição de 1988, o devido processo legal recebeu expressivo tratamento normativo. Além do brocardo expresso no art. 5.º, LIV, (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), a CF/88 contém uma série de outras garantias intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal, entre elas a inafastabilidade e universalidade da tutela jurisdicional, o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório, a publicidade, a proibição de provas ilícitas.

É evidente, portanto, a profunda atenção dedicada pelo legislador constituinte, no sentido de ampliar e clarificar a tutela das garantias processuais dos cidadãos, criando expressivo arcabouço normativo voltado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito quanto ao desenvolvimento escorreito do processo.

2 O DUE PROCESS OF LAW COMO POSTULADO FUNDAMENTAL DO SISTEMA PROCESSUAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL

O princípio do devido processo legal se consolidou como axioma do sistema processual no Estado de Direito, estando previsto no art. 5.º, LIV, da CF, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tendo recebido guarida em constituições liberais-democráticas de todo o mundo, o princípio do devido processo legal foi objeto de estudo de diferentes doutrinadores, a partir de diversas fontes e de distintos posicionamentos filosóficos e ideológicos.

John Rawls insere o princípio do devido processo legal entre aqueles que garantem a existência do Estado de Direito, enquanto Piero Calamandrei o coloca no campo dos próprios direitos fundamentais, reconhecidos a todas as pessoas.

Gilmar Mendes (2019) ensina que a garantia do devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana cumprem “função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo”. A escolha do vocábulo “subsidiária” justifica-se na medida em que o devido processo legal

e o princípio da dignidade da pessoa humana conferem sustentáculo à realização de todas as demais garantias de ordem processual.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. (2016) sustenta que a adoção constitucional do devido processo legal constituiria medida suficiente para garantir aos jurisdicionados “o direito a um processo e a uma sentença justa”. No seu entender, o devido processo legal “é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

Também Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2020) entendem a garantia do devido processo legal como um “sistema de limitações ao exercício do poder”, por meio da criação de barreiras intransponíveis na prática dos atos estatais, cujo avanço resvala para a violação do próprio regime democrático.

Em seu aspecto substancial, no sentir dos autores, o devido processo legal garante a razoabilidade e a racionalidade dos atos praticados no exercício do poder, critérios esses aplicáveis inclusive à atividade legislativa. Significa que não basta tratar o devido processo legal como o direito a um processo justo pré-definido em lei, mas considerar, sobretudo, que a própria atividade legislativa deve se desenvolver a partir de um processo igualmente justo.

Nesse contexto, sustentam que o princípio do devido processo legal “constitui um núcleo de convergência e uma condensação metodológica de todos os princípios constitucionais”, de tal modo que a doutrina o qualifica como “cláusula organizatória (organizatória do sistema constitucional de princípios e garantias)”, pois a observância do devido processo legal culmina para o respeito a todas as demais garantias constitucionais do processo.

O princípio do devido processo legal, portanto, uma vez incorporado à Constituição, assenta-se como mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário no contexto de uma ordem democrática, isto é, em respeito aos patamares mínimos necessários dentro de um Estado Constitucional, tais como a realização do julgamento por um juiz natural, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, a assistência judiciária aos que não disponham dos meios necessários para custear a movimentação da máquina judiciária, o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, entre outros, de igual importância.

Consiste no direito conferido ao cidadão de buscar a solução para os conflitos de interesses em que esteja envolvido perante o Poder Judiciário, a partir de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei.

Significa que toda ingerência na liberdade, nas relações e no patrimônio de um indivíduo deve decorrer

de uma decisão proferida no bojo de um processo que haja tramitado de acordo com os ditames da lei vigente.

Esse aspecto do devido processo legal está também previsto no inciso II do art. 5.º, conforme o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Há uma segunda acepção do devido processo legal, consistente no dever de atuação jurisdicional em conformidade com os valores constitucionais tanto de direito material quanto processual.

E a terceira dimensão desse princípio está diretamente relacionada com o princípio da proporcionalidade. Significa, em última análise, que o julgador deve decidir com amparo na lei, mas sempre ponderando os valores envolvidos e adotando soluções compatíveis com a ordem constitucional.

3 A INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO CONTEXTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

O devido processo legal, segundo autorizada doutrina, consiste no princípio matriz da ordem constitucional, sob o aspecto processual, abrigando em si os demais princípios constitucionais relativos ao processo. Haveria, então, profunda relação do devido processo legal com todas essas garantias.

Mas a escolha de tratar dessa integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal está na importância de refletirmos sobre como e por qual razão eles se relacionam de tal modo que a doutrina compreende o princípio da proporcionalidade como o sendo próprio aspecto substancial do devido processo legal.

Há, entre os doutrinadores, quem intitule o princípio da proporcionalidade de "princípio dos princípios", por tratar-se de um método que orienta o operador do direito também quando estiver diante de conflito entre princípios jurídicos. A proporcionalidade se afigura como o princípio da proibição do excesso e decorre da exigência de um processo razoável, que, por sua vez, decorre do princípio do devido processo legal.

Há um acórdão do STF, lavrado pelo Ministro Gilmar Mendes (2012), relativo a um pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, dado o não pagamento de valor requisitado em precatório que envolvia prestação de natureza alimentícia, em que o Ministro destacou que "o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental".

Embora se esteja aqui tratando mais especificadamente do processo judicial, oportuno destacar que o princípio da proporcionalidade vincula todos os atos do Poder Público: legislativo, administrativo e judiciário.

Sob a égide do CPC/15, o princípio da proporcionalidade ganhou contornos infraconstitucionais nos arts. 8.º e 489, § 2º. O escopo do legislador foi o de conferir reforço à vinculação do princípio da proporcionalidade aos magistrados no exercício da atividade interpretativa.

Ainda que o princípio da proporcionalidade encontre maior expressividade na atividade interpretativa, aplica-se também a situações concretas de antagonismo entre bens jurídicos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2020) entendem a proporcionalidade como sendo o "justo equilíbrio" entre os resultados pretendidos e os meios investidos. Exemplo clássico em que se pode mais facilmente vislumbrar esse justo equilíbrio é o da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, na qual cumpre ao magistrado estabelecê-la em um patamar pautado na razoabilidade e na proporcionalidade entre o dano comprovado e o valor arbitrado.

Há um acórdão do STJ cuja ressalva de entendimento externada pelo Min. Raul Araújo retrata bastante bem essa adequada relação entre os meios empregados e as finalidades pretendidas indicadas pelos autores como representativa do princípio da proporcionalidade no âmbito processual. Trata-se de um agravo interno no agravo em recurso especial, que foi negado por unanimidade porque a guia de recolhimento do preparo do recurso especial foi preenchida com o número incorreto do processo no Tribunal de origem. Para o STJ, segundo a jurisprudência da Corte Especial, essa prática inviabiliza a identificação e o controle do pagamento e da regularidade do preparo.

Aplicando-se a jurisprudência do STJ, a Quarta Turma consignou a impossibilidade de concessão de prazo para a regularização do preparo do recurso especial, muito embora o art. 1.029, § 3.º, do CPC/15, estabeleça que o STF ou o STJ podem desconsiderar vício formal do recurso ou determinar sua correção, desde que o recurso seja tempestivo e que não se trate de vício grave.

Apesar disso, o Relator, Min. Raul Araújo, ressaltou seu entendimento pessoal acerca do tema, citando trecho da manifestação apresentada no julgamento da PET no AREsp 354.299/SP, em que destacou o seguinte:

O mero preenchimento incorreto da guia de recolhimento do preparo não pode implicar deserção do recurso. Isso porque, segundo precedentes, deve-se, no caso, mitigar o rigor formal, prestigiando-se os princípios processuais da finalidade e da instrumentalidade da forma, tendo em foco a efetividade da prestação jurisdicional, para que não se violem o princípio constitucional do devido processo

legal e seus consectários, inclusive em sua dimensão substantiva de razoabilidade e proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2004) entende a proporcionalidade como um princípio cuja compreensão substancial se afigura mais simples do que sua própria definição. Com base na doutrina alemã, destaca haver, em relação ao princípio da proporcionalidade, a necessidade de compreendê-lo sob suas dimensões ampla e restrita. A primeira acepção diz respeito à proporcionalidade como regra fundamental que vincula tanto aqueles que exercem o poder quanto aos que a ele estão submetidos. Em sentido mais estrito, a proporcionalidade se refere à já mencionada relação de equilíbrio entre a finalidade perseguida e os meios empregados para essa concretização.

Trata-se, portanto, de um critério de adequação entre os fins e os meios, "confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso". Mas pode haver, no entender do autor, a partir da doutrina de Braibant, certa insuficiência teórica nessa binariedade, de modo a inserir-se nessa relação um terceiro elemento, a saber, a "situação de fato".

A doutrina nacional e estrangeira aponta o desdobramento do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade stricto sensu.

O primeiro subprincípio, também chamado, pela doutrina, de adequação, diz respeito à relação prática e concreta entre a medida despendida e a finalidade almejada.

Humberto Ávila (2018) trata do subprincípio da aptidão a partir de outras três perspectivas: a abstração ou concretude, a generalidade ou particularidade e a antecedência ou posteridade. Sob a primeira acepção, verifica-se se o meio empregado deve ser adequado a potencialmente alcançar o objetivo desejado, compreensão essa que se situa no campo da abstração, ou se o princípio da proporcionalidade, dentro dessa primeira dimensão, prescreve que a medida somente será adequada se a finalidade, no plano empírico, for efetivamente alcançada.

Pela generalidade ou particularidade, pode-se conjecturar se a medida deve ser adequada num plano de generalidade, isto é, se, de maneira geral, determinado meio é adequado à prossecução daquele determinado fim; ou, ainda, se a exigência de adequação deve necessariamente ser averiguada sob as lentes do caso concreto.

A terceira acepção, a saber, da antecedência ou posteridade, conduz à reflexão acerca da necessidade de a medida ser apta à realização do fim pretendido no instante em que perfilhada, de modo que posterior inadequação da medida não lhe afeta a validade ou, por outro lado, se a medida cuja inaptidão

apenas se puder verificar subsequentemente deverá ser anulada.

Humberto Ávila (2018) reconhece a intensa dificuldade de se estabelecer um parâmetro único, inexorável e concreto para aferir-se o significado substancial de adequação da medida, dada a complexidade e mutabilidade no que se refere à atuação das instâncias do Poder Público. De forma sistemática, conclui ser autorizado afirmar que, a depender do grau de generalidade ou individualidade do caso concreto, a medida poderá exigir uma adequação mais ou menos singular e específica, de modo que, em qualquer dos casos, o critério da aptidão deve ser avaliado no momento da escolha da medida pelo Poder Público.

O segundo subprincípio em que se desdobra o princípio da proporcionalidade enlaça a admissibilidade da medida à sua necessidade. Ou seja, a medida deve ser empregada nos exatos limites do que for necessário à concretização da finalidade desejada.

Esse subprincípio se desenrola para o postulado segundo o qual a medida eleita para a realização dos fins pretendidos deve ser "aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*)".

Importa, para a efetivação desse subprincípio, garantir que os meios disponíveis para escolha estejam em posição de igualdade no que se refere à aptidão para concretamente levar à realização do objetivo almejado.

Nesse sentido, há um julgado do STJ, de relatoria da Min. Regina Helena Costa, tendo sido relator para o acórdão o Min. Gurgel de Faria, envolvendo a aplicação dos parâmetros da proporcionalidade da pena aplicada em um processo administrativo. Em seu voto, o Min. Gurgel de Faria destacou a adequação, no caso concreto, da pena de aposentadoria compulsória à magistrada que determinou a busca e apreensão de armas que supostamente estariam em poder de um morador do condomínio no qual residia, sem a provocação das autoridades competentes, tendo, ainda, conduzido pessoalmente a diligência e dado voz de prisão à funcionária que trabalhava na residência.

A Primeira Turma, por maioria, entendeu que o ato da magistrada teria se caracterizado como prática de conduta gravíssima, de modo que não haveria possibilidade de aplicação de sanção menos gravosa. O leque de outras medidas menos gravosas, no caso relatado, no entender do Tribunal, não se configuraria adequado ao alcance da finalidade esperada, de modo que a sanção aplicada seria proporcional à conduta praticada.

O critério de concretização da proporcionalidade consistente na necessidade se afigura como o "direito à menor desvantagem possível", o que significa a escolha da medida menos gravosa,

porém, igualmente eficaz à prossecução dos fins determinados.

A proporcionalidade *stricto sensu* é o terceiro subprincípio esculpido na proporcionalidade amplamente considerada. Nas palavras de Paulo Bonavides, significa a imposição de que a escolha recaia "sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo".

Trata-se, em última análise, do equacionamento das vantagens e desvantagens da concretização da finalidade almejada e das medidas que para tanto serão utilizadas.

Nesse sentido, a proporcionalidade, em sentido estrito, tem caráter dúplice, na medida em que prescreve uma obrigação e uma vedação. De um lado, impõe o dever de utilização das providências apropriadas ao conjunto de interesses de que se esteja tratando e, de outro, implica a vedação ao uso de providências desproporcionadas.

No referido acórdão do STJ, o Min. Gurgel de Faria conceituou a proporcionalidade em sentido estrito como sendo a "relação custo-benefício", no sentido de verificar-se se a medida a se utilizar não exaure bem jurídico que reclama maior proteção da ordem jurídica do que aquele que com o seu emprego se busca preservar.

A concretização do princípio da proporcionalidade, enquanto aspecto substantivo do devido processo legal, culmina para um processo escorado em princípios da justiça, a partir da vedação ao excesso e alicerçando os atos do Poder Público nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Diante deste brevíssimo estudo, centrado na integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal no contexto da ordem constitucional, penso ser autorizada algumas conclusões. Exponho-as, por razões metodológicas, de maneira sistematizada:

1. As normas processuais previstas na legislação infraconstitucional ganham unidade e interpretação à luz da Constituição, que orienta o "dever-ser" de todo o sistema processual;

2. O reforço à supremacia da Constituição Federal no art. 1.º do CPC, assim como todas as demais previsões acerca de garantias processuais já constitucionalmente tuteladas, derivam de uma opção legislativa com finalidade pedagógica, buscando-se, a partir disso, conferir a essas garantias maior aprofundamento e solidificação;

3. Os princípios fundamentais dão alicerce ao sistema normativo infraconstitucional, orientando todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as

garantias constitucionais processuais exercem papel essencial na concretização do Estado de Direito;

4. O legislador constituinte dedicou à tutela das garantias processuais profunda atenção, criando expressivo arcabouço normativo dedicado a orientar jurisdicionados e operadores do Direito acerca do desenvolvimento escorreito do processo;

5. O princípio do devido processo legal se consolidou como postulado fundamental do sistema processual dentro da ordem constitucional, de modo que não há como se cogitar do Estado de Direito sem que haja a garantia do devido processo legal. Tamanha a sua importância no cumprimento dessa função, que há doutrinadores que consideram que apenas a adoção constitucional do devido processo legal bastaria para garantir aos jurisdicionados e aos cidadãos o direito a processos judiciais e legislativos pautados em princípios de justiça e afinados com o sistema democrático. O devido processo legal abriga em si todas as demais garantias de ordem processual;

6. A integração do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal na ordem constitucional reside na circunstância de que o primeiro se consolida como o próprio aspecto substantivo do segundo. A proporcionalidade, com seus vários desdobramentos, vincula os atos de todas as esferas do poder estatal e age como verdadeiro bloqueio a eventuais arbitrariedades nesse exercício, alicerçando-os em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Paulo Bonavides (2004) afirma, com absoluto acerto, que o princípio da proporcionalidade (ou devido processo legal substantivo) é "axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito", na medida em que constitui um obstáculo à atuação ilimitada do poder estatal e atua como garantidor da realização concreta dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos

Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1973.

HOYOS, Arturo. *La garantía constitucional del debido proceso legal*. Revista de Processo, São Paulo, v. 47, p. 43-91, jul./set. 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal, Revista de Processo, São Paulo, v. 63, p. 54-63, jul./set. 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 1. 19. ed. São Paulo Thomson Reuters, 2020.

AIRBNB: HOSPEDAGEM OU LOCAÇÃO? ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ

AIRBNB: HOSTING OR RENTING? ANALYSIS OF THE STJ'S DECISION



Nelson Rodrigues Netto¹

O artigo tem por objetivo analisar o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que enfrentou tema que está levando dezenas de milhares de conflitos ao Poder Judiciário brasileiro. Trata-se do chamado "caso Airbnb". O litígio envolve condôminos em edifícios residenciais e diz respeito à permissão ou à proibição de locação de unidades, ou apenas cômodos, para diversas pessoas e por curto espaço de tempo, por intermédio de plataformas eletrônicas em sites na internet. A pesquisa adota o método monográfico e de indução analisando os fundamentos dos votos vencedores, assim como, os do voto vencido, e também a extensão da eficácia da decisão como precedente para os demais órgãos judiciais. A técnica de pesquisa é a documentação indireta com investigação de parâmetros jurisprudenciais já estabelecidos.

Palavras-Chave: Airbnb; Condomínio residencial; Hospedagem.

Pesquisador sênior visitante (*Gastforscher*) no *Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht Ruprecht-Karls - Universität Heidelberg* (2015). Pós-doutorado (*Visiting scholar*) pela *Harvard Law School* (2006). Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2005). Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2001). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP (1997). Bacharel em Direito pela PUC/SP (1986). Membro da *Internationale Procedure Law Association*, da *American Society of International Law*, da Associação de Juristas Brasil-Alemanha (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*), do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da *Harvard Law School Association* do Brasil e *Harvard University Association* do Brasil, e da Associação dos Advogados de São Paulo. Professor e pesquisador de direito processual civil. Advogado e consultor jurídico. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0915534145320752>. E-mail: advocacia@rodriguesnetto.com.br

The paper aims at analysing the decision of the Superior Court of Justice regarding subject matter involving tens of thousands of actions brought to the Brazilian Judiciary. It refers to the so-called "Airbnb case". The litigation involves owners of residential buildings units and concerns the permission or prohibition of renting units, or just rooms, for a short period of time to several different people through electronic platforms on internet sites. The research adopts the monographic and analytical induction methods analysing the reasoning behind the ruling, as well as of the dissenting vote, and also the decision effectiveness as precedent for other judicial courts. The research technique is indirect documentation with investigation of established jurisprudential parameters.

Keywords: Airbnb; Residential buildings; Hosting.

INTRODUÇÃO

Em 20 de abril de 2021, a Quarta Turma da Seção Especializada de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.819.075-RS, negando-lhe provimento, por maioria de votos, e estabelecendo que a cessão de uso de apartamento, ou partes dele, em condomínios de edifícios residenciais, realizada de modo informal e concomitante para pessoas sem vínculo entre si, por prazos curtos e variados de tempo, comumente oferecida por meio de plataformas digitais, configura contrato atípico de hospedagem. Difere, portanto, do contrato típico de locação de imóvel.

A decisão acrescenta que a alta rotatividade de ocupantes gera potencial ameaça à segurança, ao sossego e à saúde dos demais condôminos, e, afronta diretamente a convenção de condomínio que preveja destinação residencial das unidades.

Por último, ressaltou-se a possibilidade de os condôminos deliberarem em assembleia, por maioria qualificada, permitir a utilização das unidades para fins de hospedagem atípica.

No texto, procederemos a um resumo do processo, seguida de uma compilação sintetizando os aspectos relevantes dos votos e uma revisão crítica do julgamento, iniciando pelo voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator que restou isolado, passando aos votos da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira que compuseram a maioria, finalizando com o voto do Ministro Raul Araújo, relator para o acórdão e juiz que iniciara a divergência.

1 HISTÓRICO DO PROCESSO

Colhe-se do relatório do acórdão que um dado condomínio edilício residencial, na comarca de Porto Alegre, propôs ação em face de dois condôminos coproprietários de duas unidades no prédio, formulando pedido cominatório visando à cessação da locação e dos serviços de hospedagem oferecidos pelos réus. Argumentou-se que os imóveis eram anunciados por intermédio de plataformas especializadas na internet, inclusive a denominada *Airbnb*, para terceiros, por curto espaço de tempo e mediante remuneração, fato que consistiria em violação da convenção do condomínio, em virtude da "alteração da destinação residencial do edifício para comercial" (grifo no original do acórdão).

O pedido foi acolhido em 1º grau, e a respectiva sentença foi confirmada em sede de julgamento de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

A sentença reconheceu que: (i) as atividades desenvolvidas pelos réus não se amoldavam a um contrato típico de locação, seja na modalidade residencial, seja na modalidade por temporada; e, (ii) que os serviços disponibilizados pelos réus aos

ocupantes não se encontram no rol dos direitos e deveres de locador e locatário previstos na Lei de Locação (Lei n. 8.245/91). Ressalvou-se, ainda, que nada impediria aos réus de dispor de seus imóveis mediante contrato de locação, desde que observados os parâmetros legais para tanto.

Por seu turno, o TJRS, ao negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença, afirmou que: (i) a ausência de vinculação entre os inquilinos; (ii) a reforma do apartamento no sentido de criar novos quartos e acomodar mais pessoas; (iii) a alta rotatividade de pessoas; e, (iv) o fornecimento de serviços, são elementos suficientes para caracterizar um contrato atípico de hospedagem havido entre os réus e os terceiros ocupantes dos imóveis.

Os réus irrisignados recorreram por meio do recurso especial em apelo, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos artigos 47 e 48, da Lei de Locação de Imóveis Urbanos (Lei nº 8.245/91), artigo 1.335, I, do Código Civil, e artigo 19, da Lei de Condomínio em Edificações e Incorporações Imobiliárias (Lei nº 4.591/64). Alegaram, basicamente, ter cumprido escorreitamente as normas da convenção do condomínio, de sorte que o acórdão recorrido teria violado o "direito de propriedade dos recorrentes de usar, fruir e livremente dispor de seus apartamentos, locando-os para fins residenciais ou por temporada" (grifos no original). Negado seguimento no tribunal de origem, o Agravo interposto foi provido para determinar sua conversão em Recurso Especial. Foi admitida a intervenção de *Airbnb Ireland UC* como assistente simples. Ao recurso especial foi negado provimento, por maioria de votos composta pelos Ministros Raul Araújo (relator para o acórdão), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, vencido o relator Luis Felipe Salomão.

2 VOTO DO MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (VENCIDO)

O voto consiste em uma preliminar processual, e, no mérito distinguem-se três tópicos: (i) qual é a natureza jurídica da atividade dos recorrentes: exploração comercial ou de locação de imóveis; (ii) qual é a implicação de a cessão de uso do imóvel ou de cômodos ser oferecida por intermédio de plataformas digitais na internet; e, (iii) quais são os limites de restrição que normas condominiais podem impor ao direito de propriedade do titular de apartamento residencial.

Em preliminar, foi admitido o ingresso de *Airbnb Ireland UC* como assistente simples.

Ao ingressar no mérito recursal, o Relator aponta, em primeira aproximação, que a questão controvertida cingir-se-ia em decidir se a disponibilização de imóveis a terceiros mediante remuneração, por curto período e por intermédio de plataformas virtuais, pode ser considerada como

atividade comercial e, por isso, ser proibida por condomínio residencial.

Considerando que as instâncias ordinárias afastaram a existência de contrato de locação entre as partes, e, tendo o TJRS reconhecido trata-se de um contrato atípico de hospedagem, o Relator confronta a situação fática descrita com as normas e a jurisprudência relativas à hospedagem.

Ele rejeita que a atividade realizada pelos recorrentes seja comercial, não podendo ser igualada aos serviços prestados no âmbito da hospedagem. Para tanto invoca o art. 23, da Lei sobre a Política Nacional de Turismo (Lei nº 11.771/2008), bem como, a jurisprudência do STJ que aponta ser a prestação de serviços ("complexo de prestações") elemento preponderante do contrato de hospedagem (Resp. nº 1734750/SP, 3ª. T. rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019) (grifos no original).

Desenvolve sua fundamentação afirmando que os recorrentes disponibilizam quartos, ou todo o imóvel, sempre com a finalidade residencial, ainda que temporária, e que a prestação de serviços de lavagem de roupas ou fornecimento de serviços de internet (*WiFi*), são circunstanciais, não se assemelhando ao plexo de serviços exigidos para caracterizar um contrato de hospedagem. Prossegue afastando o caráter comercial da atividade explorada pelos recorrentes pela mera existência de alta rotatividade de pessoas no imóvel, ou, a ausência de vínculo entre os ocupantes, ou ainda, do suposto incremento patrimonial dos proprietários-recorrentes.

Elabora uma segunda indagação: a atividade dos recorrentes pode ser considerada locação e, nesta hipótese, poderia a convenção impor limitações ao uso do imóvel?

Inicia asseverando que sempre existiu "contratos de curta temporada ou referente a partes do imóvel (cômodos), em que não se evidencia o vínculo entre os ocupantes, até mesmo associado a prestação de serviços eventuais" (grifos nossos) (STJ, 2020, p. 14). A novidade seria a de ocupações por curtíssimo prazo derivada de novas tecnologias constantes de plataformas eletrônicas, as quais possibilitam uma exacerbada facilidade de aproximação entre o proprietário e os ocupantes. Neste ensejo, o Relator passa a discorrer minuciosamente sobre a economia de compartilhamento, arrolando dados econômicos, doutrina e jurisprudência, especialmente, com referência à questão constitucional debatida no Supremo Tribunal Federal sobre o "caso *Uber*" (RE nº 1.054.110/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso julgado em 09/05/2019, processo eletrônico DJe-194, divulg. 05/09/2019, public. 06/09/2019), e quanto a restrições legais para o acesso ao mercado de trabalho (ADPF nº 449, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux julgado em 08/05/2019, processo eletrônico DJe-190, divulg. 30/08/2019, public. 02/09/2019).

Avançando sob a ótica legislativa, menciona o projeto de lei do Senado Federal PL 2.474/2019, de autoria do Senador Angelo Coronel, propondo a inclusão de dispositivo (artigo 50-A) na Lei de Locações, e, leis municipais que regulamentam a atividade do Airbnb (Lei nº 4050/2017, de Ubatuba (SP) e Lei Complementar nº 99/2017, de Caldas Novas (GO), concluindo ser uma tendência a regulamentação do tema dentro da esfera dos contratos de locação por temporada.

Por último, estudando o direito comparado, pondera a diversidade de tratamento, ora reconhecendo atividade comercial, ora locatícia, ora ainda, híbrida, dentre as diferentes situações fáticas que os negócios podem envolver. Destaca, todavia, como ponto comum a crescente produção legislativa a regulamentar a matéria, visando, preponderantemente, suplantar o vácuo legislativo e a insegurança jurídica dele derivado. O Ministro Luis Felipe Salmão, após essa profunda digressão sobre a relação jurídica concreta, afirma que "não há como enquadrá-la em uma das rígidas formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente" (grifos no original) (STJ, 2020, p. 27).

Como terceira e última faceta de sua motivação, o Relator avalia os limites da restrição ao direito de propriedade por norma condominial.

Destaca, inicialmente, que o direito de propriedade tem assento constitucional e dele decorre a norma contida no art. 1.228, do CC, consistente no usar, gozar e dispor da coisa. O seu exercício é limitado à função social que compreende aspectos relativos ao aproveitamento racional e adequado da coisa, à qualidade de vida das pessoas, ao seu uso frente à coletividade, bem como para o desenvolvimento de atividades econômicas pelo seu emprego. Enfim, a função social da propriedade é vista sob a forma de sua utilização dentro das tônicas da solidariedade econômica, política, social e o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Invoca doutrina e jurisprudência, realçando que o STJ reconhece um núcleo rígido do direito de propriedade, de modo que a aplicação de normas a ele restritivas deve ultrapassar o crivo dos critérios de legalidade, razoabilidade, legitimidade e proporcionalidade (grifos no original). Cita os precedentes relativos a regras restritivas à criação e à guarda de animais (Resp. nº 1.783.076/DF, 3ª. T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, julgado em 14/05/2019, REPDJe 19/08/2019, DJe 24/05/2019), e, uso de área comum pelo proprietário inadimplente (Resp. nº 1.699.022/SP, 4ª. T., rel. Min. Luiz Felipe Salmão, julgado em 28/05/2019, DJe 01/07/2019). Em ambos os casos a Corte considerou desarrazoada a restrição às faculdades derivadas do direito de propriedade do condômino, demarcando que "a harmonia exige espírito de cooperação, solidariedade, mútuo respeito e tolerância, que deve nortear o comportamento dos condôminos" (grifos no original).

À luz de tais premissas e revisando os elementos fáticos colhidos das instâncias ordinárias, o Ministro Luis Felipe Salomão conclui seu voto pontificando que [as instancias ordinárias]:

acabaram por conferir interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, a meu juízo, em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade dos recorrentes (grifos no original).

3 VOTO DA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

A Ministra Maria Isabel Gallotti, ao acompanhar o voto divergente, reconhece que a destinação dada ao imóvel pelos recorrentes não é meramente residencial, fugindo, portanto, ao permitido na convenção de condomínio, a qual vincula todos os condôminos.

Reforça que a situação dos autos difere daquela de proprietários de casas, os quais têm liberdade mais ampla para destinar o imóvel com propósitos apenas residenciais ou comerciais, enquanto nos condomínios edilícios, os condôminos estão vinculados às normas da convenção, e o modelo de negócio do Airbnb pode impactar elementos como a segurança do condomínio e as atividades de seus funcionários.

4 VOTO DO MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA

O ministro Antonio Carlos Ferreira, acompanhando a divergência, afirma que a controvérsia dos autos se cinge a tensão existente entre os poderes da convenção do condomínio e o exercício do direito de propriedade dos recorrentes.

Ele enfatiza que, no caso concreto, não se discute a modalidade de publicidade ou de contratação do negócio, que pelas suas peculiaridades está sendo reconhecido como um contrato atípico de hospedagem. Reforça que a tese e a antítese das partes retratam, exclusivamente, a qualificação dos serviços oferecidos pelos recorrentes aos ocupantes do imóvel, sem sofrer qualquer influência da forma que são oferecidos ou contratados, seja por meio de aplicativo, seja por imobiliária, anúncio em jornal, panfletagem etc. Nesta toada, exemplifica que se se tratasse de uma locação por temporada pura, ainda que contratada por meio de aplicativo, o resultado do recurso seria diverso.

Nesta linha de pensamento, pondera que o caso dos autos não é adequado para se extrair uma "abrangência maior e criar precedente específico sobre a questão envolvendo os aplicativos pelos quais os usuários oferecem seus imóveis para uso temporário (locação para temporada)" (grifos no original).

Após tais explicações, o Ministro destaca que cada condomínio tem suas peculiaridades, de sorte que aqueles situados em locais turísticos, próximos a

hospitais ou universidades, podem estar vocacionados a aquisição por investidores-proprietários com objetivo mais voltado à locação a terceiros. De outro modo, nos condomínios exclusivamente residenciais, que podem exigir custos adicionais com segurança e privacidade, aquele objetivo principal pode estar mitigado. Destaca que, em qualquer hipótese, cabe à convenção de condomínio, como estatuto que traduz a vontade da maioria dos coproprietários, "disciplinar o uso das unidades condominiais, sem que daí resulte indevida restrição ao direito de propriedade" (grifos no original).

À guisa de conclusão, reafirma que a contratação por meio de aplicativos, como o Airbnb, não tem o condão de transformar a natureza da atividade de locação em comercial. Enfatiza que são as características dos serviços prestados, casuisticamente aferíveis, que podem permitir reconhecer a existência de prestação de serviço de hospedagem afastando a natureza de locação por temporada. Por fim, afirma que ficou bem demonstrado pelo voto divergente que a situação descrita nos autos retrata uma "modalidade atípica de hospedagem, evidenciando o uso comercial" (grifos no original), detendo a convenção condominial de poderes para vedar essa espécie de uso não residencial do imóvel.

5 VOTO DO MINISTRO RAUL ARAÚJO (RELATOR PARA O ACÓRDÃO)

Iniciando a divergência, o Ministro Raul Araújo faz longa preleção sobre o histórico do caso e sintetiza as premissas do voto do relator.

Em seu voto, rememora os conceitos de domicílio, residência, morada e hospedagem, destacando, com base no art. 70 e seguintes, do Código Civil, que domicílio e residência estão ligados à permanência habitual e ânimo de definitividade distanciando-se das noções de eventualidade e transitoriedade. O art. 70, do CC, prescreve: "O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo."

Reproduzindo lição de Caio Mario da Silva Pereira, reforça os conceitos de domicílio e residência, e enfatiza que no direito brasileiro, dois elementos se fazem necessários: um material (ou externo): a residência; outro, psíquico (ou interno): a intenção de permanecer (ou seja, o ânimo definitivo, conforme locução do Código Civil). De tal sorte, o Ministro contrapõe os elementos da residência e domicílio com as características da hospedagem: transitoriedade, eventualidade e temporariedade. Ressalva, contudo, a possibilidade de uma hospedagem, realizada de modo permanente, vir a constituir, eventualmente, residência ou domicílio do hóspede.

O Ministro incursiona, detidamente, pelos debates e pelas provas dos fatos produzidos nas

instâncias ordinárias para concluir que a hipótese dos autos se equipara à uma nova modalidade de hospedagem.

Essa nova espécie de hospedagem é marcada pelo emprego de tecnologia que facilita a comunicação entre as partes por meio de acesso pela internet e vem se “tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhorios, e, de outro lado, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo” (grifos no original).

Prossegue reconhecendo que esta hospedagem ainda não possui clara definição doutrinária ou legislação reguladora no Brasil, mas, destaca que “não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada” (grifos no original). Tampouco “se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos” congêneres regidos pela Lei nº 11.771/2008 (grifos no original).

O Ministro afasta o reconhecimento de uma locação por temporada ao confrontar o caso dos autos com os preceitos legais, notadamente, o art. 48, da Lei de Locações, que não prevê aluguel informal e fracionado, de quartos existentes num imóvel, de distintas pessoas sem vínculo entre si. Assevera que, em verdade, a lei preceitua que a locação por temporada deve ser “formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias” (grifos no original). Enfatiza também que a situação posta no litígio revela um contrato atípico de hospedagem, uma vez que inexistente qualquer estrutura ou profissionalismo suficiente a permitir ser inserido ao abrigo das normas da Lei nº 11.771/2008.

Prossegue interpretando os preceitos contidos no art. 1º, da Lei de Locações, e nos arts. 2º, 21, 22 e 23, da Lei de Turismo, e, embasado nas preleções doutrinárias de Sílvio de Salvo Venosa e Sylvio Capanema de Souza, conclui que o principal aspecto que diferencia ambos os contratos reside no fato de que na hospedagem existe uma prestação regular de serviços aos ocupantes, o que não ocorre em relação à locação.

Passa então a analisar se esse contrato atípico de hospedagem caracterizaria destinação comercial ou não residencial aos imóveis, de sorte a contrariar a convenção do condomínio que prevê uso exclusivamente residencial.

Partindo do direito de usar, gozar e dispor livremente de sua propriedade, consubstanciado no art. 1.228, do CC, o Ministro envereda pelos arts. 1.332 a 1.336, do CC, para explicar que se de um lado, o condômino é

proprietário da unidade imobiliária, com todas as faculdades a ela inerentes, de outro, deve observar sua destinação e não a usar de forma abusiva, colidindo com as regras da convenção de condomínio.

Reforça a existência normativa de legítimos limites de restrição ao direito de propriedade, destacando o preceito do art. 19, da Lei nº 4.591/64, e os relativos ao direito de vizinhança capitulados nos arts. 1.277 a 1.279, do CC. Nesta senda, aponta que as legítimas restrições ao uso e gozo da coisa sofrem nuances ao se tratar de imóveis erigidos em condomínios verticais (mais intensas), daquelas em condomínios horizontais (menos intensas). Ilustra com a possibilidade de a arrumação de móveis e de apetrechos de casa vir a perturbar o sossego de vizinhos em um condomínio vertical, sem que isso obrigatoriamente ocorra noutro horizontal. Enfatiza que este conjunto de ideias é, igualmente, aplicável ao fluxo de trânsito de pessoas nos condomínios.

O Ministro aponta que a convenção de condomínio tem “autonomia e força normativa”, de modo que o direito de propriedade do condômino “deve harmonizar-se com os direitos relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio” uma vez que restrições derivadas destes direitos “são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício” (grifos no original). Elenca jurisprudência do STJ sobre a força normativa da convenção condominial alcançando todos os condôminos (Resp. nº 1.169.865/DF, 4ª. T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/08/2013, DJe de 02/09/2013; Resp. nº 1.733.370/GO, 3ª. T., rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, julgado em 26/06/2018, DJe de 31/08/2018).

Negando provimento ao recurso especial, o Ministro alerta que (STJ, 2020, p. 76):

A forma de utilização do imóvel pretendida pelos recorrentes altera a finalidade residencial do Edifício, exigindo relevantes adaptações na estrutura de controle de entrada e saída de pessoas e veículos do prédio, sob pena de ensejar potencial ameaça à segurança e ao sossego de todos (grifos no original)

Registra, a título de conclusão, que em virtude de regra da convenção de condomínio “impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso das unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade residencial (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV)” (grifos no original). Ressalva, todavia, na mesma linha das decisões proferidas em 1º e 2º graus, de que aos condôminos é facultado deliberar, por maioria qualificada de dois terços, alterar as disposições convencionais para permitir a celebração de contratos atípicos de hospedagem.

6 REVISÃO CRÍTICA DA DECISÃO

Embasados no histórico do processo acima relatado e nos fatos do caso concreto consoante apresentados no respeitável acórdão, cumpre realizar uma análise crítica da decisão, adotando as posições dialéticas debatidas.

No recurso especial, os recorrentes alegam que o acórdão recorrido ofendeu os arts. 47 e 48, da Lei nº 8.245/1991, 1.335, I, do Código Civil, e 19, da Lei nº 4591/64.

O conflito envolve a natureza do uso do imóvel, haja vista a afirmação dos recorrentes de que realizavam "locações de dormitórios de um mesmo imóvel" ou "locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos" (grifos no original) (STJ, 2020, p. 5). De tal sorte, segundo as alegações dos recorrentes seus imóveis eram utilizados para locação residencial, por temporada ou não.

Cabe recordar que para combater uma crescente falta de moradia e equilibrar a relação entre locadores e locatários, o Estado brasileiro passou a intervir e dirigir a autonomia da vontade das partes desde a década de 1940, inicialmente com o Decreto-lei nº 4.598/1942, alterado por inúmeras leis e decretos-leis, até a consolidação da matéria na Lei nº 6.649/79 revogada pela vigente Lei de Locações – Lei nº 8.245/91.

Para atender os referidos objetivos, a Lei nº 8.245/1991 regula a locação de imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. O Título I rege as normas de direito material, sendo que em seu Capítulo II, o legislador ao tratar de "disposições especiais" criou uma tricotomia. Desta forma, estipulou três seções, respectivamente, disciplinando a locação residencial, a locação por temporada, e a locação não residencial. Esta tripartição pode ser reduzida à uma dicotomia quando se classifica a locação pelo uso que é dado ao imóvel: residencial e não residencial.

Ocorre que a lei completa exatos trinta anos de sua publicação (21/10/1991) e vigência (60 dias da publicação) no ano de 2021. No terceiro milênio da era cristã, a sociedade sofreu profundas modificações, grande parte em decorrência da evolução brutal da tecnologia. O Direito acompanha essas modificações. Conceitos, noções, definições, institutos vão sendo renovados pela exegese dos operadores do direito, quando não pelas próprias leis. Vejam que falar em locação "comercial" – como descrito no art. 51, da Lei – pode parecer ultrapassado, considerando a adoção da "Teoria da Empresa" ao invés da "Teoria do Comércio" pelo Código Civil de 2002.

Nesta perspectiva, vivendo ainda o flagelo da Covid-19, poderíamos indagar: o trabalho em *home office* altera o uso do imóvel locado? Há uma locação residencial ou não residencial?

Ora, se é o uso dado ao imóvel que justifica a espécie de locação, parece-nos necessário tentar fixar para os dias de hoje, e em diversas hipóteses de modo casuístico, ou seja, à luz de todas as peculiaridades do caso concreto, qual é o conceito a ser adotado como uso residencial – ou não – do imóvel.

Na hipótese do processo, percebemos a perspectiva de julgamento das posições contrastantes sobre os fatos e sobre o conceito de uso residencial. O Ministro Luis Felipe Salomão empenhou valor ao uso pelos ocupantes do apartamento, concluindo que estes ali residiam e não o exploravam para atividade "comercial". Por outro lado, a posição prevalente, tanto das instâncias ordinárias, assim como a da maioria dos Ministros do STJ, lastreou-se no objetivo de auferir lucro por parte dos proprietários à semelhança do fim, ou do fim primordial, da atividade empresarial.

Em sendo um contrato típico, portanto tendo sua regulamentação tipificada na lei, os Julgadores confrontaram os elementos de fato coligidos no processo com as regras que disciplinam o contrato por temporada.

São requisitos do contrato por temporada (art. 48, caput, da Lei nº 8.245/91):

- (i) uso específico: residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo;
- (ii) prazo: máximo de noventa dias;
- (iii) forma: escrita (interpretação lógica: uso em virtude de "fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias").

A locação por temporada foi descartada pelo venerando acórdão, por diversos fundamentos, como os trechos do depoimento da coproprietária afirmando que "eu tenho um anúncio no site, e é exigido um mínimo de doze meses, e eu tenho contrato de doze meses" (STJ, 2020, p. 50) (grifos nossos); por não ter produzido nos autos ao menos um dos contratos escritos; por reconhecer que diversos ocupantes ficavam períodos inferiores aos doze meses; pela possibilidade de ocupação por qualquer período independente de "fato que decorre de tempo determinado" e etc.

Descartada a locação por temporada, poder-se-ia cogitar de uma locação residencial verbal?

Com propriedade, o Ministro Antonio Carlos Ferreira destacou que a forma de oferta ou contratação, quer por meio de plataformas eletrônicas, quer por publicação em jornal, quer por panfletagem etc., é irrelevante para o deslinde do conflito.

Concordamos plenamente com esta afirmação, contudo, a única importância que podemos atribuir a esse meio de negociação é a forma de

pagamento, já que ele é antecipado pela plataforma de todo o período de ocupação. Deste modo haveria a violação das normas cogentes ao contrato de locação, ao qual não se permite a cobrança antecipada do aluguel (ressalvada a locação sem qualquer garantia ou por temporada, consoante os arts. 20 e 42, da Lei de Locação, sob pena de incidir em contravenção penal do art. 43, I, da mesma lei). Este seria um fator a descaracterizar a cessão do uso do imóvel como por meio de um contrato de locação, nada obstante não ter sido cogitado no processo.

Verifica-se, contudo, que o cerne do litígio está na questão relativa ao abuso do direito de propriedade, especificamente, por se tratar de propriedade em condomínio de edifícios (condomínio edilício; propriedade horizontal).

O Ministro Raul Araújo, ao que nos parece de modo correto, perquiriu o sentido de "residencial" do imóvel, de modo a poder identificar o seu uso e contrastá-lo com as normas da convenção do condomínio, para decidir a questão do abuso do direito de propriedade.

A noção central que deve nortear as relações jurídicas entre condôminos e terceiros é a de que residencial é o condomínio voltado para a moradia unifamiliar, fulcrado na ideia de permanência habitual, derivada dos conceitos de domicílio e residência, constantes do art. 70 e seguintes do Código Civil. Residência, portanto, não se coaduna com transitoriedade, eventualidade e temporariedade.

Conforme relatado na petição inicial, porteiros e moradores do condomínio verificaram um grande fluxo de pessoas que, questionadas, informavam estarem hospedadas nos apartamentos dos recorrentes. Estes afirmaram, inicialmente, tratar-se de amigos ou de estudantes em intercâmbio, posteriormente em face da insustentável afirmação, esclareceram que alugavam quartos para incrementar sua renda (STJ, 2020, p. 57). O acórdão do TJRS assevera que a coproprietária reconhece ter utilizado seu imóvel "como se um hostel fosse" (p. 9 e 55, do acórdão do recurso especial).

Em resumo, fico provado que os recorrentes utilizavam o seu apartamento mobiliado "como se um hostel fosse" cedendo-o a terceiros mediante remuneração, oferecendo serviços de lavanderia e acesso à internet, para até cinco pessoas sem vínculos entre si (adaptaram o apartamento, aumentando de três para cinco dormitórios) e por prazos curtos, inclusive diários. Daí definir-se a relação entre proprietários e ocupantes como um contrato atípico de hospedagem.

Em que pese possa se admitir que os ocupantes do imóvel não exerciam empresa, v.g., prestando serviços a inúmeros terceiros dentro do imóvel ou vendendo produtos em sua porta, não se consegue reconhecer que a utilização do imóvel pelos seus proprietários fosse residencial.

Parece-nos que a soma de dois elementos mereceu destaque na qualificação jurídica empregada pelo STJ ao negócio descrito no litígio.

O primeiro é excludente: a Lei de Locações ao estabelecer o limite material de aplicação é expressa em excluir de sua abrangência flats, apart-hotéis, hotéis e similares, consoante o seu art. 1º, alínea "a", nº 4, abaixo:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 4. em apart-hotéis, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

O segundo é includente: a existência de prestação de serviços de hospedagem (serviços que não são descritos na lei), elemento característico dos contratos de hospedagem, conforme o art. 23, da Lei nº 11.771/2008 (Lei do Turismo):

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

Vale conferir, no particular, excerto da obra de Sylvio Capanema de Souza (1999):

O critério aferidor da exceção é a prestação regular de serviços aos usuários, tais como, por exemplo, lavanderia, arrumação dos quartos, restaurantes, central de recados, sala de jogos ou reuniões etc. Além da prestação de serviços regulares aos usuários, é preciso, para caracterizar o apart-hotel ou equiparado, que tenha sido autorizado a funcionar como tal, o que reduz, ainda mais, a possibilidade de fraude.

São extremamente lúcidas e integralmente aplicáveis ao caso dos autos e ao nosso tempo, onde muitas relações jurídicas são realizadas por intermédio e com a efetiva participação de plataformas digitais, as razões apontadas, em 1999, por Sylvio Capanema de Souza, jurista falecido em 20/06/2020, em virtude da Covid-19, para a exclusão dos *apart-hotéis* e congêneres da abrangência da Lei de Locações, abaixo transcritas:

A razão para a exclusão é clara e merece aplausos. É que, em geral, tais locações são por prazos curtos, para atender a necessidades emergenciais ou esporádicas, e se caracterizam, assim, por uma acentuada rotatividade. (grifos nossos).

Confirma-se que a existência da prestação de serviços, contudo, sem a devida formalização para o exercício de empresa e cadastro junto ao Ministério do Turismo (arts. 21 e 22, da Lei nº 11.771/2008) é que conduziram à atipicidade do contrato.

A propriedade em condomínio edilício já foi muito estudada, no Brasil e no exterior, sendo patente o fato da complexidade do convívio entre os condôminos, que devem exercer seu direito de propriedade. A extensão e limites das relações entre os condôminos podem ser aferidos na lição de Wilson de Souza Campos Batalha (1959) que, encampando a doutrina de Lodovico Barassi, esclarece:

(...) na copropriedade, existe uma soma de relações jurídicas, isto é, de propriedades. O direito de propriedade, que a cada condômino pertence, figura como direito limitante e como direito limitado: constitui um limite para os demais e sofre limites decorrentes dos direitos dos outros consortes (grifos no original)

Segue na mesma senda, João Batista Lopes (2003) ao pontificar que:

O proprietário de um apartamento é titular de um direito de natureza complexa, por isso que exerce seu direito de co-proprietário sobre as partes comuns e seu domínio sobre as partes exclusivas, sujeito a restrições de uso e obrigações perante a comunidade a que pertence. Tais restrições e obrigações se impõem para tornar possível o exercício dos direitos pelos demais condôminos, assegurando-se perfeito equilíbrio na vida condominial. Em verdade, não há propriamente restrições ao direito de propriedade – o titular continua a exercer os poderes inerentes a esse complexo jurídico mas, uma regulamentação do exercício ou do uso da propriedade.

Neste último tópico da questão controvertida, alegaram os recorrentes ofensa pela decisão recorrida aos preceitos dos arts. 1335, I, do CC, e 19, 1ª parte, da Lei nº 4.591/64 (Lei dos Condomínios e Incorporações), de modo a violar os seus direitos de usar e fruir livremente de seus apartamentos.

Constituído por ato entre vivos ou *causa mortis*, deve o condomínio fixar "o fim a que se destinam as unidades" (art. 1.332, III, do CC). Reconhecida, preponderantemente na doutrina, e explicitamente adotada pelo Ministro Raul Araújo, a natureza normativa da convenção engloba o regulamento da vida condominial, incluindo, além dos condôminos, terceiros a partir de seu registro (art. 1.333, do CC).

O direito de propriedade (art. 1228, do CC) deve ser norteado para a sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal) e limitado pelos direitos fundamentais, e ainda, pela especificidade da propriedade condominial, como vimos acima.

O direito de propriedade da unidade individual encontra limites na destinação atribuída ao condomínio, e o seu exercício não pode violar normas de vizinhança, prejudicar o sossego, a salubridade, a segurança, tampouco causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos. Estes preceitos decorrem da combinação das normas do art. 1336, IV, do CC e 19, 2º da Lei nº 4.591/64, abaixo reproduzidas:

Art. 1.336. São deveres do condômino:
IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.

O emprego do imóvel como casa de cômodos, figurado no presente conflito, em violação da convenção condominial, não é tema novo. A novidade está na aproximação entre as partes, exponencialmente facilitada pela participação, inclusive, na relação jurídica do uso do imóvel, pelas plataformas digitais. Reproduzimos, a título de ilustração, ementa de decisão proferida há quase vinte anos sobre a violação da convenção de condomínio por causa de aluguel de cômodos:

CONDOMÍNIO - Convenção que restringe expressamente o uso das unidades autônomas para as chamadas "repúblicas" de estudantes - Inexistência de ilegalidade ou discriminação por se cuidar de norma que tem por finalidade estabelecer um padrão estritamente residencial - se a convenção pode até vedar o uso comercial pode também restringir alguns tipos de uso residencial não estritamente familiares - as "repúblicas" são usadas por pessoas sem qualquer laço familiar, unidas apenas para ratear o aluguel e com cotidiano que difere do familiar propriamente dito - recurso provido julgar improcedente a cautelar e a declaratória e procedente a cobrança da multa." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 132.503-4/9 (10ª Cam. Dir. Priv). Relator: Desembargador Maia da Cunha, 11 de março de 2003).

A noção, que sentimos ser fundamental, tanto no presente caso, como em qualquer outro conflito entre condôminos, decorre da averiguação casuística sobre o uso residencial ou não residencial do imóvel, e se o primeiro reflete as ideias de moradia unifamiliar,

com ânimo de permanência ou o de pousada efêmera ou uso passageiro.

Cabe fazer ainda uma ponderação sobre ponto que foi objeto de apreciação no julgado, a despeito de "*obiter dicta*".

Partindo-se da premissa de que, na forma do caso concreto, a cessão remunerada de unidade condominial, oferecida e/ou contratada com os serviços de plataformas digitais especializadas, e, admitindo-se como "aparentemente lícita" tal atividade – voto Ministro Raúl Araújo (STJ, 2020, p. 68) (grifo no original), podem os condôminos promover a "mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária", alterando a convenção do condomínio para permitir a cessão dos imóveis desta forma, desde que com a aprovação de sua unanimidade, consoante o art. 1.531, do CC. Pedimos todas as vênias para discordar das posições em outro sentido.

Enfatizamos o fato da licitude do negócio jurídico de que participam plataformas digitais, posto que nem a unanimidade dos condôminos pode alterar a destinação do edifício colidindo com a sua função social, direitos fundamentais e normas cogentes, como por exemplo, transformá-lo em um cassino. Frisamos novamente que somente diante do caso concreto será possível avaliar se uma locação de imóvel, por meio de plataforma digital, colide com a natureza residencial do condomínio.

REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Loteamentos e condomínios. v. 1. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

LOPES, João Batista. Condomínio. 8. ed. São Paulo: RT. 2003.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Comentários ao código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SLAIBI Filho, Nagib. SÁ, Romar Navarro de. Comentários à lei do inquilinato. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen. 2010.

SOUZA, Sylvio Capanema. Da locação do imóvel urbano. Direito e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Seção). Recurso Especial nº 1.819.075/RS, 27 de maio de 2021. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1218905683/recurso-especial-resp-1819075-rs-2019-0060633-3/inteiro-teor-1218905686>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 132.503-4/9 (10ª Cam. Dir. Priv). Relator: Desembargador Maia da Cunha, 11 de março de 2003

CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: O DIÁLOGOS DOS DIÁLOGOS

CODE OF CONSTITUTIONAL PROCEDURE: THE DIALOGUES OF DIALOGUES



Renato Gugliano Herani ¹

O Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual organizado pelo Instituto Paranaense do Direito Processual concedeu-me valiosa oportunidade para compartilhar ideias sobre um possível Código de Processo Constitucional para o Brasil. Este tema, de sobeja relevância para o futuro do País, ganhou destaque com a recente constituição por Ato do Presidente de 24/11/2020 da Câmara dos Deputados da Comissão de Juristas destinada a elaborar o anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro. Como um dos membros da Comissão, optei por uma abordagem menos concentrada nas possibilidades normativas e mais no momento político da criação desse marco legal-processual, de modo que minha intervenção no Congresso, reproduzida nesse estudo, não foi propriamente uma análise tópica sobre os possíveis dispositivos normativos ou temas polêmicos atinentes ao processo constitucional, mas uma reflexão teórico-filosófica sobre a política processual constitucional no Brasil, estimulada pelo desafio de desvendar sua dinâmica e assim seu caráter problemático .

Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP. Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Pós-doutoramento na Universidade de Lisboa. Pesquisador da Funadesp. Membro da Comissão de juristas do anteprojeto de legislação de sistematização das normas processuais constitucionais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7984443895712245>. Orcid: <https://orcid.org/000-0001-8891-9684>. E-mail: renato@advgh.com.br.

INTRODUÇÃO

Fóruns de debates para avaliar os possíveis riscos e êxitos de um novo regime processual do STF num cenário político brasileiro como o de hoje, de enorme agitação social e institucional, são de importância irrefutável. O momento exige mesmo reflexão sobre os desafios e mesmo paradoxos que afetam a qualquer iniciativa de criação do que deveria ser a maior aspiração da política jurisdicional brasileira, que é a oferta à sociedade de um Código de Processo Constitucional. Este novo marco processual certamente traria resultados positivos à democracia brasileira, porém não se pode perder de vista que sua criação é uma iniciativa ousada do ponto de vista político. Isso porque, com sua magnitude de definir os procedimentos de atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição, não restariam envolvidas opções normativas simples, nem meramente técnicas, como se vê em geral nas muitas mudanças processuais. Por qualquer ângulo de análise, ou seja, deste o ponto de vista da sociedade, do direito material e, sobretudo, da dinâmica funcional do Estado, a instrumentalidade processual constitucional não é politicamente neutra.

A evidência dessa afirmação aparece com nitidez no cenário ainda de pandemia, em que o STF proferiu, assim releva seu sítio eletrônico, mais de onze mil decisões a respeito de temas relacionados à pandemia por demandas processuais constitucionais. Todas as decisões só foram tomadas porque os casos retiraram o STF do seu estado natural de inércia. Governantes e parlamentares tanto da situação, como da oposição, todos que encabeçaram demandas que buscaram no STF respostas constitucionais para os problemas relacionados à pandemia via processo constitucional. E o que se viu? Foram decisões cujo efeito foi perturbador a parcela significativa da sociedade, lançando ainda mais dúvidas e ceticismo sobre o real papel da Justiça Constitucional em nosso sistema democrático.

O mais intrigante é que outro não teria sido o efeito, senão perturbador, se o resultado dessas decisões não tivesse sido aquele que já sabemos. O fenômeno é conhecido. Doutrinadores analisando o papel da justiça constitucional são recorrentes em dizer que suas decisões sobre temas centrais nas democracias ainda em consolidação tendem a ser, em geral, perturbadoras, quando nas democracias consolidadas, ao contrário, são estimulantes. Isso ocorre porque a zelosa defesa jurisdicional constitucional tem o potencial de reverberar tensões políticas e sociais, e assim deflagrar, no extremo, a mais séria crise institucional, se o Estado ainda não tem os espaços institucionais de atuação dos Poderes bem delimitados.

O cenário em que o STF está inserido, de visões extremas sobre a democracia brasileira, dificulta o consenso político sobre os seus espaços e conteúdos decisórios, fazendo mesmo sua legitimidade constitucional ser contestada a todo instante ora porque explora searas de atuação de outros Poderes, ora porque, ao contrário, se ausenta dos debates cuja intervenção seria necessária. Esse estado de indefinição confirma a relevância de se questionar sobre o modelo de atuação que o Legislador, desde o seu genuíno ponto de vista, pretende para o STF? Essa é questão de fundamental importância neste estudo, e de fato se impõe diante da evidência de que o modelo procedimental de jurisdição constitucional no Brasil, por sua conformação atual e mesmo histórica, não é fruto propriamente de ampla e planejada mobilização da classe política. Esta é a tese que pretendo aqui expor.

Para tanto, primeiro, fixei uma nota metodológica sobre a matéria processual constitucional, como preparação para, num segundo momento, esboçar a dinâmica da política processual constitucional. Adianto que os movimentos desta dinâmica parecem confirmar a causa direta da tese aqui anunciada, que é o fato de que o Legislativo tem renunciado a sua posição de fonte autônoma das regras atinentes a seu próprio controle. Como última etapa, trago uma nota de possível reversão deste estado legislativo, com argumentos de cunho essencialmente constitucional que sinalizam a ideia-base de que a codificação processual constitucional, por qualquer que seu resultado legislativo, deve representar, ele em si, o diálogo dos diálogos políticos.

1 CARÁTER BIFRONTE DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

No universo deste estudo, a norma processual constitucional integra o pleno normativo reservado à operacionalização da jurisdição constitucional, assim é destinada ao procedimento e às relações processuais que viabilizam o controle jurisdicional das normas e ações do Poder Público.

No Brasil, o estudo da norma processual constitucional está dominado pela doutrina que tende a enaltecer o caráter instrumental do processo constitucional, ou seja, o toma em geral por sua dimensão essencialmente técnica. Muitas são as obras e manuais que dissecam os mais diversos e gerais aspectos processuais das ações constitucionais, desde seu cabimento, objeto, procedimento até minúcias do regime jurídico das decisões e efeitos. É assim que tem sido, e com inegável relevância para a evolução do conhecimento jurídico, pois a utilidade da doutrina técnico-processual é irrefutável para a compreensão do direito, em especial porque auxilia a preparação da tomada de decisão pelo operador do Direito sobre a aplicação da Constituição.

Contudo, o processo constitucional considerado apenas pela visão mais estreita da técnica processual acaba por subjugar outros fatores, em especial, sua dimensão político-constitucional, igualmente indispensável para sua completa compreensão e alcance social, como para a definição do funcionamento eficiente do Estado brasileiro. Vocacionada que é a instrumentalizar a jurisdição constitucional, a norma processual constitucional não está alheia às vicissitudes da cultura constitucional, que de longa data têm conduzido à formação e ao desenvolvimento dos sistemas de proteção das Constituições. As razões de existência dessas normas são tanto mais políticas, do que propriamente técnicas, razões que, aliás, condicionam as formas processuais (e, por vezes, chegam mesmo a deformá-las, na prática cotidiana do exercício desse enorme poder inerente à Justiça Constitucional).

Com efeito, o estudo do direito processual constitucional excede o campo processual-formal, sua conformação implica aceitar sua inserção no "processo do poder", não no sentido de que as garantias processuais da Constituição pertencem à política, mas de que sua função é política. E como consequência dessa dimensão política, o perfil jurídico exige cuidados extras no momento da regulação, pois sua técnica está imbricada indissociavelmente à política constitucional.

2 DINÂMICA DA POLÍTICA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O caráter bifronte do processo constitucional faz com que as discussões de constitucionalidade estejam longe de envolver a pura jurisdição comum (determinação do direito aplicável ao caso concreto). A prática do processo constitucional implica, a um só tempo, exercício de invalidação de normas, como construção de normatividade constitucional e mesmo definição do sentido das leis, ainda que circunscrito a cada situação concreta. E dada a natureza da Constituição, como norma política do País, a prática do processo constitucional acaba por nela implicar direcionamentos políticos, no sentido de que a Justiça Constitucional, por suas decisões, tende a ditar os rumos constitucionais do Estado (sejam eles traduzidos, ou não, pela vontade das ruas), e, para tanto, suas decisões estão suscetíveis aos influxos da política extrajudicial (de grupos sociais, organizações de interesses, partidos políticos e etc.). Isso faz do processo constitucional uma seara de conflito de interesses de diversos atores, todos buscando ou defendendo espaços de influência na expressão do poder do Estado.

Tudo nos conduz a entender que o direito processual constitucional é mesmo peça-chave no debate sobre as teorias modernas do controle do poder político e de tantos outros temas constitucionais sensíveis à sociedade de hoje. Sua aplicação jurídica

revela uma dinâmica além dos autos processuais, que ultrapassa o domínio da relação processual instalada para, num continuum transpessoal, conectar-se ao processo político; como o contrário também é verdadeiro, por vezes um único fato concreto de alta relevância política acaba por ensejar demandas processuais constitucionais sob a falsa impressão de que se ocupam de interesses coletivos, quando, na verdade, estão direcionadas ao atendimento de interesses específicos, ocultos e em geral de alta repercussão no jogo político-partidário. Portanto, a realidade com a qual lidamos é de que a criação e aplicação das normas processuais constitucionais revelam-se, à vista da sociedade, como um momento decisivo nas disputas interpoderes pela afirmação de posições políticas.

Neste contexto, centralmente tem-se que a conformação do direito processual constitucional define o perfil de guardião da Constituição que pretende projetar a sociedade brasileira. Sua criação é um momento de definição de uma técnica processual com imbricação indissociável à política constitucional, como a sua operacionalização não é um exercício estrito e neutro, como dito, da tradicional jurisdição.

Desde essa evidência, o caráter político do processo constitucional parece revelar uma dinâmica em que os propósitos e os movimentos dos principais atores (ou seja, o STF e o Legislativo) na formulação das regras do processo constitucional exprimem um quadro geral em que, a partir da Constituição de 1988: (a) de um lado, pela via interpretativa o STF tem moldado o processo ao perfil de atuação por ele desejado; não por acaso, desde os seus interesses, sua atuação processual tem transitado do perfil mais restritivo ao mais extensivo na tarefa de concretizar a Constituição, adaptando, para esta expansão, as formas processuais via interpretação das suas regras de atuação; (b) de outro lado, o Legislativo tem se mostrado um tanto quanto indefinido ou turvado por interesses políticos erráticos na definição do perfil que pretende ao STF, mas que, quando se trata de marco legal-processual, tem se revelado favorável à mera consolidação das práticas e das pretensões do STF.

3 VETOR DA DINÂMICA DA POLÍTICA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Antes de avançar na análise dessa dinâmica da política processual constitucional a partir do quadro antes exposto, é preciso pensar no vetor dos movimentos, e aqui parece inevitável trazer o problema da crise da representação democrática, ou seja, da ineficiência da classe política no cumprimento da sua atuação, disposição e diálogo com seus representantes.

A crise da representação democrática material é um dos fatores mais anunciados e analisados

para explicar a pungência do STF nas últimas décadas. E sua conexão com o processo constitucional revela uma das causas da afirmação inicial de que o modelo procedimental da jurisdição constitucional no Brasil, por sua conformação atual ou mesmo pretérita, não tem sido fruto propriamente de uma ampla e planejada mobilização da classe política.

Talvez o momento mais próximo de formulação de uma política processual constitucional tenha sido a Constituinte de 1987. Vivemos um período em que a classe política debateu a proposta de criação de um Tribunal Constitucional. A discussão foi ampla, e tinha um nítido direcionamento de avançarmos com um redesenho completo do STF. Naufragou, é certo, a ideia de converter este órgão num Tribunal Constitucional, porém, a ele restaram agregadas ainda mais as funções típicas deste último Tribunal, resultando em ampliação funcional jamais vista em nossa História. Por detrás destas modificações havia, sem dúvida, uma proposta constituinte renovadora para o STF enquanto guardião da Constituição. Desde então muitas leis foram criadas, mas não resultaram de uma vocação genuína, consciente e atenta do Congresso Nacional para disciplinar o modelo de atuação do STF. Tanto é que a todo momento a sociedade, em especial a classe política, ainda coloca em xeque os limites processuais da atuação do STF.

Daí a inferência de que uma das causas da crise da representação democrática é a reação natural à abdicação da reserva da lei, não sem a contrarreação mesmo errática do próprio Legislativo, revelada desde os impulsos criativos do STF sobre seu instrumental de atuação. Essa afirmação pode ser evidenciada detalhando um pouco mais os movimentos políticos desencadeados pela manifestação da crise anunciada.

4 TRANSFERÊNCIA DA POLÍTICA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O ativismo judicial, como um estado de atuação do juiz, é um fenômeno de infundáveis contornos, e nem todos nascem no interior das Cortes. Não é certo dizer que toda sorte de disposição da Justiça Constitucional ao ativismo é propriamente um movimento endógeno, ou seja, não necessariamente é uma pura e simples opção da Corte.

Um sinal disso é a conhecida transferência do centro decisório sobre certas questões constitucionais cruciais à sociedade (como são as questões relativas à implementação dos direitos sociais) dos agentes políticos eleitos para as Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, como uma forma de driblar o enfrentamento direto ao problema da pouca conexão entre a classe política e a população. E o processo constitucional é a matéria a ser legislada que possibilita, como nenhuma outra, essa transferência estratégica.

Na sequência, descreverei ao menos três dos movimentos de confirmação dessa transferência política processual constitucional.

4.1 AÇÃO LEGISLATIVA: POUCA DENSIDADE NORMATIVA

Como já anunciado, historicamente o Brasil disciplina o direito processual constitucional por leis esparsas e tanto quanto lacônicas. Ao tempo da Constituição de 1946, essa legislação resumia-se à Lei 4.337/64, que dispunha sobre a declaração judicial de inconstitucionalidade. Era claramente insuficiente e, por isso, contava com o reforço do Regimento Interno do STF. Uma configuração que permaneceria no tempo até os dias atuais.

Com a Constituição de 1988, foram instituídas ações diversificadas em controle de constitucionalidade, porém, sua regulamentação só surgiu uma década depois, com as Leis 9.868/99 e 9.882/99 e, ainda assim, insuficientes, tanto é que tem uma dependência excessiva ao CPC.

A mesma carência, ou atraso legislativo, é notado em relação aos remédios constitucionais. Basta recordarmos que a regulamentação do habeas data só surgiu em 1997 (e acha-se distante de tempos atuais de incontrolável fluxo de informações pessoais em ambiente digital) e a do mandado de injunção muito tempo depois, apenas em 2016. Hoje, todos os remédios constitucionais estão regulamentados, porém não estão umbilicadas por uma diretriz geral e sistematizante.

Diante de um cenário assim de baixa densidade legislativa a "lógica" é simples num sistema civil law. Quanto menos se legisla, mais espaço delega-se ao construtivismo jurisdicional. Não podemos esquecer que estamos aqui tratando de um campo jurídico que, por sua vocação de servir ao poder, não comporta espaços vazios. Onde o legislador não atua, é o STF, invocando a via da interpretação e por vezes amparado na sua posição de defensor constitucional, quem entra em cena, e passa a ser ele o criador das regras do jogo. E é o que tem ocorrido.

4.2 REAÇÃO JUDICIAL: ATIVISMO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

São infundáveis os institutos recepcionados no sistema brasileiro pela interpretação criativa do STF. Pode-se mencionar, exemplificativamente, a pertinência temática; modalidade coletiva de remédios constitucionais previstos apenas na modalidade individual (ex., mandado de injunção); modulação dos efeitos das decisões de constitucionalidade; acordo na ação direta de inconstitucionalidade; norma provisória regulamentadora do controle de omissões, dentre outros. Muitos destes institutos estão previstos em

leis, porém, só foram contemplados depois de terem sido criados pelo STF pela via interpretativa.

O sinal claro do agravamento da transferência da política processual constitucional ao próprio STF está na evidência de que, se antes o construtivismo judicial era colegiado, hoje é monocrático. Os Ministros, individualmente, atuam pela transformação do poder do tribunal por autocontrole das normas processuais constitucionais (ex., o problema do uso excessivo das liminares). E assim, de um STF de contenção na definição dos limites da sua atuação processual constitucional, passou, desde 1988, a um STF mais ativo, com sua empreitada de fortalecimento gradual das decisões colegiadas ao um ativismo processual constitucional individual.

4.3 CONTRARREAÇÃO LEGISLATIVA: ENTRE BACKLASH E CHANCELA DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Na política processual constitucional vigora a crença velada, quando não expressada, de que a Lei processual boa é aquela que ratifica posições jurisprudenciais. Não é uma orientação de todo equivocada, mas passa a ser um problema, e um problema dos grandes, se convertida em dogma. Isso porque, na prática, implica a transferência inconstitucional de espaços autonômicos da lei ao Poder Judiciário. Daí mencionar o mau uso do poder deliberativo do Parlamento (art. 22, I, CF), quando pura e simplesmente atua para "ratificação" das orientações jurisprudenciais. Pois, o resultado que se tem é um juízo político que acaba sendo substituído pelo juízo do STF, cujos interesses e estratégias refletidos no modo como interpreta o direito processual constitucional são inevitavelmente diversos daqueles que são próprios do legislador.

As consequências dessa renúncia, além do desrespeito ao próprio art. 22 da CB, projetam efeitos nada salutares ao regime democrático. Transmitem a mensagem de comodismo e abdicação da autonomia constitucional de legislar sobre temática fundamental para o equilíbrio entre as forças políticas do Estado, e por certo essa não é uma mensagem assimilada pela sociedade sem repercussões. Isso para dizer, por exemplo, da sinergia social negativa que atinge a própria legitimidade do STF, ao ser acusado a todo momento de se sobrepor aos demais Poderes.

Com efeito, as atitudes manipulativas que acabam apenas por driblar o problema da representação política no campo da política processual constitucional gera, e é para esse aspecto que chamo mais a atenção nesse estudo, um contexto perigoso para a democracia, em que: (a) o Legislativo fomenta com sua inércia o ativismo processual constitucional do STF; (b) e quando se propõe a tomar para si as rédeas das regras do jogo, consente em ser mero chancelador das orientações jurisprudenciais; (c) isso cria um peso

político contrário à jurisdicional constitucional em prejuízo à própria eficiência do sistema de pesos e contrapesos; (c.1) se é necessário para um sistema de pesos e contrapesos ser equilibrado que o órgão controlado não seja o controlador da constitucionalidade (daí a inclinação histórica à atividade jurisdicional, por sua suposta neutralidade política, para exercer a proteção da Constituição), (c.2) é necessário que o controlador não seja ele em si a fonte principal ou, o que é mais grave, a fonte oculta das regras com as quais exerce o controle; (c.3) como também a aplicação dessas normas não pode emitir a equivocada mensagem de descrença nos demais atores políticos e na sua capacidade de fazer realizar os anseios democráticos

5 REVERSÃO DA DINÂMICA DELETÉRIA

A política processual constitucional deve reverter o quadro de desequilíbrio e desarranjos políticos na definição dos espaços de atuação do STF. A discussão sobre o Código de Processo Constitucional deve ser um convite ao Legislador para posicionar-se favoravelmente ao enfrentamento da crise de representação política em meio ao trabalho de melhor detalhar o modelo técnico de atuação do STF. E uma vez definida a regra do jogo processual constitucional, e com isso o espaço decisório do STF, não deve ser ele, o Legislador, o primeiro a atacar sua própria decisão, ao contrário, deve ser o primeiro a defendê-la, reafirmando seu acerto, para assim fortalecer não só STF, como guardião da Constituição, como todas as instituições políticas brasileiras.

É preciso para tanto e antes de tudo reconhecer a blindagem que a própria Constituição impõe à dinâmica da política processual constitucional, para não fazer do processo constitucional um espaço, em si, de livre disposição dos atores políticos, em que a criação, interpretação e aplicação da jurisdição estariam inteiramente à sorte dos influxos do poder. O processo constitucional não é um jogo de estratégias, no qual vale a regra de que as formas processuais devem ser adaptadas aos fins políticos pretendidos por seus jogadores, pois sua prática não se orienta por incontroláveis ou aleatórios estímulos políticos.

Ao contrário dessa dinâmica deletéria, a relação entre controlador e controlado é altamente vigiada pela Constituição. Dela emanam balizas que de maneira alguma podem ser desconsideradas pelos agentes políticos. Sem espaço para avançar nessa análise, apenas menciono que o Legislador deve evitar a leitura anticonstitucional do controle de normas, o que significa não converter a criação de um Código de Processo Constitucional num momento em que, num extremo, (a) o poder controlado rivalize com seu respectivo controle, negando-lhe o poder com formas processuais que minimizam o controle jurisdicional

para reduzi-lo à baixa expressão, quer por leis restritivas, quer por jurisprudência defensiva, e, em outro extremo, (b) o poder controlado permita a que a jurisdição constitucional tenha tamanha maximização que acabe por bloqueá-lo com o efeito da atrofia funcional. Ao contrário destes extremos, o novo marco legal-processual deve ser a fonte de estímulo a que todos os Poderes exerçam, e com qualidade, a representação democrática.

6 O DIÁLOGO DOS DIÁLOGOS

As anotações precedentes reforçam o atual estágio da jurisdição constitucional. Não mais discutimos se deve ou não existir o controle jurisdicional de constitucionalidade, é uma realidade consolidada nas democracias. O momento é de atentarmos para o melhor modelo processual.

Ao se posicionar perante esse momento, não se pode superdimensionar o uso político de um instrumento que é essencialmente medido pelo Direito. Se a norma processual constitucional é dada a instrumentalizar o controle jurisdicional da produção do direito e, por isso, constitui-se em técnica de contenção do poder político, é deveras importante partir sempre do pressuposto de que sua criação e manejo devem operar nos limites rígidos do respeito aos núcleos de contornos da competência centrais do Poder Político nesta matéria; ou seja, delimitar a reserva constitucional, a reserva da lei e a reserva jurisdicional. E, para tanto, é preciso que exista, especialmente em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, equilíbrio e diálogo na regulação do processo constitucional para não o converter, ele em si, a causa da desproteção da Constituição.

É sob este propósito que o Código de Processo Constitucional pode ser o momento da técnica jurisdicional constitucional, tanto quanto do diálogo político. E para tanto, é pressuposto básico o rígido respeito entre os Poderes Políticos, e especialmente em relação aos espaços de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. Só assim a política processual constitucional sairá do seu estado de inércia. É sob este propósito que o Código de Processo Constitucional pode ser o momento de mobilização de todos os atores do jogo político, desde o Legislativo, o Judiciário, até a sociedade em geral, todos sob o propósito de se alcançar o consenso sobre o *modus operandi* e assim os espaços funcionais do STF, para assim reduzir em boa medida e pela boa técnica processual o hiato ainda vivenciado no Brasil entre os objetivos políticos da Constituição e a realidade social.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. Deixando de lado o "ativismo" e a "autocontenção" judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. *Revista do Advogado*, v. 38, n. 140, 2018, p. 147 - 155.

HERANI, Renato Gugliano. Ativismo processual constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*, n. 125, 2015, p. 31 - 48.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, p. 139 - 177, 2009.

NOHLEN, Dieter. *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*. Desafíos, Bogotá, n. 18, 115 - 155, set. 2008.

REYES ASTUDILLO, César I. *Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional*. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*. n. 8, p. 41 - 87, 2007.

SÁCHICA, Luiz Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

**POR UM DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL PÓS-HUMANISTA:
HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA**

**FOR A POST-HUMANIST CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW: *HABEAS*
CORPUS FOR ANIMALS IN BRAZIL AND LATIN AMERICA**



Vicente de Paula Ataíde Junior¹

Oferecem-se as bases para uma perspectiva mais ampliada do direito processual constitucional, a partir do ponto de vista da tutela constitucional das liberdades, de modo a propiciar uma proteção diferenciada da liberdade animal, considerada como direito fundamental, a partir da adoção do *habeas corpus*. Apresentam-se casos de *habeas corpus* impetrados em favor de animais, no Brasil e em outros países da América Latina, com decisões contrárias e favoráveis, evidenciando a moderna tendência de reconhecer animais como sujeitos de determinados direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Direito Animal; Processo constitucional; *Habeas corpus* para animais.

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da UFPR e do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-doutor de Direito Animal pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Coordenador do Programa de Direito Animal da UFPR. Líder do Núcleo de Pesquisas em Direito Animal do PPGD-UFPR (ZOOPLIS). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Animal da UNINTER/ESMAFE-PR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Paranaense de Direito Processual (IPDP). Juiz Federal em Curitiba. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8067162391395637>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4995-9928>. E-mail: vicente.junior@ufpr.br.

The bases for a broader perspective of constitutional procedural law are offered, from the point of view of the constitutional protection of freedoms, in order to provide a differentiated protection of animal freedom, considered as a fundamental right, from the adoption of habeas corpus. Present cases of habeas corpus filed in favor of animals, in Brazil and in other Latin American countries, with contrary and favorable adjudications, evidencing the modern tendency to recognize animals as subjects of certain fundamental rights.

Keywords: Animal Law; Constitutional procedure; Habeas corpus for animals.

INTRODUÇÃO

Parece evidente, atualmente, que não se pode mais equiparar os animais com as coisas, submetendo-os totalmente à disposição arbitrária da vontade humana, para serem livremente mutilados, torturados ou mortos.

Sabe-se, hoje, que os animais são dotados de consciência e de capacidades afetivas e emocionais. São seres sencientes, ou seja, têm capacidade de sentir e de sofrer, o que levou a Constituição Federal brasileira de 1988 a proibir as práticas que submetam os animais a crueldade.

Essas constatações levaram a novas viradas filosóficas, agora em um sentido pós-humanista, para incluir os animais no âmbito da comunidade moral, a qual passa a assumir dimensões pluriespecíficas.

A concepção de uma comunidade moral pluriespecífica transpõe, evidentemente, as limitações filosóficas das teorias contratualistas da moral e da justiça, fundadas na racionalidade, que negam deveres morais humanos para com os animais ou que os admitem apenas por questões de compaixão ou humanidade, fundamentando a uniespecificidade moral. Com a construção de um Direito Animal, os animais, enquanto indivíduos, são titulares de certos direitos básicos, que podem ser exigidos e cobrados, pelo que são credores de justiça e, conseqüentemente, sujeitos da moralidade, ainda que na qualidade de pacientes morais, ou seja, sujeitos sem as condições necessárias para se conduzir de acordo com princípios morais ou com as noções de certo e errado, mas que possuem um valor inerente (não apenas um valor instrumental), que os torna insubstituíveis, um fim em si mesmos e merecedores de respeito e consideração.

Animais, com essa virada, também possuem dignidade própria, dado seu valor inerente ou intrínseco, pois são seres vivos dotados de consciência e, conseqüentemente, de uma subjetividade, as quais não podem ficar desamparadas de um catálogo mínimo de direitos fundamentais.

No Brasil, o direito fundamental animal à existência digna, livre de violências e tratamentos cruéis, é extraído do próprio texto constitucional, que abriga a regra da proibição da crueldade a animais e o princípio da dignidade animal. Além disso, no plano normativo infraconstitucional brasileiro são notáveis as leis estaduais que reconhecem animais como sujeitos de direitos e lhes atribuem direitos subjetivos.

Diante desse quadro, pergunta-se: pode-se falar em um direito fundamental animal à liberdade?

1 A LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL ANIMAL

A liberdade, em sentido amplo, tem sido o principal parâmetro para se medir a qualidade de vida dos animais. Com esse significado, são conhecidas as

diretrizes metodológicas das cinco liberdades para a aferição do bem-estar animal: (1) liberdade nutricional: estar livre de sede, de fome e de má-nutrição; (2) liberdade sanitária: estar livre de dor, ferimentos e doenças; (3) liberdade ambiental: estar livre de desconfortos; (4) liberdade comportamental: estar livre para expressar seus comportamentos naturais; (5) liberdade psicológica: estar livre de medo e de estresse.

No presente artigo, a liberdade, como direito, tem significado mais restrito: é o direito de locomoção ou direito de ir e vir. Essa liberdade de motilidade tem evidente conexão com as liberdades ambiental e comportamental, referidas nas cinco liberdades. Em outras palavras, afirmar a liberdade de locomoção dos animais é afirmar a sua liberdade para viver sem desconforto e de acordo com a sua própria natureza.

Parece, por conseguinte, que um direito fundamental à existência digna, constitucionalmente garantido aos animais, não pode prescindir de uma dimensão de liberdade, que funcione como meio para que o animal possa expressar seus comportamentos naturais.

Pressupondo que os animais tenham o direito à liberdade de locomoção, será possível tutelar esse direito pelo remédio constitucional do *habeas corpus*?

2 *HABEAS CORPUS* A TUTELA JURÍDICA DA LIBERDADE

Historicamente, o *habeas corpus* é o principal remédio jurídico para garantir a liberdade, na sua feição de direito de locomoção ou direito de ir e vir.

No Brasil, a ordem de *habeas corpus* pode ser concedida quando "alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (grifo nosso), conforme garantido pelo art. 5º, LXVIII, da Constituição.

Como os animais são sujeitos de direitos fundamentais podem, em tese, serem considerados alguém para fins de concessão da ordem de *habeas corpus*. Não é mais possível considerar, especialmente após a Constituição Federal brasileira de 1988, a qual reconheceu, implicitamente, a senciência e a dignidade animal, com o correlato direito fundamental à existência digna, restringir o *habeas corpus* apenas para os seres humanos.

Em todas as situações em que a restrição à liberdade de locomoção do animal é injusta ou arbitrária, sem respeito à dignidade e aos direitos fundamentais animais, é cabível o *habeas corpus* para impedir a violência ou coação ilegal ou abusiva, utilizando-se, no que couber, os arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro.

3 HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS: O CASO SUÍÇA

Para reforçar o cabimento do *writ* nessas hipóteses, registra-se, na história judiciária latino-americana recente, a utilização do habeas corpus para garantir a liberdade de animais, sobretudo a de grandes primatas.

É sempre referenciado o caso Suíça *vs.* Gavazza, de 2005, como o primeiro habeas corpus em que um animal foi admitido, ao menos liminarmente, como paciente e como sujeito do direito à liberdade. O *writ* foi impetrado perante a 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, Estado da Bahia, em favor da chimpanzé-fêmea de nome "Suíça", que vivia em uma jaula do Zoológico Público daquela capital. O *habeas corpus* foi admitido, com a intimação do diretor do zoológico para prestar informações sobre a situação do animal, na condição de autoridade coatora. Ao aceitar a impetração e determinar a notificação da autoridade coatora – quando todos esperavam que houvesse o indeferimento liminar da ação judicial –, o juiz brasileiro proferiu a primeira decisão judicial do mundo moderno, no qual um animal foi incluído em uma relação jurídica processual, como titular do direito de liberdade corporal ou direito de ir e vir. Infelizmente, antes do julgamento do *writ*, houve a morte da primata, impossibilitando a análise do mérito da causa e a afirmação definitiva do cabimento do *habeas corpus* para tutelar o direito de ir e vir do animal.

Quase que profeticamente, o juiz de direito Edmundo Cruz, na sentença do caso Suíça, assim se manifestou (SALVADOR, 2005):

Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos. Acredito que mesmo com a morte de "Suíça", o assunto ainda irá perdurar em debates contínuos, principalmente nas salas de aula dos cursos de Direito, eis que houve diversas manifestações de colegas, advogados, estudantes e entidades outras, cada um deles dando opiniões e querendo fazer prevalecer seu ponto de vista. É certo que o tema não se esgota neste "Writ", continuará, indubitavelmente, provocando polêmica. Enfim. Pode, ou não pode, um primata ser equiparado a um ser humano? Será possível um animal ser liberado de uma jaula através de uma ordem de Habeas Corpus?

4 HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS: OUTROS CASOS BRASILEIROS

Em 2007, também no Brasil, outro *habeas corpus* foi impetrado, diretamente no Superior Tribunal de Justiça, contra ato emanado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em favor das chimpanzés-fêmeas,

Lili e Megh, mas com objeto inusitado: a impetração pretendia impedir que os animais fossem reintroduzidos em seu habitat, conforme defendia o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), ao argumento de que estariam melhor sob a guarda e proteção do seu "proprietário". Em decisão monocrática, o Ministro Castro Meira, com sucinta fundamentação, denegou a ordem, dizendo, apenas, sem maiores considerações, que o *habeas corpus* serve apenas para seres humanos e que "se o Poder Constituinte Originário não incluiu a hipótese de cabimento da ordem em favor de animais, não cabe ao intérprete incluí-la, sob pena de malferir o texto constitucional."

Também não obteve pleno êxito o *habeas corpus* impetrado, em 2010, em favor do chimpanzé Jimmy, preso no zoológico de Niterói/RJ, Brasil, com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não conhecendo do *writ* e indeferindo a petição inicial. Esse *habeas corpus* se notabilizou por incluir, dentre os impetrantes, além de alguns dos autores do caso Suíça, como Heron José de Santana Gordilho, Luciano Rocha Santana e Tagore Trajano de Almeida Silva, filósofos de renome internacional, como Peter Singer, Tom Regan, Steven M. Wise e David Favre.

Não obstante esses insucessos iniciais perante a jurisprudência brasileira, a tese do *habeas corpus* para animais foi aprovada na prática jurisdicional de outros países latino-americanos.

5 HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NA AMÉRICA LATINA: O PRECURSOR CASO CECÍLIA

A primeira concessão efetiva de uma ordem de *habeas corpus* para um animal não se deu no Brasil, muito embora as iniciativas pioneiras tenham se dado aqui: deu-se na Argentina, no caso Cecília *vs.* Zoológico de Mendoza, de 2016.

Como primeiro passo para essa concessão histórica pós-humanista, houve o precedente caso Sandra *vs.* Zoológico de Buenos Aires, de 2014, no qual se reconheceu, em instância recursal penal federal, a partir de um *habeas corpus* impetrado para libertar do cativeiro a orangotango-fêmea Sandra, que "a partir de uma interpretação jurídica dinâmica e não estática, é preciso reconhecer ao animal a condição de sujeito de direitos, pois os sujeitos não-humanos (animais) são titulares de direitos, pelo que se impõe a sua proteção no âmbito de competência correspondente."

Porém, em função de várias decisões judiciais contrastantes, Sandra não foi imediatamente liberada, permanecendo no EcoParque de Buenos Aires (parque ecológico criando a partir do antigo zoológico). Foi necessário um posterior amparo (o mandado de segurança do direito argentino), concedido pela juíza Elena Liberatori, em outubro de 2015, na justiça administrativa federal de Buenos Aires, reconhecendo a

orangotango Sandra como sujeito de direitos, para que fosse possível transferi-la para o Centro de Grandes Primatas, na Flórida/EUA, onde pode exercer seu comportamento natural.

O *habeas corpus* do caso Cecília vs. Zoológico de Mendoza, de 2016, foi mais claro e menos tumultuoso e levou em consideração a experiência do caso Sandra. Nele, a juíza Maria Alejandra Maurício, com alentada fundamentação, reconheceu que a chimpanzé-fêmea, de nome Cecília, era sujeito de direito não-humano, titular do direito à liberdade corporal, concedendo a ordem para transferi-la para um santuário ecológico, localizado em Sorocaba/SP.

Pela sua importância histórica, vale a pena transcrever alguns trechos mais proeminentes da decisão – que podem em muito auxiliar na aplicação do Direito Animal brasileiro e latino-americano, dada a similitude de questões –, a qual detalhou a legislação argentina pertinente e as posições doutrinárias respectivas, inclusive no que concerne à qualificação dos animais no Código Civil federal argentino:

Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil sub-clasifica a los animales como semovientes otorgándoles la "única" y "destacada" característica de que esa "cosa" (semoviente) se mueve por sí misma. [...] Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años. Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales "sienten" ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal. [...] Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de

otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre. [...] La mayoría de los animales y, concretamente, los grandes simios son también de carne hueso, nacen, sufren, beben, juegan, duermen, tienen capacidad de abstracción, quieren, son gregarios, etc. Así, la categoría de sujeto como centro de imputación de normas (o "sujeto de derecho") no comprendería únicamente al ser humano sino también a los grandes simios –orangutanes, gorilas, bonobos y chimpancés. Insisto, no se trata entonces de adjudicarles a los grandes simios los derechos enumerados en la ley civil y comercial. Tampoco es función de este órgano de control crear un catálogo de derechos de los grandes simios. Se trata de enmarcar a estos en la categoría de sujetos de derechos no humanos donde realmente pertenecen.

Mas Cecília não foi caso único na América Latina.

6 HABEAS CORPUS NA AMÉRICA LATINA: CASO CHUCHO

Em 2017, a Sala de Casación Civil da Corte Suprema de Justicia da Colômbia, segundo o voto do relator, Ministro Luis Armando Tolosa Villabona, também com farta fundamentação, jurídica e filosófica, concedeu *habeas corpus* ao urso-de-óculos de nome *Chucho*, determinando a transferência do animal do Zoológico de Barranquilla para uma reserva natural, em regime de semicativeiro.

Segundo o magistrado colombiano que relatou o caso *Chucho* (ARGENTINA, 2015):

Como los animales son capaces de sentir y sufrir, la ley los protege, debiendo ser sujetos de derechos. Por ende son titulares de la prerrogativa a la libertad, así sea, a vivir una vida natural y a tener un desarrollo, con menor sufrimiento, con calidad de vida a su estatura y condición, pero esencialmente para conservar responsablemente nuestro hábitat, en la cadena biótica. El contexto expuesto en los numerales anteriores, demuestra la existencia de abundante doctrina paralela no solo en normas e instrumentos internacionales, sino también precedentes jurisprudenciales, y un suficiente marco filosófico en donde se reconoce abiertamente a los animales y a otros sujetos como "seres sintientes no humanos", titulares de derechos, los cuales gozan de la protección del Estado constitucional en caso de resultar amenazados o violados. En conclusión, si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía suprallegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como 'seres sintientes' y

por tal sujetos de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, a protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o inserción a su hábitat natural. Claro está, analizando mesuradamente, las circunstancias específicas de cada situación.

Perceba-se como a jurisprudência latino-americana passa a enfrentar as principais questões limitativas ao acesso dos animais à justiça, evoluindo para constatar, a partir do seu próprio ordenamento jurídico, a possibilidade de considerar animais como sujeitos de direitos e sujeitos do processo, ainda que nas ações constitucionais de habeas corpus.

Certamente que o direito positivo brasileiro também oferece todas as condições necessárias para esse avanço na tutela jurídica dos animais.

Ao menos o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo notou a existência dessas condições.

7 HABEAS CORPUS PARA ANIMAIS NO BRASIL: A ESPERANÇA NO CASO FRANCO DO PEC

Mormente as dificuldades do passado, especialmente nos casos Suíça e Jimmy, nos quais a argumentação das demandas por habeas corpus era a mais qualificada possível, a jurisprudência brasileira também começa a dar sinais de evolução.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2020, nos legou um alvissareiro precedente, emanado no caso do cavalo Franco do Pec.

Nesse caso, havia suspeita que o equino estivesse contaminado com a doença do mormo, doença zoonótica infectocontagiosa, que pode ser transmitida a seres humanos. Diante disso, o animal estava submetido a regime de isolamento sanitário desde setembro de 2017, com pleito da defesa agropecuária do Estado de São Paulo para que Franco do Pec fosse sacrificado.

No julgamento de recurso interposto pelo responsável por Franco do Pec, o Tribunal, conduzido pelo voto lavrado pelo Desembargador Souza Meirelles, concedeu, de ofício, *habeas corpus* ao cavalo Franco do Pec, para libertá-lo do regime de isolamento sanitário.

Da fundamentação do voto, vale transcrever a seguinte parte (TJSP, 2020):

A moderna formulação dogmática dos Direitos dos Animais, embora em ascendente compasso de evolução e aprimoramento tanto teórico quanto legislativo, já consagra entretanto alguns direitos fundamentais igualmente intocáveis, como o direito à vida, à liberdade monitorada, conferindo-lhes tal dignidade existencial dentro da escala biológica que impede figurem como receptáculos de quaisquer atos de crueldade, ainda que para fins científicos ou sanitários.

Estamos sendo, pois, concitados a penetrar no portentoso e ainda pouco conhecido universo das "inteligências e dos princípios espirituais embrionários", mas de todo modo desferindo-se um duro golpe no especismo que vinha nos infelicitando desde longínquas idades e cuja abolição se insere como uma das mais notáveis conquistas em prol da espiritualização do Planeta.

É admirável que esse precedente paulista – a primeira vez na história brasileira em que se concede habeas corpus a um animal – tenha ocorrido no ano de 2020, no qual iniciou-se o fenômeno da judicialização estrita do Direito Animal do Brasil, com animais demandando, em nome próprio, na reivindicação de seus direitos.

CONCLUSÃO

A admissão do habeas corpus como remédio processual hábil para tutelar o direito fundamental animal à liberdade, conforme a experiência estrangeira já aponta, e a jurisprudência nacional começa a se abrir, é importante fonte para o abastecimento da teoria da capacidade processual dos animais e para renovar as instituições ligadas ao processo constitucional.

Certamente, neste momento em que se discute um Código de Processo Constitucional para o Brasil, no qual poderão ser redimensionados os writs constitucionais preconcebidos pelo texto constitucional, inclusive, o habeas corpus, é importante prestar atenção ao fenômeno da judicialização do Direito Animal e à manifesta pós-humanização do Direito Processual, que se abre para outras espécies além da humana.

É mais uma oportunidade para reconhecer que animais têm direito à tutela jurídica da sua dignidade e que os instrumentos processuais devem estar adaptados e ser diferenciados para atender às novas demandas decorrentes dessa tutela específica.

Para os céticos, deixamos, mais uma vez, as palavras de Fiódor Dostoiévski (2021), no bicentenário do seu nascimento: "Quantas ideias já houve na Terra, na história humana, que ainda uma década antes eram inconcebíveis, mas de repente chegou sua hora misteriosa e elas se manifestaram e se espalharam por toda a Terra?"

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Tribunal Penal Federal de Cassação da Argentina. Tradução: Heron José de Santana Gordilho. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 10, n. 19, p. 199-200, maio/ago. 2015.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 313, p. 95-128, mar. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Capacidade processual dos animais: a judicialização do Direito Animal no Brasil. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula (coord.). Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba: a posituação dos direitos fundamentais animais. Curitiba: Juruá, 2019.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Contribuição para uma teoria dos princípios do Direito Animal brasileiro. *In*: MARTINS, Juliane Caravieri; LOURENÇO, Daniel Braga; MONTAL, Zélia Maria Cardoso; NUNES, Círcia Araújo (org.). Direito Animal: a tutela ético-jurídica dos seres sencientes. Londrina: Thoth Editora, 2021, p. 73 - 97.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Direito Animal e Constituição. Revista Brasileira de Direito e Justiça, Ponta Grossa: UEPG, v. 4, n. 1, p. 13 - 67, jan./dez. 2020.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula (coord.). Direito Animal: interlocuções com outros campos do saber jurídico. Curitiba: Editora UFPR, 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48 - 76, set./dez. 2018.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O Decreto 24.645/1934 e a capacidade de ser parte dos animais no processo civil. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, v. 21, n. 129, p. 83 - 101, jan./fev. 2021.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal brasileiro. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador, v. 30, n. 1, p. 106 - 136, jan./jun. 2020.

BEKOFF, Marc. *The emotional lives of animals*. Novato/CA: *New World Library*, 2007.

BEVILAQUA, Ciméa Barbato. Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica. Mana: Estudos de Antropologia Social, v. 25, v. 1, p. 38 - 71, jan./abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (12ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento nº 2139566-66.2019.8.26.0000. Relator: Souza Meirelles, 17 de junho de 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895377395/agravo-de-instrumento-ai-21395666620198260000-sp-2139566-6620198260000/inteiro-teor-895377682>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Habeas Corpus nº 833085-3/2005. Impetrante: Heron José de Santana;

Luciano Rocha Santana e outros. Paciente: Chinpanzé "suíça". Salvador, 28 de setembro de 2005. Disponível em: <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2019/06/habeas-corporus-n-833085-3.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BROOM, Donald Maurice; MOLENTO, Carla Forte Maiolino. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas - revisão. Archives of Veterinary Science, v. 9, n. 2, p. 1 - 11, 2004.

CASTELO BRANCO, Edwar de Alencar; AVELINO, Jarbas Gomes Machado. O sujeito de direito na pós-modernidade: da unidade à fragmentação. Anais do 30º Simpósio Nacional de História, Recife, 2019, disponível em: https://www.snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1565298095_ARQUIVO_OSUJEITODEDIREITONAPOSMODERNIDADEaunidadeafragmentacao.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

CRUZ, Edmundo. Sentença do habeas corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 1, n. 1, p. 281 - 285, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Os irmãos Karamázov. 3. ed. Tradução: Paulo Bezerra. v. 1. São Paulo: Editora 34, 2021.

FELIPE, Sônia Teresinha. Antropocentrismo, sencientismo e biocentrismo: perspectivas éticas abolicionistas, bem-estaristas e conservadoras e o estatuto de animais não-humanos. Revista Páginas de Filosofia, São Paulo, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009.

FELIPE, Sônia Teresinha. Valor inerente e vulnerabilidade: critérios éticos não-especistas na perspectiva de Tom Regan. Revista Ethic@, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 125 - 146, jul. 2006.

FROELICH, Graciela. Entre índices e sentimentos: notas sobre a Ciência do Bem-Estar Animal. Revista Florestan, UFSCar, n. 4, p. 73 - 83, dez. 2015.

GORDILHO, Heron José de Santana. Abolicionismo animal. Salvador: Evolução Editora, 2008.

GORDILHO, Heron José de Santana et al. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 1, n. 1, p. 261 - 280, 2006.

GORDILHO, Heron José de Santana; ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A capacidade processual dos animais no Brasil e na América Latina. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa

Maria, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369442733>.

GORDILHO, Heron José de Santana et al. Habeas Corpus em favor de Jimmy, chimpanzé preso no Jardim Zoológico de Niterói – Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 5, n. 6, p. 337 - 379, jan./jun. 2010.

HAMMERSCHMIDT, Janaína; MOLENTO, Carla Forte Maiolino. *Protocol for expert report on animal welfare in case of companion animal cruelty suspicion*. *Braz. J. Vet. Res. Anim. Sci.*, São Paulo, v. 51, n. 4, p. 282 - 296, 2014. DOI: 10.11606. ISSN: 1678-4456.v51i4p282-296.

HARRISON, Ruth. *Animal machines*. Oxfordshire/UK: Cabi, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018.

LIMA, Fernando Bezerra de Oliveira. *Habeas Corpus para animais: admissibilidade do HC "Suíça"*. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 2, n. 3, p. 155-192, jul./dez. 2007.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARCHESINI, Roberto. O pós-humanismo como ato de amor e hospitalidade. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos (on-line)*, São Leopoldo, ed. 200, 16 out. 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao200.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MAROTTA, Clarice Gomes. *Princípio da dignidade dos animais: reconhecimento jurídico e aplicação*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MAURÍCIO, Maria Alejandra. Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia – sujeto no humano. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 23, p. 175 - 211, set./dez. 2016.

MOLENTO, Carla Forte Maiolino. *Repensando as cinco liberdades*. Disponível em: <http://www.labea.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2013/10/MOLENTO-2006-REPENSANDO-AS-CINCO-LIBERDADES.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiz Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (coord). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie*. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REGAN, Tom. *The case for animal rights*. 2. ed. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Editora Evolução, 2014.

A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRIBUTAÇÃO E DA ORDEM ECONÔMICA

A função social da empresa e da gestão no desenvolvimento da sociedade

THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF TAXATION AND ECONOMIC ORDER

The social role of the company and management in the development of society



José Laurindo De Souza Netto ¹

O presente artigo tem como finalidade abordar os aspectos históricos e normativos da regulação constitucional da tributação e da ordem econômica, como ponto de partida para a análise da função social do ser humano, da empresa, da gestão e da atuação jurisdicional. A problemática está em investigar a aplicabilidade dos ditames constitucionais e da função social na atuação jurisdicional e no desenvolvimento da sociedade. A metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados. Por conclusão, tem-se que os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica e da tributação reforçam a necessidade de uma atuação com fim social, por meio da empresa, da gestão, da jurisdição e do próprio ser humano, como um compromisso para com a coletividade.

Palavras-Chave: Regulação Constitucional; Ordem econômica; Gestão; Atuação Jurisdicional; Função social.

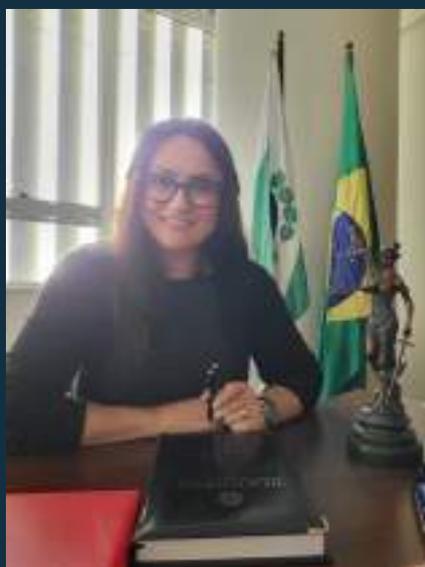
¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. E-mail: jl@tjpr.jus.br.



Gustavo Calixto Guilherme ²,

This article aims to present the historical and normative aspects of taxing and economic order's constitutional regulation, as a beginning for the analysis of the social function of the human being, the company, management and the jurisdictional action. The issue is to investigate the applicability of constitutional dictates and social function in jurisdictional activity and in the development of society. The methodology used is based in a doctrinal study, legislation consult and data analysis. In conclusion, the guiding constitutional principles of the economic order and taxation reinforce the need for action with a social purpose, through the company, management, jurisdiction and the human being himself, as a commitment to the community.

Keywords: Constitutional Regulation; Economic order; Management; Jurisdictional Action; Social function.



Adriane Garcel ³

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. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0022546041410306>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>. E-mail: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br.

³ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná - FEMPAR. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central apresentar os aspectos históricos e normativos da regulação constitucional da tributação e da ordem econômica como premissa para a análise da função social do ser humano, da empresa, da gestão e da atuação jurisdicional.

O Direito Econômico tem sua origem na Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição do Império Alemão, elaborada após a Primeira Guerra Mundial, foi uma das primeiras do mundo a prever direitos sociais e normas para que a ordem econômica de mercado encontrasse limites de modo a garantir a justiça social.

No Brasil, a ordem econômica constitucional tem início a partir da Constituição de 1934, com o Estado do bem-estar social. A Constituição de 1988 é de grande relevância para o constitucionalismo, focada na plena realização da cidadania.

A regulação constitucional da ordem econômica possibilita a atuação do Estado no domínio econômico de duas formas: participação e intervenção. O sistema econômico vigente é o capitalismo, devendo respeitar os valores sociais do trabalho, de maneira a assegurar a todos uma existência digna, nos ditames da justiça social.

A regulação constitucional da tributação é originária do princípio republicano, pautado na igualdade entre as pessoas.

Os preceitos constitucionais da ordem econômica e da tributação reforçam a necessidade de uma atuação com função social.

Diante de tal contexto, este trabalho objetiva apresentar um panorama geral da regulação constitucional da tributação e da ordem econômica, a função social do ser humano, da empresa, da gestão, e da atuação jurisdicional, esta demonstrada por meio da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, do Plano de Gestão e das atividades que estão sendo realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A pesquisa justifica-se ante a premente necessidade da efetivação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da valorização do trabalho humano, por meio de práticas com função social.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, será abordada a regulação constitucional da tributação e da ordem econômica.

Em um segundo momento será apresentada a função social do ser humano, da empresa e da gestão, como um compromisso perante a coletividade.

Por fim, será demonstrada a atuação jurisdicional com fim social e os trabalhos que estão

sendo desenvolvidos no intuito de inserir o ser humano no centro do sistema de justiça.

1 A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA TRIBUTAÇÃO E DA ORDEM ECONÔMICA

Pode-se tratar da economia desde os primórdios, da superação da produção de subsistência e geração de excedentes destinados ao escambo. O modo de produção capitalista vigente perpassou por diversos momentos históricos, como o mercantilismo, a fisiocracia e o liberalismo econômico. Em Portugal e na Espanha, o mercantilismo estava baseado na obtenção de riquezas pela exploração de metais preciosos, em que os reis e a nobreza financiavam as grandes navegações e a exploração das colônias. Na França, a riqueza era decorrente da agricultura e vigorava o princípio do *laissez-faire* (deixar fazer), não se admitindo intervenção no processo produtivo (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2017, p. 24-25).

Na famosa obra *A riqueza das nações*, publicada em 1776, o filósofo e economista escocês Adam Smith defende que a propriedade das nações se daria com o combate aos monopólios e com o livre comércio entre os povos. Adam Smith acreditava que a concorrência e a não intervenção naturalmente regulariam o mercado e, dessa forma, a "mão invisível" do mercado garantiria a justiça e a igualdade para todos (McCREADIE; 2010).

Assim, a autorregulação do mercado pela mão invisível da concorrência baseada na lei da oferta e da procura, como apresentou Adam Smith, representa o ideal da matéria concorrencial e de controle do poder econômico. Entretanto, a história demonstrou que a ordem econômica não se estabelece da maneira ideal com o poder econômico se autorregulando, em que os agentes econômicos atuam em um mercado sem a fiscalização do Estado (BAGNOLI, 2020).

No modelo do Estado liberal, foram estabelecidos dois paradigmas principais: o paradigma da racionalidade e o da infalibilidade de mercado. O primeiro afirmava que os agentes econômicos atuavam de forma racional em busca da maximização dos próprios interesses individuais; o segundo asseverava que o mercado constituiria um instituto perfeito de circulação de riquezas, autorregulando-se por leis naturais. Com a crise de 1929 e o fim do modelo do Estado Liberal, foram evidenciadas inconsistências quanto ao paradigma da infalibilidade do mercado quanto ao atingimento dos fins econômicos e sociais desejados (TRAVASSOS, 2015, p. 60-61).

O Direito Econômico está diretamente relacionado aos eventos da segunda metade do século XIX e do início do século XX e tem sua origem na Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição do Império Alemão foi elaborada após a derrota na Primeira Guerra Mundial, uma das primeiras do mundo a

prever direitos sociais e que passava a estabelecer normas para que a ordem econômica de mercado encontrasse limites de modo a garantir a justiça social.

A partir dos colapsos ocasionados pelas Primeira e Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que o mercado não era autorregulatório e que a intervenção do Estado na economia era fundamental. A mudança no cenário econômico fez com que os países se unissem para definir princípios e práticas que evitassem conflitos internos e mundiais. Surgiram estudos sobre a economia do bem-estar (*welfare economy*). Na seara jurídica, erigiram leis antitrustes, normativas para regular mercados e políticas econômicas, de proteção aos trabalhadores e consumidores. Surgia, assim, o Direito Econômico (BENSOUSSAN; GOVÊA, 2017, p. 27-28).

Quando o Estado deixou de ser um agente econômico passivo e começou a participar da atividade econômica, colocando em prática leis, teorias, princípios e modelos por meio da política econômica com objetivos de crescimento sustentado, estabilidade e equitatividade, foi necessário criar o tratamento jurídico desta política. O Direito econômico surge como ramo das ciências jurídicas que tem como objeto o processo de juridicização da política econômica (ALMEIDA, 2012).

Assim, a expressão ordem econômica é incorporada à linguagem do Direito e dos juristas, como afirmação de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida, na medida em que assume um novo caráter, de cunho social (GRAU, 2015, p. 64).

Para a nova configuração dos sistemas econômicos ocidentais foram propostas algumas denominações, como a de capitalismo regulamentar, regime de mercado controlado ou de neoliberalismo, para referenciar os novos clamores provocados pelo imperfeito funcionamento dos mercados (NUSDEO, 2001, p. 164).

No Brasil, a ordem econômica constitucional tem início a partir da Constituição de 1934, com a passagem do Estado liberal para o Estado do bem-estar social, diante da necessária intervenção do Estado na economia, com o objetivo de que as relações sociais fossem mais equilibradas e, até mesmo, mais igualitárias, garantindo-se a plenitude do social (OLIVEIRA, 2008).

A Constituição de 1934, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, assim estabelecia em seu preâmbulo: "Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte".

A Constituição de 1934 teve um curto período de duração, substituída pela Constituição Brasileira de

1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas com a implantação do Estado Novo. A intitulada Constituição Polaca, denominada assim por ter sido inspirada no modelo polonês, era nacionalista e ampliou as possibilidades de intervenção do Estado na economia (OLIVEIRA, 2008).

A Constituição de 1946 serviu-se das Constituições de 1891 e 1934 para a sua formação e sob sua égide sucederam-se crises políticas e conflitos constitucionais de poderes, apesar de ter propiciado condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu. Com a instauração do Regime Militar, foi promulgada a Constituição de 1967, que se preocupou com a segurança nacional, atribuiu poderes à União e ao Presidente da República e, em geral, foi menos intervencionista que a de 1946, mas avançou no que diz respeito à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos de dívida pública, para fins de reforma agrária (SILVA, 2016, p. 87-89).

A Constituição Federal de 1988 constitui um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral. É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a elaborou, por ter ampla participação popular em sua criação e especialmente porque se volta para a plena realização da cidadania (SILVA, 2016, p. 91-92).

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 República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A noção ampla de cidadania implica na qualidade da pessoa de ser titular e de ver reconhecido os seus direitos humanos, que são e devem ser universais (KIM, 2013, p. 38).

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, como vida, lazer, saúde, educação, cultura e trabalho que devem ser propiciados pelo Estado, os quais configuram-se como centro fundante da ordem jurídica (AGRA, 2018, p. 156).

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa tem por objetivo esclarecer que a ordem econômica nacional, muito embora do tipo capitalista, deve respeitar os valores sociais do trabalho, de maneira a assegurar a todos uma existência digna, nos ditames da justiça social (DANTAS, 2014, p. 69).

A regulação constitucional da ordem econômica e financeira do Estado brasileiro está fixada nos artigos 170 a 181 da Carta Magna.

Nos termos do artigo 170, a ordem econômica deve ser fundada nos princípios do Estado Democrático de Direito, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna.

A ordem econômica brasileira repousa sobre o regime de livre iniciativa. O direito fundamental à livre iniciativa é tão importante na ordem jurídica brasileira que foi escrita em três passagens da Constituição de 1988, nos artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, e 170. A livre iniciativa é um direito fundamental contra o Estado, um verdadeiro direito de abstenção contra o Poder Público, entretanto, não se trata de direito absoluto e encontra limitações em outros direitos ou princípios, como o interesse público, o direito ambiental, entre outros (TIMM, 2021, p. 195-197).

A atuação do Estado no domínio econômico pode ocorrer de duas formas: participação e intervenção (SILVA, 2005, p. 721).

A participação como sujeito das relações econômicas pode ocorrer sob regime privado, por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista ou subsidiária, em que o órgão público realiza operações comerciais, ou em regime de direito público, como prestador de serviço público.

O artigo 174 do texto constitucional estabelece de forma direta a intervenção na economia, atribuindo ao Estado o caráter normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O órgão público que desempenha essa função é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, entidade judicante em todo o território brasileiro, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e que possui em sua estrutura organizacional o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. O CADE está previsto na Lei nº 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Outro exemplo de regulação econômica da livre iniciativa é o Direito do Consumidor, que permite uma concorrência saudável no mercado, ensejando decisões informadas dos consumidores sobre produtos e serviços, e estando, portanto, diretamente ligado ao Direito Concorrencial (TIMM, 2021, p. 200).

Nessa perspectiva, em 2019 foi promulgada a Lei nº 13.874, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa, ao livre exercício da atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

O capítulo III da legislação supracitada, intitulado "Das garantias da livre iniciativa", dispõe em seu artigo 4º-A, inciso I, que é dever da Administração Pública, na aplicação da ordenação pública sobre as atividades econômicas privadas, dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos.

Sobre o tema, impende destacar o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449/DF, que trata da inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016, que dispunha sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza:

6. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. (...)

7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o Rule of Law às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. Literatura: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.(...)

18. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente que a norma proibitiva nega "ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente", em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 82/2014. 19. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente para declarar

inconstitucional a Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, caput, XIII e XXXII; 22, IX, XI e XVI; 144, § 10, I; 170, caput, IV, V e VIII; e 173, § 4º, todos da Carta Magna. (ADPF 449, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 30-08-2019 PUBLIC 02-09-2019, grifo nosso).

A tributação consiste em uma alternativa para fomentar o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais e sociais. Por meio das normas tributárias, o Estado induz os agentes econômicos a praticar comportamentos desejáveis em busca da ordem econômica proposta na Constituição. Assim, a política fiscal é uma das formas de intervenção estatal na economia (SCHWERTNER, 2011, p. 83-84).

Desde o século XIX, com a Revolução Industrial, houve o agravamento das diferenças econômicas entre classes sociais, o que exigiu que os sistemas de tributação adotassem uma nova postura, especialmente a função da realização da justiça social. No Brasil, o despertar para essa nova função surgiu somente com a Constituição de 1988 (NUNES, 2019, p. 41-42).

O Texto Maior contempla em seu título VI, denominado "Da Tributação e do Orçamento", o capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional, dividido em princípios gerais, limitações do poder de tributar, a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para instituir impostos e a repartição das receitas tributárias.

Os tributos têm natureza fiscal, com a função primordial de arrecadar recursos públicos e são necessários para o cumprimento das funções essenciais nas áreas de saúde, educação, justiça, segurança, infraestrutura entre outras. Algumas espécies tributárias também assumem natureza extrafiscal, pois não são destinadas apenas a arrecadar recursos para o Estado, mas também tem o escopo de estimular ou inibir o uso ou consumo de determinados produtos, proteger a balança comercial do país, como por exemplo o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) em que as alíquotas são elevadas para produtos nocivos à saúde, como o cigarro (ÁVILA, 2017, p. 17).

O artigo 150 da Constituição dispõe sobre os princípios que limitam o poder de tributar do Estado e, por consequência, protegem o contribuinte do arbítrio estatal, entre eles o princípio da legalidade, da isonomia tributária, da irretroatividade e da anterioridade.

Em resumo, o princípio da legalidade determina que nenhum tributo será instituído ou majorado sem que exista lei permitindo a cobrança. A isonomia tributária exige o tratamento igual aos contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação ou função por eles exercida. A

irretroatividade prevista no artigo 150, inciso III, alínea a, impossibilita a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. No que se refere à anterioridade tributária, encontra-se delineada nos artigos 150, III, "b" e "c", da Carta Magna, vedando a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou majorou.

Merece especial relevo o princípio da capacidade contributiva, regulado no artigo 145, §1º, da Lei Maior, que dispõe que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A regulação constitucional da tributação tem em sua origem o princípio republicano, que é baseado na igualdade entre as pessoas. Logo, os tributos devem ser instituídos e arrecadados sem ferir a harmonia entre os direitos do Estado e os direitos de cada cidadão. O tributo deve ter o escopo de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum (CARRAZZA, 2015, p. 90-91).

Assim, a regulação constitucional da tributação e da ordem econômica está pautada na valorização do ser humano, na livre iniciativa e concorrência, na justiça social e no desenvolvimento nacional.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO SER HUMANO, DA EMPRESA E DA GESTÃO

O ser humano possui uma função social. A função social do ser humano é o compromisso de cada um de nós perante a coletividade. O homem justo, além de não cometer injustiças, deve estar comprometido com a coletividade, ser pacificador e resgatar valores já desacreditados. Para Aristóteles, o princípio ético da justiça explica a união de duas categorias de direitos humanos: a dos direitos e liberdades individuais e a dos direitos sociais e econômicos (GUSMÃO, 2011, p. 93).

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum e ao cultivo da solidariedade e do sentimento de responsabilidade mútua (SANDEL, 2012, p. 325).

O Estado Social, na busca pela real liberdade dos indivíduos e pelo fim das desigualdades materiais, intervém na economia atribuindo novos papéis à empresa por meio da sua funcionalização social (BERTONCINI; OIKAWA, 2019, p. 235).

A empresa, agente econômico inserido no ordenamento jurídico constitucional, deve cumprir a sua função social.

O Código Civil de 2002, assim como o Código Civil Italiano de 1942, adotou a teoria da empresa, mas não conceituou empresa. Na Itália, a Teoria Poliédrica da empresa desenvolvida pelo jurista italiano Alberto Asquini definiu a empresa a partir de quatro perfis: o subjetivo, o funcional, o objetivo e o corporativo (ASQUINI apud VIDO, 2018).

O perfil subjetivo aborda ser necessária a existência de um empresário, sociedade empresária ou EIRELI que exerça a atividade empresarial. O eixo funcional conceitua a atividade empresarial como a força em movimento dirigida para uma finalidade produtiva. O corporativo é a relação entre empresário e seus funcionários e o perfil patrimonial ou objetivo, da empresa como estabelecimento, do conjunto de bens necessários para o funcionamento da atividade empresarial.

A função social da empresa está diretamente ligada ao direito de propriedade e à função social da propriedade, garantias fundamentais do artigo 5º, XXII, XXIII, da Constituição. O empresário tem o direito de exercer profissionalmente sua atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens ou serviços, entretanto, deve contribuir de alguma forma com a sociedade.

Isso não significa que o Estado pode intervir diretamente no funcionamento da empresa ou haver propriedade social dos meios de produção, característica do socialismo. Pelo contrário, o sistema econômico vigente é o capitalismo, que visa ao lucro e está baseado na propriedade privada dos meios de produção (artigo 5º, XII, CF). O que há é um limite ao arbítrio e ao interesse individual, em prol da coletividade.

Cumpra a sua função social a empresa que gera empregos, riqueza, paga tributos e contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade, da região em que atua ou de seu país, adota práticas empresariais sustentáveis para a proteção do meio ambiente e respeito aos consumidores. Se sua atuação está em consonância com estes objetivos e com a legislação vigente, a empresa está cumprindo a sua função social (COELHO, 2018, p. 75-76).

A função social do ser humano e da empresa está diretamente conectada à função social da gestão, no sentido de utilizar a gestão como forma de desenvolver habilidades individuais e incentivar o trabalho em equipe para atingir objetivos comuns.

Na história, poucas instituições surgiram tão rapidamente como a gestão ou tiveram um impacto tão grande. A gestão transformou a estrutura social e econômica dos países desenvolvidos e criou uma

economia global. É responsável pelo uso produtivo do conhecimento (DRUCKER, 2001).

A gestão trabalha com o comportamento humano e com a maneira de pensar, o *mindset*. O resultado das atividades individuais e das interações sociais está atrelado à programação mental, ao conjunto de pensamentos e crenças que determinam o comportamento humano.

O *mindset* depende muito de quem está no comando, dos líderes, dos empresários e também do planejamento institucional. O objetivo das organizações atuais é estabelecer uma nova cultura, de gestão colaborativa, de inclusão e de fomentar um *mindset* crescente, de forma que as pessoas possam obter novos conhecimentos e aptidões.

Nessa perspectiva, o gerenciamento de *soft skills* é imprescindível, habilidades comportamentais e o quanto os indivíduos estão com a mente aberta para absorver as informações e as inovações. A constante aprendizagem em habilidades comportamentais, como criatividade, adaptabilidade e inteligência emocional são fundamentais em um período atual disruptivo, de transformação social.

O psicólogo estadunidense Daniel Goleman criou o termo inteligência emocional, como a habilidade de saber lidar e controlar as emoções. O desenvolvimento dos aspectos fundamentais do QE (Quociente Emocional), como a autoconsciência, o autocontrole, a consciência social e a habilidade de gerir relacionamentos se traduzem em sucesso profissional (GOLEMAN, 2011).

A utilização da gestão como fim social e o investimento na capacitação técnica e em habilidades comportamentais dos colaboradores da instituição tendem a fomentar o trabalho em equipe, melhorar os resultados e incentivar o diálogo como forma de resolver os problemas que se apresentam. O diálogo é fundamental.

Nas palavras de Peter Drucker, considerado o pai da Administração Moderna: "o conhecimento e a informação são os recursos estratégicos para o desenvolvimento de qualquer país. Os portadores desses recursos são as pessoas".

3 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL COM FIM SOCIAL

A atuação jurisdicional possui em sua essência um fim social, a função pública.

No Estado Democrático de Direito, a função pública é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes conferidos pela ordem jurídica. Prevalece na doutrina a afirmação de que há uma trilogia nas funções do Estado: a legislativa, a administrativa (executiva) e a jurisdicional, desempenhadas por três blocos orgânicos denominados "Poderes", respectivamente, os Poderes

Legislativo, Executivo e Judiciário (MELLO, 2013, p. 29-31).

O Poder Judiciário instituiu a sua estratégia para o ciclo 2021-2026 por meio da Resolução nº 325/2020 do Conselho Nacional de Justiça, nas perspectivas da sociedade, de processos internos e de aprendizado e crescimento (CNJ, 2020).

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), o planejamento estratégico para o ciclo 2021-2026 foi instituído por advento da Resolução nº 300/2021. Para a elaboração da estratégia do Poder Judiciário do Paraná foi utilizada a metodologia *Balanced Scorecard* (BSC), proposta pelos professores americanos Robert Kaplan e David Norton e amplamente utilizada por instituições públicas e privadas (TJPR, 2021).

A missão institucional do Poder Judiciário do Estado do Paraná é a de "garantir à sociedade a prestação jurisdicional acessível, de qualidade, efetiva e célere, de forma transparente e ética, solucionando os conflitos e promovendo a pacificação social". A visão de futuro consubstancia-se em "ser referência de qualidade na prestação de serviços públicos, reconhecida pela sociedade e seus colaboradores como instituição da qual todos tenham orgulho e confiança".

Para a gestão do biênio 2021/2022 do Tribunal de Justiça do Paraná foi elaborado um plano de gestão intitulado O SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA (TJPR, 2021).

O plano de gestão é pautado em cinco princípios basilares: (i) a valorização do ser humano; (ii) eficiência; (iii) capacitação; (iv) o uso racional de recursos e (v) a aproximação do Poder Judiciário com a população.

Todas as atividades estão sendo realizadas com base no diálogo, na gestão colaborativa, na Estratégia Nacional do Poder Judiciário, na Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas e na gestão com função social.

No início de 2022 foi elaborado um relatório do primeiro ano da gestão 2021/2022, que contempla as ações, atividades, projetos e eventos realizados no ano de 2021, interligados aos princípios norteadores (TJPR, 2022).

No que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná criou, por meio da Resolução nº 287, de 11/03/2021, o Observatório Interinstitucional de Direitos Humanos, diante da necessidade de acompanhamento de questões estratégicas envolvendo os Direitos Humanos, principalmente no que se refere ao acesso à justiça, ao combate à violência e à proteção das pessoas em situação de risco. O Observatório Interinstitucional de Direitos Humanos tem como objetivo subsidiar a atuação do Poder Judiciário estadual na defesa dos direitos humanos e ser um canal

de diálogo entre as diversas instituições envolvidas na tutela dos direitos fundamentais do cidadão:

Com a institucionalização do Observatório de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se impulsiona para desempenhar, estabelecer e fazer valer, em sua plenitude, os direitos e garantias estabelecidos na Constituição da República, criando um diálogo em torno dos direitos humanos, constante entre o Poder Judiciário e a sociedade como um todo (SOUZA NETTO, 2021).

Sob a ótica da valorização do ser humano também foi realizada a Campanha Vacina do Bem, que imunizou Magistrados, Servidores, Estagiários e demais colaboradores do Tribunal e de outros órgãos públicos, além de arrecadar 1,5 toneladas de alimentos e 500 produtos de higiene e limpeza para a associação SOS Vila Torres, em Curitiba.

O aumento da eficiência foi efetivado com a criação do Ateliê de Inovação. O Ateliê de Inovação é um laboratório composto por equipe multidisciplinar, que realiza estudos e desenvolve projetos para aprimorar as atividades judiciais e administrativas. O Ateliê de Inovação funciona como um *hub* de inovação, um grande "chapéu pensador" do Poder Judiciário Paranaense, criando projetos e soluções ágeis para o aprimoramento dos trabalhos e serviços prestados (TJPR, 2021).

Intensificou-se o uso da inteligência artificial por meio do aperfeiçoamento do "Robô PIAA", que faz a integração do sistema do Tribunal com o SISBAJUD (Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário), no intuito de otimizar os sistemas eletrônicos e executar e acompanhar as ordens judiciais de bloqueio de bens e realizar pesquisas de endereços. Foi ampliada a atuação da ferramenta de inteligência artificial chamada "Robô Larry", que tem como objetivo a identificação de processos judiciais semelhantes com base em sua petição inicial. Em dezembro de 2021 foi alcançada a marca de 6 milhões de documentos lidos pelo software de Inteligência Artificial do Tribunal de Justiça do Paraná.

No que tange à capacitação, foi criada a Escola Judicial do Paraná para a capacitação profissional contínua dos Magistrados, Servidores e demais colaboradores do Tribunal. A EJUD-PR promove cursos, congressos, eventos e debates sobre temas de grande relevância. O Poder Judiciário paranaense contribui para a pesquisa científica e para a Academia por meio da organização, coordenação e publicação de obras jurídicas e periódicos científicos, como a Revista Gralha Azul, de publicação bimestral. Em 2021 também foi lançada a coletânea jurídica Direito, Justiça e Sociedade: Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná, que contou com ampla adesão de integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia e da Academia.

No primeiro ano de teletrabalho, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná economizou mais de 52 milhões de reais com itens de materiais de limpeza, correios, diárias, passagens, água, energia elétrica, entre outros, em atendimento ao uso racional de recursos e à sustentabilidade (TJPR, 2021).

A Comissão de Gestão Socioambiental (CASA-TJPR), com o apoio do Ateliê de Inovação, lançou a cartilha Consumo Consciente de Energia Elétrica no Poder Judiciário do Paraná, no intuito de reforçar a importância da colaboração para a racionalização dos recursos naturais. O informativo apresenta práticas simples, como o uso da iluminação, do ar condicionado, dos elevadores, mas que traz impactos relevantes para o meio ambiente (TJPR, 2021).

A aproximação do Poder Judiciário com a população foi concretizada com diversas iniciativas. Impende destacar o projeto Conectando Vidas, por meio de uma parceria da Vara da Infância e Adolescência de Londrina com a Prefeitura Municipal, que entregou 589 aparelhos celulares e tablets, doados pela Receita Federal, para alunos de baixa renda da rede municipal de ensino. Em setembro de 2021, por meio de um convênio entre a Universidade Estadual de Londrina (UEL) e o TJPR, foram doados 118 computadores para o curso de Pedagogia da Universidade, com o apoio do Núcleo Regional de Informática do Tribunal em Londrina (TJPR, 2022).

Nessa perspectiva, foi criado o Projeto Rolê Solidário, que arrecadou cerca de mil peças de roupas de frio e cobertores para auxiliar famílias e pessoas em situação de vulnerabilidade social e centenas de brinquedos para crianças, entregues por meio do ônibus da Justiça Itinerante (TJPR, 2021).

O Tribunal também desenvolve uma campanha de doação de sangue junto ao Hemepar (Centro de Hematologia e Hemoterapia do Paraná), em Curitiba, realizada em outubro de 2021.

A função social do ser humano e da gestão devem ser prioridades na atuação jurisdicional e nas organizações como um todo, tanto em âmbito público como no setor privado, para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, como resposta ao trabalho proposto conclui-se que os princípios constitucionais da regulação da ordem econômica e da tributação apontam a necessidade da efetivação de práticas voltadas ao bem comum e à justiça social.

A função social do ser humano pode ser traduzida como a preocupação com o próximo, a dedicação empenhada nas tarefas diárias feitas em prol da coletividade, a ação individual com pensamento coletivo.

A empresa também deve ter uma função social, de modo a contribuir com o ambiente em que se situa, com a geração de empregos, de riqueza, pagamento de tributos, práticas sustentáveis e com o desenvolvimento cultural da comunidade.

A gestão é responsável pelo uso produtivo do conhecimento e deve ser utilizada para o desenvolvimento das pessoas, para aprimorar habilidades técnicas, comportamentais e para o trabalho em equipe.

Observa-se a atuação jurisdicional com fim social nas diretrizes da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, do Plano de Gestão do Tribunal de Justiça do Paraná para o biênio 2021/2022, intitulado O SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA, e nas ações do Poder Judiciário paranaense, realizadas conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

Por arremate, os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica e da tributação impõem a necessidade de uma atuação com fim social, por meio da empresa, da gestão, da atuação judicial e do próprio ser humano, para o desenvolvimento nacional, como um compromisso para com a coletividade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. Introdução ao Direito Econômico, Direito da Economia, Economia do Direito, Law and Economics, Análise Econômica do Direito [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. Curso de direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e Concorrencial [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOVÊA, Marcus de Freitas. Manual de Direito Econômico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BERTONCINI, Mateus; OIKAWA, Mariana Mendes Cardoso. O consumo consciente e a educação para o consumo como função social da empresa. In: Estudos em homenagem ao professor Clayton Reis. Curitiba: Instituto Memória: 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 325/2020. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder

Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 fev. 2022.

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

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DRUCKER, Peter F. A Gestão como função social. Condensado do livro The Essencial. Adets Assessoria e desenvolvimento para o Excelência do Terceiro setor. Disponível em: http://www.adets.com.br/gestao_como_funcao_social.pdf. Acesso em: 9 fev. 2022.

GOLEMAN, Daniel. Inteligência Emocional [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GUSMÃO, Mônica. Lições de Direito Empresarial. 10. ed. atualizada com o Projeto do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KIM, Richard Pae. O Conteúdo Jurídico de Cidadania na Constituição Federal do Brasil. In: Cidadania O novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (coords.). São Paulo: Editora Atlas, 2013.

McCREADIE, Karen. A Riqueza das Nações de Adam Smith. Uma interpretação moderna e prática [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NUNES, Cleucio Santos. Justiça Tributária. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. A constitucionalização da Ordem Econômica [livro eletrônico]. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 62. p. 46-73. Jan-mar, 2008. Revista dos Tribunais Online, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ateliê de Inovação. Disponível em: <https://ateliedeinovacao.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Planejamento Estratégico do Poder Judiciário do Estado do Paraná para o ciclo 2021-2026. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4634182> e https://www.tjpr.jus.br/documents/31704/53897392/Planejamento_Estrategico_PJPR_2021_2026.pdf/fb01a8a5-04a9-152e-7d23-65564ecb8064. Acesso em: 02 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Plano de Gestão 2021/2022 O SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lkl/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: 04 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relatório de Gestão 2021/2022. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/relatorio-de-gestao>. Acesso em: 07 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Revista Gralha Azul Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/escola/revista-gralha-azul> Acesso em: 07 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 'Rolê Solidário' doa cerca de mil peças de roupas de frio e cobertores. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lkl/content/-role-solidario-doa-cerca-de-mil-pecas-de-roupas-de-frio-e-cobertores/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 07 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR economiza mais de R\$ 52 milhões no 1º ano de teletrabalho. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/tjpr-eco-nomiza-mais-de-r-52-milhoes-no-1-ano-de-teletrabalho/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fdestaques%3Fp_p_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: 07 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR lança cartilha 'Consumo Consciente de Energia Elétrica'. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-lanca-cartilha-consumo-consciente-de-energia-eletrica-/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2. Acesso em: 07 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: fev. 2022.

SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. [tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo]. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. Responsabilidade social empresarial. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

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.

TIMM, Luciano Benetti. Ordem Econômica no Brasil: Regulação Econômica, Propriedade Intelectual e Inovação. In: A Disrupção do Direito Empresarial: Estudos em homenagem à Ministra Nancy Andrighi. ABRÃO, Carlos Henrique; TSOUROUTSOGLU, Irini; NETO, Ney Wiedemann; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BENETI, Sidnei (coords.). São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2021.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre os argumentos paternalistas. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VIDO, Elisabete. Curso de direito empresarial [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABUSO DE PODER E ABUSO DE DIREITO PARA O DIREITO SOCIETÁRIO

ABUSE OF POWER AND ABUSE OF LAW FOR CORPORATE LAW



Daniella Machado Ribeiro Goedert¹

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão acerca do tema abuso de poder e sobre o abuso de direito, com referência as definições e a ocorrência no direito societário. Através da teoria geral do direito e da teoria do direito societário, pretende-se verificar a possibilidade da existência de tensões, levando-se em consideração os casos de abuso por maioria ou sócios/acionistas majoritários. A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa descritiva, em obras bibliográficas, artigos científicos a respeito do tema, bem como a indicação da questão em outros países.

Palavras-Chave: Abuso de poder; Abuso de direito; Direito societário.

This article aims to present a view on the theme of abuse of power and abuse of rights, with reference to definitions and occurrence in corporate law. Through the general theory of law and the theory of corporate law, it is intended to verify the possibility of the existence of tensions, considering cases of abuse by majority or majority partners/shareholders. The methodology used is based on descriptive research, bibliographical works, scientific articles on the subject, as well as the indication of the issue in the other countries.

Keywords: Power abuse; Abuse of rights; Corporate law.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Psicóloga Infantil Psicopedagoga. Advogada – Direito Família e Civil. Professora Psicologia Organizacional e Jurídica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162182278424182>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9823-0511>.



Sandro Mansur Gibran²



Flávia Jeane Ferrari³

² Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. É advogado. Professor de Direito Empresarial junto ao Centro de Estudos Jurídicos do Paraná - CEJPR, na Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR e na Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCConst. Professor visitante na Universidade da Indústria da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - UNINDUS. Professor permanente no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal do Paraná. Tem experiência em: Direito Empresarial Societário. Função Social da Atividade Empresarial. Negócios Empresariais. Consumo Consciente e Sustentável. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3242304285536069>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>.

³ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Aluna especial do Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Ministério Público- Estado Democrático de Direito; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental e Direito do Trabalho. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA, Linhas de Pesquisas: Compliance; Sustentabilidade e Direito e Direito Penal Econômico. Membro do grupo de pesquisa Neurolaw. CPC-A pela LEC Certification Board. Cal Membro da Comissão para Combate à Corrupção do LIONS Clube Curitiba Batel. Associada do Instituto Brasileiro de Direito da Empresa - IBDE. Experiência na área jurídica como assessora de magistrado, escrevente juramentada, conciliadora, juíza de paz, perita e avaliadora nas áreas de meio ambiente e imobiliária. Organização de eventos jurídicos nacionais e internacionais e periódicos jurídicos. Foi Oficial Adjunta da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército. Articulista da Faculdade Roca Educacional. Parecerista da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Acre - MPAC. Professora universitária no Centro Universitário UNIFAESP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3990-7633>.

INTRODUÇÃO

De acordo com a temática que envolve a questão de abuso para o Direito, o presente artigo pretende tratar sobre o abuso de direito e o abuso de poder relativo as relações societárias. Para tanto, apresentar a conceituação nos limites da Constituição Federal, Código Civil e da Lei nº 6.404/1976, proporcionam a avaliação de possíveis desvios no exercício do direito, quando realizado por um titular que prefere as finalidades individuais, às finalidades sociais do direito.

Em relação ao abuso de poder no Direito societário, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), orienta que um sistema de governança deve demonstrar para as sociedades, que quanto mais diálogo democrático, mais eficiente e transparente serão as decisões, pois a implantação de um sistema de governança é fundamental e indispensável para gerenciar a estrutura organizacional com normas e regras claras.

A Lei de Sociedade Anônima, em seu art. 138, § 1º e § 2º, por exemplo, define que a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e sua diretoria, ou somente à diretoria. Desta forma, caberá ao administrador através do dever jurídico de apresentar de forma fiel e imparcial, o desempenho de sua gestão; a real situação econômico-financeira da empresa.

Contudo, o direito das sociedades demonstra tradicionalmente maior preocupação com os deveres dos diretores e gerentes à empresa, do que com os deveres devidos pelos acionistas à sociedade ou para outros acionistas, neste sentido caberá a responsabilidade civil, no caso de abuso de direitos que acarretem danos à empresa e/ou aos demais acionistas.

A responsabilidade civil pelo abuso de direitos dos acionistas em outros países é reconhecida pelos tribunais, pois o abuso de direitos pode levar à responsabilização ou anulação das resoluções dos acionistas decorrentes das assembleias gerais, levando em consideração princípios gerais do direito e do direito societário, como o dever de agir de boa-fé, o dever de lealdade ou o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas.

1 O ABUSO DE DIREITO PARA A TEORIA GERAL DO DIREITO

O abuso de direito pode ser descrito como uma forma de praticar um ilícito, que pressupõe a existência de direito subjetivo, provocando danos ou mal-estar às pessoas. (NADER, 2014).

No Direito brasileiro, o art. 187 do Código Civil trata que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela

boa-fé ou pelos bons costumes". Sendo assim, a necessidade de proteger os interesses coletivos não admite que o possuidor de um direito prejudique o bem-estar social, sendo que reconhecer o abuso de direito é indispensável para a segurança social, bem como o direito subjetivo deve ser utilizado de acordo com a sua finalidade, ou seja, dentro dos limites impostos pelo interesse coletivo.

Souza (2017), descreve que o abuso de direito trata da existência de limites que ocorrem de acordo com a norma legal. Para o formalismo jurídico, um ato não pode ao mesmo tempo estar de acordo com o direito e contrário a este; quando estiver fora dos limites estabelecidos pela norma, estaremos agindo sem direito, reconhecendo então que a expressão abuso do direito se trata de um jogo de palavras.

Para tanto, estabelece Souza (2017, s.p. d.) que:

[...] foi exatamente esse espírito individualista que trouxe a concepção moderna do abuso do direito, como forma de temperar, mantida a aparência de legalidade, o excessivo egoísmo liberal-burguês. A ideia da tripartição dos poderes, legada de Aristóteles e de John Locke, também participa deste processo de emancipação do abuso do direito em relação às suas bases morais, pois a norma escrita, a ser observada pelos juízes, passa a estabelecer limites que separam o direito dos fatos sociais.

Alguns autores concordam que a teoria do abuso do direito surge mesmo de uma interpretação em sentido contrário, a partir da regra em que o exercício regular de um direito reconhecido não configura ato ilícito (art. 160, I, do Código Civil de 1916).

Para Carvalho Santos (*apud* Silva, 2017, s.p.), a doutrina do abuso do direito pertence ao campo da teoria geral do ato ilícito, "o que se deduz da própria referência ao assunto, feita pelo Código, englobando o ato ilícito".

A respeito do abuso do direito no Brasil, a legislação vigente demonstra vários dispositivos que encampam a noção de abuso do direito como espécie do ilícito, no sentido mais amplo do termo.

Desta forma, temos na Constituição Federal: arts. 170, § 4º, 182, § 4º e incisos, 184 e 186; no Código de Águas (Decreto 24.643/1934): arts. 69, parágrafo único, 71, caput, 73, parágrafo único, 78, 90, 94, 96, 103, parágrafo único, 1º, e 109; no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): arts. 77, §§ 1º e 2º, 79, 81, e parágrafos, 142, 258, 339, 772, II, 774, parágrafo único, 776 e 1.026, § 2º; a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976): art. 115; a Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989): art. 14, caput, e § 1º; a Lei que disciplina a ação de indenização dos prejuízos causados por investidores mobiliários (Lei Federal 7.913/1989): art. 1º, I e II; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990): art. 98, II; o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): arts. 28 e 51, IV; a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária

(Lei Federal 8.137/1990): art. 4º, I; e a Lei que pune as atividades lesivas ao meio ambiente (Lei Federal 9.605/1998): art. 15, II, alínea o. (SOUZA, 2017).

O direito busca a justiça, porém esta varia conforme os valores coletivos, sendo que a tipicidade normativa que é a regulamentação abstrata de uma dada relação, também apresentará variação, mas não com a mesma velocidade. Portanto, cabe aos princípios gerais do direito, reconhecer as fontes constitutivas não absorvidas pela norma, considerando o abuso de direito como um desvio no exercício do direito, por um titular que prefere as finalidades individuais às finalidades sociais do direito.

Goldschmidt (1994), trata que para a ideia de abuso do direito basta o conceito de antijuridicidade, ou seja, um juízo de valor da conduta humana, presente no campo metajurídico.

Assim, o conceito deve ser encontrado no descompasso entre a realidade e a norma, entre a consciência jurídica coletiva e o ordenamento jurídico vigente, na obtenção de uma teoria crítica do abuso do direito.

2 O ABUSO DE PODER DE CONTROLE NO DIREITO SOCIETÁRIO

O abuso de poder para Santos (2001) é considerado um exercício arbitrário do poder; um crime contra a administração da justiça, e na Constituição Federal em seu art. 37, § 6º as pessoas jurídicas e as de direito privado que causarem danos a terceiros responderão por estes.

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa — IBGC, a Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. (IBCG)

Segundo o Instituto, o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, leva em consideração quatro princípios básicos: Transparência, Equidade, Prestação de Contas e Responsabilidade Corporativa. Através do sistema de governança indica-se como será formado o voto e a quem compete votar nas assembleias gerais ordinárias das sociedades controladas, destinadas ao processo de tomada de contas, além de prestar esclarecimentos sobre os impedimentos e as abstenções obrigatórias, seja para votar, seja para representar a controladora, seja para presidir a assembleia. Um sistema de governança deve demonstrar para as sociedades que quanto mais diálogo democrático, mais eficiente e transparente serão as decisões. (SOUZA, 2017)

A caracterização do poder de controle é tema relevante para o direito societário, onde o entendimento é de que exercerá o poder de controle

aquele (pessoa natural ou jurídica) que detém o poder de fato de fazer maioria e controlar os sistemas de deliberações sociais, fazendo uso desta força e prerrogativa com efeitos concretos.

Com base em um grupo de sociedades como uma *holding* pura (sociedade limitada ou sociedade anônima de capital fechado - controladoras), e sociedades controladas como sociedades anônimas de capital fechado, a administração da empresa concentra-se na diretoria, sem conselho de administração. Na prática societária a organização empresarial se move e se organiza a partir da diretoria e da assembleia geral.

O administrador, ou o conjunto de administradores, possuem o dever de cuidado e diligência na gestão dos negócios da sociedade, pautando-se na lei, no contrato/estatuto, e nos interesses da empresa. A administração de uma sociedade depende, obviamente, do tipo societário e de sua estrutura.

Além disso, outros deveres são impostos, como as vedações do art. 245 da Lei nº 6.404/76 (LSA), que impede ao administrador, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, pois deve zelar pela sadia relação entre as sociedades participantes do grupo ou da coligação.

A Lei de Sociedade Anônima, em seu art. 138, § 1º e § 2º, por exemplo, define que a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e sua diretoria, ou somente à diretoria. O conselho de administração é um órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. Nesse sentido, as companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, um conselho de administração.

Segundo Mamede (2018, p. 411) o "administrador tem o dever jurídico de dar a conhecer, de forma fiel e imparcial, o real desempenho de sua gestão, bem como os resultados verdadeiros e a real situação econômico-financeira da empresa".

Esta concepção sobre o administrador é importante para analisar a questão de abuso do poder. A implantação de um sistema de governança também se torna fundamental e indispensável para gerenciar a estrutura organizacional com normas e regras bem claras.

De acordo com a Lei nº 6.404/76 (LSA), o poder de controle a partir da definição de acionista controlador, nos termos do artigo 116, descreve:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para

dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

No parágrafo único do referido artigo, os deveres adicionais do controlador estão dispostos da seguinte forma:

§ único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (§ único, art. 116, Lei nº 6.404/76).

A preocupação do legislador evidencia-se pelos dispositivos sequenciais ordenados da LSA, estando inserido no artigo 116 o conceito de acionista controlador e no artigo 117 os atos que caracterizam o exercício abusivo do respectivo poder.

O artigo 117 da LSA declara a responsabilidade do administrador pelos danos decorrentes do abuso de poder, assim descritos de forma expressa:

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

§2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

O rol apresentado pelo referido artigo não é taxativo, pois outros atos de gravidade que não estão inseridos, mas que não comunguem com os princípios da probidade, da boa-fé e desalinhados com os interesses sociais, podem, igualmente, caracterizar-se como abuso do poder de controle, com consequências legais derivadas.

A adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários caracteriza o abuso de poder de controle descrito no art. 117, alínea c, da LSA.

Segundo Ricardo Negrão (2014, p. 466) "acionista minoritário é o proprietário de ações com direito a voto, cujo total não lhe garante o controle da sociedade".

Quando o grupo de controle é formado por capital pulverizado ou acionistas/sócios que detenham o mesmo número de cotas/ações, o exercício do controle dependerá da situação de fato exercida em cada sociedade ou grupo de sociedades, cujos atos de abuso são igualmente repreendidos, mas a partir de uma premissa secundária, porém com o mesmo efeito, diante da caracterização do abuso pela maioria. (SOUZA, 2017)

O abuso do poder de controle é mais fácil de ser identificado quando o minoritário, ou o grupo de minoritários questiona legalmente os atos e fatos da administração ou apenas deseja exercer o irrenunciável direito de fiscalizar, e o controlador/administrador ao invés de responder com fidelidade ao sócio/acionista, direto ou indireto, age em simulação de atos, fatos ou maquiando resultados, em descompromisso com os interesses sociais das companhias, do grupo de sociedades e ou com os interesses patrimoniais da minoria.

Alves e Goldberg (2017, p. 479 – 480) descrevem que:

O cotidiano de uma grande sociedade de capitais é marcado pela necessidade constante de tomada de decisões sérias, impactantes do ponto de vista financeiro e social, de maneira que se exige de seus administradores agilidade, informação adequada para decidir, respeito aos contratos e, por que não dizer, certa dose de ousadia em determinadas situações. Considerando o preenchimento desses requisitos, a business judgment rule protege o bom gestor da empresa, evitando que se possa cogitar de sua responsabilidade pessoal caso alguma decisão

venha a causar prejuízos. A boa-fé objetiva e o dever societário de lealdade afiguram-se importantíssimos e, direta ou indiretamente, estarão presentes na ratio de todos os exemplos práticos de abusos, seja por parte da maioria ou minoria que titulariza as frações do capital com direito a voto.

Algumas formas de abuso de poder de controle são recorrentes, como por exemplo: o autofinanciamento da companhia e retenção de dividendos; a remuneração elevada dos administradores com desvio de finalidade; a adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse social; os abusos em detrimento dos diretores da companhia; o aumento de capital social com o escopo de prejudicar a minoria acionária; o abuso no direito de voto do controlador; o controlador que atua como insider trading, dentre outras situações. (CUNHA, 2019).

Souza (2017) trata que quando a vontade majoritária não atua no interesse da sociedade, evitando a submissão, a deliberação e desaprovando a ação de responsabilidade civil que competiria à companhia na hipótese de suspeita de conduta desconforme ou prejuízos evidenciados ao patrimônio da empresa e demais acionistas, cria-se a possibilidade para ação por acionista com capital mínimo legalmente previsto; acionista frente à omissão da companhia; acionista individualmente considerado e ou terceiro prejudicado.

A judicialização da ação de responsabilidade civil contra o administrador, também controlador é uma das formas de coibir a perpetração de atos de abuso de poder de controle, e de ofensa dos deveres de administração, caracterizados na forma da lei. Porém, a ação de responsabilidade civil não é a única forma e nem sempre a mais adequada para a resolução de problemas decorrentes de atos de abuso do poder, pois caracterizam-se como graves ao ponto de exigir medidas adicionais, como de natureza inibitória, de obrigação de fazer ou não fazer, de destituição, de intervenção e até mesmo de exclusão, mesmo contra aquele que representa a maioria do capital, isto porque se deve resgatar e fazer prevalecer os interesses sociais, não se sobrepondo a eles os individuais, egoísticos e movidos, invariavelmente, pelo ego ou pelos benefícios econômicos decorrentes de condutas lesivas.

Conforme o princípio da intervenção mínima, usualmente invocado nas relações societárias, e nos demais contratos interempresariais, não deve ele sobrepor-se ou ser invocado para tolerar ato de abuso, em função da gravidade de suas consequências, onde o acionista minoritário, que não exerce cargo de direção ou de administração, tem contra si o problema da assimetria informacional, o que beneficia o poder de

controle e agrava a responsabilidade pelos atos de abuso.

Deste modo, a jurisdição estatal ou arbitral poderá ser acionada, por exemplo, para reprimir atos de conduta lesiva, anular ou suspender efeitos de atos perpetrados em abuso, mesmo que já arquivados no registro público competente. Não são raras as vezes em que a iniciativa culmina na destituição/afastamento do detentor do poder de controle, do administrador, substituindo-o por administrador ou nomeando-se um interventor, sendo que, neste último caso, o papel é o de fiscalizar a administração, coibindo a prática de atos contrários aos interesses sociais e alertando para a necessidade de correção dos atos lesivos, passíveis de retorno. (SOUZA, 2017).

3 O ABUSO DE PODER E O DIREITO SOCIETÁRIO EM OUTROS PAÍSES

Alguns exemplos de possíveis casos de abuso de poder podem ser caracterizados na ocorrência de litígios de acionistas; reclamações trazidas por acionistas contra administradores corporativos, reclamação de ações judiciais onde os advogados identificam casos de má conduta tendo como base a queda de preço das ações.

Contudo, o direito das sociedades demonstra tradicionalmente maior preocupação com os deveres dos diretores e gerentes à empresa, do que com os deveres devidos pelos acionistas à sociedade ou para outros acionistas. Tratando-se de acionistas majoritários, os diretores ou gerentes da empresa, seus deveres para com a empresa ou com os outros acionistas, são frequentemente tratados nessas funções, ao invés de acionistas majoritários. No entanto, não há razão para que uma maioria ou minoria acionista não deva estar sujeita a responsabilidade civil, caso venha a abusar de seus direitos e acarretando danos à empresa e/ou aos demais acionistas.

A responsabilidade civil pelo abuso de direitos dos acionistas em outros países é reconhecida pelos tribunais, pois o abuso de direitos pode levar à responsabilização ou anulação das resoluções dos acionistas decorrentes das assembleias gerais, levando em consideração princípios gerais do direito e do direito societário, como o dever de agir de boa-fé, e o dever de lealdade ou o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas, respectivamente.

Em relação a lei americana, esta distingue entre o contrato que forma a corporação e aloca poder entre seus gerentes e acionistas; que é regido pelos assuntos internos; mesmo que os documentos de governança corporativa sejam vistos como contratuais. Assim, se os documentos de governança corporativa tratam dos direitos dos acionistas como acionistas, quase todas as reivindicações de valores mobiliários dizem respeito aos direitos dos investidores antes que

eles se tornem acionistas, no ponto de entrada na política corporativa.

Dentro da estrutura corporativa, acionistas e diretores não estão em pé de igualdade. O poder do acionista é fortemente limitado, não apenas pelos aspectos práticos da coordenação entre investidores potencialmente dispersos, mas por regras legais básicas que conferem aos diretores ampla discricção para agir em nome da corporação como acharem adequado. A justificativa para este diferencial de poder é que os acionistas não têm a habilidade ou incentivos para tomar decisões em nome da corporação; em vez disso, espera-se que os diretores possam proteger os interesses dos acionistas (LIPTON, 2016).

Em muitos casos em que existe o risco de abuso do direito de voto do acionista, a legislação ou regulamentação nacional dos Estados-Membros trata desse risco suspendendo o direito de voto. Além disso, regulamentos detalhados sobre grupos em vários Estados-Membros (por exemplo, Alemanha, Itália e República Tcheca), são projetados para proteger a minoria acionistas de um acionista controlador abusando de seu direito de voto. Há também alguns Estados-Membros como Finlândia e Alemanha, que incluem regulamentos sobre a distribuição obrigatória de um dividendo mínimo, que também visa proteger acionistas minoritários de um acionista controlador se recusando a votar a favor de um dividendo, com o fim de reduzir o valor das ações e forçar o acionista minoritário sua venda com grande desconto. Portanto, o dever do acionista de não abusar dos direitos é muitas vezes tratado por meio de regras, ao invés de um princípio geral deixado para que juízes apliquem.

Os tribunais de alguns Estados-Membros (por exemplo, França, Bélgica, Itália, Espanha e Portugal) adotaram uma abordagem restritiva para encontrar um abuso de direitos por parte da maioria acionistas. Eles exigem danos tanto ao interesse social da empresa quanto aos acionistas minoritários.

O conceito de abuso pela maioria origina-se do conceito de abuso de direitos, que é reconhecido pelos tribunais da França no direito civil, desde o início do século XX. No direito civil, para que uma ação seja um abuso de direito, basta que o titular do direito específico venha a usá-lo de forma prejudicial para outra pessoa. Para o direito das sociedades, o Supremo Tribunal Francês, acrescentou a exigência de que o exercício do direito de voto também prejudica o interesse social da empresa. As bases legais para o requisito adicional do tribunal é o princípio geral de igualdade entre as ações titulares e o conceito de que a empresa é estabelecida para o interesse comum dos acionistas. Desde 1961, o conceito de abuso pela maioria tem sido regularmente aplicado. (CONAC, 2017).

Embora tenha uma tradição jurídica diferente, a Alemanha também detém a maioria acionista como responsável por abuso de seu poder de voto e o faz com

base em um dever de lealdade para com a sociedade e para com os demais acionistas.

O legislador da União Europeia busca limitar o risco de abusos por parte dos acionistas, estabelecendo razões permissíveis para uma empresa que se recusa em responder às perguntas dos acionistas, no entanto, essas limitações a nível da UE não são o suficiente para prevenir todos os abusos que possam ocorrer.

CONCLUSÃO

Através do estudo do abuso de direito e do abuso de poder, tanto no Direito pátrio quanto em outros países, tem-se que no Direito societário trata-se de questões que envolvem deveres dos diretores e gerentes, deveres de acionistas, questões contratuais e de governança corporativa para que os princípios gerais do direito e do direito societário sejam respeitados.

O conceito de abuso pela maioria origina-se do conceito de abuso de direitos, que é reconhecido pelos tribunais da França no Direito Civil, desde o início do século XX. Portanto, para que uma ação seja um abuso de direito, basta que o titular do direito específico venha a usá-lo de forma prejudicial para outra pessoa.

Na ocorrência de casos de abuso, caberá responsabilidade civil para a pessoa que venha a abusar de seus direitos, produzindo danos à empresa e/ou aos demais acionistas. Em outros países, a responsabilidade civil pelo abuso de direitos dos acionistas é reconhecida pelos tribunais, pois o abuso de direitos pode levar à responsabilização ou anulação das resoluções dos acionistas decorrentes das assembleias gerais.

Quanto a judicialização da ação de responsabilidade civil contra o administrador, diz respeito a uma das formas de coibir a perpetração de atos de abuso de poder de controle, e de ofensa dos deveres de administração, caracterizados na forma da lei. Porém, a ação de responsabilidade civil não é a única forma e nem sempre a mais adequada para a resolução de problemas decorrentes de atos de abuso do poder.

Cabe, portanto estabelecer regras que tratem do dever de não abusar dos direitos de acionista, visto que, diretores e acionistas encontram-se em posições diferentes, sendo que a justificativa para este diferencial de poder, estabelece que os acionistas não têm a habilidade ou incentivos para tomar decisões em nome da corporação; e que se espera que os diretores possam proteger então, os interesses destes acionistas.

Desta forma, o Direito nacional e o internacional, buscam limitar os riscos de abusos de direito e de poder, levando em consideração o princípio geral de igualdade entre as ações titulares, e o conceito de que a empresa é estabelecida para o interesse comum dos acionistas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GOLDBERG, Ilan. O Dever de Lealdade e os abusos do Direito de sócio em sociedades. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 12, n. 2. p. 472 - 496. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24912>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6404-15-dezembro-1976-368447-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CONAC, Pierre-Henri. *The Shareholders' Duty Not to Abuse Rights. Published in Shareholders' Duties, Hanne S. Birkmose (ed.), Kluwer Law International, 2017, Nordic & European Company Law Working Paper nº. 18 - 6*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123001. Acesso em: 10 maio 2021.

CUNHA, Lucas Marsili. Formas de coibir o abuso do poder de controle nas sociedades anônimas. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GOLDSCHMIDT, Roberto. A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. *Revista Forense*, ano XLI, v. XCVII, fasc. 487, Rio de Janeiro: jan. 1994.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 14 maio 2021.

LIPTON, Ann M. *Limiting Litigation Through Corporate Governance Documents. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. December, 12/2016*. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/12/12/limiting-litigation-through-corporate-governance-documents/>. Acesso em: 10 maio 2021.

MAMEDE, Gladson. *Direito empresarial brasileiro: Direito societário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEGRÃO Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *Abuso do direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>. Acesso em: 14 mai. 2021.

AS DIFICULDADES DO ENSINO NA INTERSECÇÃO ENTRE A MEDICINA E O DIREITO

TEACHING DIFFICULTIES AT THE INTERSECTION BETWEEN MEDICINE AND LAW



Ermelino Franco Becker¹

A medicina moderna se embasa muito na chamada medicina baseada em evidências, onde a melhor conduta é aquela que foi medida em trabalhos de comparação com diversas características científicas. Tais resultados tendem a se repetir quando reproduzidos ao redor do mundo, não pela vontade do ser humano, mas pela própria realidade dos fatos. O direito, comparativamente, é mais dependente de seus operadores e varia tanto que mecanismos de padronização como as súmulas vinculantes precisam ser aplicados para determinar maior homogeneidade nos resultados. Tais diferenças de doutrinas repetidamente ensinadas durante a vida acadêmica, geram formandos essencialmente diferentes em seus raciocínios científicos, práticos e filosóficos. Quando de seu reencontro nos assuntos periciais e de direito médico, é esperada grande taxa de incongruências em suas atuações.

Palavras-Chave: Medicina; Direito; Medicina Legal; Perícias Médicas; Propostas de melhor ensino e compreensão.

¹ Mestrando do programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Médico legista do Instituto Médico Legal do Paraná. Professor das disciplinas de Medicina Legal e de Bioética e Ética Profissional na Universidade Positivo e na Faculdade de Medicina Evangélica Mackenzie. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3773145793_767133. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2343-4579>. E-mail: ermelinofrancobecker@gmail.com.



José Laurindo de Souza Netto²



Miguel Kfourri Neto³

² 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 do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. E-mail: jl@tjpr.jus.br.

³ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Autor de diversos artigos e obras jurídicas na área de responsabilidade civil médico-hospitalar. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR. Líder do grupo de pesquisas "Direito da Saúde e Empresas Médicas no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Membro da Equipe Editorial da Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina. Foi Presidente do TJPR no biênio 2011-2012 e Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná - AMAPAR - entre 2008-2009. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8358469982281584>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2465-8758>.



Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr ⁴

Modern medicine is based a lot on the so-called evidence-based medicine, where the best conduct is the one that has been measured in comparison studies with different scientific characteristics. Such results tend to be repeated when reproduced around the world, not by the will of the human being, but by the reality of the facts. The law, comparatively, is more dependent on its operators and varies so much that standardization mechanisms such as binding precedents need to be applied to determine greater homogeneity in the results. Such differences in doctrines repeatedly taught during academic life, generate essentially different graduates in their scientific, practical and philosophical reasoning. When they meet again in expert matters and medical law, a high rate of inconsistencies in their actions is expected.

Keywords: Medicine; Law; Legal Medicine; Medical expertise; Proposals for better teaching and understanding.

⁴ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Tem experiência em: Responsabilidade Social da Empresa. Dignidade da Pessoa Humana. Cidadania. Ética. Interpretação e Aplicação da Constituição. Tutela de Direitos Difusos e Coletivos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0775-2267>.

INTRODUÇÃO

A medicina legal e a bioética são as áreas que aplicam os conhecimentos médicos ao mundo jurídico. A medicina legal "é a aplicação dos conhecimentos médicos às questões que concernem aos direitos e deveres dos homens reunidos em sociedade". (HERCULES, 2008) Tal intersecção é intensamente complexa por uma série de fatores.

A ética como ciência de estudo dos comportamentos humanos em relação às atitudes morais apresenta uma fluidez que desatualiza rapidamente as verdades e conclusões estabelecidas. A própria bioética nasceu entre as décadas de sessenta e setenta do século passado. (PESSINI, 2010) Não só as variações se processam no tempo, mas também coexistem nas diferentes nações, nas diferentes etnias, nas diferentes posições políticas e nas diferentes classes sociais. Sob o ponto de vista pessoal, cada indivíduo trilha um caminho diferente, suscitando em seu âmago mágoas e alegrias que interferem profundamente nos seus valores morais.

O direito, além da natural diferença entre os sistemas normativos nacionais, possui intrincada hierarquia de normas que, produzidas por órgão legislativos e executivos diversos, apresentam antinomias importantes, e precisam de conhecimento jurídico razoavelmente sedimentado para suas resoluções. "Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio" (FERRAZ Jr., 1987).

A medicina legal também possui facetas próprias, que envolvem novas tecnologias, condições de trabalho, interpretações de achados primários e secundários, vistos muitas vezes num sentido temporal retrógrado, com imprecisões e inevitáveis suposições por parte dos peritos.

Tanto os alunos dos cursos de direito como os profissionais do campo jurídico, notadamente os que atuam em direito e criminal e direito médico habitualmente possuem razoável dificuldade na interpretação dos documentos médicos e na valoração das informações para o caso em questão. Como saber se aquela descrição de "abdome plano, flácido, sem renitências ou visceromegalias" indica algum problema ou tem relevância na conduta do emergencista? Ou se os receptores de estrogênio e progesterona são mais importantes que a porcentagem do KI-67 naquele caso de tumor de mama? A figura do assistente técnico supre parcialmente esta dificuldade, mas não é suficiente quando da análise dos vetores de decisão médica.

Por outro lado, os estudantes de medicina e os médicos também compreendem com sofreguidão o mapa das trilhas jurídicas e a função dos órgãos de acusação, defesa, controle, apoio social e até cartórios. Como interpretar a legitimidade de um pedido de perícia realizado por exemplo, pelo conselho tutelar quando ele

vem ladeado por trechos do Estatuto da Criança e do Adolescente, citando que podem requisitar serviços da segurança pública? Como reagir a uma ordem judicial impossível de se cumprir como por exemplo providenciar uma vaga de UTI se ela representaria a retirada de outra pessoa já em tratamento naquela unidade? E se o juiz determinar que determinado político torne público seus exames de saúde? Onde traçar a linha que separa o dever legal da quebra de sigilo na prestação de informações solicitadas pelas autoridades? Qual atitude de questionamento deixa de ser uma interação normal com a autoridade e passa a ser considerada crime de desrespeito?

Todas essas dificuldades passam pela diferença natural entre os campos de conhecimento, mas também são influenciadas pela maneira como se dá o processo epistemológico do aprendizado.

Enquanto nos profissionais da medicina existe um senso comum de que todos estão trabalhando para o bem do paciente ou do conjunto da saúde da população, no direito não há um objetivo comum tangível que se possa conceituar como justiça para o qual todos trabalhariam em conjunto. A busca da justiça se dá através da contraposição de argumentos de duas ou mais partes frente a um julgador.

A medicina moderna se embasa muito na chamada medicina baseada em evidências, onde a melhor conduta é aquela que foi medida em trabalhos de comparação com diversas características científicas. Tais resultados tendem a se repetir quando reproduzidos ao redor do mundo, não pela vontade do ser humano, mas pela própria realidade dos fatos.

O direito, comparativamente, é mais dependente de seus operadores e varia tanto que mecanismos de padronização como as súmulas vinculantes precisam ser aplicados para determinar maior homogeneidade nos resultados.

Tais diferenças de doutrinas repetidamente ensinadas durante a vida acadêmica, geram formandos essencialmente diferentes em seus raciocínios científicos, práticos e filosóficos. Quando de seu reencontro nos assuntos periciais e de direito médico, é esperada grande taxa de incongruências em suas atuações.

1 ASPECTOS DA FORMAÇÃO MÉDICA

A formação dos médicos pode ser resumida em três facetas distintas que, harmonizadas, terão como resultado a produção de um profissional de elite. São elas conhecimento, habilidade e atitude. (SANTOS, 2011)

A primeira faceta é o conhecimento técnico. Classicamente dividido em ciclo básico e profissionalizante, e mais modernamente com integrações entre estes através da metodologia de estudo baseado em problemas, o conhecimento médico inicial possui três pilares mais importantes: a anatomia,

a fisiologia e a farmacologia. Tais disciplinas, ministradas a jovens em geral com idade abaixo dos vinte anos costumam exigir desta exaustiva carga horária de estudos, com critérios de avaliação rigorosíssimos.

No ciclo profissionalizante, onde ocorrem os estudos das doenças e dos tratamentos, os alunos são confrontados com a complexidade das decisões médicas, com os mecanismos de transformação da teoria em ações práticas e com o amadurecimento da vocação dentro do leque de opções de especialidade que a medicina oferece.

No estágio prático que encerra o curso, classicamente chamado de "internato", os estudantes se integram aos serviços nos hospitais escola e passam a ter a oportunidade de, sempre sob direta supervisão, realizar procedimentos médicos como a entrevista com o paciente, o exame físico, a solicitação de exames complementares, o preenchimento de informações nos prontuários, e eventualmente até procedimentos cirúrgicos e obstétricos na medida de suas habilidades.

A segunda faceta da formação do profissional médico é o desenvolvimento de habilidades clínicas e cirúrgicas. Este conceito representa um universo mais impreciso, seja pela variabilidade natural entre os diversos professores, seja pela percepção de que cada aluno tem características individuais inatas e adquiridas que promovem ou retardam o êxito do treinamento.

No ciclo básico se adquirem habilidades corriqueiras como a capacidade de aferir a pressão arterial, o vocabulário representativo dos sintomas e sinais fundamentais, a interpretação básica dos sinais e sintomas clínicos, os resultados exames laboratoriais e achados de imagem. Na parte cirúrgica se aprende os conceitos de esterilização, nomes de instrumentos, passos básicos da cirurgia, como incisões, métodos de dissecação, técnicas de controle para sangramentos, instalação de acessos venosos e a vias aéreas.

No ciclo profissionalizante as habilidades clínicas se aprofundam para a contextualização dos achados clínicos e laboratoriais frente ao caso individualizado de cada paciente. Também se adquire a capacidade de realizar o raciocínio entre os riscos e benefícios envolvidos na decisão clínica e se começa a perceber os primeiros traços da responsabilidade envolvida em cada decisão profissional. Na prática cirúrgica, as primeiras oportunidades de participar de cirurgias dão a dimensão ao estudante das nuances anatômicas e fisiológicas envolvidas no equilíbrio entre a doença, o tratamento e a resistência do organismo. Percebe-se o gradiente de dificuldades das cirurgias e a emotividade "*sui generis*" relacionada com os mecanismos de concentração, colaboração, superação pessoal e devoção pela arte, que impactarão no resultado daquele tratamento.

Já no internato, pelo volume de interações com os professores e com os pacientes, as habilidades clínicas repetidamente utilizadas se incorporam à própria personalidade do formando. As habilidades cirúrgicas variam em maior escala, com a habitualidade dos mais hábeis optarem por carreiras como cirurgiões. Nas duas áreas ocorrem o contato com os maus resultados e seu impacto nas pessoas envolvidas, sejam os profissionais, sejam os familiares.

A terceira faceta da formação do profissional médico está assentada no desenvolvimento da atitude, ou postura profissional. O conhecimento médico associado à falta de comportamento moral dá margem a inúmeras infrações e também escândalos. Assim, durante os seis anos do curso, é grande a responsabilidade das instituições em informar os limites legais e éticos vigentes, com a formação filosófica e técnica que os embasam. Embora o grande motivador dos alunos seja a repetição das posturas dos mestres, a delimitação das normas vigentes precisa ser apresentada formalmente.

Ainda no ciclo básico, a disciplina de bioética é estudada entre o segundo e terceiro ano do curso. Assuntos como história da bioética, escolas de pensamento, princípios e códigos são os primeiros a ser lecionados. Temas de bioética clínica como o aborto, a terminalidade da vida, sigilo profissional, reprodução assistida, omissão de socorro, pesquisa em seres humanos e outros completam essa primeira formação.

No ciclo profissionalizante, a disciplina de medicina legal é a responsável pela apresentação das perícias médica nas suas mais variadas aplicações aos alunos. A disciplina também sustenta o conhecimento básico do sistema judicial brasileiro.

Atuar em tal área da medicina não costuma ser o planejamento da maioria dos estudantes nesta fase do curso. Simultaneamente, eles estão estudando as matérias de clínica e cirurgias especializadas, com carga de informação densa e de difícil compreensão, gerando uma certa desvalorização do estudo da medicina legal.

No internato, a grande maioria dos alunos não terá a oportunidade de se envolver em trabalhos periciais, uma vez que o estágio se concentra nos hospitais escolas e outros setores de medicina assistencial.

Mesmo pesquisas em temas de bioética são de ocorrência rara neste período, com o esforço dos alunos em se preparar para a vida profissional ou o processo seletivo das vagas nas residências médicas. O momento acadêmico é muito desfavorável para suprir deficiências de formação nesta fronteira entre a medicina e o direito.

2 ASPECTOS DA FORMAÇÃO JURÍDICA

Os estudantes de direito percorrem um caminho acadêmico de cinco anos até a sua formatura.

Também se podem notar uma sequência entre as matérias básicas nos dois primeiros anos e as matérias mais técnicas nos anos seguintes.

A formação humanista característica da profissão necessita a compreensão não apenas da lei e suas aplicações, mas dos caminhos e das razões sobre os quais o sistema normativo foi construído.

As disciplinas típicas do início do curso de direito como história do direito, teoria das relações jurídicas, filosofia, ciência política, antropologia e economia produzem a base do conhecimento sem a qual o jurista não compreende verdadeiramente o sentido por trás das palavras.

Como perceber o conflito entre os direitos do estado contra os direitos do cidadão sem estudar os constitucionalistas americanos? Como entender a divisão de poderes sem a leitura de Descarte, Rousseau, Locke e Hobbes? Como compreender a papel do poder judiciário sem a percepção na história dos efeitos das ditaduras em cada nação?

Nos anos avançados do curso, os acadêmicos de direito estudam não só a legislação, mas a parte prática das diversas áreas de atuação da ciência, como direito penal, civil, de família, trabalhista, internacional, administrativo, tributário e empresarial. Devido à característica infinita da ciência, é costume nas cidades de médio e grande porte que o profissional se especialize, seja por afinidade pessoal com a matéria, seja pelo mercado de trabalho. Paralelamente, as oportunidades de estágios práticos são numerosas e os alunos povoam tanto os serviços públicos como os escritórios na condição de estagiários, desenvolvendo as habilidades e posturas que o completarão como ser profissional. Progressivamente o estagiário de direito passa das tarefas braçais como organizar papeis para levantamento de dados e depois para a produção de peças jurídicas simples ou até mesmo complexas.

Embora seja uma área em franca ascensão, nem direito médico nem medicina legal e perícias são obrigatórias nos atuais currículos brasileiros, aumentando o abismo do conhecimento entre os profissionais.

3 ASPECTOS DA HISTÓRIA DA MEDICINA LEGAL NO BRASIL

A medicina legal tem uma trajetória evolutiva, porém de certa forma errática dos tempos do império até os dias atuais.

Costuma-se dividir didaticamente três fases da medicina legal no Brasil. (HERCULES,2008)

A fase "estrangeira" se dá do período colonial até 1877 e se caracteriza pela dependência de conhecimentos europeus para a confecção dos laudos

e pela certa desorganização das relações entre os peritos e os operadores do direito. De qualquer maneira, dificilmente se questionava a opinião do médico perito, ainda que fosse especialista em outra área da medicina.

Em 1832, D. João VI transformou as escolas médico cirúrgicas em faculdades de medicina. A cátedra de medicina legal no Rio de Janeiro e na Bahia têm seu início nesse mesmo ano. Também se regulamentou o primeiro código penal brasileiro, (de 1830), com a criação de regras para o exame pericial e da figura do perito oficial. Estudos científicos passaram a ser realizados pelos estudantes muitas vezes como tese de final de curso.

Com o professor Souza Lima assumindo a cátedra da medicina legal na faculdade de medicina do Rio de Janeiro, em 1877, passamos à fase "de transição". O ensino da medicina legal passou a ter um caráter mais prático e a integração com a segurança pública se estreitou. O papel social da perícia se intensifica. A tecnologia já passava a ter seu papel pericial com exames toxicológicos

A fase de nacionalização é marcada pela posse de Raimundo Nina Rodrigues, em 1895, na faculdade de medicina da Bahia. (MAIO,1995) Ele e outras figuras como Afrânio Peixoto, cada um em seu estado, passam a influenciar nos atos administrativos governamentais defendendo as estruturas públicas de perícias contra as vontades políticas contrária aos interesses da justiça. As primeiras lutas pela independência da perícia e da investigação datam do começo do século XX, com fases subsequentes de mais ou menos sucesso ao redor do Brasil. Tal luta ainda persiste em grande parte pela falta de compreensão dos governantes da importância da qualidade e imparcialidade da prova técnica para um resultado justo dos julgamentos

Com o desenvolvimento tecnológico das ciências forenses como a química legal, a computação, a papiloscopia, a genética e também com a revolução da informática, da internet, dos celulares e das câmeras, cada vez mais há a possibilidade de estudos materiais dos vestígios dos crimes.

O volume e o custo destes exames aumentam exponencialmente, assim como a desproporção com as estruturas instaladas, tanto no espaço físico como nos recursos humanos.

Conforme o professor Genival Veloso de França (2012):

Na maioria dos Estados, e principalmente naqueles mais pobres, em geral, poderíamos ter um nível melhor na Perícia Forense. Agora, para isso é preciso criar não apenas condições estruturais, mas investir em recursos humanos. Valorizar os profissionais e, principalmente, capacitá-los.

Tanto os profissionais médicos como os do direito não recebem adequadamente em sua formação

esta trajetória histórica da ciência pericial, nem as condições atuais de trabalho. Consequentemente, há deficiência de percepção sobre as consequências sociais da fragilidade jurídica relacionada à falta de estrutura dos órgãos de perícia. Segue o professor Genival: "Lamentavelmente, ser perito no Brasil era, e ainda é, uma atividade autodidata".

4 ASPECTOS ÉTICOS DA ATIVIDADE PERICIAL MÉDICA

O código de ética médica (CEM) tem um capítulo exclusivo dedicado à atividade pericial médica. Tal capítulo tem uma abordagem completamente diversa dos outros. Se resumirmos alguns dos primeiros corolários introdutórios teremos que:

Artigo I A medicina é uma profissão a serviço do ser humano.

Artigo II O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano.

Artigo VI O médico jamais utilizará seu conhecimento para sofrimento físico ou moral.

Artigo XI O médico guardará sigilo.

Artigo XXI O médico aceitará as escolhas de seus pacientes.

Artigo XXVII É vedado desrespeitar a integridade física e mental.

Além de lógicas, tais determinações são absolutamente convenientes para a sociedade e seu funcionamento. Também se pode afirmar que elas vão ao encontro dos anseios das pessoas vocacionadas para a área assistencial.

Quando, porém o CEM aborda a questão pericial, em seu capítulo XI, os artigos desviam o foco do atendimento da pessoa humana e fixam uma série de restrições, de modo a ter um novo objetivo, o auxílio à justiça. Tal alteração se constitui em atividade de natureza totalmente diferente para o médico.

Citamos, para ilustração, vedações do código:

Artigo XCIII Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Artigo XCV Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Artigo XCVIII Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Ao contrário dos primeiros artigos, estes não possuem uma interpretação automática para o profissional da medicina. Ao contrário, eles pressupõem um antagonismo muitas vezes oculto da

mente treinada apenas para sempre oferecer o máximo de esforço e dedicação.

Os alunos das faculdades de medicina de hoje nasceram após a redemocratização e não poderiam supor que o artigo que veda o exame médico em carceragens envolva uma proteção do profissional contra o abuso de autoridade, além de servir como mecanismo de proteção da sociedade contra um governo autoritário.

A sociedade guarda uma atitude de respeito e confiança pelos médicos. Como possuidores de conhecimentos de difícil compreensão, dedicação ao paciente e postura humanizada, o médico dificilmente é questionado em suas ações e intenções. Como explicar a ele que o atendimento pericial se dá no âmbito de um conflito? Como definir os limites de suas atribuições ou sua competência?

Como explicar que quaisquer áreas limítrofes, obscuras ou opinativas de seu laudo serão questionadas formalmente, inclusive com suspeições do próprio profissional, mesmo que seja por razões que não envolvam nenhum ilícito prévio? Como conscientizá-lo de que, após a formalização do laudo, não só as palavras serão escrutinadas como possivelmente também sua vida profissional e pessoal?

Tal contraste interpretativo entre a atividade pericial e as atividades assistenciais gera dificuldades de conciliação entre os princípios bioéticos da benevolência e da justiça.

Enquanto assistente, não há opositores exceto a própria doença a ser combatida e a imperfeição das estruturas. Enquanto perito, torna-se adversário o lado para o qual a perícia foi desfavorável.

5 ASPECTOS ÉTICOS DA ADVOCACIA EM RELAÇÃO AO LAUDO PERICIAL

O código de ética e disciplina Profissional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não apresenta especiais citações em relação à atividade pericial, exceto, no Artigo 2º, a obrigação de manter "a honra, a nobreza e a dignidade da profissão" e "atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé".

Mas se estende ao assistente técnico da parte a vedação do artigo 6º "É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé".

Portanto o médico que assiste tecnicamente a parte não pode produzir pareceres inverídicos sobre os fatos da perícia, sob risco de infração ética do advogado.

6 PROBLEMAS DOS PERITOS NA PRÁTICA JURÍDICA

Infelizmente e com frequência, o médico moderno, mesmo com certa experiência, mal

compreende as implicações de sua posição, quando incumbido de uma tarefa pericial. Sabendo pouco além da necessidade do respeito às ordens das autoridades judiciárias, as armadilhas profissionais facilmente são erguidas e o médico se torna exposto. Embora possa conhecer a existência dos códigos penal, civil e do consumidor, é rara o aprofundamento de sua leitura, e ainda menos comum o estudo através de obras comentadas. É difícil sua interpretação pelos profissionais da saúde.

A leitura sem a formação da ciência do Direito gera uma interpretação positivista, ou simplista dos mecanismos judiciais. Tal efeito leva a posturas inadequadas, por vezes de insuficiência e por vezes extrapolativa dos limites de sua atuação.

O desconhecimento, pelo perito, da prática jurídica também impede a adequada interpretação dos atos do processo gerando posturas inadequadas, belicosas ou desproporcionalmente dóceis do perito, quando caberia algum tipo de protesto ou ponderação.

O primeiro desafio do perito é o vocabulário. Palavras técnicas como intimar, impugnar, arguir e suspeição dão margens a interpretações imperfeitas e eventualmente angustiantes. Apenas como ilustração, uma intimação judicial que agende depoimento para um dia de plantão em serviço emergencial cria uma situação insolúvel para o médico. Deve respeitar o chamado do juiz, mas nem sempre conseguirá um substituto para seu turno. Qual a maior infração? Faltar o depoimento ou o serviço? Naturalmente, há meios de se conciliar os compromissos, mas tal solução não está escrita no ordenamento.

Além do vocabulário, necessita o perito também se habituar com as ferramentas eletrônicas dos processos virtuais, que variam de tribunal para tribunal.

Outra dificuldade é a de reconhecer, entre as autoridades, quais podem requisitar a perícia. Tipicamente, podemos citar a situação de requisições aos peritos oficiais por parte da polícia militar ou mesmo dos conselhos tutelares. O ato pericial no direito criminal tipicamente atende à autoridade judiciária.

Eventualmente chega um pedido do conselho tutelar com requisição para exame de violência sexual contra criança, citando seu artigo 136, no terceiro parágrafo, alínea a " requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança." Para o perito, não só o papel oficial timbrado, mas também a citação da lei levam ao cumprimento da ordem. A falta de percepção de que o conselho tutelar não possui função investigativa em casos de violência sexual e deveria acionar a delegacia, é típica da maneira como a formação do médico é conduzida. (Estatuto da criança e do adolescente, artigo 136)

Também a compreensão dos prazos judiciais permeia um terreno mal compreendido. Embora tais datas sejam bastante claras nos códigos, a variação de complexidade das perícias leva a dilatações toleradas dos prazos de entrega. Também contribui para isso a sobrecarga do sistema judiciário com processos durante até mesmo décadas para seu julgamento.

Os limites da atuação do perito também se assemelham mais a zonas cinzentas que a linhas precisas. O perito é o auxiliar da justiça e serve ao juízo para assessorá-lo através de seus conhecimentos técnicos. Mas pode se deparar com a percepção de que as partes não abordaram aspectos do fato que a seu ver teriam importância. Deve se limitar a dirimir as dúvidas e quesitos apresentados ou deve alertar para o fator não abordado que passaria a ser um novo eixo de discussão? Pelo treinamento epistemológico da medicina não haveria dúvida em levantar o problema. Pela prática jurídica, poderia haver alguma irregularidade técnica.

Por ocasião da sustentação oral das partes e da arguição presencial do perito, advogados hábeis são capazes de conduzir a interpretação dos achados periciais de maneira mais favorável a seus clientes maximizando os aspectos vantajosos ou mesmo produzindo raciocínios sofismáticos em cima do laudo técnico. É natural que assim aconteça, e também que se questione duramente o próprio perito em situações de perícia com resultado contrário aos interesses da parte. Muitas vezes, após ter entregado seus melhores esforços, se encontra este em situações de constrangimento que são atípicas para sua alma de medicina assistencial. Após os depoimentos, não há previsão de qualquer retorno avaliativo sobre sua conduta e há um vácuo sobre o sucesso ou fracasso de sua atuação. Nem todos os médicos entendem tal situação como normal e saem da experiência inseguros e até ressentidos.

Por último, mas não de menor importância, está a questão remuneratória do trabalho pericial. Em contraste com a medicina assistencial e sua rotina de pagamento de honorários pelos convênios, pelo SUS ou pelos particulares, os honorários periciais exigem ações formais pelos peritos dentro do processo, tanto na proposição de valor quanto na cobrança. Além disto, principalmente conforme o código civil, há certa imprecisão sobre a variação aceitável de valores, gerando eventualmente desproporcionalidades com a complexidade e com o valor da causa.

7 PROBLEMAS DOS JURISTAS EM RELAÇÃO À PERÍCIA

A primeira dificuldade dos operadores do direito é reconhecer entre os profissionais médicos, aquele que reúna o conhecimento técnico sobre o assunto médico em pauta, com a habilidade de relatar os achados da perícia e responder adequadamente os

quesitos. Muitas vezes bons cirurgiões, clínicos ou ortopedistas, com nomes respeitados na comunidade não possuem a vocação literária do esclarecimento escrito. Distinguir tais profissionais muitas vezes envolve mecanismos de tentativa e erro. Outra dificuldade típica da era atual é conseguir um profissional que possua tempo disponível para a atividade pericial, uma vez que é comum as jornadas de trabalho estendidas por vários empregos entre os médicos.

Outro desafio, em virtude da facultatividade da disciplina de medicina legal nos cursos de direito, é a compreensão dos termos periciais. Há os termos mais básicos, como proximal, sagital ou esplênico que são esclarecidos por uma rápida busca em dicionários, mas também há situações que exigem maior base de conhecimento médico legal como a fronteira interpretativa entre achados patognomônicos, típicos ou apenas sugestivos de determinada evidência. Tal dificuldade é científica, mas também doutrinária. Ela se entrelaça com a precisão de formulação dos quesitos, uma vez que estes cumprem a função de encaixar o laudo à legislação. Se não se compreende quais achados da perícia são determinantes para o julgamento, provavelmente os quesitos não serão efetivos para representá-los.

Em decorrência da dinâmica dos processos, por vezes é difícil conseguir que o perito esclareça determinado ponto que é vital para o resultado final. Nos casos criminais, em virtude da instalação dos imediatos fenômenos biológicos, a perícia se realiza muitas vezes antes da investigação policial dos fatos e pode deixar de detalhar algum achado. Nas arguições orais, como o perito não acompanha o julgamento e os outros depoimentos, até para não se contaminar em sua convicção, as perguntas por vezes não são compreendidas em seu contexto e as respostas não fluem de maneira esclarecedora.

8 PROPOSTAS PARA O MELHOR ENSINO E COMPREENSÃO DA MEDICINA LEGAL E PERÍCIAS MÉDICAS

Não se pode imaginar que exista solução fácil em qualquer área de interseção entre ciências tão diferentes. Todo o caminho do raciocínio legal se constrói a partir de história, raciocínios e pressupostos diferentes dos da medicina. Fazendo uma analogia, não é apenas como se trocassem os sentidos das vias como na mão inglesa. É como se todas as leis de trânsito, pavimentação das ruas, a mecânica dos carros, as rotas e mesmo a língua das placas mudassem. Para um motorista se readaptar é preciso que o treinamento seja mais profundo e completo.

Por ora no Brasil temos uma estrutura deficiente de formação de médicos especialistas em medicina legal e perícia médica. Há apenas dois programas de residência médica no país, vinculados à

USP, ambos com menos de uma década de funcionamento. Os demais especialistas formais receberam seus títulos através de comprovação de atividade pericial por um mínimo de seis anos e prova de título junto à Associação Médica Brasileira (AMB). Isto significa a grande maioria dos peritos formados a partir de um aprendizado informal com colegas mais experientes e feito às custas de experiências pessoais em atuações práticas de maneira predominantemente autodidata.

Na perícia oficial, os próprios órgãos previdenciários e criminais produzem um treinamento inicial mais ou menos intenso de acordo com as premências das necessidades de atendimento, uma vez que não há lei que torne uniforme o treinamento mínimo. Na dificuldade da realização dos concursos para preenchimento dos cargos de carreira, contratos de trabalho temporários e terceirização costumam ser as soluções paliativas. Pela própria circunstância do contrato não há investimento de recursos e de tempo na melhor formação destes peritos.

Mesmo com a mais recente figura do assistente técnico, para ao menos se possibilitar a discussão formal do laudo pericial, a sociedade não pode prescindir de melhor qualificação profissional na medicina pericial e outros temas de direito médico.

Três facetas precisam ser trabalhadas na integração da medicina e do direito. O conhecimento técnico básico por ocasião da formatura precisa ser aprofundado tanto nos cursos de medicina como nas cadeiras do direito.

Na medicina, o aprofundamento da compreensão sobre os sistemas normativos e o papel de cada órgão e autoridade é um dos pontos críticos da adequação da futura atividade pericial. Essa medida tende a evitar o abuso de autoridade sobre os sistemas periciais oficiais. Maior carga horária também é necessária devido à maior abrangência moderna da medicina legal. (MUÑOZ,1997). Paralelamente é preciso aproximar os órgãos oficiais de perícia das escolas. Tanto o instituto médico legal como os órgãos periciais da previdência social, dos departamentos de trânsito e dos tribunais trabalhistas são oportunidades de aprendizado prático de valor inestimável e hoje estão subutilizadas para tal fim. Não é fácil, historicamente, permear tais locais para o trânsito de professores e acadêmicos, mas não há dispositivo legal intransponível. (CERQUEIRA, 2015).

Pela parte das faculdades de direito, a valorização da disciplina de medicina legal oportunizaria aos alunos os conhecimentos anatômicos e fisiológicos e periciais essenciais para adequada compreensão do laudo e sua conexão com os fatos. Mais importante, a epistemologia científica que guia as decisões médicas poderia ser melhor ilustrada de modo a facilitar a interpretação dos acontecimentos em causas de direito médico.

Na terceira faceta, após a formação a nível de graduação, temos a educação continuada e a especialização dos profissionais. Embora não haja escassez de eventos científicos de perícias forenses nem de direito médico, e os profissionais prestigiem com massiva presença e qualidade, há carência de exigências formais de atualização no serviço público, com vícios e condutas persistentes antagônicas à melhor prática pericial. Nesse sentido, os programas de residência precisam se multiplicar gerando não só os especialistas puros, mas também um volume mais expressivo de publicações, trazendo a medicina legal brasileira para uma condição compatível com o desenvolvimento tecnológico atual de nosso país.

REFERÊNCIAS

- CERQUEIRA, Ede. A perícia médico-legal e o ensino: dissidências e discussões na Sociedade Brasileira de Neurologia, Psiquiatria e Medicina Legal. *História, Ciência, Saúde-Manguinhos*. v. 22. n. 2 Rio de Janeiro, Apr./June 2015.
- BRASIL. Resolução CMF nº 1931, de 14 de julho de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/eticamedica/codigo-2010/>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf> Acesso em: 29 mai. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-contudo/crianca-e-adolescente/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-versao-2019.pdf> f. Acesso em: 20 mai. 2020.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FRANÇA, Genival Veloso. Exercício de perícia no Brasil chega a ser ato de coragem. *Diário do Nordeste*, 3. set. 2012, 1:02. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/seguranca/exercicio-da-pericia-no-brasil- chega-a-ser-ato-de-coragem-1.606887> Acesso em: 01 mai. 05 2020.
- HERCULES, Hygino de C. Medicina legal- texto e atlas. São Paulo: Editora Ateneu, 2008.
- MAIO, Marcos C. A Medicina de Nina Rodrigues: Análise de uma Trajetória Científica *Cad. Saúde Pública* v. 11. n. 2. Rio de Janeiro, Apr./June 1995.
- MUÑOZ, Daniel Romero. Medicina normativa. *Saúde, Ética & justiça*, v. 2. n. 1. p. 1 – 5, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/132527>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- SANTOS, Wilton Silva dos. Organização curricular baseada em competência na educação. *Rev. bras. educ. med.* v. 35. n. 1. Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/c9KBjLv9py5gmFW78Q9HMdv/?lang=pt>. Acesso em: 18 jul. 2022..
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de. *Problemas Atuais de Bioética*. 9. ed. Centro Universitário São Camilo. São Paulo: Loyola, 2010.

O MOMENTO DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO

THE MOMENT OF THE UNIFICATION OF DETENTION AND INCLUSION PENALTIES



Sergio Luiz Patitucci¹

Este artigo discorre sobre a unificação das penas privativas de liberdade de detenção e de reclusão, de forma unificada, diante das disposições contidas no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal

Palavras-Chave: Unificação das penas privativas de detenção e de reclusão; Código Penal; Código de Processo Penal; Lei de Execução Penal.

This article discourses about the unification of the deprivation of liberty of detention and imprisonment, in a unified form, in view of the provisions contained in the Criminal Code, in the Criminal Procedure Code and the Criminal Execution Law.

Keywords: Unification of the deprivation of liberty of detention and imprisonment; Criminal Code; Criminal Procedure Code; Criminal Execution Law.

¹ Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Turma 1988 Formação no curso de Delegado de Polícia pela Escola Superior de Polícia Civil do Estado do Paraná – Turma de 1989 Assessor de Planejamento da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Estado do Paraná – 1984/87 Escrivão de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná – 1987/90 Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná – 1990/95 Juiz Substituto, atuou nas Seções judiciárias de Laranjeiras do Sul e Campo Largo. Juiz de Direito, atuou nas Comarcas de Realeza, cruzeiro do Oeste, Foz do Iguaçu e Ponta Grossa.

INTRODUÇÃO

O momento correto da unificação das penas privativas de liberdade de detenção e de reclusão é um tema que tem sido levantado sistematicamente em processos de execução da pena.

A matéria prevista na legislação penal através de dispositivos constantes da Lei de Execução Penal e do próprio Código Penal afirmam que as penas devem ser unificadas, de forma cumulativa, tanto aquelas de detenção como as de reclusão, para efeito de fixação do regime prisional.

O que se pretende neste artigo é abordar a necessidade ou não da separação das penas de detenção e reclusão quando da unificação das penas.

1 O IMPASSE DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE DETENÇÃO E DE RECLUSÃO

O problema surge quando impossível a redução a uma única espécie, e formam-se grupos, como por exemplo: reclusão, detenção e prisão simples. Isso ocorre porque a unidade não é natural, é artificial, forçada pela lei, e essa mesma lei estabelece a extensão e a profundidade em que é capaz de produzir efeitos.

Inclusive, caso não se possa preservar a pena restritiva de direitos e o *sursis*, ocorre uma conversão, e as penas privativas de liberdade serão reinseridas na pena.

O legislador, no Código Penal – CP, ao se ater às penas privativas de liberdade, distinguiu as de reclusão e detenção, aduzindo que a pena de reclusão é a única cujo cumprimento pode ser iniciado em regime fechado, ao passo que a pena de detenção, por sua vez, deve iniciar em regime semiaberto ou aberto. A esse respeito, os dispositivos mais relevantes são os arts. 33, 69 e 76 do CP:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

Assim, se o réu comete dois ou mais crimes, em concurso de infrações, uns apenados com reclusão e outros com detenção, o juiz deve, quando da prolação da sentença penal condenatória, estipular o regime prisional de forma diferenciada: um para aqueles

apenados com reclusão e outro para os apenados com detenção. Isso porque, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (CP, art. 69, parte final) e no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave (CP, art. 76).

Além disso, de acordo com o caput do art. 33 do Código Penal, "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado", ou seja, a pena de detenção não pode ser cumprida em regime fechado.

Neste ponto surge a divergência, onde o entendimento minoritário da jurisprudência é de que as penas não podem ser unificadas, posto que seria imposta uma pena mais gravosa ao apenado.

Deste modo, os defensores desta tese entendem que, se houver a unificação das penas de reclusão e detenção – na sentença penal condenatória (no processo de conhecimento), com a sua subsequente somatória – a base de cálculo para a progressão do regime prisional, do fechado para o semiaberto, será maior, com evidente prejuízo ao réu ou reeducando. E a pena de detenção será, concomitantemente com a de reclusão, cumprida em regime fechado, ao arrepio do que dispõem os artigos 33, 69 e 76 do Código Penal.

Sustentam, por serem de natureza distinta, e predizerem regimes diferentes para o início do cumprimento da pena, que as penas de detenção e reclusão não podem ser unificadas, e devem ser cumpridas separadamente.

Neste diapasão segue o entendimento minoritário no Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 76 DO CP E 111, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP. PENA DE RECLUSÃO EM PRISÃO EM REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE À PENA DE DETENÇÃO. REPRIMENDAS INCOMPATÍVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DAS SANÇÕES. UNIFICAÇÃO DE PENAS. INVIABILIDADE. Não se configura violação aos art. 76 e 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais a decisão de negativa de unificação das penas privativas de liberdade de detenção (superveniente) e de reclusão (inicial), com suporte do entendimento de que são sanções penais de espécies distintas, devendo ser cumpridas sucessivamente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.717.365/GO. Relator: Ministro Felix Fischer, 15 de maio de 2018).

O art. 33 do CP estabelece que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado e, segundo o mesmo diploma legal, a pena em regime fechado será cumprida

em estabelecimento de segurança máxima ou média; ao passo que o regime semiaberto será cumprido em colônias agrícolas, industriais ou casas prisionais semelhantes, enquanto a casa de albergado é a unidade onde condenados devem cumprir o regime aberto. Prevê ainda a norma processual penal o cumprimento, em primeiro lugar, da reclusão e depois da detenção – art. 681 do Código de Processo Penal.

Assim, conforme defende esta corrente minoritária, não obstante o art. 111 da Lei 7.210/84 estabeleça que o regime prisional para o cumprimento da pena será estabelecido pelo resultado da soma ou unificação das penas, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processo distinto, sua interpretação há de ser feita levando em consideração o estabelecido nos arts. 33 e 69 do Código Penal e 681 do Código de Processo Penal, que prevê, para a pena de detenção, apenas os regimes semiaberto e aberto e, ainda, a determinação de cumprimento da reclusão em primeiro lugar.

Em síntese: a somatória com a unificação das penas de reclusão e detenção em "privativas de liberdade" somente deve ocorrer quando coincidirem os seus regimes prisionais.

De outro vértice, a posição majoritária é de que, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional.

Dispõe o art.º 11 da Lei nº 7.210/84:

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

A teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade. Assim, quando há mais de uma condenação, a determinação do regime será feita pelo resultado da unificação das penas, ou seja, o regime deve ser analisado conforme o somatório de todas as penas.

A unificação das penas privativas de liberdade, operada pelo Juízo da Execução, referente a condenações por mais de um crime, mesmo que de modalidades diferentes (detenção e reclusão), determina o regime de cumprimento da pena, não havendo óbice de que o regime seja, inclusive, mais gravoso do que o fixado na condenação, sendo que esta decisão constitui um novo título executivo penal.

No Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que a unificação das penas deve

considerar as penas de detenção e reclusão acumuladas:

Em se tratando de execução penal "[a]s reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, haja vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie" (AgRg no HC n.º 538.896/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020.) 3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1619879/MT. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5 de maio de 2020).

No caso, tratando-se de hipótese de unificação de penas, regida pelo art. 111 da Lei de Execução Penal, e não de fixação por sentença de regime inicial de cumprimento das reprimendas, em de concurso de infrações, situação em que são aplicáveis os arts. 69 e 76 do Código Penal, as reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 661201/ SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 11 de maio de 2021).

O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão. 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118626 / MS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 26 de novembro de 2013).

Tanto na soma quanto na unificação das penas, a unidade é desejável. Ocorre que, quando impossível a redução a única espécie, formam-se grupos, como por exemplo: reclusão, detenção e prisão simples. Isso ocorre porque a unidade não é natural, é artificial, forçada pela lei, e essa mesma lei estabelece a extensão e a profundidade em que é capaz de produzir efeitos.

Inclusive, caso não se possa preservar a pena restritiva de direitos e o *sursis*, ocorre uma conversão, e as penas privativas de liberdade serão reinseridas na pena.

Com relação à pena de detenção, o regime inicial deve ser o semiaberto ou o aberto, porém é possível que no curso da execução seja determinado regime prisional mais rigoroso em razão de regressão ou mesmo da unificação das penas.

Segundo Mirabete:

elaborada a conta de liquidação das várias penas a que está submetido o preso, passa a existir um conjunto de penas que devem ser tidas como um todo para determinados efeitos, como a determinação do regime inicial (art. 111 da LEP) e da progressão (art. 112 da LEP) e, em consequência, das saídas temporárias (art. 122 da LEP) e do trabalho externo (art. 34, § 3º do CP e 36 da LEP); da remição (art. 111 e 126 da LEP); do livramento condicional (art. 84 do CP); da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180 da LEP), do limite das penas (art. 75 do CP); da reabilitação (art. 93 do CP), etc.' (MIRABETE, 2004, p. 320).

Assim, tendo como norte a unificação entre as penas de detenção e reclusão, por serem de mesma natureza, suponhamos que "A" tenha sido condenado a nove anos de reclusão em regime inicial fechado; após ter cumprido um ano e meio, progrediu para o semiaberto, mas foi condenado a mais seis anos de reclusão pela prática de outro crime do qual também estava sendo acusado. Neste caso, o juiz da execução deve unificar as penas descontando o ano e meio já cumprido, o que resulta em treze anos e meio de reclusão ainda a cumprir. Considerando que a soma das penas é incompatível com o regime semiaberto, deve ainda o juiz determinar a regressão para o regime fechado.

Para Mirabete:

Sendo todas as penas de detenção, o regime inicial será o semiaberto ou aberto, mas se houver uma de reclusão, poderá ser determinado o fechado. Além disso, se a soma ultrapassar quatro anos, não poderá ser imposto regime aberto, seja qual for a espécie da pena privativa de liberdade e, se superar oito anos, sendo uma delas ao menos de reclusão, deve ser determinado o regime fechado. (MIRABETE, 2004, p. 381)

Ainda em outras decisões, o Superior Tribunal de Justiça tem externado o entendimento prevalente:

EXECUÇÃO PENAL. ART. 111 DA LEP. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RECLUSÃO COM DETENÇÃO SUPERVENIENTE. REPRIMENDAS DA MESMA NATUREZA. SOMATÓRIO. POSSIBILIDADE. I – "A teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade" (AgRg no HC n. 473.459/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 01/03/2019). Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.861.665/ES. Relator: Ministro Felix Fischer, 5 de maio de 2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO. SOMATÓRIO. POSSIBILIDADE. ART. 111 DA LEP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O presente recurso cuida de hipótese de unificação de penas, regida pelo art. 111 da Lei de Execução Penal, e não de fixação inicial de regime inicial de cumprimento das reprimendas, no caso de concurso de infrações, situação em que são aplicáveis os arts. 69 e 76 do Código Penal. 2. Em se tratando de execução penal "[a]s reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, haja vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie. (AgRg no HC n.º 538.896/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020.) 3. Agravo regimental desprovido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5 de maio de 2020).

Já o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no que pertine à unificação, fundado no artº. 11 da Lei de Execução Penal, o qual estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão, conforme externado no voto da relatoria da Ministra Carmen Lúcia em RHC 118.626/MS.

CONCLUSÃO

Assim, concluindo, havendo condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.717.365/GO. Relator: Ministro Felix Fischer, 15 de maio de 2018). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento?seq_documento=19165100&data_pesquisa=29/05/2018¶metro=42. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1619879/MT. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855189517/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1619879-mt-2019-0338536-6/inteiro-teor-855189527>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 661201/ SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 11 de maio de 2021). Disponível em: [https://www.google.com/search?q=BRASIL.+Superior+Tribunal+de+Justi%C3%A7a.+Agravo+Regimental+no+Habeas+Corpus+n%C2%BA+661201%2F+SP.+Relator%3A+Ministro+Reynaldo+Soares+da+Fonseca%2C+11+de+maio+de+2021\).&rlz=1C1GCEA_enBR798BR798&oq=BRASIL.+Superior+Tribunal+de+Justi%C3%A7a.+Agravo+Regimental+no+Habeas+Corpus+n%C2%BA+661201%2F+SP.+Relator%3A+Ministro+Reynaldo+Soares+da+Fonseca%2C+11+de+maio+de+2021\).&aqs=chrome..69i57.236j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=BRASIL.+Superior+Tribunal+de+Justi%C3%A7a.+Agravo+Regimental+no+Habeas+Corpus+n%C2%BA+661201%2F+SP.+Relator%3A+Ministro+Reynaldo+Soares+da+Fonseca%2C+11+de+maio+de+2021).&rlz=1C1GCEA_enBR798BR798&oq=BRASIL.+Superior+Tribunal+de+Justi%C3%A7a.+Agravo+Regimental+no+Habeas+Corpus+n%C2%BA+661201%2F+SP.+Relator%3A+Ministro+Reynaldo+Soares+da+Fonseca%2C+11+de+maio+de+2021).&aqs=chrome..69i57.236j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118626 / MS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 26 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24720819/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118626-ms-stf/inteiro-teor-112177974>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 538.896/ES. Relator: Ministro Pereira Ribeiro, 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857221477/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-538896-es-2019-0305255-0/inteiro-teor-857221607>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.861.665/ES. Relator: Ministro Felix Fischer, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855174202/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1861665-es-2020-0033825-5/inteiro-teor-855174212>. Acesso em: 18 jul. 2022.

CONTRADIÇÕES DE DECISÕES JUDICIAIS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

CONTRADICTIONS OF FIRST INSTANCE JUDICIAL DECISIONS ANALYZED FOCUSED IN LEGAL CERTAINTY



Gean Carlos Dala Rosa¹

Esta pesquisa foi realizada para analisar a possibilidade de existirem conflitos de entendimentos entre decisões judiciais proferidas em um único processo ou em um único juízo, no primeiro grau da jurisdição estadual, tendo como regras de baliza os imperativos emanados pela proteção à segurança jurídica. Os objetivos deste trabalho envolvem a adequada compreensão das nuances da segurança jurídica, o estudo da forma como o Poder Judiciário está estruturado e a verificação inicial de situações em que é possível haver prolação de decisões conflitantes em um mesmo juízo ou em processos do primeiro grau da jurisdição estadual. Especificamente, pretende-se verificar a existência de circunstâncias que permitem a prolação de decisões com conteúdo conflitante e a eventual ocorrência de insegurança jurídica como consequência das divergências entre decisões. Ao longo do trabalho serão analisadas as características do conceito de segurança jurídica e a estrutura do Poder Judiciário, com a intenção de obtenção de elementos necessários à compreensão do tema objeto de estudo. Por fim, ao término da pesquisa, serão apresentados elementos que possam auxiliar o entendimento acerca da possibilidade de existência de insegurança jurídica em situações como as estudadas.

Palavras-Chave: Insegurança jurídica; Conflitos de entendimento; Jurisdição.

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6122314616476252>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9513-4997>. E-mail: contato@dalarosa.com.



José Raphael Batista Freire²

This research was realized to analyze the possibility of existence of conflicts of understanding between judicial decisions prolated in a single judicial process or in a single court, in the first instance of state jurisdiction, using the protection of the legal certainty as guiding rule. The objectives of this paper involve the comprehension of the nuances of the legal certainty, the study of the way the Judiciary Branch is structured and the first verification of situations where is possible to exist conflicting decisions in one single court or in processes of the first instance of state jurisdiction. Specifically, it is intended to verify the existence of circumstances that allow the rendering of decisions with conflicting content and the possible occurrence of legal uncertainty as a consequence of the divergences between decisions. Throughout the study the characteristics of the concept of legal certainty and the structure of the Judiciary Branch will be analyzed, with the intention to obtain elements that are necessities to the comprehension of the subject of study. Finally, at the end of the research, will be provide elements to help the understanding of the possibility of existence of legal uncertainty in situations such as the study cases.

Keywords: Legal uncertainty. Understanding conflicts. Jurisdiction.

² Advogado. Mestre em Gestão de Cooperativas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor de Direito Processual Civil na Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Toledo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2960862374855788>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7379-5084>. E-mail: jose@batistafreire.com.

INTRODUÇÃO

O art. 22 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) dispõe que os cargos da magistratura são ocupados por ministros, quando em Tribunais Superiores, desembargadores em tribunais de segunda instância e, na primeira instância, por juízes de direito e juízes substitutos. O início da carreira do magistrado brasileiro, em regra, se dá pela aprovação em concurso público para ocupação do cargo de juiz substituto, sendo que ao longo da carreira, poderá ser promovido a juiz titular por merecimento ou antiguidade, conforme art. 93, I e II da Constituição Federal.

Para melhor prestação jurisdicional, a organização administrativa da jurisdição brasileira, na justiça estadual comum, é realizada em comarcas, de acordo com previsão do Art. 96 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. É comum que os tribunais de justiça estaduais utilizem a força de trabalho do juiz substituto de forma permanente e concomitantemente à atuação do juiz titular, como pode ser visto no Decreto Judiciário nº 94/2012 do Tribunal de Justiça do Paraná:

Art. 1º Os Juízes de Direito Substitutos integrantes das 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 50ª Seções Judiciárias, com sede nas Comarcas de Cascavel, Foz do Iguaçu, Guarapuava, Londrina, Maringá, Ponta Grossa e Umuarama, respectivamente, atuarão de forma permanente e concomitante com os Juízes de Direito titulares das Varas que as compõem, cooperando, com jurisdição plena, observados os critérios de divisão de atribuições (art. 2º) e de trabalho (art. 5º) estabelecidos no presente Decreto Judiciário, sem prejuízo de eventual designação diversa pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (arts. 102 e 103, parágrafo único, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Paraná).

A atuação do juiz substituto pode ocorrer em situações em que o juiz titular esteja afastado, em férias, quando a carga de trabalho em um juízo for excessivamente grande ou em casos de impedimento e suspeição do titular do juízo. Portanto, em decorrência desta dinâmica da carreira da magistratura, é possível que em algumas situações múltiplos magistrados atuem em um mesmo juízo, em um mesmo processo.

Nesse sentido, em razão da atuação de múltiplos magistrados em um único juízo ou processo, cogita-se a possibilidade existirem situações em que possam ser prolatadas decisões judiciais com conteúdo conflitante em casos semelhantes ou até em um único processo. Igualmente, cogita-se que a prolação de decisões que possuem conteúdo conflitante para situações intrinsecamente semelhantes ou dentro de um processo possa resultar em insegurança jurídica ao jurisdicionado, que aguarda do Estado uma solução para o conflito por ele vivido.

Para satisfazer a dúvida acima apontada, ao longo deste trabalho, serão apontados elementos que: 1) auxiliem na compreensão das particularidades da sistemática judiciária brasileira; 2) possam ajudar a identificar, no processo civil brasileiro, situações em que há possibilidade de ocorrerem conflitos de entendimentos judiciais que causem dano à segurança jurídica; 3) facilitem a identificação de mecanismos do processo civil pátrio que impedem a ocorrência de problemáticas como as tratadas nas hipóteses de pesquisa. Para tanto, o objeto deste estudo está delimitado e restrito à análise das possibilidades de existência de decisões judiciais conflitantes – que versem sobre matérias atinentes ao direito privado – em processos ou em juízos de 1º grau da justiça comum estadual.

Portanto, este trabalho pretende responder ao questionamento: o eventual trânsito de juízes ou a multiplicidade de magistrados atuantes em um único processo ou juízo pode resultar em prolação de decisões conflitantes que coloquem em risco a segurança jurídica? Para solucionar este questionamento, serão avaliadas as hipóteses: se há insegurança jurídica em decisões conflitantes, que são produto da atuação múltipla de magistrados em um único processo ou juízo; se inexistem situações de insegurança jurídica nos casos estudados, por ser intrínseco à carreira da magistratura brasileira o intenso trânsito de magistrados entre processos, comarcas e juízos.

1 DISCUSSÕES

A reflexão sobre a forma como os juízes têm julgado os processos brasileiros e a análise de eventuais contradições em decisões judiciais é importante, pois oferta elementos para desenvolvimento de mecanismos processuais para prevenção de inseguranças jurídicas, obtendo-se aumento da previsibilidade das decisões judiciais. Inicialmente, salienta-se que inexistem profundas discussões legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca da ocorrência de decisões – de conteúdo conflitante – proferidas pelo juízo de primeiro grau da justiça comum estadual, apesar de existirem discussões acerca de decisões de tribunais colegiados que conflitam entendimentos.

Para preservação da clareza conceitual, explica-se que neste trabalho, “juízo” é o termo utilizado para designar a vara ou o órgão jurisdicional em que aquele julgador exerce sua atividade judicante, ao passo que “juiz” está relacionado à pessoa do magistrado, ao indivíduo que ingressou na carreira da magistratura e efetivamente julga as pretensões a ele apresentadas pela sociedade. Sobre essa necessária diferenciação, aponta-se que a Lei Orgânica da Magistratura (no art. 31 – Lei Complementar nº 35/1979)

e o Código de Processo Civil (no art. 319, I – Lei nº 13.105/2015) referem-se à figura do juiz, como o julgador, ao passo que o juízo sempre é compreendido como o local em que é exercida a jurisdição.

Para melhor compreensão das nuances que envolvem a discussão da insegurança jurídica de decisões de primeiro grau conflitantes, adiante serão analisados os principais temas objeto de preocupação deste estudo. Considerando que a discussão deste trabalho está conexas às consequências à segurança jurídica provocadas por contradições em decisões judiciais de primeiro grau da justiça estadual, é de grande valia a análise pormenorizada dos conceitos e imperativos da segurança jurídica e da organização judiciária, o que se faz a seguir.

1.1 A SEGURANÇA JURÍDICA

A "segurança jurídica" é um conceito de grande relevância para esta pesquisa, pois os valores por ela impostos nortearão as conclusões a serem apontadas como respostas ao problema inicial. Assim sendo, é preciso que o conceito de "segurança jurídica" e as garantias dela resultantes sejam apreciadas neste momento.

Inicialmente, deve ser salientado que inexistem nas normas em vigor no Brasil uma delimitação ao conceito de "segurança jurídica". Ao contrário, em diversas constituições de Estados soberanos existem classificações para o conceito de "segurança jurídica"; conseqüentemente, em solo pátrio, o tema é comumente analisado por óticas diversas, por vezes estudado como princípio, gênero, postulado e, inclusive, cláusula geral (SARLET, 2005, p. 3).

Como consequência da grande abstração que envolve o tema, falta no ordenamento e na doutrina consenso acerca da natureza jurídica da "segurança jurídica". Pela amplitude do conceito, existem interpretações que tendem a classificar a "segurança jurídica" como um princípio jurídico, outros juristas a veem como direito, enquanto alguns a compreendem como regra e, ainda, existem aqueles que a descrevem como um valor a ser observado como cláusula geral (NEVES, 2010, p. 31).

Exemplificativamente, Sarlet (2005, p. 5 - 6) realiza analogia para classificar a "segurança jurídica" como um princípio fundamental. A interpretação analógica realizada nesse caso tem como ponto de partida o fato de que o constituinte originário inseriu a "segurança" como um direito inviolável – art. 5º, caput e art. 6º, caput – na Constituição Federal e até fez menção a ela no preâmbulo. De acordo com esta linha interpretativa, embora o texto constitucional não mencione expressamente o termo "segurança jurídica", por leitura sistemática da Carta Magna seria possível depreender que a classificação adequada da

"segurança jurídica" é de direito fundamental, já que ela é um elemento fundamental à garantia de "segurança".

Em raciocínio diverso, há a possibilidade de entender que "a segurança jurídica é uma norma que determina – embora sem especificá-los – comportamentos capazes de promover o estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas. Por isso, seria um princípio jurídico" (ÁVILA *apud* LEAL, 2013, p. 31). Por outro lado, é possível analisar a isonomia jurisdicional e a premente necessidade de que os tribunais ofereçam soluções aproximadas para casos semelhantes como fatores que classificam a "segurança jurídica" como consequência lógica da conjugação de estabilidade e previsibilidade das posturas adotadas pelo Poder Judiciário (ALVIM, 2019, p. 130).

Como resultado da ausência de balizas legais claras a respeito da "segurança jurídica", os limites e desdobramentos do conceito precisam ser analisados, como se vê na lição do emérito Ministro do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (DELGADO, 2007, p. 4):

- a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais;
- b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais;
- c) veículo garantidor da fundamentação das decisões;
- d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados;
- e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante;
- f) fundamentação judicial adequada.

Portanto, com base no excerto colacionado, é possível concluir que a "segurança jurídica" possui contornos cuja análise pode auxiliar na compreensão de seu conceito. Assim sendo, este trabalho fará uso dos elementos apontados por Delgado (2007, p. 4) para fixar premissas atinentes à segurança jurídica.

Dada a incerteza da classificação da "segurança jurídica" como princípio, postulado ou cláusula geral, ao longo deste trabalho, tal conceito será analisado abstratamente, a partir dos imperativos decorrentes da segurança jurídica e características apontadas por Delgado. Portanto, a análise da segurança jurídica será voltada aos aspectos decisórios e processuais civis, sendo compreendido que os mandamentos da segurança jurídica dão ao jurisdicionado a garantia de que as decisões judiciais devam ser dotadas de previsibilidade (itens "a" e "d" do excerto anteriormente citado), de modo que as decisões judiciais julguem fundamentadamente (itens "c" e "f") e semelhantemente os casos com peculiaridades aproximadas (item "e").

Nesta linha de raciocínio, decisões e atuações do judiciário que sejam marcadas pela imprevisibilidade e por disparidade entre soluções propostas para casos com similaridades intrínsecas devem ser alvo de intenso rechaço, pois não de ser consideradas como violações às garantias impostas pelos mandamentos

da segurança jurídica. A conclusão realizada se mostra adequada à ordem judicial brasileira na medida em que é possível que a segurança jurídica seja compreendida como um elemento fundamental à manutenção da ordem democrática, haja vista que "a acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático" (DELGADO, 2007, p. 4).

Finalmente, em face de todos os elementos acima apontados, a dissociação da proteção à segurança jurídica dos esforços para a proteção da ordem democrática se mostra como tarefa impossível de se realizar, porque a segurança jurídica fornece sustentáculo à estabilidade democrática.

1.2 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E UNIFORMIDADE JURISPRUDENCIAL

Como já salientado, os cargos que integram a carreira da magistratura na justiça comum são os de juízes substitutos, juízes titulares, desembargadores e ministros (BRASIL, 1979), sendo estes os encarregados de exercer a jurisdição brasileira, em todos os tribunais do país. É o que se vê no art. 1º da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979):

Art. 1º - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Conselho Nacional da Magistratura; III - Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; IV - Tribunais e Juízes Militares; V - Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - Tribunais e Juízes do Trabalho; VII - Tribunais e Juízes Estaduais; VIII - Tribunal e Juízes do Distrito Federal e dos Territórios.

Imaginando que a multiplicidade de magistrados poderia resultar em conflitos de entendimentos, o legislador tem demonstrado interesse em uniformizar a jurisprudência. Tais esforços legislativos de uniformização jurisprudencial têm como objetivo o impedimento de que casos idênticos sejam julgados de maneira desigual a determinado caso concreto.

A preocupação com a uniformidade jurisprudencial brasileira possui raízes na proteção à segurança jurídica, das quais resultam a estabilidade e a previsibilidade das posturas adotadas pelo Poder Judiciário (ALVIM, 2019, p. 1493), e se mostra como garantia ao jurisdicionado que não pretende ser surpreendido por decisões extremamente inovadoras (ALVIM, 2019, p. 1494). A instabilidade jurisdicional é repelida de tal forma que em casos excepcionais, quando o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário foi extremamente destoante da linha de raciocínio que havia sido adotada em decisões precedentes, a doutrina até mesmo classificou a mencionada incerteza judicial como sendo resultado de uma "jurisprudência lotérica" (ALVIM, 2019, p. 1494).

Embora o uso do termo "precedente judicial" tenha começado a ser utilizado na prática forense brasileira com maior frequência na década de 2010, há muito tempo existe no ordenamento pátrio a necessidade de observância dos entendimentos exarados em julgamentos de casos paradigmáticos em decisões contemporâneas, a exemplo as decisões proferidas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto de constitucionalidade desde meados de 1960 (TALAMINI; WAMBIER, 2018, p. 712). A crescente relevância que se tem atribuído aos precedentes judiciais faz surgir discussões acerca de uma aproximação entre as sistemáticas processuais da *common law* e da *civil law*.

No último século tem se mostrado mais frequente nos ordenamentos regrados pela *common law* a aparição de normas jurídicas, ao passo que no ordenamento brasileiro, regido pela *civil law*, um "direito jurisprudencial" tem ganhado relevância (TALAMINI; WAMBIER, 2018, p. 713). Porém, a aproximação entre os sistemas processuais divergentes não faz com que os sistemas necessariamente se confundam, sendo preservada a disparidade entre os métodos de cada um (TALAMINI; WAMBIER, 2018, p. 713).

A distinção entre as fontes do direito no sistema da *common law* em relação à *civil law* residem no fato de que na *common law* o direito nasce a partir das decisões judiciais (ALVIM, 2019, p. 1497). Por outro lado, na *civil law*, o direito nasce da lei e à lei é atribuído sentido pelas decisões judiciais (ALVIM, 2019, p. 1497).

Logo, a crescente necessidade de observância dos precedentes judiciais positivada pelo Código de Processo Civil somente demonstra a implementação de novas técnicas de interpretação da lei, sem que seja criado um sistema de fontes do direito (TALAMINI; WAMBIER, 2018, p. 713). Assim sendo, a observância do sentido atribuído a determinada norma em decisões pretéritas é simplesmente um mecanismo para uniformização dos padrões decisórios em diferentes juízos.

Em sistemas hierarquizados, como o brasileiro, as decisões proferidas pelo tribunal superior exercem a função de interpretação final das normas, sendo esta uma garantia de isonomia e segurança jurídica (ALVIM, 2019, p. 1497). Diante deste cenário, o respeito às posições fixadas em casos exemplares e dos sentidos atribuídos à norma pelo tribunal superior se mostram como imprescindíveis à garantia da segurança jurídica e à celeridade processual, uma vez que, se os juízos de instâncias iniciais não seguirem o entendimento do tribunal superior, em sede recursal, a decisão destoante será reformada para alinhar-se ao entendimento pacificado (ALVIM, 2019, p. 1497).

Nesta linha de raciocínio, o Código de Processo Civil brasileiro, promulgado em 2015, tratou de positivar e estabelecer métodos para a garantia da segurança

jurídica por meio da uniformização jurisprudencial. Pode ser visto no caput do art. 926 do Código de Processo Civil em vigência, que o legislador cuidou para fixar a necessidade de que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente, estando os tribunais incumbidos do dever de preservar aquelas características na jurisprudência (BRASIL, 2015). Acerca desta disposição legislativa, Elias e Henriques Filho (2021, p.63) apontam que a referida previsão legal constitui uma criação na lei processual de um método de observação de precedentes judiciais como forma de melhor proteção à segurança jurídica e à previsibilidade judicial.

Embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha inovado ao mencionar a necessidade de que os tribunais zelem pela estabilidade, integralidade e coerência da jurisprudência, a preocupação com a uniformização da jurisprudência não é recente no ordenamento brasileiro. O Código de Processo Civil, promulgado em 1973, já expunha possibilidades de uniformização da jurisprudência de tribunais.

O Código de Processo Civil de 1973 tratava entre os art. 476 e art. 479 do Livro I – Do Processo De Conhecimento, Título IX – Do Processo nos Tribunais, Capítulo I – Uniformização da Jurisprudência sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência, que naquelas situações seria realizada por súmula do tribunal que firmasse entendimento com maioria absoluta de seus membros (BRASIL, 1973). Portanto, a preocupação legislativa com a uniformidade jurisprudencial há muito tem sido externada pelo Poder Legislativo em diplomas legais.

Contudo, embora o legislador brasileiro, há algumas décadas, tenha iniciado a criação de mecanismos para uniformização da jurisprudência e prevenção de conflitos de entendimentos, atualmente inexistem mecanismos processuais aptos a prevenir celeumas decorrentes de problemas desta natureza que se originarem no primeiro grau da jurisdição estadual. Os mecanismos que constavam dos códigos processuais civis revogados e os que atualmente estão inseridos na legislação processual em vigência, somente instituem sistemas de prevenção de conflitos de entendimento e uniformização jurisprudencial em tribunais, órgãos colegiados.

O Código de Processo Civil que vigorou entre 1940 e 1973 (Decreto-Lei nº 1.608/1939) possuía o recurso chamado Embargos de Nulidade ou Infringentes do Julgado e o Recurso de Revista, como mecanismos aptos a solucionarem problemas decorrentes de conflitos de entendimentos em órgãos colegiados. Os Embargos de Nulidade ou Infringentes do Julgado poderiam ser manejados em casos em que o julgamento realizado em sede de apelação, em ação rescisória ou em mandado de segurança não fosse realizado com unanimidade dos julgadores, ou seja, quando houvesse divergência de entendimentos em uma turma ou câmara acerca de aspectos de um processo (BRASIL,

1939). O Recurso de Revista, por sua vez, poderia ser interposto contra decisões que possuíssem divergência entre câmaras, turmas ou grupo de câmaras entre si ou em sentido contrário a julgado precedente de alguma câmara (BRASIL, 1939).

Em 1973 foi promulgada a Lei Ordinária nº 5.869/1973 que revogou o diploma processual em vigência até então e instituiu novos mecanismos processuais civis. Aquele código estabeleceu como mecanismo para reapreensão de decisões com conteúdo divergente o recurso denominado Embargos Infringentes. A preocupação legislativa, naquele diploma legal, com as divergências de entendimento foi exteriorizada por dispositivo que dava tipicidade aos Embargos Infringentes para oposição contra acórdão proferido em desacordo, sem unanimidade, dos julgadores que reformava sentença ou dava procedência à ação rescisória. Veja-se a redação do art. 530 do código revogado:

Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Como visto na análise dos dispositivos mencionados, há algumas décadas o legislador tem criado mecanismos para uniformizar a jurisprudência ou prevenir conflitos de decisões entre juízos. Já na última década, ao promulgar o Código de Processo Civil de 2015, atualmente em vigência, o legislador apresentou novos mecanismos que pretendem solucionar os problemas já mencionados.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 até mesmo anteviu a possibilidade de conflitos de entendimentos nos Tribunais Superiores com a previsão do recurso denominado Embargos de Divergência. O art. 1.043 do Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente a possibilidade de impugnar decisões com conteúdo conflitante:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

Assim, os Embargos de Divergência podem ser opostos contra acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal que divergirem de entendimentos já materializados em precedentes daquele mesmo tribunal. Ou seja, o que se pretende com determinado recurso, que pode ser

inferido pela leitura do dispositivo que versa a respeito do tema, é solidificar a jurisprudência de forma a evitar incoerências ou divergências de entendimento entre decisões proferidas por um tribunal superior.

O legislador do diploma de processo civil atualmente em vigência ainda realizou inovação legislativa e apresentou mais um mecanismo com finalidade precípua de uniformizar a jurisprudência pátria. O art. 976 do mencionado código criou um mecanismo, denominado de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O mencionado mecanismo processual pode ser utilizado em situações em que há grande quantidade de processos com um objeto de discussão semelhante em trâmite em diversos juízos. Neste caso, como pode ser visto no segundo inciso do dispositivo acima citado, o legislador considerou que existem hipóteses em que a pluralidade de entendimentos divergentes acerca de um mesmo tema pode resultar em insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Com preocupação semelhante, para garantia da clareza das decisões judiciais, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade dos Embargos de Declaração. Nesse caso, o jurisdicionado pode se opor à decisão, de qualquer grau de jurisdição, que possua contradição, obscuridade, omissão ou erro material (BRASIL, 2015) em relação ao próprio texto da decisão embargada. É o que se vê no dispositivo adiante transcrito:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

No caso dos embargos de declaração, pode ser visto nos incisos do artigo mencionado, seu principal objetivo é preservar a coerência dentro de um mesmo processo, pela garantia de que as decisões não serão omissas, obscuras, contraditórias ou maculadas por erros materiais. Portanto, tais mecanismos servem para a proteção da estabilidade, integralidade e coesão das decisões judiciais, que possuem grande relevância na sistemática processual civil de 2015 (BRASIL, 2015).

A coesão e clareza das decisões judiciais possui valor tão alto que até o Regimento Interno do

Tribunal de Justiça do Paraná estabelece como requisito para avaliação da qualidade das decisões do magistrado – que pretende ser promovido – a análise do método decisório adotado, como se vê adiante:

Art. 378. Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração: I - a redação; II - a clareza; III - a objetividade; IV - a pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas; V - o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Note-se, ademais, que até mesmo a observância dos precedentes já pacificados pelos tribunais superiores é considerada como elemento demonstrativo da qualidade das decisões judiciais, conforme resolução aprovada pelos próprios desembargadores paranaenses. Essa é uma sinalização de que o próprio Tribunal de Justiça do Paraná está preocupado com a segurança jurídica pacificada pelos tribunais superiores.

Portanto, de todo o exposto, percebe-se o flagrante esforço que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário têm realizado nos ordenamentos processuais e legislação esparsa para que a jurisprudência transmita segurança, sendo estável, íntegra e coerente. É oportuno frisar que, embora os sistemas processuais tenham aumentado a necessidade e a quantidade de hipóteses em que os magistrados devem observar os precedentes judiciais, em nenhum ponto há violação à liberdade de consciência que o juiz possui.

A Constituição Federal garante ao jurisdicionado que a decisão judicial deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade, como se vê na redação do art. 93, IX:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Igualmente, o Código de Processo Civil, no art. 489, inciso II, dispõe a respeito da necessidade de que as sentenças possuam fundamentação adequada, sob pena de serem consideradas omissas ou desprovidas de um de seus elementos obrigatórios, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (BRASIL, 2015). Tal é o ensinamento elaborado pelo próprio legislador no parágrafo primeiro do art. 489, CPC:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos

indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Contudo, embora o magistrado deva apresentar fundamentos para as decisões que profere, o art. 5º do Código de Ética da Magistratura Nacional garante ao julgador a liberdade de convicção e o protege de influências externas, garantindo que a atividade judicante poderá ser exercida sem empecilhos, em pleno exercício da liberdade de convicção do magistrado. Portanto, deve o “magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos” (BRASIL, 2008).

É de grande valia o destaque para o fato de que a liberdade de consciência do magistrado em nada impede o dever de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que, embora o juiz tenha a liberdade de decidir conforme sua convicção (art. 93, IX, CF), ainda assim deve proferir uma decisão tecnicamente fundamentada. Ademais, não se pode olvidar o fato de que a formação do entendimento do juiz depende da realidade processual do caso em julgamento e que ao magistrado é facultado enfrentar somente os argumentos que sejam hábeis a modificar o julgamento.

Acerca deste tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315-DF, entendeu que a solução judicial para as questões formadas no processo pode ser proferida mesmo sem que todos os argumentos tecidos pelas partes sejam enfrentados ou analisados, nas hipóteses em que as teses dos litigantes não possuam o condão de induzir o juízo a entendimento diverso. Portanto, a necessidade de fundamentação das decisões não impõe entraves insuperáveis à atividade judicante.

Diante do cenário apresentado, deve ser frisada a necessidade de que as decisões contemporâneas dos magistrados observem os entendimentos já exarados no julgamento de outros processos paradigmáticos. Assim sendo, conforme lição já ressaltada, no sistema processual brasileiro, a análise de precedentes e padrões decisórios de casos semelhantes tem como objetivo alcançar a compreensão do sentido atribuído à norma (ALVIM, 2019, p. 1497).

Logo, em breve síntese, é possível compreender que para a atividade judicante, na jurisprudência pátria, a análise e observância de precedentes não importam em limitação do poder de julgar do magistrado.

Inclusive, a este respeito, importa rememorar que na atividade judicante há margem para atividade criativa, na medida em que o julgador segue os preceitos legais e harmoniza os mandamentos legais diante de lacunas, ao aplicar a norma ao caso concreto (THEODORO JR., 2017, p. 430). Ressalva-se, ainda, a necessidade de interpretação – no ato julgamento – do direito como um conjunto, balizado pelos mandamentos constitucionais, havendo possibilidade, assim, de apreciação da legalidade formal e material da legislação como forma de prevenção de injustiças (VARGAS, 2022, p. 133).

Seguindo tais preceitos, haverá a possibilidade de proteção da ordem jurídica e preservação da segurança jurídica, sem tornar o ato de julgar uma forma de perpetuação de eventuais injustiças, uma vez que as regras constitucionais são imperativas e a lei como instrumento de positivação do direito somente atende à tal função quando atinge os objetivos socialmente justos (VARGAS, 2022, p. 135).

Pelo exposto, conclui-se que os precedentes podem auxiliar na compreensão do sentido adequado que deve ser atribuído à legislação, quando aplicada ao caso concreto, sendo uma forma de preservação da segurança jurídica, que é expressa pela previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais.

1.3 CONTRADIÇÕES EM DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU DA JUSTIÇA ESTADUAL

Com o conhecimento anteriormente delimitado acerca da segurança jurídica e da estrutura judiciária brasileira, adiante pretende-se realizar breve reflexão a respeito da possibilidade de efetiva ocorrência de conflitos entre entendimentos, em julgamentos no primeiro grau de jurisdição.

Conforme oportunamente exposto, a legislação processual brasileira traz em sua sistemática situações em que é possível manejar recursos para uniformização dos entendimentos judiciais ou insurgência contra decisões que eventualmente possuam conteúdo conflitante. Inclusive, insta lembrar que foi inserido no Código de Processo Civil de 2015 uma releitura da sistemática do uso de precedentes no direito brasileiro. Tal iniciativa foi realizada com a finalidade de conferir maior previsibilidade e estabilidade às decisões judiciais, além da proteção à segurança jurídica (HENRIQUES FILHO, VIEIRA, 2022, p. 159).

Porém, como já demonstrado, o legislador pátrio somente conduziu suas energias à solução de eventuais controvérsias entre entendimentos judiciais

que possam ocorrer em órgãos colegiados, entre tribunais ou em demandas com conteúdo repetitivo. A exemplo, citam-se os embargos de divergência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e os extintos embargos infringentes.

Portanto, a existência de tipos recursais destinados a sanar contradições entre decisões é um exemplo de reconhecimento, por parte do legislador, da possibilidade de existirem situações fáticas em que decisões judiciais possuam conteúdo divergente acerca de um mesmo fato ou pedido. Contudo, nos códigos de processo civil revogados e na legislação processual em vigência, o legislador nunca se ateve à possibilidade de ocorrência de conflitos de entendimentos entre decisões judiciais proferidas por juízos de primeira instância. Talvez isso seja reflexo de uma situação contemporânea, ocasião em que dois juízes atuam simultaneamente em um mesmo juízo.

Para além da preocupação legislativa, é possível visualizar na jurisprudência nacional exemplos de situações em que ocorreram imbróglis decorrentes de conflitos de entendimentos entre decisões de diferentes juízos. Como se vê adiante, existem situações em que demandas intrinsecamente semelhantes podem ter julgamentos divergentes, apesar de estarem submetidas ao mesmo juízo. Como exemplo, cita-se uma execução fiscal e uma ação anulatória, que versavam a respeito do mesmo objeto e receberam sentenças com conteúdo conflitante, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES. 1. No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória. 2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes. 3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.148/SP. Relator: Ministro Herman Benjamin, 25 de agosto de 2009).

Semelhantemente ao caso acima citado, adiante apresenta-se ementa de julgamento realizado no Tribunal de Justiça do Paraná que, em sede de embargos de declaração, foi questionado sobre aparente conflito entre o conteúdo da decisão embargada com decisões proferidas em outros

processos. Na oportunidade, decidiu-se pelo não provimento dos aclaratórios, eis que a contradição suscitada se revela com decisão proferida em outros processos, veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. COISA JULGADA. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO ENTRE A DECISÃO EMBARGADA E DECISÕES PROFERIDAS EM AUTOS DIVERSOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO INERENTE À PRÓPRIA DECISÃO. CONTRADIÇÃO QUE DEVE SER INTERNA PARA DAR AZO À OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MERO INCONFORMISMO E PRETENSÃO DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGAMENTO QUE LHE FOI DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E NÃO ACOLHIDOS. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (4. Turma Recursal dos Juizados Especiais). Embargos de Declaração Cível nº 0012395-85.2019.8.16.0018. Relatora: Bruna Greggio, 12 de agosto 2021).

No entanto, embora a controvérsia não tenha sido apreciada, fato é que existe precedentes no próprio Tribunal de Justiça do Paraná sobre argumentação atinente a decisões conflitantes em processos divergentes – fato que interessa diretamente ao presente artigo e comprova que está chegando ao judiciário essas situações.

Desconsiderando-se as discussões acerca da procedência ou não dos pedidos dos recorrentes nos exemplos acima apontados – discussão que não é pertinente ao objeto deste estudo – tais decisões podem ser analisadas a partir da lente científica. Veja-se, nas duas situações apontadas, havia alegações – por parte dos recorrentes – de que matérias ou pedidos iguais haveriam tido interpretações e julgamentos divergentes, por parte do judiciário.

Na segunda ementa de julgamento, ao judiciário foi dado a oportunidade de manifestar-se acerca das supostas contradições. Porém, os magistrados estiveram impedidos de analisar os outros processos, com decisões aparentemente conflitantes com a decisão embargada, sob o entendimento de que os embargos de declaração não são cabíveis para solução de controvérsias daquela natureza.

Por outro lado, na primeira ementa apresentada, a situação é ainda mais grave, já que as duas sentenças eram evidentemente conflitantes, foram apreciadas pelo mesmo juízo e sobre elas pendiam os efeitos da coisa julgada, que impede a modificação da decisão.

A situação seria a mesma se, a título de exemplo, uma sentença contradissesse uma decisão interlocutória de mérito. Embora hipotética, tal situação é plenamente possível de ocorrer, uma vez que há, na sistemática processual vigente, a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, por cognição exauriente, que poderá ser executada em processo apartado da lide original e que sofrerá os

efeitos de preclusão consumativa (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 228).

Diante dos elementos apontados ao longo deste trabalho e exemplos apontados acima, pode-se concluir que o legislador pátrio tem elaborado mecanismos para prevenção de conflitos de entendimento entre juízos que resultem em insegurança jurídica, embora todos os esforços para evitar tais problemáticas tenham sido direcionados unicamente às decisões exaradas por juízos colegiados. Porém, na mesma medida em que as decisões proferidas por órgãos colegiados ou decisões de diferentes tribunais podem possuir conflitos de entendimento em razão da grande quantidade de processos pendentes no judiciário e da multiplicidade de julgadores envolvidos, é possível que decisões de primeiro grau igualmente sejam contraditórias quando proferidas por diferentes juízes, atuantes em um mesmo juízo ou processo.

Veja-se, a razão legislativa da existência de recursos e incidentes para uniformização da jurisprudência reside no fato de que há grande quantidade de tribunais e múltiplos julgadores em órgãos colegiados. Entretanto, como se vê no art. 1º do Decreto Judiciário nº 94/2012 do Tribunal de Justiça do Paraná, a condução de um processo em um juízo de primeiro grau pode ser exercida por múltiplos juízes, em situações em que o magistrado titular do processo está impedido, suspeito, afastado ou a demanda de trabalho é demasiadamente grande.

Desta forma, a multiplicidade de julgadores, que dá causa às problemáticas de decisões judiciais com conteúdo conflitante nos tribunais superiores ou juízos colegiados é igualmente reproduzida no primeiro grau de jurisdição pelo intenso trânsito de magistrados entre comarcas, juízos e processos. Tais conflitos de entendimento podem ocorrer, exemplificativamente, pela divergência de interpretação da lei em decisões proferidas ao longo do processo (que sofrem os efeitos da preclusão consumativa) ou em casos semelhantes que tramitam no mesmo juízo, mas são julgados por diferentes juízes.

Logo, pela análise dos elementos apontados ao longo deste trabalho, é possível firmar entendimento no sentido de que a sistemática processual brasileira e a estrutura judiciária propiciam a ocorrência de situações em que demandas semelhantes possam ser julgadas de maneira desigual em um único juízo de primeiro grau estadual, sendo possível a ocorrência de prolação de decisões conflitantes até dentro de um único processo que tramita em primeira instância. Porém, embora seja possível a ocorrência de decisões conflitantes, inexistente na legislação processual brasileira mecanismos de uniformização de jurisprudência ainda em primeiro grau, devendo o jurisdicionado aguardar o momento oportuno para

insurgir-se contra as decisões conflitantes perante o tribunal.

CONCLUSÃO

Considerando-se os elementos propostos por Arruda Alvim como caracterizadores da segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, é possível concluir que a ocorrência de decisões conflitantes para situações semelhantes resulta em insegurança jurídica ao jurisdicionado, que pode receber tutelas jurisdicionais completamente diferentes a depender do juiz que julgará o caso e do juízo competente. De igual modo, ao considerar a grande quantidade de magistrados que exercem a jurisdição brasileira por todo o país e a dinâmica da carreira da magistratura, é possível ocorrerem situações em que causas com particularidades semelhantes e temas idênticos sejam julgados de forma desigual em processos que tramitam na primeira instância da justiça estadual.

Verificou-se ao longo desta pesquisa que as decisões conflitantes proferidas em um mesmo processo ou juízo podem causar insegurança jurídica e que há a possibilidade de ocorrência de tais conflitos de entendimentos em processos em trâmite na primeira instância estadual. Logo, foram encontrados elementos que indicam a confirmação da hipótese de que é possível haver prolação de decisões conflitantes em um juízo ou um processo, ambos de primeiro grau da justiça estadual, que resultaria em insegurança jurídica ao jurisdicionado, provocando incerteza e instabilidade aos litigantes em processos judiciais.

Complementarmente, ao longo da pesquisa, foram apresentados elementos que demonstraram que, embora o legislador brasileiro somente tenha previsto a possibilidade de conflitos de entendimentos judiciais entre tribunais, em órgãos colegiados e em processos repetitivos, é possível que processos que tramitam no primeiro grau de jurisdição sofram as consequências de decisões judiciais conflitantes, como consequência do intenso trânsito de magistrados entre juízos. Ainda, foi demonstrado que inexistente previsão legislativa para suprir eventuais conflitos existentes no primeiro grau, em um mesmo juízo.

Esclarece-se, por fim, que a presente pesquisa possuía como objetivos primordiais a delimitação de parâmetros iniciais para o estudo da (in)segurança jurídica em decisões conflitantes no primeiro grau da jurisdição estadual e o fomento à reflexão acerca deste tema. Deste modo, ressalva-se e sugere-se realização de pesquisa documental e exploratória para melhor quantificação e compreensão dos desdobramentos da insegurança jurídica provocada por decisões conflitantes no primeiro grau da jurisdição.

Igualmente, questiona-se e sugere-se o estudo acerca da necessidade de criação legislativa de recurso ou atribuição de novo cabimento a tipo recursal

já existente, para que seja possibilitado ao jurisdicionado o questionamento de eventuais decisões conflitantes existentes em um processo ou proferidas por um mesmo juízo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: teoria do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de ética da magistratura nacional. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 8 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. Constituição Federal. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939: Código de Processo Civil. Brasília, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979: Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei Ordinária nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei Ordinária nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm#art489%C2%A71. Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.148/SP (2. Turma). Relator: Ministro Herman Benjamin, 25 de agosto de 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5942090&num_registro=200301795340&data=20090831&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Decreto Judiciário nº 94/2012: Juizes de direito substitutos, divisão de trabalho, lotação e movimentação. Curitiba, 2012. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/30997940/DECRETO+JUDICI%C3%81RIO+N%C2%BA+94-2012+-+Comarcas+do+Interior.pdf/94adb266-0563-7aa7-6187-de59d04728f1>. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Embargos de Declaração Cível nº 0012395-85.2019.8.16.0018 (4. Turma Recursal Dos Juizados Especiais). Relatora: Bruna Greggio, 12 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000015368341/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0012395-85.2019.8.16.0018>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: Resolução nº 1/2010. Curitiba, 2010. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/25121813/REGIMENTO+INTERNO-9qO9EcUV.pdf/a46968b2-0363-a2a5-8285-9bf6105d4157>. Acesso em: 18 out. 2020.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Biblioteca Digital Jurídica: Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2007.

ELIAS, Gabriel Vicente Franciscan; HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Superação Dos Precedentes Judiciais Através Do Recurso Especial Cível E Recurso Extraordinário. Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Tribunal de Justiça do Paraná. Curitiba. v. 1, 6. ed. p. 61 – 69, jul. 2021.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. VIEIRA, Letícia Isabel da Silva. Tutela da evidência e precedentes judiciais: Uma proposta de ampliação da norma do art. 311, inc. II do CPC. Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Tribunal de Justiça do Paraná. Curitiba. v. 1, 11. ed. p. 155 – 165, mai. 2022.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Competência no processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de processo civil: cognição jurisdicional

(processo comum de conhecimento e tutela provisória).
v. 2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111 - 156, out./dez. 2005.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O reencontro do nosso ordenamento jurídico com a justiça. Será?. Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Tribunal de Justiça do Paraná. Curitiba. v. 1, 11. ed, p. 130 - 135, jul. 2021.

O PROCESSO CONTEMPORÂNEO E O OFICIAL DE JUSTIÇA FRENTE À AUTOCOMPOSIÇÃO E À COMUNICAÇÃO DIGITAL

THE CONTEMPORARY PROCESS AND THE OFFICER IN FRONT OF SELF-COMPOSITION AND DIGITAL COMMUNICATION



Adriano Vottri Bellé¹

O artigo a seguir apresenta uma análise do papel desempenhado pelo oficial de justiça no processo brasileiro e sua importância para a concretização de princípios elementares aos jurisdicionados. Ainda, a partir de uma análise conjuntural das mudanças promovidas pela implementação do processo eletrônico, busca elementos nas referências consultadas para observar os desafios da atividade também frente às mudanças na sociedade, ao advento das tecnologias da área da comunicação social e ao papel ativo de facilitador da autocomposição. Ao fim, analisa se existe uma tendência a modificar a forma como a atividade é desenvolvida, se há uma ruptura ou apenas uma nova roupagem, com a adaptação de funções tradicionais, a incorporação de novos elementos e, também, apresenta as linhas gerais do perfil profissional do oficial de justiça contemporâneo.

Palavras-chave: Oficial de justiça; Direito processual; Autocomposição; Oficial de justiça; Processo eletrônico.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Pós-Graduado *Estrito Sensu* em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER e em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, Brasil. Mestrando em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na *Universidad de La Empresa*, UDE – Montevideo, Uruguai. Pós-Graduando em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA, Brasil. Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Professor do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR –, Campus de Francisco Beltrão/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045435164371914>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8699-8032>. E-mail: adrianobelle@gmail.com.

The following article presents an analysis of the role played by the bailiff in the Brazilian process and its importance for the realization of elementary principles to the jurisdiction. Still, from a conjunctural analysis of the changes promoted by the implementation of the electronic process, it seeks elements in the consulted references to observe the challenges of the activity also in the face of changes in society, the advent of technologies in the area of social communication and the active role of facilitator of self-composition. Finally, it analyzes whether there is a tendency to change the way the activity is developed, whether there is a rupture or just a new look, with the adaptation of traditional functions, the incorporation of new elements and, also, it presents the general lines of the profile of the contemporary bailiff.

Keywords: Bailiff; Procedural law; Autocomposition; Probation officer; Electronic process.

INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Processual permite inúmeras abordagens por conta de sua instrumentalidade, abrangência e pertinência à concretização de direitos materiais previstos no ordenamento jurídico. No entanto, há poucos materiais na literatura acerca do desempenho das funções do oficial de justiça, suas particularidades, seus desafios e sua fundamental importância para a efetivação dos direitos assegurados pelas decisões judiciais proferidas nos tribunais brasileiros.

Logo, o artigo que segue tem por principal objetivo analisar a atividade do oficial de justiça no Brasil à luz das mudanças observadas nos últimos quinze anos, sobretudo com o advento da informatização do processo. Assim é que no primeiro título são analisadas as principais contribuições deste servidor à prestação jurisdicional, além de aspectos conceituais; no segundo, são abordados temas inerentes ao processo eletrônico e às mudanças que o acompanham; e, por fim, no derradeiro capítulo propõe-se uma indagação acerca da possível reformulação do trabalho do oficial de justiça brasileiro à luz das novas formas de comunicação digital e do papel no processo de solução pacífica dos conflitos.

As hipóteses da pesquisa partem da concepção de que o trabalho desempenhado fora da sede do juízo é *sui generis* e, por conta disso, demanda uma análise diferente também no que se refere aos efeitos do processo eletrônico na atividade. Logo, busca-se investigar se há uma ruptura na concepção clássica das funções do oficial de justiça; se, por outro lado, há uma relação de continuidade, sem alterações significativas; ou, então, se há uma nova roupagem, com novos conteúdos e incumbências, mantendo-se os paradigmas tradicionais da atividade.

A metodologia consiste na pesquisa bibliográfica e na técnica de documentação indireta, buscando-se conceitos e referências em processualistas referendados no contexto nacional, além da consulta a autores que buscaram estudar o específico tema do oficial de justiça. Também são abordados alguns dados estatísticos com objetivo de enriquecer a discussão sobre os novos rumos do Poder Judiciário brasileiro.

Deste modo, nas linhas que seguem pretende-se lançar um novo enfoque para esta faceta da prestação jurisdicional e para os desafios de se conciliar a efetividade dela esperada com as inovações sociais e tecnológicas que impulsionam a sociedade e a administração judiciária da contemporaneidade. Neste contexto, busca-se, também, definir características do perfil profissional do servidor incumbido destas funções e analisar a relevância da comunicação eficiente com os demais sujeitos da relação processual.

1 A IMPORTÂNCIA DO OFICIAL DE JUSTIÇA PARA RELAÇÃO PROCESSUAL

A primeira abordagem necessária para a fixação dos pressupostos da investigação ora proposta neste artigo é analisar a atuação do oficial de justiça sob a perspectiva do direito processual – notadamente os códigos de processo ora vigentes –, de modo que o recorte temático não contemple por ora as normas procedimentais, assim entendidas aquelas provenientes de regramentos internos de tribunais país a fora.

Esta advertência mostra-se importante porque não se pretende analisar peculiaridades que eventualmente possam existir em um país de proporções continentais e de potenciais realidades locais distintas como é o caso do Brasil. Com este distanciamento, imagina-se ser possível traçar um perfil e um panorama amplo o suficiente para embasar as considerações posteriores.

Outro adjetivo é a contemporaneidade. É dizer: não se ignoram os aspectos históricos que influenciaram na construção dos preceitos que fundamentam e dão forma ao que hoje se compreende nas funções dos oficiais de justiça; ocorre, porém, que a proposta neste momento é observar as configurações atuais da atividade e as demandas sociais e tecnológicas que influenciam no desempenho das atribuições da função.

Como registra Prado (2018), é possível encontrar referências bíblicas ao oficial de justiça, bem como origens no direito hebraico e romano, os quais, inclusive, inspiraram funções semelhantes durante a Idade Média. Ainda conforme o autor, no Brasil Império havia a designação de 'meirinho', cuja nomenclatura foi alterada posteriormente, sendo que o Código de Processo Civil de 1973 foi o primeiro diploma legal a destinar um artigo específico para as funções (PRADO, 2018).

Com estas premissas, convém observar desde logo que o oficial de justiça atualmente é peça-chave para o bom andamento do processo ao desempenhar funções de auxiliar da justiça, sobretudo fora das dependências físicas do Poder Judiciário. Tanto é que não parece ser exagero afirmar que, sobretudo nas medidas coercitivas, este servidor é o verdadeiro elo entre a decisão proferida pelo magistrado e sua concretização empírica (MACIEL, 2019).

Também por isso – mas não apenas – é importante desenvolver considerações acerca da função processual desempenhada por esta classe profissional, já que a própria efetividade do processo pode depender do fiel e adequado cumprimento das ordens proferidas. Por isso, a função exercida pelo oficial de justiça é de interesse público, pois notadamente contempla as aspirações das próprias partes litigantes.

Incumbido do cumprimento de ordens judiciais, especialmente fora da sede do juízo (PINHO, 2015), tem-se que o oficial de justiça representa verdadeira garantia do Estado Democrático de Direito porque, caso haja resistência de alguns dos litigantes em cumprir o que foi determinado, caberá a este servidor a responsabilidade de mobilizar a força pública e garantir fidelidade àquilo que se entendeu por justo no processo.

Em linhas gerais, pode-se classificar as incumbências dos referidos serventuários em dois segmentos: "atos de intercâmbio processual (citações, intimações etc.); atos de execução ou coação (penhora, arresto, condução, remoção etc.)" (PINHO, 2015). Em qualquer caso, vale registrar o constante risco a que está exposto o servidor quando do exercício do oficialato de justiça, havendo inúmeros exemplos de ofensas à integridade física e moral país afora (LANDAZURI, 2020; ARPINI, 2014). A propósito, há registro de

[...] 145 casos de violência entre 2000 e o ano passado [2017]. Em todo o Brasil, há 75 mil oficiais de Justiça. Eles trabalham sozinhos, vão a lugares a que nem a polícia chega, usam o próprio carro e raramente contam com algum tipo de equipamento de proteção individual, como coletes à prova de balas. A vulnerabilidade no exercício da profissão se degingolou a tal ponto que entidades da classe de todo o país têm organizado seminários e debates sobre o tema (AUGUSTO, 2018).

Assim, em termos de exposição a riscos decorrentes da atividade não parece haver mudança significativa, já que faz parte do cotidiano do oficial de justiça a efetivação de medidas que tendem a desagradar seus destinatários. Como ressaltado por Augusto (2018), o fato de o oficialato de justiça ser exercido normalmente de forma individual e sem o auxílio de força policial torna a exposição sobremaneira perigosa.

Já no que concerne à legislação, uma apreciação comparativa entre os códigos de processo civil vigente e revogado permite observar sensíveis alterações nas funções deste auxiliar da justiça. Embora mantenham-se intactas as principais atribuições, é possível observar indicadores que exigem do servidor responsável maior proatividade e elevado grau de segurança na escolha da postura a adotar, mantendo-se aspectos elementares como a pessoalidade e a fé pública.

A diminuição do número de diligências necessárias à concretização da citação por hora certa – de três para duas no Código de Processo Civil –, a possibilidade de o oficial de justiça certificar proposta de autocomposição formulada pela parte e mesmo a intermediação entre a parte e o magistrado nos casos de incapacidade mental de receber a intimação, inclusive dispensando-se a designação de perícia

médica, são desígnios de uma nova compreensão do ofício.

Estes são apenas alguns dos exemplos de casos em que o oficial de justiça deixa de ser mero intermediador do Poder Judiciário para, obedecendo à decisão judicial e dentro dos limites legais e regulamentares, representar importante ator no contexto da efetivação das garantias e dos princípios processuais.

Outra abordagem plausível é a concepção do cumprimento das ordens judiciais sob o viés dos princípios processuais. Pode-se citar, por exemplo, correlação direta da atuação do oficial de justiça com o devido processo legal, o contraditório, a dignidade da pessoa humana, a eficiência, a boa-fé processual, a duração razoável do processo, a efetividade e com o princípio da cooperação. A propósito, convém observar que "Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação" (DIDIER JUNIOR, 2015).

Pode-se, então, relacionar este princípio da cooperação com a postura do oficial de justiça, como bem aponta Prado (2018), "[...] pois sendo ele uma das 'engrenagens' do serviço judicial deve ser colaborativo para o bom andamento do sistema como um todo". Ademais, o princípio da cooperação parece contemplar todos os demais vetores acima citados e convergir para uma verdadeira regra de ouro da atividade jurisdicional.

A fim de reiterar a importância do oficial de justiça e da correção dos seus atos propõe-se, também, uma interpretação em sentido contrário, ou seja, eventual vício formal ou material na realização do ato processual pode ocasionar a invalidade, inclusive dos próprios autos (DIDIER JR, 2015). Independente da responsabilidade funcional, o prejuízo que, por exemplo, uma decretação de nulidade da citação pode causar é imensurável, comprometendo a eficiência e a própria razoável duração do processo.

Logo, a atuação competente no cumprimento das ordens – sejam de comunicação ou de coerção – traz consigo a própria personificação da ordem judicial e a efetivação de direitos, devendo o servidor pautar-se notadamente pelas normas de interesse público e atender, em última análise, aos interesses da jurisdição, como bem rememora Prado (2018) Suas escolhas no momento da realização do ato processual podem repercutir no bem e fiel cumprimento do provimento jurisdicional, o que reforça a responsabilidade de suas atribuições.

2 O DIREITO PROCESSUAL – E SEUS SUJEITOS – EM EVOLUÇÃO

A Jurisdição é uma função estatal destinada à resolução de conflitos, reservada ao Estado e que tem por objetivo a manutenção da paz social (DONIZETTI,

2009). Essa visão clássica observa no ramo processual o meio para concretização de um direito ameaçado, sendo que os atos praticados durante a relação processual não teriam uma finalidade em si, sendo dependentes da causa principal.

Já em uma análise mais contemporânea, “o processo pode ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica” (DIDIER JUNIOR, 2015). Ainda segundo o autor, o processo consistiria no método de produção de normas jurídicas, seria sinônimo de procedimento por conta da complexidade de atos e representaria própria relação jurídica discutida em seu âmago.

Nota-se, então, uma mudança de concepção que atualmente conta com expoentes na doutrina capazes de observar o processo como dotado de uma finalidade específica. Por certo que o direito processual segue detendo o predicado da instrumentalidade – serve à resolução da questão posta em juízo –, mas não se pode negar a tendência interpretativa que conduz à observação de que a realização plena das normas processuais e observância dos respectivos princípios contribui significativamente para a pacificação social.

Ademais, é o Direito uma ciência em constante evolução e o processo não poderia ficar alheio a isso. A pluralidade da sociedade contemporânea e, sobretudo, a explosão das tecnologias no contexto da comunicação e da interação social trazem consigo um novo modelo de sociedade, exponencialmente participativo e opinativo, gerando também repercussão na forma como o processo é observado.

Em termos práticos também se observam estas mudanças sensíveis. O processo eletrônico já é uma realidade em praticamente todos os tribunais de todas as instâncias no Brasil. Dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que em junho de 2020 havia cerca de cinquenta e cinco milhões de processos tramitando em meio eletrônico no país (CNJ, 2020c).

A norma precursora da implantação deste novo modelo de concepção do processo no país foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, que positivou o princípio da celeridade no ordenamento jurídico brasileiro (BARBOSA, 2013). De seu turno, a Lei 11.419/2006 promoveu alteração na legislação processual civil vigente à época e trouxe a instrumentalização destas inovações. Desde então, surgiram inúmeros outros diplomas legislativos e os processos que tramitam em meio físico têm sido fadados à progressiva – e aparentemente irreversível – extinção.

À medida que estas novas realidades são incorporadas, abre-se espaço para outras evoluções e isso repercute, como não poderia deixar de ser, em todas as instâncias da atuação do Poder Judiciário, desde a atividade decisória do magistrado, a realização de atos processuais, o exercício da advocacia e também

o cumprimento de decisões judiciais. A celeridade, a economicidade de recursos e a segurança jurídica que tal modalidade proporciona auxiliou na consolidação deste novo paradigma.

Com efeito, tantas evoluções trouxeram consigo a necessidade de readequação de procedimentos de todos os envolvidos nas relações processuais, das partes ao magistrado, dos procuradores e do Ministério Público aos serventuários. E não foi diferente com o oficial de justiça.

Assim é que o termo ‘evolução’, posto propositadamente no título deste item, volta-se tanto ao processo quanto aos seus sujeitos e evoca a concepção de “desenvolvimento progressivo de um estado a outro [...] movimento harmônico[...]” (RIOS, 2001). A progressividade afasta a ideia de ruptura completa das ordens então vigentes e a harmonia preceitua que todos devem se adaptar às mudanças em consonância, sob pena de descompasso.

Ainda neste ponto, entende-se que atualmente se está diante de uma conjuntura que contempla, ainda que em graus diferentes, todos os sujeitos envolvidos direta ou indiretamente na relação processual. Mais: as normas, as ações e os procedimentos adotados para informatização do processo e para a adequação a esta nova realidade das relações no âmbito adjetivo da relação jurídica demandam readaptação, reformulação de conceitos e conformação a estes preceitos, sobretudo de quem vivenciou ou moldou sua atuação profissional em modelos que hoje já não mais se encontram vigentes.

Por certo, então, que se a doutrina especializada fundamenta sua teoria nas novas realidades e nas novas características, o direito processual assume, também sua realidade prática se mostra muito diferente do que se vislumbrava duas décadas atrás. Outrossim, não se poderia falar em um ‘novo’ processo porque daria a ideia de ruptura, já refutada acima; adequado seria pensar mesmo em evolução contínua e, tanto quanto possível, moldada pela realidade social, esta sim povoada de constantes e velozes transformações.

3 A AUTOCOMPOSIÇÃO, A COMUNICAÇÃO DIGITAL E O OFICIAL DE JUSTIÇA

Tendo em mente os pressupostos fixados nas linhas anteriores acerca das características e importâncias da atuação do oficial de justiça para a prestação jurisdicional e da nova roupagem que esta atuação estatal apresenta em relação às últimas décadas, chega-se à indagação que remete ao tema central da pesquisa: haveria, então, uma reinvenção das atividades do oficial de justiça no direito processual brasileiro?

Como já tratado acima, entende-se no contexto deste trabalho que a resposta é, inicialmente,

negativa, sobretudo porque as inovações processuais não trazem consigo a já mencionada ideia de reformulação do sistema judiciário. Ademais, o Novo Código de Processo Civil mantém uma base muito sólida referente às previsões sobre os deveres do oficial de justiça, de modo que em termos objetivos e positivados não há que se falar em reinvenção.

Por outro lado, verifica-se o já abordado aspecto da evolução – processual, social, tecnológica – , e quanto a isto os argumentos que apontam para novos horizontes no cumprimento das ordens judiciais trazem consigo as perspectivas que tendem a diferenciar o oficial de justiça contemporâneo daquele servidor que atuava há duas ou três décadas.

O primeiro fator digno de registro é a celeridade processual decorrente da informatização do processo. Como já trabalhado acima, as mudanças legislativas promovidas em meados da primeira década do Século XXI buscaram incorporar as latentes tecnologias ao âmbito forense e promover verdadeira reestruturação do Poder Judiciário pátrio (BARBOSA, 2013).

Como registra Strenger (2014), a informatização do processo trouxe consigo a possibilidade de que citações e intimações possam ser feitas diretamente por meios eletrônicos e, portanto, sem a necessidade de intermediação do oficial de justiça. No entanto, questiona-se se essa nova modalidade de comunicação representa mitigação da pessoalidade nas comunicações processuais ou se é apenas mais uma etapa do processo de evolução da sistemática forense.

Antes de trabalhar sob esta perspectiva, vale consignar, também, que atos processuais tradicionalmente reservados aos oficiais de justiça – p. ex. penhora, arresto e outras medidas executivas e cautelares – hoje são realizados diretamente pelo Juízo por meio eletrônico, sem a expedição do mandado respectivo.

Voltando à questão proposta, observa-se que as mudanças apresentadas nos últimos quinze anos ainda estão em curso e que, como rememora Barbosa (2013), é necessário que todos os operadores envolvidos na relação processual assimilem estas transformações e se adaptem às novas perspectivas. Ademais, cumpre observar que com o advento do processo eletrônico houve aumento no número de demandas judiciais propostas, o que também fez aumentar o volume de trabalho no Poder Judiciário (STRENGER, 2014).

Da interpretação conjunta das observações acima registradas pode-se constatar que há uma nova roupagem no desempenho da função e oficial de justiça, sobretudo no que tange ao caráter residual de suas atividades. É dizer: o cumprimento de ordens judiciais chega ao servidor apenas quando outros meios – notadamente o digital – fracassaram ou não se mostram adequados, e o artigo 275 do Código de

Processo Civil é a concretização desta conjuntura ao determinar que “a intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio”.

Porém, a pessoalidade ainda pode ser considerada a grande matriz do trabalho do oficial de justiça. Mesmo durante a Pandemia de COVID-19 – e o advento da necessidade de distanciamento social –, normas regulamentares expedidas no âmbito interno de tribunais e do Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 354/2020 – permitiram a comunicação com as partes por meios eletrônicos, porém com diversas exigências quanto à identificação, clareza da comunicação e ciência do interessado, a exemplo da norma do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR, 2020).

Santos (2017), por exemplo, observa que a popularização da ferramenta “*WhatsApp*” causou grande impacto na telefonia móvel devido às facilidades apresentadas (instantaneidade, baixo custo, praticidade). Atualmente, há diversos aplicativos semelhantes, mas o “*WhatsApp*” ainda domina o mercado nacional, marcando presença em noventa e oito por cento dos smartphones do Brasil (FARRO, 2021).

Como ignorar, então, a amplitude e a efetividade deste novo meio de comunicação? Por que não o incorporar às rotinas das comunicações processuais? Naturalmente, mostra-se acertada a adoção de precauções, como aquelas previstas pelo Superior Tribunal de Justiça em recente julgado – número de telefone, confirmação escrita e foto individual do intimando (STJ, 2020), mas parece inegável que a comunicação pela via digital tem efeitos muito semelhantes aos do contexto pessoal, restando presente o fator pessoalidade, embora relativamente mitigada esta última.

De seu turno, a pessoalidade prevista no do Código de Processo Civil permanece como pressuposto de atuação – não pode o servidor delegar esta função a terceiros estranhos à subordinação administrativa que somente ele possui –, mas se adapta às contingências e circunstâncias sociais e – neste momento – sanitárias para permitir que o contato não se dê, necessariamente, na presença da parte interessada. Embora sejam normas excepcionais, estes regulamentos mostram que também o trabalho fora das unidades jurisdicionais pode se adaptar ao novo contexto social e tecnológico.

Mantida a pessoalidade e à luz das novas perspectivas, tem-se que as partes e seus procuradores igualmente podem exercer papel fundamental para otimização desta nova realidade para a atuação do oficial de justiça, sobretudo sob o ângulo do princípio da cooperação processual. Agir com boa-fé, prestar informações corretas e dados completos, além de, claro, abster-se de obstar o cumprimento das ordens judiciais são elementos que tendem a repercutir

na celeridade dos atos em geral e, em última análise, na própria efetividade da prestação jurisdicional.

Já a possibilidade de a proposta de autocomposição ser formulada diretamente ao oficial de justiça possivelmente tenha sido a mais relevante alteração trazida pela nova lei. “Percebe-se que esse simples acréscimo às atribuições do oficial de justiça trouxe uma dimensão capaz de mudar toda sua atividade, capaz de lhe exigir um caráter mais operativo e dinâmico, estabelecendo-se um novo perfil para esse servidor” (PRADO, 2018).

Se as alterações anteriores eram de caráter instrumental – forma de trabalho –, a possibilidade de intermediar uma proposta de conciliação diz respeito ao conteúdo da atividade do oficial de justiça. Por ser novidade, rememora-se as lições de Barbosa (BARBOSA, 2013) para ressaltar que é necessário um certo tempo até que tal ferramenta se dissemine como alternativa para a resolução de conflitos, mas já se pode constatar que este é um significativo indicador da tendência futura relativa ao perfil profissional deste servidor.

Vale destacar que se trata de uma obrigatoriedade por parte do servidor o ato de certificar a proposta de acordo formulada pela parte. Carvalho (2018) ao analisar os princípios atinentes à autocomposição e seus aspectos processuais e procedimentais inclui a função de oficial de justiça neste contexto, dada a previsão legal já referida linhas acima.

Como já observado, constata-se que a consolidação de procedimentos e a atuação efetiva e em escala na informação de propostas de acordo dependem notadamente da capacitação dos profissionais e do conhecimento, por parte dos jurisdicionados, da existência e da disponibilidade deste mecanismo alternativo. Estes fatores, associados à tendência atual pela busca da solução pacífica de controvérsias propendem a conferir certo protagonismo a esta atuação do oficial de justiça.

O que parece ocorrer, diante do exposto, atualmente é a reformulação de conteúdos estruturantes da atividade do oficial de justiça sem, contudo, promover alterações drásticas na sua concepção original. Note-se, pois, que não lhe foram ceifadas quaisquer atribuições; ao contrário: outras lhe foram confiadas.

Ademais, se as inovações tecnológicas introduzidas ao processo são desafiadoras para todos os sujeitos, para o oficial de justiça parecem apresentar um grau de dificuldade potencialmente maior. É que a agilidade na tramitação – que proporciona celeridade – traz consigo a implícita exigência de que também o cumprimento de mandados seja célere. Todavia, há circunstâncias das atividades externas que permanecem inalteradas, do que decorre novamente a

necessidade de sensibilidade a ajustamento aos contextos incertos do cotidiano do oficialato de justiça.

Dada a importância da atuação deste servidor, inclusive para a pacificação social e para o atendimento dos fins últimos do Estado Democrático de Direito, parece ser o momento conveniente para se lançar um olhar mais atento para as funções e mesmo para as condições ofertadas a estes servidores. Por certo que a compreensão do papel exercido e de seu caráter instrumental é o primeiro passo para otimizar o exercício das atribuições.

Portanto, o perfil dos servidores encarregados do cumprimento dos mandados judiciais deve conciliar uma comunicação eficiente – com partes, procuradores, testemunhas, magistrados, servidores –, agilidade e eficiência nos procedimentos adotados, atualização às mudanças tecnológicas, além da ética inerente ao desempenho de qualquer função pública e do conhecimento jurídico para bem e fiel cumprir o que lhe é determinado.

Vê-se, então, que o oficial de justiça do Século XXI distancia-se do antigo ‘meirinho’ (RIOS, 2001) como mero portador e intermediário de comunicações processuais para atualmente compor as estruturas do Poder Judiciário também como agente público incumbido de garantir, nos limites do que lhe é dado e em conformidade com a lei, a estrita observância da decisão judicial e, em última análise, da própria dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima acerca do oficialato de justiça, convém desde logo trabalhar com as hipóteses apresentadas nas linhas introdutórias, a se refutar os extremos. É dizer: tanto a afirmação de que há uma relação linear de continuidade mesmo diante das reformas legislativas quanto aquela que indica uma ruptura com as práticas tradicionais a partir da década de 1970, quando a atividade ganhou a definição hoje conhecida não condizem com a realidade atual.

Isto porque se pôde notar que ocorre uma adequação legislativa e – muito mais – empírica às mudanças ocorridas no contexto social, tecnológico e processual brasileiro, especialmente verificados nas duas últimas décadas. Por isso, não seria exagero afirmar que os novos contornos mantêm parte da estrutura tradicional – por isso resta descabida a ideia de ruptura –, ao passo que confere novas funções e traz consigo exigências implícitas de adaptação dos profissionais às novas demandas sociais.

Viu-se, também, que o oficial de justiça tem papel sobremaneira importante para a prestação jurisdicional porque incumbido precipuamente de realizar as determinações contidas nas ordens judiciais. Se a justiça se concretiza pela subsunção do fato à norma por meio da nobre magistratura, sua

concepção empírica ganha especial importância porque representa a resposta do Estado-Juiz aos anseios do jurisdicionado.

Ademais, a atividade do oficial de justiça também deve ser analisada a partir das novas concepções trazidas pela informatização do processo, desde seus primeiros precedentes constitucionais e legislativos de 2004 e 2006, respectivamente. A celeridade da tramitação e a alteração de procedimentos que tipicamente competiam ao oficialato de justiça altera sobremaneira a concepção da atividade e demanda também uma adaptação dos respectivos servidores, especialmente no que toca à autocomposição.

Considerando que a comunicação representa o principal meio de trabalho do oficial de justiça e tendo em conta que é justamente nesta área que os principais avanços tecnológicos têm se verificado, possivelmente o maior desafio deste profissional é manter-se atualizado às demandas sociais e atento às inovadoras maneiras de chegar até os interessados. Mesmo a pessoalidade no cumprimento das ordens tende a adquirir nova configuração para permitir o uso de meios de comunicação hodiernos, ainda que se mostre indispensável o oficial de justiça como verdadeiro mediador e garantidor da conformidade de procedimentos.

Tudo isto para observar, ao menos por ora, que uma comunicação eficiente entre os sujeitos do processo – incluindo o oficial de justiça – tem muito a contribuir para a efetividade da prestação jurisdicional, para a celeridade processual e para o advento de tantos outros princípios instrumentais. Aliado a condições de trabalho condignas e à observância de aspectos elementares – como a boa-fé, a ética e o conhecimento do ordenamento –, a adequação dos pressupostos acima abordados tende a valorizar o oficial de justiça no processo brasileiro e tornar a jurisdição mais próxima daquilo que dela se espera.

REFERÊNCIAS

ARPINI, Naiara. Um mês após morte de oficial de justiça, colegas pedem segurança. *G1*, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2014/12/um-mes-apos-morte-de-oficial-de-justica-colegas-pedem-seguranca.html>. Acesso em: 2 set. 2020.

AUGUSTO, Otávio. Número de crimes contra oficiais de justiça cresce desde os anos 2000. *Correio Brasiliense*. 3 jun. 2018. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/03/interna-brasil,685736/crimes-contra-oficiais-de-justica.shtml>. Acesso em: 2 set. 2020.

BARBOSA, Adrina Josélen Rocha Morais. O processo judicial eletrônico como instrumento de concretização

do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional. *Revista Esmat*, Palmas, n. 6, p. 101 – 122 – jul/dez 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/59/65. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. PJe Indicadores. c2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e7aa7858-2411-4677-8e69-5905c6fdee00&sheet=95c8b2bf-c7d4-4054-aca9-0c89d77eb329&lang=pt-BR&opt=crrsel&select=clearall>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 354, de 19 de novembro de 2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/impresao.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto Judiciário nº 400/2020 – D.M. Estabelece regras para a realização de audiências em primeiro e segundo grau de jurisdição durante o período em que perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 06/2020 do Congresso Nacional. Curitiba/PR, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/39145058/DECRETO+400-2020+-+AUDI%C3%A7%C3%A3O+em+audi%C3%Aancia+em+primeiro+e+segundo+grau+de+jurisdi%C3%A7%C3%A3o+durante+o+per%C3%ADodo+em+que+perdurar+o+estado+de+calamidade+p%C3%BAblica+reconhecido+pelo+Decreto+Legislativo+06/2020+do+Congresso+Nacional.pdf/2104d0f7-b18a-14f8-fe76-5fc0e6f6c4ab>. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 641.877/ DF. Relator: Ribeiro Dantas. DJe: 15/03/2021. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=HC641877. Acesso em 25 mar. 2021.

CARVALHO, Roger Pires. Princípio da autocomposição no novo código de processo civil. *Iuris in mente*, 2018. p. 82 – 103. Acesso em: 25 mar. 2020. Disponível em:

<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/download/3612/2790>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DIDIER JUNIOR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Padivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Processo Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FABRO, Clara. TechTudo. Telegram cresce e está em 45% dos celulares de brasileiros, diz pesquisa. Techtudo, mar. 2021. Acesso em: 25 mar. 2021. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/telegram-cresce-e-esta-em-45percent-dos-celulares-de-brasileiros-diz-pesquisa.ghtml>.

LANDAZURI, Daniel. 'Não é de hoje', diz oficial de Justiça agredido ao cumprir mandado. Em Tempo, 18 jul. 2020. Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/212582/nao-e-de-hoje-diz-oficial-de-justica-agredido-ao-cumprir-mandado>. Acesso em: 2 set. 2020.

MACIEL, Francly Helio de Souza. Função Social do Oficial de Justiça: uma análise a partir de papéis e sentimentos. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

PINHO, Guilherme Rosa. Os auxiliares da justiça no novo CPC: do escrivão, do chefe de secretaria e do oficial de justiça. Edição Especial Revista Pensar Direito, v. 7, n. 1, Jul./2015. p. 1 - 15. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/artigo/no=a234.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

PRADO, Ricardo Tadeu Estanislau. A autocomposição pelo oficial de justiça: um estudo de caso da aplicabilidade do art. 154, VI, CPC, no poder judiciário catarinense. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina - Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/205204>. Acesso em: 27 ago. 2020.

RIOS, Dermival Ribeiro. Dicionário Global da Língua Portuguesa ilustrado. São Paulo, DCL, 2001.

SANTOS, Fernando Andrade Castilho dos. O uso do whatsapp em práticas comunicativas de jornalistas na produção de conteúdo editorial. Dissertação Mestrado em Ciências da Linguagem. Universidade Católica de Pernambuco. Recife-PE, 2017. Acesso em: 25 mar. 2021. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/976/2/fernando_castilho_andrade_santos.pdf

STRENGER, Guilherme. A efetividade processual e sua celeridade sob o enfoque dos atos processuais no processo eletrônico. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/6648/1/Guilherme%20Strenger.pdf>. Acesso em: 1 set. 2020.

REVISITANDO O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA REVISITING THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE



Sandro Gilbert Martins¹

Historicamente, aponta-se que a primeira referência de acesso à justiça está numa passagem bíblica de Deuteronômio, no Antigo Testamento, escrita no Século VI antes de Cristo, segundo a qual "juízes e oficiais porás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te dá, segundo as tuas tribos, para que julguem o povo com justiça." Note-se que nesta passagem já se apontava que a justiça seria feita mediante a figura de um sujeito imparcial com autoridade pública de impor soluções justas aos que litigavam. Não obstante seja antiga essa referência, ao que parece, somente foi na conhecida Magna Carta Inglesa de 1215 que, pela primeira vez, se dispôs juridicamente sobre o acesso à justiça em previsão que assegurava o seguinte: "a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça". Aqui, por sua vez, merece destaque a implícita noção de que, além do dever de se disponibilizar aos cidadãos um serviço de prestação jurisdicional, a estes se assegurava o direito de persegui-la, se necessário.

Palavras-chave: Acesso à justiça; princípios.

Historically, it is pointed out that the first reference to access to justice is in a biblical passage from Deuteronomy, in the Old Testament, written in the 6th century before Christ, according to which "judges and officials you shall place in all your cities, which the Lord your God give you, according to your tribes, that they may judge the people justly." It should be noted that in this passage it was already pointed out that justice would be done through the figure of an impartial subject with public authority to impose fair solutions on those who litigated. Despite the fact that this reference is old, it seems that it was only in the well-known English Magna Carta of 1215 that, for the first time, there was a legal provision on access to justice in a provision that ensured the following: "to no one we will sell, deny or delay right or justice". Here, in turn, it is worth mentioning the implicit notion that, in addition to the duty to provide citizens with a service of judicial provision, they were guaranteed the right to pursue it, if necessary.

Keywords: Access to justice; principles.

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor do UNICURITIBA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0049700322946978>. Autor de Livros e artigos.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, o acesso à justiça é reputado um elemento integrante da categoria dos Direitos Humanos e encontra-se positivado em Constituições de diversos países. E, mesmo nos ordenamentos em que não há uma expressa previsão normativa, pode ser considerado um direito implícito no Estado Constitucional de Direito, no regime democrático e na sistemática de separação dos Poderes do Estado, mostrando-se também inerente em sistemas ligados à família da common law, à cláusula do *due process of law*.

A expressão acesso à justiça, diferentemente do que pode parecer, não tem uma definição fácil. Apresenta, pois, uma estrutura complexa. É um direito – humano ou fundamental – mas que também é uma garantia, porque assegura a fruição de outros direitos. Se de um lado importa em solução a quem precisa, de outro exige que se vedem restrições ao seu exercício.

Seja como for, dúvida não há de que a expressão engloba diversos temas relacionados ao sistema jurisdicional.

Por vezes, o enfoque prioriza a visão jurídico-processual, ligada à efetividade do ordenamento jurídico em cumprir duas finalidades básicas: i) tornar acessível a todos a reivindicação/resolução de seus litígios; e, ii) fornecer resultados que sejam individual e socialmente justos (adequados – efetivos – tempestivos). Esta visão por muito tempo se ocupou do chamado acesso ao Poder Judiciário, tratando de temas relacionados à ação, ao processo e à organização da estrutura judiciária. Atualmente, a visão é mais ampla, podendo-se mesmo falar em acesso à tutela dos direitos, que não se restringe aos mecanismos judiciais, englobando outros, num verdadeiro sistema multiportas, que engloba ainda procedimentos de natureza consensual, extrajudicial e arbitral. Fala-se, pois, em “palcos pré ou para-judiciários” que igualmente estariam inseridos no contexto da expressão.

Em outras, a perspectiva de análise é mais ampla, democrática-institucional, num contexto do papel do sistema jurídico e da instituição judiciária em regimes democráticos, incluindo as relações entre sociedade e Estado, as interseções entre direito e política e a própria justiça social. Em suma, aqui o foco é o papel do juiz nos regimes democráticos e sua interação com outros Poderes.

Acerca dessas perspectivas sobre o acesso à justiça, não se tem dúvida que o principal marco teórico que tivemos foi o Projeto de Florença, que teve início em 1971 e teve seu término em 1978. Tal projeto resultou numa obra de 4 volumes, com direção geral do Prof. Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, com quem o projeto teve início, com auxílio do Prof. Bryan Garth, da Universidade de *Bloomington* do EUA. Foi um

estudo que envolveu juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, psicólogos, políticos e pensadores em geral, de inúmeros países do mundo, vinculados à *civil law* e à *common law*. Enfim, foi um estudo pautado numa visão comparativa e com abordagem empírica por meio de levantamento de dados e multidisciplinar dos problemas vinculados ao acesso à justiça, cujo ponto de partida era um problema social correspondente a uma exigência da democracia moderna: a existência de direito acessíveis, inclusive os difusos e coletivos. E o ponto de chegada era a procura por respostas para tal problema, isto é, como tornar o sistema acessível.

Foi neste estudo que se identificou que os óbices ao acesso à justiça tinham diversas origens: a) de ordem econômica, associadas às custas do processo e aos honorários advocatícios, caracterizando que existia muita gente carente de tutela que, pela pobreza, não tinha chance de buscar justiça; b) de ordem temporal, associada à demora da prestação de tutela, que somente favorecia aos titulares de riqueza que poderiam suportar mais o tempo do processo; c) de ordem pessoal, no sentido de que muitos cidadãos desconheciam seus direitos e como reivindicá-los, enquanto haviam litigantes habituais que tiravam vantagens do processo; d) de ordem organizacional, refletidas especialmente nas dificuldades para representação de direitos difusos e coletivos; e, e) de ordem processual, diante da inadequação de procedimentos e da inefetividade da atividade jurisdicional.

Neste mesmo estudo que se identificou os obstáculos a serem superados, se identificaram as conhecidas ondas renovatórias do acesso à justiça. Ou seja, se apresentaram quais foram as soluções que passaram a ser adotadas para os problemas do acesso à justiça. A primeira onda, iniciada em 1960, se ocupou em reverter os enclaves econômicos relacionados ao acesso à justiça, mediante a criação de serviços jurídicos para os mais necessitados (pobres), seja com o fomento de atendimento de advogados particulares remunerados pelo Estado e/ou mediante a organização de serviços públicos de atendimento a esses indivíduos, além da criação de tribunais de pequenas causas e outros mecanismos, como hoje temos a assistência judiciária gratuita. A segunda onda, identificada a partir de 1965, tratou de proporcionar melhora na proteção dos chamados direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidor etc.), idealizando técnicas de ações coletivas, organizando a legitimidade de organismos e figuras públicas e privadas voltadas a esse fim. A terceira onda, iniciada em 1970 e supostamente ainda em curso, além de se conectar com as ondas anteriores, articula-se de forma mais ampla e geral para proporcionar alterações de estrutura do Poder Judiciário e de normas processuais e materiais para o fim não apenas de prevenir e evitar

disputas, mas, também, de facilitar a solução dos litígios.

Alguns anos após a divulgação dos estudos desse Projeto, o Prof. Mauro Cappelletti, percebendo que como reflexo daquele estudo houve um inchaço ou gigantismo judicial, elaborou novo texto, complementando sua visão, destacando que a terceira onda deve ter um viés sistêmico, abrangendo diversas reformas, tanto a nível de procedimentos judiciais como extrajudiciais, como na atuação dos juízes e demais sujeitos relacionados ao litígio, inclusive a fim de evitar abusos dos Poderes do Estado, fomentar a autocomposição de litígios e a desjudicialização de atividades. Defende, pois, que o acesso à justiça deve ser tomado como um método de pensamento verdadeiramente revolucionário, colocando o cidadão na posição de consumidor do sistema como um todo. Note-se, neste texto de Cappelletti se vê a indicação embrionária de que o foco principal da atividade de solução de litígios não deve estar nos chamados produtores do sistema (juízes – legisladores – administradores) e, sim, nas partes ou nos administrados.

Outro marco teórico importante contemporâneo do acesso à justiça é o desenvolvido, desde 2002, pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, capitaneado pelo Prof. Boaventura de Souza Santos, de Coimbra. Os envolvidos nesse projeto partem do pressuposto que todas as conhecidas ordens de barreiras ao acesso à justiça (econômicas, sociais, políticas, jurídicas e culturais) acarretam a negação da cidadania e da própria democracia, com maior impacto nas classes socioeconômicas mais baixas e mais dependentes de direitos prestacionais. E, assim sendo, a remoção dessas barreiras importa numa visão plural e integrada, isto é, um esforço conjunto de entidades públicas e privadas, governamentais e não governamentais, sociedade civil e Administração Pública, para que formem uma rede de serviços complementares e cuja atuação tende a gerar o alargamento da efetivação dos direitos, mediante a prevenção ou a resolução de litígios. Há que existir, pois, uma política pública de justiça que inclui tribunais judiciais e outros organismos não judiciais com legitimidade para dirimir litígios. Em suma, a partir do paradigma democrático, todos os participantes da sociedade, a um só tempo, são autores e destinatários da ordem jurídica. O projeto se concentra nas seguintes ações: informação jurídica, pautada em ações educativas contínuas e planejadas de disseminação de conteúdos sobre direitos e deveres dos cidadãos e os diversos métodos de solução disponíveis; proteção jurídica mediante serviços de consulta e assistência jurídica, seja no âmbito individual ou no coletivo, seja para fins judiciais ou extrajudiciais. A consulta não precisa ser apenas por meio de advogados, desde que se tenha qualidade. E a assistência deve ser para

prevenir e não apenas para resolver litígios, e deve ser para os meios judiciais ou alternativos de solução de conflitos. A pesquisa desenvolvida permite repensar os chamados critérios de elegibilidade de acesso.

Como se pode ver desses movimentos, em linhas gerais, se percebe um standard no modo como o acesso à justiça foi e vem sendo tratado descritiva e prescritivamente. Há um método padrão de identificar óbices, visíveis ou invisíveis, e propor mecanismos para sua remoção.

Feito esse panorama geral, quero aqui me ocupar de alguns aspectos específicos.

O primeiro deles é situar o Brasil neste cenário das chamadas ondas renovatórias.

De maneira geral, com raras exceções, os autores assinalam que não há identidade entre os estudos e ondas identificados por Cappelletti e o advento do tema em nosso país, de modo que a dessemelhança não seria apenas cronológica. Destarte, atribui-se à conjuntura político-jurídica mais recente, a partir de 1980, e a necessidade de enfrentar a questão da desigualdade social. Por isso, já um pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, logo a seguir, diante do evidente salto de preocupação do legislador constituinte originário com o processo civil e, dizem, com certo atraso, o Brasil tem vivido uma macro-onda ou um tsunami de implementações relacionadas ao acesso à justiça, que entre as últimas mais relevantes pode se incluir o CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015), a Lei n. 13.140/2015 sobre a Mediação e a Lei n. 13.655/2018 nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E já há outras novas no horizonte, como o anteprojeto que debate a desjudicialização da execução e outro que debate os processos estruturais; e já há Comissão de juristas instituída, ao final de 2020, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, composta para elaborar um anteprojeto de lei que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro.

Apenas para exemplificar, a partir de 1980, logo depois de ser divulgado o relatório do Projeto de Florença, eis algumas das principais legislações surgidas: Lei n. 6.983/1981, que tratou sobre Política Nacional do Meio Ambiente; Lei n. 7.224/1984, sobre a criação e funcionamento dos chamados Tribunais de Pequenas Causas; Lei n. 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública; CF/88; Lei n. 7.853/1989 sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; Lei n. 8.069/1990 sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n. 8.078/1990 sobre a proteção do consumidor (CDC); Lei n. 8.884/1994 sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (antitruste); Lei n. 9.099/1995 sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Lei n. 9.307/96 sobre a arbitragem; Lei n. 10.259/2001 sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal; Lei n. 10.741/2003 sobre o Estatuto do Idoso; a EC/45 sobre a Reforma do Judiciário, com destaque para criação do

Conselho Nacional de Justiça; Lei n. 11.419/2006 sobre a informatização do processo judicial; sem falar das diversas leis que alteraram homeopaticamente o CPC/73.

Ainda que se desconsidere as ondas renovatórias, é fato que vivemos em constante estado de ebulição de legislações que alteram nossa realidade sobre o acesso à justiça. Inequivocamente, nas mais recentes, é sensível a tendência, tal qual apontado na visão geral, de implementação de uma política geral de prestação de justiça baseada na qualidade e tempestividade da prestação da tutela jurisdicional fundada na cooperação (diálogo) entre os sujeitos do processo, bem como no incentivo de outras formas de solução de conflitos que não apenas a judicial: sistemas multiportas, além da desjudicialização (separações, inventários, usucapião). Em termos de desjudicialização da execução, uma preocupação que tenho quanto à constitucionalidade do projeto é quanto a ser obrigatório para o credor e não facultativo.

Outro aspecto que gostaria de destacar é que, não obstante esse esforço legislativo recente, na prática, no Brasil, a constatação é de que a crise numérica de processos não dá sinais de arrefecer.

Destarte, como já assinalado na apresentação do cenário geral, como reflexo do Projeto de Florença e desse apontado boom regulatório das legislações sociais, houve um agigantamento judicial ou que se tem chamado de fenômeno da Judicialização, isto é, o Poder Judiciário vem sendo crescentemente acionado para proferir decisões, inclusive sobre temas complexos (ambientais, bioéticos, carcerários, científicos, comerciais, criminais, culturais, econômicos, educacionais, étnicos, familiares, humanitários, imigracionais, infantojuvenis, morais, políticos, religiosos, sanitários, tecnológicos, urbanísticos, esportivos etc.), comumente não regulamentados, ensejando respostas criativas não dadas pelos demais agentes. Isso se vê tanto no controle difuso quanto no concentrado de constitucionalidade (macroquestões), como também em demandas de repercussão na coletividade, especialmente em numerosas ações individuais espalhadas (microquestões). Enfim, o Judiciário passou a ter um perigoso papel de protagonista em intervir para igualar, tutelar e corrigir.

Entre as hipóteses de Judicialização, chama a atenção, a da política, que decorre do próprio regime democrático e da separação dos poderes. A democracia porque inspirou uma nova consciência de efetiva possibilidade de participação no processo de construção da própria cidadania, em que a sociedade civil e o Judiciário passam a dividir um espaço antes monopolizado pelo Estado-Administração na distribuição de políticas públicas. Por sua vez, cada um dos Poderes está em condições de se inserir na criação de políticas, contra, em conjunto ou em competição com os demais. Também influencia para essa

Judicialização da política a crise do Legislativo e do Executivo, ou seja, a crise política, que acentua o descrédito de ambos os Poderes perante a opinião popular, porque não legislam ou não decidem ou o fazem tardiamente, além de sofrer com escândalos de corrupção, leis negociadas e outros abusos e desvios. Além disso, fala-se em um uso político das Cortes, a fim de que os juízes interfiram na arte de governar, de modo disfarçado ou não. Em suma, surge uma nova arena pública em torno do Judiciário.

Essa politização das Cortes tem efeitos maléficos. Pode-se mencionar atrair o *lobby* para dentro dos Tribunais, isto é, surge uma pressão de interesses corporativos junto às Cortes. Há também a possibilidade de os juízes incorporarem ingredientes políticos ao ato de decidir, especialmente a fim evitar choques institucionais. Essa atuação política das Cortes coloca em risco a neutralidade e a técnica que costumam permear a atividade jurisdicional e, por conseguinte, contribuir para enfraquecer a imagem da Corte e gerar alguma crise de legitimidade de sua atuação. Também acirra tensões com os demais ramos do Governo o que pode implicar criação de meios de controle e subordinação do Judiciário, isto é, reações políticas de amordaçamento da magistratura, supressão de garantias, corrosão de vencimentos, propostas de leis contrárias às decisões judiciais, fazendo surgir uma indesejada insegurança entre as instituições.

Mas essa politização também pode ter efeitos benéficos. Tanto o Executivo quanto o Legislativo podem passar a levar em consideração os padrões judiciais de interpretação e de aplicação, justificando e controlando suas ações de Governo. Ou seja, o caráter pedagógico reflete na conduta desses ambientes que podem sofrer mudanças positivas de diálogo com os precedentes, especialmente junto aos fundamentos de constitucionalidade e respeito aos direitos fundamentais.

A preocupação atual em termos de acesso à justiça com a Judicialização política é a seguinte: que atitudes podem os juízes ou tribunais adotar perante esse fenômeno?

Basicamente, dois seriam os caminhos a serem adotados: o do ativismo judicial e o da autocontenção. No ativismo, o juiz é ator de transformação inventando regras e as impondo como se direito estatal fossem seguindo não as leis, mas sua própria criação/convicção e exercendo, com isso, uma função legislativa ad hoc e retroativa, que implica a incidência da norma criada para fins de regulação de fato pretérito. Há, portanto, dois modos de ativismo: pela superposição de preferências pessoais dos juízes às leis e aos precedentes e/ou pelo avanço mais direto do Judiciário sobre campos de jogo classicamente atribuídos ao Legislativo e ao Executivo. Decisões ativistas podem aparecer no direito público ou privado,

assim como na jurisdição constitucional ou ordinária, perante macro ou microquestões. Na autocontenção, o juiz economiza em suas predileções pessoais, evita contradizer as condutas dos demais ramos do Governo, ao menos quando não houver um erro claro, e invoca a prudência na interpretação da Constituição, na criação do direito e na imposição de políticas públicas, negando justicialidade às questões políticas.

Ocorre que é inviável rotular o juiz como exclusivamente ativista ou unicamente autocontido. Um mesmo juiz ou Tribunal pode reunir aspectos de um e de outro. Enfim, ao que parece, não há como eleger uma postura superior em abstrato. Portanto, conforme a natureza do conflito e/ou o período histórico, o comportamento ativista pode mostrar-se mais adequado, em outros a contenção talvez se mostre mais consentânea.

Por isso mesmo, há quem sustente a existência de uma parcialidade positiva do juiz ou de um ativismo judicial seletivo ou ativismo moderado em causas em que esteja em jogo litigância de interesses públicos, ou seja, naquelas causas em que a natureza do direito em debate exige uma intervenção judicial ética para impor uma transformação estrutural de instituições estatais com respeito aos direitos e princípios democráticos consagrados na Constituição.

CONCLUSÃO

Então, para resumir, em termos de acesso à justiça o desafio da atualidade para a magistratura diante desta crescente Judicialização é que este operador tenha plena consciência que ele exerce um poder/função que não é expressão de uma faculdade e, sim, é uma responsabilidade, pelo que qualquer ato por ele praticado no processo deve ser pautado pelo respeito à virtude do devido processo legal, especialmente pelo respeito ao contraditório e pela cooperação das partes e dos demais sujeitos, a fim de que se entregue uma prestação jurisdicional de mérito efetiva e adequada, em tempo razoável e capaz de pacificar o conflito. Se quer um juiz engajado/comprometido, sensível/humano, propositivo, participante, ético, mas prudentemente criativo que evite o ativismo excessivo.

Aliás, esse perfil de operador não deve se limitar ao juiz.

Tradicionalmente continuamos a nos referir ao magistrado, porque fomos formatados a atribuir a ele o papel central ou primordial dentro da relação jurídica processual. Todavia, atualmente, como tentei apontar, a cidadania e a democracia exigem que as partes, para que possam realmente influir pelo processo na tomada de decisão, atuem em contraditório e com cooperação, pelo que, então, para concluir, me parece que podemos e devemos mesmo falar em uma nova onda renovatória: a do acesso à justiça responsável ou ético, em que

todos os sujeitos/operadores do processo tenham esse perfil mencionado (engajado/comprometido, sensível/humano, propositivo, participante e ético), de modo que isso se reflita nos atos por ele praticados e, por conseguinte, ocupemos o Judiciário com os temas que realmente merecem e que dele exijam uma intervenção, pelo que devemos repensar os limites do direito de ação, revendo os filtros relacionados aos pressupostos e condições de ação, para que realmente possamos ter o uso equilibrado do sistema judicial.

Creio que o tempo que dispunha já está praticamente esgotado, pelo que mais uma vez agradeço o convite que me foi gentilmente formulado e, também, agradeço a atenção de todos.

Fico à disposição.

O CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: PROPOSTA

THE CONSTITUTIONAL PROCEDURE CODE: PROPOSAL



Paulo Lopo Saraiva¹

Em artigo publicado no Jornal "Folha de São Paulo", em 10 de janeiro de 2010, os professores Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva propuseram a elaboração de um Código de Processo Constitucional, para atender a demanda existente nesta área. Afirmaram os juristas: "O processo constitucional tem crescente relevância, mas as leis que dispõem sobre esse processo se acham esparsas". (...) 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 Código de Processo Constitucional". Em atendimento a essa flagrante necessidade, o Presidente do Conselho Federal da OAB nomeou uma Comissão de Juristas para realizar esta atividade propositiva, que tem na Presidência, o Professor-Doutor Paulo Bonavides e como Relator o Professor-Doutor Paulo Lopo Saraiva. A aprovação da referida Proposta será uma homenagem póstuma, ao saudoso Professor Paulo Bonavides, que faleceu, em 2020, em Fortaleza-CE.

Palavras-chave: Código de Processo Constitucional.

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito Constitucional. Relator da Comissão Especial de Juristas para o Código Brasileiro de Processo Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1971). Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (1994). Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP (1982). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP (1981). Mestre em Ciências Políticas e Sociais pela Universidade de Lisboa (1975). Advogado Militante. Possui Curso da Escola Superior de Guerra. Professor Emérito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Ex-Conselheiro Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB (1991-2004). Procurador do Estado do Rio Grande do Norte – Aposentado. Membro da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro do Corpo Técnico da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional - ABDPC (Curitiba). Ex-Conselheiro da Comissão de Anistia (Portaria 790, 31.08.2016 - Ministério da Justiça e Cidadania). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6450878641547863>.

In an article published in the "Folha de São Paulo" newspaper on January 10, 2010, professors Paulo Bonavides and Paulo Lopo Saraiva proposed the elaboration of a Constitutional Procedure Code to meet the existing demand in this area. The jurists stated: "The constitutional process is of growing relevance, but the laws that provide for this process are sparse. (...) Thus, here and now, the pioneering idea is set, so that collaborators may arise to build this legislative monument that may become, in the near future, the Constitutional Procedure Code". In response to this flagrant need, the President of the Federal Council of the OAB appointed a Commission of Jurists to carry out this propositional activity, which has in the Presidency, Professor-Doctor Paulo Bonavides and as Rapporteur Professor-Doctor Paulo Lopo Saraiva. The approval of this proposal will be a posthumous tribute to the late Professor Paulo Bonavides, who died in 2020, in Fortaleza-CE.

Keywords: Constitutional Procedure Code.

INTRODUÇÃO

A estrutura inicial do Código é a seguinte:

Artigo 1º - Objeto

Este Código regula os processos constitucionais, relacionados com as ações de defesa de direitos fundamentais e coletivos – garantias constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança individual e coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular, bem assim, as Ações de Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos – garantias constitucionais: Ação Direta de Constitucionalidade – ADIN; Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; Ação de Inconstitucionalidade – ADCOM; por Omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF; Ação Interventiva – AI; e Reclamação Constitucional – REC.

Regula, também, os conflitos de competência previstos pelo artigo 102, "o" da CFB.

Artigo 2º - Finalidade do Processo Constitucional
O Processo Constitucional tem por fim a garantia do Texto da Constituição e a concretização dos direitos constitucionais, como direitos fundamentais.

Artigo 3º - Princípios deste Processo
O Processo Constitucional é regido pelos princípios da interpretação da Lei conforme a Constituição, celeridade, economia, gratuidade e socialização.

Artigo 4º - Competência Orgânica
São competentes para exercitar o processo constitucional, os órgãos do PJ, nos termos dispostos pela Constituição Federal.

Artigo 5º - Tipologia
O Ordenamento Jurídico consagrou dois tipos de controle de constitucionalidade: o Direto – através das ações concentradas perante o STF e os Tribunais; e o Indireto, efetivado por qualquer juiz, em qualquer instância. No ordenamento jurídico brasileiro, todo juiz é, em princípio, juiz constitucional.

Artigo 6º - Precedentes Judiciais
Aplicam-se às demandas constitucionais, os precedentes relativos às matérias em foco.

Artigo 7º - Garantias Constitucionais das Ações de Defesa dos Direitos Fundamentais.
- da Ação de Habeas Corpus (art. 647 CPP)
- da Ação de Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei 12.016/09)
- da Ação de Habeas Data (Lei 9.507/97)
- da Ação de Mandado de Injunção (STF)
- da Ação Popular (Lei 4.717/1965)

Artigo 8º - Das Ações de Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN (Lei 9.868/99)

- Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (Lei 9.868/99)
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (Lei 9.882/99)
- Ação de Inconstitucionalidade por Omissão – ADCOM (Lei 12.063/09)
- Ação Interventiva – AINT (Art. 34 e segs. CFB)
- Reclamação Constitucional (Art. 102, "I" CFB)

Artigo 9º - Da Indispensabilidade do Advogado e da Advogada neste processo.
As partes serão defendidas por Advogado ou Advogada, em todas as fases do processo constitucional. Quando houver mais de um Advogado ou Advogada, será designado um, em comum acordo, para a representação judicial. Caso persista a controvérsia, assumirá a defesa das partes o que se inscreveu em primeiro lugar.

Artigo 10º - Do Ministério Público
O Ministério Público oficiará em todas as fases do processo constitucional. O Ministério Público tem o prazo de 10 (dez) dias para emitir seu parecer.

Artigo 11º - Do Cumprimento das Decisões
As decisões atinentes ao processo constitucional têm eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, 2º, 3º e 4º - CFB).

Artigo 12º - Do Centro de Estudos Constitucionais
Fica criado junto ao Ministério da Justiça, o Centro de Estudos Constitucionais, que será regulamentado pelo Poder Executivo. O Centro será composto de Presidente, Vice-Presidente e Secretário-Executivo e Membros. O Centro prestará assessoria aos Poderes Públicos, com relação aos temas constitucionais.

Artigo 13º - Da Competência Processual
São legitimados para propor as Ações de Controle os indicados pelo art. 103 da CFB.
Nas ações de defesa, é competente qualquer pessoa, no caso de HC e qualquer cidadão, nos demais casos.

Artigo 14º - Da Jurisdição Supranacional
Para cumprimento do art. 3º, II da CFB, qualquer pessoa que tenha lesão em seus direitos constitucionais, poderá recorrer aos organismos jurisdicionais internacionais, com o escopo de obter revogação de decisões judiciais relativas a direitos e garantias constitucionais.

Artigo 15º - Da Eficácia das Decisões Internacionais
As decisões de Organismos Internacionais serão executadas imediatamente pelos Poderes nacionais.

Artigo 16º - Jurisdição Internacional
Os Órgãos internacionais, com jurisdição no Brasil são: OEA, ONU e outros com quem o Brasil tenha firmado tratado internacional.
Cabe aos Poderes nacionais oferecer todas as informações necessárias ao cumprimento das decisões dos órgãos internacionais, supracitados.

Artigo 17º - Das Disposições Finais
Este Código entrará em vigor 3 (três) meses após sua promulgação, revogadas todas as disposições contrárias, sobremaneira as leis.

Na introdução do referido Projeto, afirma o Mestre Paulo Bonavides:

"A grande novidade do Código de Processo Constitucional residirá, a meu parecer, na circunstância de ser ele obra em que boa parte de uma geração de seus juristas já possui o espírito da Lei Fundamental, que foi educada na escola do constitucionalismo normativo e principiológico da teoria material da Constituição.

E noutro ponto, ressalta:

Ontem, o império da legalidade, hoje o reino da legitimidade; ontem, a lei dos códigos, hoje a força normativa das Constituições; ali o direito civil do jusromanismo privatista no auge de seu influxo seguido da irremediável decadência, aqui o direito constitucional do juspublicismo, de inspiração justicialista em ascensão; outrora, o direito da razão abstrata e o simbolismo das fórmulas programáticas, doravante, o direito positivo e concreto das Constituições que fazem normativos os princípios e objetivos dos direitos fundamentais; há pouco, a regra como lei, agora o princípio como direito.

Por fim, acrescenta:

Senhor Presidente Marcus Vinicius Furtado Coêlho! Breve teremos no Brasil o Código que nos faltava e que já existe no Peru e no México - o Código de Processo Constitucional, iniciativa ali dos eminentes constitucionalistas Garcia Belaunde e Eduardo Mac-Gregor, respectivamente.

O País precisa dele porque está ferindo a batalha da Constituição e da república que os constituintes da restauração de 1988 nos legaram.

A OAB se acha presente nas trincheiras dessa batalha. Ela é verdadeiramente a consciência da sociedade, a honra da nação e a voz do País que se erguem em defesa da justiça e dos direitos humanos.

Abraçando tão nobilitante causa, ficou a OAB ao lado da cidadania e do povo para preservar a segurança jurídica, a liberdade e a democracia; para manter o regime, a Constituição e o contrato social; para salvar a república e o pacto da federação.

CONCLUSÃO

Está claro que o Código de Processo Constitucional preencherá uma lacuna existente, na esfera processual brasileira, além de confirmar a presença do Advogado e da Advogada, nas lides perante o Supremo Tribunal Federal.

O MODELO DO TRIBUNAL MULTIORTAS AMERICANO: UM DIÁLOGO COM A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO DE INTERESSES

THE AMERICAN MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM: A DIALOGUE WITH THE NATIONAL JUDICIAL POLICY FOR ADEQUATE TREATMENT OF INTERESTS

Anderson Ricardo Fogaça¹, José Laurindo de Souza Netto², Leticia de Andrade Porto³

O modelo norte americano de Tribunal Multiportas chama atenção quanto à resolutividade das demandas, tendo reduzido drasticamente o número de litígios que outrora ingressavam nas Cortes judiciais americanas. Em consonância com a Resolução n. 125/2010 do CNJ, o Poder Judiciário Brasileiro vem adotando procedimentos de resolução de demandas pautadas por métodos autocompositivos, visando a prestação jurisdicional célere e efetiva. O presente artigo se pauta na análise do modelo multiportas norte americano, com o intuito de verificar as vantagens que esse sistema possa ofertar ao ordenamento jurídico brasileiro. A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses ainda esbarra em um alto número de adjudicações, culminando na alta taxa de congestionamento processual nos Tribunais brasileiros. Como conclusão, o sistema do Tribunal Multiportas, ao oferecer múltiplas resoluções e portas possíveis, projeta um olhar individual caso a caso, conferindo maior celeridade e efetividade a todo o ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Tribunal Multiportas; Desjudicialização; Poder Judiciário; Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses.

The American Multi-door Courthouse system draws attention to the resolution of demands, having drastically reduced the number of litigations that formerly entered the American Courts. In line with Resolution no. 125/2010 from CNJ, Brazilian Judiciary has been adopting procedures for resolving demands based on self-composing methods, aiming at speedy and effective jurisdictional provision. This article is based on the analysis of the American Multi-door Courthouse system, in order to verify the advantages that this system can offer to the Brazilian legal system. The National Judicial Policy for Adequate Treatment of Interests still faces a high number of adjudications, culminating in the high rate of procedural congestion in the Brazilian Courts. In conclusion, the American Multi-door Courthouse system, by offering multiple resolutions and possible doors, projects an individual look at each case, giving greater speed and effectiveness to the entire legal system.

Keywords: American Multi-door Courthouse system; Dejudicialization; Judiciary; National Judicial Policy for Adequate Treatment of Interests.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba-PR. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

² Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e Professor Titular no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

^{*} As opiniões expressas no presente artigo são de caráter exclusivamente pessoal, não se confundindo, necessariamente, com a de qualquer instituição a que porventura os autores se filiem.

³ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Curitiba-Pr. Especialista em Direito Constitucional pela Academia de Direito Constitucional (ABDCONST) - Curitiba-Pr. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

O modelo americano de resolutividade de demandas impressiona quanto aos números. A cada ano, o número de litígios resolvidos nas Cortes americanas diminui, migrando de um patamar de 20% a 2% nas Cortes Federais e menos de 1% nas Cortes Estaduais (LANGBEIN, 2012). As chamadas Regras Federais de Processo Civil Americanas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019) concentraram o procedimento civil em uma espécie de pré-julgamento. Dessa forma, os litigantes não precisam ingressar com demandas judiciais e aguardar pelo julgamento (LANGBEIN, 2012).

A evolução das interações humanas, decorrente da globalização, coloca em xeque procedimentos judiciais de acesso à justiça outrora popularizados, como os litígios propostos às Cortes Judiciais. O número de demandas que ingressam no Poder Judiciário, sobretudo brasileiro, mostra que o acesso à justiça não deve se pautar, unicamente, pela via litigiosa. É necessário que se amplie o horizonte de possibilidades. Para tanto, o objetivo da pesquisa reside na análise do modelo do tribunal multiportas americano e nas vantagens desse sistema que, porventura, possam ser absorvidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse norte, a hipótese de pesquisa sustenta que as diferentes possibilidades de solução de conflito promovidas pelo modelo de Tribunal Multiportas Americano se coaduna com um Poder Judiciário resolutivo, rumo à desjudicialização de muitas demandas.

Para tanto, a pergunta de pesquisa que se questiona: De qual forma o sistema do Tribunal Multiportas americano pode auxiliar para a celeridade processual e a desjudicialização brasileira?

O modelo de tribunal multiportas americano, idealizado por Frank Sander, em 1976 (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988), traz luz à resolução eficiente de conflitos. Isso porque a resolução de conflitos pela via tradicional do processo judicial comum não detém capacidade de lidar com o amplo leque de novos direitos, o que abriu portas para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, conforme os estudos de Alternative Dispute Resolution, realizados nos Estados Unidos (MUNIZ, SILVA, 2018).

O presente artigo pauta-se por uma matriz exploratória (GIL, 2002, p. 41), por meio do método dialético, mediante análise bibliográfica de normativas, resoluções e dados sobre a evolução do modelo de tribunal multiportas nos Estados Unidos, assim como na análise das normativas e dados do Conselho Nacional de Justiça relativas à desjudicialização, como a resolução n. 125/2010, que criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os

Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC).

1 AS BARREIRAS À SOLUÇÃO CONSENSUAL NO BRASIL

No que tange à eficácia dos acordos, Owen Fiss destaca pontos de preocupação, como a desigualdade entre as partes e os recursos distribuídos – como nos casos de indivíduos contra grandes empresas. Para Fiss, essa desigualdade leva à desvantagem da negociação pela parte hipossuficiente, com acordos beirando à coerção, vez que o consentimento legítimo não é coletado. Ainda, Fiss relembra que, em muitos casos, as partes buscam o Poder Judiciário para modificar as cláusulas do acordo, por não concordarem mais com seus termos, seja em função de situações supervenientes, para torná-lo mais efetivo, ou menos rigoroso (FISS, 1984, p. 1075).

Não se olvida que existam dificuldades para a consecução dos acordos extrajudiciais no Brasil, o que reflete inúmeras questões, como a enraizada cultura da adjudicação, a ausência de incentivos para as soluções consensuais, o aspecto facultativo dos acordos e a indisponibilidade do interesse público em casos envolvendo o poder público (VENTURI, 2016, p. 395).

No Brasil, infelizmente, tornou-se comum a adjudicação de demandas visando indenizações. Situações, outrora, consideradas corriqueiras tornaram-se objeto de litígio. Uma das condições da ação – o interesse de agir –, em muitos casos, é lido como "agir por interesse" (AGUIAR, 2020). Chama a atenção as diversas notícias que tomam a mídia em relação a casos que poderiam ser solucionados na esfera privada, e que ultrapassam as fronteiras da possibilidade jurídica do pedido – hipótese que, atualmente no CPC/2015, não leva mais à inadmissibilidade do processo.

O CPC atual não mais menciona a categoria condição da ação. O inciso VI do art. 485 do CPC autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito pela ausência de "legitimidade ou de interesse processual". Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente. Primeiramente, não há mais menção "à possibilidade jurídica do pedido" como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, p. 1, CPC); também não há menção a ela no inciso IV do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido (DIDIER JR., 2016, p. 307-308).

Em razão do cenário proposto pelo CPC/2015, questiona-se por qual meio ocorrerá a resolução da

demandas desnecessárias, cujo objeto pode configurar, inclusive, "extorsão processual".

O art. 332 do CPC não prevê expressamente a possibilidade de rejeição liminar do pedido em situação atípica. Surge, então, a seguinte dúvida: pode o juiz, antes de citar o réu, julgar liminarmente improcedente o pedido, em situações atípicas, consideradas como de manifesta improcedência? Alguns exemplos: demanda para reconhecimento de usucapião de bem público, pedir autorização para matar alguém ou determinar que o Brasil declare guerra aos EUA; também serve de exemplo o pedido que contrarie expressamente o texto normativo não reputado inconstitucional. O CPC atual não possui um dispositivo que permita, genericamente, que o juiz rejeite liminarmente demandas assim. Em casos tais, teria o juiz de determinar a citação do réu e, no julgamento antecipado do (art. 355, CPP), resolver o mérito da causa. Não há válvula de escape. É possível, e recomendável, construir essa possibilidade a partir dos princípios da eficiência (art. 8, CPC), da boa-fé (art. 5, CPC) e da duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, CF/1988; art. 4, CPC). Primeiramente, não há razão para aumentar o custo do processo, com a citação desnecessária do réu, para responder a uma demanda absurda. Não apenas se praticarão desnecessários atos processuais, como o autor terá de pagar os honorários advocatícios em favor do advogado do réu, o que torna seu prejuízo ainda maior. Em segundo lugar, trata-se de importante instrumento de combate às demandas abusivas, permitindo a extinção fulminante de processos que muitas vezes funcionam como mecanismos de extorsão processual. Em terceiro lugar, essa hipótese já é expressamente permitida nos embargos à execução, que podem ser rejeitados liminarmente, quando "manifestamente protelatórios" (art. 918, III, CPC). Finalmente, não há razão para aumentar injustificadamente o tempo do processo (DIDIER JR., 2016, p. 613).

Divergência doutrinária repousa na possibilidade de indeferir a petição inicial de pronto, diante da carência de interesse processual do autor. Isso porque o interesse de agir encontra amparo na "necessidade da obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter" (NEVES, 2015, p. 124). Resta claro que o binômio interesse-adequação encontra-se intimamente ligado à utilidade da prestação jurisdicional (NEVES, 2015, p. 125). Nesse norte, a carência de "qualquer dos elementos componentes desse binômio implica ausência do próprio interesse de agir" (FREIRE, 2005, p. 155).

Em se falando da judicialização excessiva, cita-se um caso que ingressou no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo objeto do litígio repousava em um pedido de indenização que uma mãe ajuizou em detrimento da creche que seu filho frequentava, em virtude de um coleguinha da mesma idade ter dado mordidas em seu filho durante o período de convivência.

A magistrada julgou improcedente o pedido de indenização - de R\$ 20 mil -, por entender que os fatos narrados não extrapolam "o absolutamente rotineiro, normal e comum ao dia a dia de crianças de dois anos de idade que convivem em uma creche" (RIO DE JANEIRO, 2019). A Magistrada pontuou que crianças de tenra idade adotam comportamentos mais efusivos, como chorar - quando contrariadas -, empurrar, bater, e, inclusive, morder. A própria Juíza ponderou na sentença que

[...] adultos cada vez mais infantilizados assoberbam o Poder Judiciário com ações infundadas, cujo cerne é nada mais que um inconformismo com a infelicidade. Como se existisse um direito absoluto à felicidade e como se o juiz tivesse o poder de garantir essa felicidade permanente e irrestrita a todas as pessoas (RIO DE JANEIRO, 2019).

Demandas, como a acima exemplificada, sobrecarregam o já moroso Poder Judiciário brasileiro, que busca saídas ao excesso de demandas que ingressam, rotineiramente, em seu sistema. Revela-se de suma importância que o Judiciário se volte a questões nas quais o processo seja imprescindível e "efetivamente necessário para atuar na defesa de direitos lesionados ou sob ameaça concreta, sem aquele verniz dos conflitos perniciosos embrulhados nas caixas do oportunismo" (AGUIAR, 2020).

A incidência do dever de indenizar, disposto no art. 927 do Código Civil, coloca o Poder Judiciário como solucionador dos litígios. Todavia, o aumento do número de demandas de cunho indenizatório fez surgir a chamada "indústria do dano moral", alimentada pelo ganho financeiro fácil - banalizando um instituto valioso que busca aplacar o sofrimento da vítima (NASCIMENTO, 2017).

O binômio necessidade-oportunidade deve guiar a adjudicação. A idealização de soluções amistosas, extrajudiciais, visam desafogar o sistema judiciário. Nesse norte, o surgimento dos juizados especiais mostrou-se como uma oportunidade de resolução mais célere de conflitos, assistindo às partes vulneráveis, principalmente no que tange às questões consumeristas.

Entretanto, os próprios juizados se tornaram cópias dos Tribunais, carentes de celeridade e eficiência.

Sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça emitiu o relatório "Justiça Pesquisa - Perfil do Acesso à Justiça nos juizados especiais cíveis", em 2015, de forma a compreender a expressão dos Juizados Especiais para a resolução dos litígios. Ao analisar seus dados, infere-se que o número de demandas que ingressam em sua esfera de atuação é impressionante, o que retrata a maciça adesão da população a este microsistema judicial. Dentre as demandas mais comuns, destacam-

se aquelas relativas às relações de consumo, conflitos de massa envolvendo bancos e empresas de telecomunicação, e demandas cíveis residuais, como questões relativas a contratos e trânsito (CNJ, 2015).

Entrevistas feitas com servidores do juizado SP Vergueiro parecem confirmar esses dados. Segundo os relatos, a maior parte da demanda naquele juizado é composta dos chamados "conflitos de massa" e que as grandes empresas contratam grandes escritórios de advocacia que, por sua vez, "quarteirizam" as causas para escritórios menores, que contratam advogados recém formados que chegam a receber R\$ 20,00 por ato processual praticado. Segundo servidores e advogados entrevistados presentes no dia da visita, a "quarteirização" dos serviços geraria uma "sucataização" do tratamento desse tipo de conflito. Na observação de algumas audiências, pode-se constatar advogados que desconhecem a causa de pedir do processo em que estão atuando. Eles buscam essas informações sobre o caso minutos antes da audiência, com o conciliador ou a parte e, em alguns casos, durante a própria realização da audiência. Em audiências observadas na pesquisa, a discussão sobre as possibilidades de acordo acabava sendo breve e, porque infrutífera, o processo era encaminhado para agendamento de audiência de instrução e julgamento. Observou-se também, em alguns juzizados, que o tempo de duração das audiências de conciliação não chega a 10 minutos, com casos em que os advogados representantes de pessoas jurídicas não possuem autorização da parte para negociar propostas de acordo e, quando têm, dispõem de restrita margem para conciliar (CNJ, 2015).

De uma maneira geral, no âmbito dos Juzizados Especiais Cíveis, os acordos não parecem ser um resultado comumente obtidos. Demandas entre pessoas físicas, ou aquelas acionadas por pessoas jurídicas perante pessoas físicas são as que obtêm um maior número de conciliação, quando comparadas àquelas de pessoas físicas em face de pessoas jurídicas - estas representadas em maior número nos JEC's (CNJ, 2015).

Outro dado interessante diz respeito ao acionamento dos Juzizados Especiais como mecanismo de cobrança entre pessoas físicas, como no caso de inadimplemento de serviços prestados, cobrança de honorários advocatícios, não pagamento de valores emprestados, ou de cheques sem fundos. Fato curioso, revelado pela pesquisa, é a motivação pela qual as pessoas utilizam os serviços do juizado especial,

O mais peculiar caso foi o relato de um determinado usuário, comerciante, que diz que: [...] há oito anos utiliza os juzizados para executar cheques e notas promissórias não pagas e que já acumula mais de 48 ações em JECs. Disse que, na maioria dos casos, consegue acordos, que quase sempre não são cumpridos. Nunca é assessorado

por advogados e disse que quando ajuizou a primeira ação já tinha conhecimento do trabalho dos Juzizados. Relatos como este reforçam a hipótese do uso dos juzizados especiais como instrumento de cobrança de dívidas por pessoas jurídicas de pequeno porte, em geral pequenos comerciantes (CNJ, 2015, p. 57) (Grifo nosso).

Importante ressaltar que antes de ingressarem na microsfera do Juizado Especial Cível, as partes podem optar por resolver os conflitos de maneira extrajudicial, seja acionando os Procons, as Defensorias Públicas, ou ainda, através de centrais de atendimento, serviços de atendimento ao cliente, ou câmaras privadas de negociação e mediação (CNJ, 2015). Entretanto, a falta de informações sobre tais possibilidades de resolução prévia acaba convergindo para o aumento do número de litígios no Poder Judiciário.

Todavia, não se pode olvidar que, apesar dos esforços engendrados pela Justiça Brasileira, os números totais de conciliação efetuados pelo Poder Judiciário giram em torno de 9,9% - uma diminuição em relação ao ano anterior, em que o índice de conciliação somava 12,5% (CNJ, 2021, p. 192). "A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução" (CNJ, 2020, p. 174).

2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE TRIBUNAL MULTIPORTAS

O Direito busca se moldar à realidade social em que vivemos. Reflexo disso são as inúmeras e diversas demandas que ingressam, diariamente, no âmbito do Poder Judiciário. Os jurisdicionados procuram obter a melhor e mais célere solução possível. No entanto, a pergunta a ser feita repousa em como solucionar um elevado número de questões de forma justa, eficaz e rápida?

Modelos de sucesso devem ser estudados e seguidos, guardadas as proporções sociais e observadas as peculiaridades de cada sistema. Já em 1982, o Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos buscava uma resposta nas medidas alternativas à judicialização,

Em 1982, o Presidente da Suprema Corte Americana, Burger escreveu: "Devemos agora usar a inventividade, a engenhosidade e a desenvoltura que há muito caracterizam a comunidade jurídica e empresarial americana para moldar novas ferramentas...Precisamos considerar a transferência de alguns casos do sistema judicial para processos administrativos...ou para mediação (RIGBY, 1984, p. 1725).

O Multi-door Courthouse System, ou Tribunal Multiportas Americano, encontra fundamentação nos métodos alternativos de resolução de conflitos, em contraposição à solução unicamente pelo Poder Judiciário, permitido que as partes encontrem múltiplas maneiras de resolver seus conflitos (SALES, 2011).

Sobre o tema, Gladys Kessler e Linda Finkelstein lecionam que o modelo multiportas busca que os cidadãos possam se beneficiar,

[...] de técnicas de resolução, que incentivam os litigantes a projetar seus próprios acordos, bem como se beneficiam da avaliação (...) antecipada de casos, processamento acelerado (...) e processos que sejam menos formais e mais compreensíveis do que o litígio. Os litigantes podem ser capazes de resolver disputas com menos despesas, mais satisfação e menos acrimônia, se alternativas estiverem disponíveis para o processo contraditório.

Para o tribunal, alternativas acessíveis e viáveis significariam uma redução no número de julgamentos de tribunal de júri, e menos congestionamento nos calendários dos tribunais. Certos casos seriam processados mais rapidamente, proporcionando aos juízes mais tempo para se dedicarem aos casos que requerem sua atenção e intervenção. O envolvimento de cidadãos e advogados como terceiros neutros pode melhorar todo o sistema de justiça criminal (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988, p. 578).

O Tribunal Multiportas permanece conectado ao Sistema Judiciário americano, caracterizando-se como uma espécie de centro de resolução de conflitos que funciona com base na seleção e avaliação prévia dos casos e na canalização para o melhor mecanismo de resolução de disputa, como a conciliação, a mediação, o atendimento por serviços sociais, atendimento por ouvidorias especializadas, e até mesmo, a adjudicação (SALES, SOUSA, 2011; GOH, 2007, p. 267).

A chave característica das Múltiplas Portas é a forma de admissão inicial e processamento de referência no qual um assessor inicial auxilia as partes a fazer escolhas a partir da análise de disputas para determinar qual processo ou combinação de processos seria mais apropriado para o problema (SANDER, GOLDBERG, 1994, p. 432. Como inicialmente proposto por Frank Sander, em 1976, no sistema analisado, litigantes vão a um centro que oferece uma gama de serviços para resolução de conflitos em um único local. Cada porta seria um mecanismo de resolução de conflitos, como mediação, litigância, arbitragem. No contexto das Cortes ou Tribunais, litigantes potenciais que vão às cortes para resolver suas demandas teriam a opção de adentrar nos ADR – Alternative Dispute Resolution (Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos) ao invés de buscar um tradicional processo adversarial. Dessa forma, preliminarmente, faz-se uma

avaliação da querela por meio de pessoal especializado a fim de identificar, às partes ou interessados, qual instrumento de resolução de demandas (ou "porta") será mais adequado à causa. O profissional responsável pela condução do caso pode ser um negociador, um conciliador, um mediador, um árbitro, ou um juiz. O importante é que se busquem métodos dirigidos especificamente ao problema identificado. Interessante notar que as técnicas alternativas convivem de forma harmoniosa e articulada com o sistema de Justiça e recebem financiamento e suporte do Poder Público. Destaca-se, ainda, que o sistema de multiportas reconhece que partes e conflitos determinados são mais bem assistidos com métodos específicos de resolução de conflitos. No entanto, ao passo que opções se proliferam, escolher a melhor opção pode se tornar um problema em si. O Sistema das Múltiplas Portas, no qual os conflitos são analisados e levados ao método alternativo de resolução de conflitos apropriados, pode ser uma resposta a esse tipo de problema. Nesse caso, um litigante seria canalizado pela seleção da entrada à porta correta no sistema de múltiplas portas. As multiportas têm o poder de fazer com que todos os serviços de resolução de conflitos estejam disponíveis em um único local, incluindo aí a seleção de entrada, passo inicial. É claro que em situações apropriadas, as partes litigantes podem ser aconselhadas a procurar procedimentos de resolução de conflitos externos à corte que abriga o sistema de multiportas, mas em geral, o sistema de múltiplas portas atua como um centro de "parada única" para a solução de conflitos) (SALES, SOUSA, 2011, p. 208-209).

Em se falando do acesso à justiça norte americana, é necessário ponderar diferenças substanciais em relação ao Brasil. O baixo número de demandas que chegam ao Poder Judiciário – cerca de 2% nas Cortes Federais e menos de 1% nas Cortes Estaduais (LANGBEIN, 2012), espelha um sistema que se pauta em resolutividade, sobretudo extrajudicial. Os custos de acesso à Justiça americana são altos e, muitas vezes, o benefício da gratuidade judiciária não é amplamente concedido (FISS, 1984, p. 1077). Os julgamentos costumam durar um longo período de tempo – principalmente aqueles que envolvem jurados – sendo que os advogados norte-americanos costumam cobrar por hora de trabalho (HILL, 2021), o que deixa a adjudicação mais cara nos Estados Unidos em relação ao Brasil.

No âmbito criminal, os números não são muito diferentes. Os julgamentos têm se tornado raros, em consonância com o aumento do número de acordos – plea bargain. Na esfera criminal Federal americana, os números impressionam,

À medida que os julgamentos se tornaram mais raros, as confissões de culpa se tornaram mais comuns. A proporção de réus criminais federais que entraram com a confissão de culpa aumentou de 82% em 1998 para 90% duas décadas depois.

Os pedidos de culpa também aumentaram em números absolutos, de 55.913 em 1998 para 71.550 em 2018.

Não surpreendentemente, o declínio nos julgamentos e o aumento nas confissões de culpa corresponderam a um declínio no número de americanos chamados para servir em júris federais.

Os especialistas ofereceram uma série de explicações para o longo declínio nos julgamentos criminais. Entre as mais comuns está o que os críticos chamam de "pena de julgamento": os indivíduos que optam por exercer seu direito constitucional a julgamento podem enfrentar sentenças muito mais altas se invocarem o direito a julgamento e perder, de acordo com um relatório de 2018 da Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal [...] Em 2017 - o ano com os dados mais recentes - os julgamentos com júri representaram menos de 3% das disposições criminais em 22 jurisdições com dados disponíveis, incluindo Texas (0,86%), Pensilvânia (1,11%), Califórnia (1,25%), Ohio (1,27%), Flórida (1,53%), Carolina do Norte (1,66%), Michigan (2,12%) e Nova York (2,91%) (GRAMLICH, 2019) (Tradução Nossa).

Importante notar que se o acusado, em um processo crime no sistema de common law, declara-se culpado, sua sentença é imediata. Ainda há os casos em que a Promotoria negocia um acordo com a Defesa (Plea Bargain). Assim o sendo, o acusado reconhece sua culpa mediante um benefício - possibilidade de cumprimento de um tempo menor de pena, por exemplo. Os acusados tendem a evitar um julgamento que pode não lhe ser favorável, além de evitar os altos custos de defesa judicial, e o julgamento midiático (MASI, 2016).

A boa-fé deve ser princípio norteador do Sistema Multiportas, vez que ao tentar solucionar o problema, os litigantes devem indicar qual mecanismo seria o mais adequado e eficiente. A boa-fé demanda um diálogo franco e justo, em condições de igualdade de diálogo, "de forma a evitar que uma parte possa manipular ou coagir a outra, o que resultaria em um acordo frágil, com grande probabilidade de ser descumprido" (SALES SOUSA, 2011, p. 210).

A "Federal Rule of Civil Procedure 1" fala dos objetivos do sistema processual em termos de "garantir a justa, rápida e barata determinação de cada ação." A estrutura das Regras deixa claro que o julgamento é apenas um mecanismo para a "determinação" de uma ação, embora seja necessariamente a perspectiva de fundo nas quais os acordos são emoldurados (ISSACHAROFF, KONOFF, 2009, p. 1201) (TRADUÇÃO NOSSA).

De modo a encontrar a melhor solução entre as partes, é necessário que sejam levadas em consideração algumas particularidades de cada caso, como a natureza da disputa, o prévio (ou não) relacionamento entre as partes, o valor e o custo da

causa e a escolha pelo método mais rápido de resolução (SALES, SOUSA, 2011; SANDER, GOLDBERG, 1994).

O Tribunal Multiportas americano comporta uma série de resolução de demandas. A primeira "porta" resolutive é a chamada Mediação de Pequenas Causas - Small Claims Mediation-, que consiste no recebimento de ações civis de até \$2 mil de danos, e que são analisadas por mediadores voluntários locais, com formações nas mais diversas áreas de conhecimento - como professores, advogados, enfermeiras, aposentados, profissionais de saúde mental. Para que possam efetuar a mediação, os voluntários devem passar por um curso de quatro dias, sob a coordenação de um mediador experiente (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988).

A segunda "porta" desse sistema é a Mediação de Relações Domésticas - Domestic Relations Mediation, que se consubstancia no acolhimento de demandas familiares - ressalvadas aquelas que envolvam violência doméstica, assim como aquelas em que houver evidências de abuso infantil. Geralmente, os casos admitidos na Mediação de Relações Domésticas versam sobre guarda de filhos, pensão alimentícia, direito de visita. Tendo em vista a complexidade e a sensibilidade desses casos, o mediador deve passar por um curso de preparação mais extenso e especializado quando comparado ao treinamento para mediar pequenas causas (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988).

Há, também, a Resolução Acelerada de Disputas Cíveis - Accelerated Resolution of Civil Disputes-, que encoraja os juizes a utilizarem técnicas de mediação em casos complexos; Por outro lado, a Arbitragem Obrigatória - Mandatory Arbitration - inicialmente concebida para casos que envolvam demandas cíveis de até \$50 mil, consiste na condução das audiências por árbitros advogados, os quais devem apresentar sentenças arbitrais no prazo estipulado. Há ainda, a chamada "Semana do Acordo" - Settlement Weeks -, que representa um importante papel dentro do sistema multiportas americano. Durante essa semana, os julgamentos são suspensos, de modo a permitir que os magistrados oportunizem às partes mediações. Quando realizada pela primeira vez, em 1987, no Distrito de Columbia, metade dos casos ativos conseguiu um desfecho por acordo - inclusive aqueles que pendiam de resolução há anos (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988, p. 583-584).

O sistema do Tribunal Multiportas americano congrega esforços de diferentes setores da sociedade, não se limitando, unicamente, ao Poder Judiciário. Voluntários locais e advogados exercem um papel de extrema importância para a consecução dos acordos. A Associação de Advogados Americanos - American Bar Association - auxiliou a desenvolver as diretrizes do programa, além de contribuir no recrutamento de

árbitros e mediadores advogados (KESSLER, FINKELSTEIN, 1988, p. 588).

O sistema multiportas busca resolver os litígios de maneira flexível, em uma espécie de "Centro de Resolução de Conflitos". Ao se proceder à análise das características dos conflitos, confere-se maior celeridade e assertividade quanto à melhor resolução possível. Neste modelo, não se quer dizer que "uma porta seja melhor que outra", mas, sim, uma porta pode ser mais favorável à resolução de determinado conflito, considerando suas características e partes envolvidas (DONTOS, 2018).

Em comparação com o Brasil, percebe-se que os números de ingresso de ações no Poder Judiciário brasileiro são elevados, conforme se depreende dos dados provenientes do Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números - 2021. A taxa de congestionamento (CNJ, 2021), em média, dos Tribunais estaduais, gira em torno de 75%.

Nesse norte, o CNJ tem incentivado a promoção de acordos por meio de conciliação. A resolução CNJ n. 125/2010 estabeleceu os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), em observância ao direito ao acesso à justiça e à celeridade processual.

Em cumprimento às resoluções emitidas pelo CNJ, foram criados vários Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania pelo Brasil, com destaque para os três tribunais estaduais que comportam o maior número dessas iniciativas, dentre os quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com 233 Centros, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com 212 Centros e, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde figuram 175 Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual (CNJ, 2021).

Tal iniciativa lembra, ainda que de maneira simples, o Tribunal Multiportas americano. A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses, instituída pela Resolução CNJ n. 125/2010, busca que aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses sejam oportunizados e assegurados meios adequados de solução, de acordo com sua natureza e peculiaridade (PARANÁ, 2018, p. 05).

Da mesma forma, o art. 24 da Lei de Mediações - Lei n. 13.140/15 determina a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflito. A previsão da audiência de conciliação ou de mediação também integra o diploma processual civil brasileiro, conforme se depreende da leitura do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015.

O tripé do sistema brasileiro de resolução de conflitos se fundamenta no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

(CEJUSC). A partir da Resolução 125-CNJ, cada Tribunal de Justiça deve criar o seu NUPEMEC, de modo a adaptar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Interesses em observância a sua realidade e às particularidades de cada região. Aos CEJUSC's cabe, efetivamente, a resolução das demandas através de "gestão de sessões e audiências de conciliação e mediação, sem prejuízo de outros métodos consensuais, bem como pelo atendimento e orientação dos cidadãos" (PARANÁ, 2018, p. 05).

De acordo com o art. 10 da Resolução 125-CNJ, cada unidade dos CEJUSC's deve contar com um setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, além da criação do CEJUSC, também foi instituída a modalidade virtual, de forma a garantir a celeridade processual e a resolução de demandas, de maneira consensual, em período de pandemia de Covid-19. O procedimento é realizado on-line, devendo o interessado preencher os formulários de solicitação disponibilizados no site do Tribunal de Justiça, com anexo das documentações necessárias. Desse modo, a Secretaria do CEJUSC Virtual procede à análise do pedido, e, em momento posterior, convida as partes à sessão virtual de mediação ou conciliação (PARANÁ, 2018).

Dados oriundos do Núcleo de inteligência da 2ª Vice Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná mostram que, em 2019, os CEJUSC's no âmbito do TJPR realizaram mais de 60.190 (sessenta mil, cento e noventa) audiências de conciliação e mediação, alcançando 17.164 (dezessete mil, cento e sessenta e quatro) conciliações (SOUZA NETTO, GUILHERME, GARCEL, 2020, p. 596) - o que corresponde a 28,5% de acordos realizados dentro dos CEJUSC's.

Não se olvida que a atuação extraprocessual dos CEJUSC's tem garantido celeridade às demandas, assim como permitido que litígios outrora objeto de adjudicação sejam resolvidos de maneira eficaz. Todavia, é necessário engendrar esforços para uma cultura de resolutividade cada vez maior, de modo a alcançar cooperação e diálogo entre as partes, e resultados efetivos.

CONCLUSÃO

A cultura da adjudicação no Brasil ainda é muito forte, sobretudo em relação à taxa de congestionamento processual nos Tribunais brasileiros - que ultrapassam 70%. O Conselho Nacional de Justiça busca novas alternativas para conter a morosidade processual através do acesso à justiça por outras vias. A resolução n. 125-CNJ avança para um sistema multiportas, ao permitir uma maior flexibilização da forma pela qual os litigantes desejam resolver seu conflito.

Sob outro aspecto, os Juizados Especiais também correspondem a uma esfera de resolução consensual de conflitos - as quais antecedem julgamentos. Apesar de sua popularidade, o baixo índice de acordos indica que estes estejam sendo realizados em outras esferas, como nos CEJUSC's (CNJ, 2015).

Assim, ao remontar à pergunta de pesquisa "De qual forma o sistema do Tribunal Multiportas americano pode auxiliar para a celeridade processual e desjudicialização brasileira?", a resposta encontra variadas possibilidades. Esse modelo abre múltiplas portas e resoluções, ao manter um olhar projetado caso a caso, de forma a alcançar a melhor solução para cada um.

A democracia se justifica na tutela dos direitos fundamentais intrínsecos ao bem estar social. Dessa forma, o acesso à justiça constitui importante mecanismo de efetivação de direitos dentro do Estado Democrático de Direito.

A desjudicialização encontra amparo na justiça resolutiva, por meio dos métodos autocompositivos, de forma a alcançar o acesso célere e efetivo à justiça. Revela-se necessário que os jurisdicionados sejam trazidos ao centro da resolução da demanda, através de diálogo e acordo entre as partes (FOGAÇA, SOUZA NETTO, PORTO, 2021). Também, não se pode olvidar que o acesso à justiça democrático e célere encontra respaldo no Objetivo 16 da Agenda Global 2030 da Organização das Nações Unidas, que busca "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis" (ONU, 2022; FOGAÇA, SOUZA NETTO, PORTO, 2021).

Os casos não são todos iguais (FISS, 1984, p. 1087). A ideia de um Tribunal Multiportas, como o sistema presente nos Estados Unidos, traz a flexibilização e a eficiência a demandas que podem ser facilmente resolvidas. A possibilidade de os demandantes seguirem para a "porta" que lhes seja mais vantajosa, coaduna-se com um Poder Judiciário Resolutivo, com a amplitude do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márcio. O interesse de agir ou o agir pelo interesse - Dicotomia casuística. 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/335546/o-interesse-de-agir-ou-o-agir-apenas-pelo-interesse--dicotomia-casuistica> Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.140/15. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de

1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1 - Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18 Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DONTOS, Sophia Athanase. Desbravando novos mares: qual é o papel do advogado diante da ideia de Tribunal Multiportas? 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291029/desbravando-novos-mares--qual-e-o-papel-do-advogado-diante-da-ideia-de-tribunal-multiportas> Acesso em: 25 fev. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa - Perfil do Acesso à Justiça nos juizados especiais cíveis. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf> Acesso em: 22 fev. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números - 2021. Acesso em: 17 fev. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>

CNJ. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf Acesso em: 25 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure> Acesso em: 17 mar. 2021.

FISS, Owen. Against Settlement. Yale Law School Scholarship repository. 1984. Paper 1215.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo. PORTO, Leticia de Andrade. A desjudicialização e a desjuridificação no direito comparado: aspectos para a resolutividade das demandas. Lisboa: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 7, 2021, n. 5.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo. PORTO, Leticia de Andrade. O acesso à justiça como direito fundamental: a desjudicialização para

a consecução dos direitos humanos. Florianópolis: Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 7, n. 1, jan./jul. 2021, p. 18-37.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação - Enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAMLICH, John. Only 2% of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty. 11 jun. 2019. Pew Research Center. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/> Acesso em: 25 mar. 2021.

GOH, Gérardine Meishan. Dispute Settlement in International Space Law - The Multi-Door Courthouse for Outer Space. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2007. p. 267.

HILL, Greg. And Associates. Why Is Trial So Expensive? Why Can't It Cost \$1,000? 2021. Disponível em: <https://www.greghillassociates.com/why-is-trial-so-expensive-why-cant-it-cost-1-000.html> Acesso em: 25 fev. 2022.

ISSACHAROFF, Samuel. KLONOFF, Robert H. The Public Value of Settlement. Fordham Law Review, v. 78, Issue 3, 2009.

KESSLER, Gladys. FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. Catholic University Law Review. Volume 37, Issue 3 Spring, 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=lawreview> Acesso em: 24 fev. 2021.

LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States. The Yale Law Journal. 2012. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5844&context=fss_papers Acesso em: 17 fev 2021. p. 522-572.

MASI, Carlo Velho. A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano. 2016. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano> Acesso em: 24 fev. 2022.

MUNIZ, Tânia Lobo. SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. Revista da Faculdade de Direito

da UFRGS. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.

NASCIMENTO, Gisele. A indústria do dano moral versus a indústria do mero aborrecimento. 5 dez. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/270552/a-industria-do-dano-moral-versus-a-industria-do-mero-aborrecimento> Acesso em: 22 fev. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 7 ed. rev.

ONU. Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. Paz, Justiça e Instituições eficazes. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16> Acesso em: 24 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Desvendando o CEJUSC para Magistrados - Cartilha. 2a Vice- Presidência. Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de solução de conflitos - NUPEMEC. 2018. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/0/E-BOOK+DESVENDANDO+O+CEJUSC.pdf/b02905b2-6894-e46a-6ba3-fd6601f05cf1> Acesso em: 25 fev. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. CEJUSC Virtual. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cejuscvirtual> Acesso em: 25 fev. 2022.

RIGBY, Kenneth J. Alternate dispute resolution. Louisiana Law Review. Volume 44, Number 6. Symposium: Family Law July, 1984. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235288464.pdf> Acesso em: 23 fev. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sentença nega indenização à criança mordida em creche. 30 out. 2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6809860> Acesso em: 22 fev. 2022.

SALES, Lília Maia de Moraes. SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o judiciário brasileiro. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça. ANO 5, Nº 16, P. 204-220, JUL./SET. 2011.

SANDER, Frank E.A. GOLDBERG, Stephen. Fitting the Fórum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. Negotiation Journal. Harvard Law School. Jan.,1994.

SOUZA NETTO, José Laurindo. GUILHERME, Gustavo Calixto. GARCEL, Adriane. O processo Civil Constitucional e os efeitos do princípio da cooperação

na resolução de conflitos. Revista Jurídica Unicuritiba.
Curitiba, v. 02, n. 59, p. 577-600, abr./jun. 2020.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?
Revista de Processo. vol. 251/2016, p. 391 - 426, Jan / 2016.

TEXTOS DE OPINIÃO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ



Francisco Miranda Molina¹

Cuando hace doscientos años se proclamó la independencia del Perú nuestros primeros documentos constitucionales incluyeron artículos protegiendo las libertades ciudadanas. Así el artículo 1 de la sección octava del Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821 establecía que todo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia, y no podrá ser privado de estos derechos, sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes. El que fuese defraudado en ellos injustamente, podrá reclamar ante el Gobierno de esta infracción, y publicar libremente por la imprenta el procedimiento que de lugar a su queja. En nuestras Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822 se declaró que la Constitución debe proteger: la libertad civil, la seguridad personal y la del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, el derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno, la buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes, la libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle, la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes y la igualdad ante la ley, ya premie,

¹ Juez cesante del Poder Judicial. Profesor de la Universidad San Agustín de Arequipa. Presidente de la sección de Administración de Justicia de la Federación Interamericana de Abogados.

ya castigue. Los congresistas de entonces según Raúl Porras reunían los mas altos prestigios de la probidad y del saber en esa hora de la nacionalidad. Uno de los primeros republicos Sánchez Carrión escribió que sin el influjo de la moral no puede haber república y el Congreso hizo de la virtud el primer atributo republicano (BARRENECHEA, 1974). Ellos establecieron como lema que el Perú debía vivir Firme y feliz por la unión y sin duda estarían preocupados y tristes por la situación que hoy vivimos.

No fue fácil el desarrollo de la utopía democrática basada en la virtud. Durante mucho tiempo y hoy mismo parece que nos persiguen los malos augurios de Bolívar en su Carta de Jamaica que encontró para el futuro del Perú dos elementos enemigos de todo régimen justo y liberal: oro y esclavos. El primero lo corrompe todo; el segundo está corrompido por si mismo. El alma de un siervo, rara vez alcanza a apreciar la sana libertad: se enfurece en los tumultos, o se humilla en las cadenas.

Más allá del análisis formal de todas las cartas políticas que ha tenido el Perú: republica agitada y voluble que ha ido haciendo y deshaciendo constituciones, como escribió el primero de nuestros constitucionalistas Manuel Vicente Villarán y mas allá de la lucha ideológica de liberales y conservadores en el siglo XIX, lo cierto es que el militarismo imperó por casi todo ese periodo. Uno de nuestros poetas del siglo XIX que además fue político autoritario pareció acertar cuando escribió una Constitución política satírica y en verso:

Democrático, electivo
Fundado en la legalidad, republicano
Temporal, responsable, alternativo,
Emanación del Pueblo soberano;
Y en final resultado es lo efectivo
De este calificar pomposo y vano;
Que el gobierno de intriga o fuerza emana;
Y hace después cuanto le da la gana (ALIAGA,
1869, p. 102).

Los esfuerzos aislados de algunos políticos y pensadores quedaron trancos primero por la caótica situación de revoluciones y guerras civiles y por la guerra e invasión extranjera que sufrió el Perú.

En un periodo de relativa estabilidad política, el de la llamada república aristocrática se promulgó la ley de habeas corpus de 21 de octubre de 1897 que tuvo que ser promulgada por el presidente del Congreso sobre la base del proyecto presentado por los diputados Teodomiro A Gadea, Mariano Nicolás Valcárcel, mas tarde magistrados supremos y Mariano H. Cornejo, notable orador político. Se trató de dar eficacia al

artículo 18 de la Constitución de 1860, la de mas prolongada duración en la historia del Perú, que prescribía: "nadie puede ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de 24 horas a disposición del juzgado correspondiente. Los autores de dicho mandamiento, están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera". Posteriormente se emitieron las leyes 2223 y 2253, esta última sobre ampliación del habeas corpus.

Más que un recuento formal de constituciones o leyes incumplidas en buena parte, debo mencionar que en el periodo de la república aristocrática (1895-1919) salvo algunos atisbos autoritarios del primer gobierno de Leguía (1908-1912) y del golpe de estado de Benavides (1914-15), los gobiernos fueron en general respetuosos de las libertades ciudadanas, al menos en comparación con lo que sucedió en tiempos anteriores y posteriores.

En todo caso lo que quiero resaltar es que hasta 1921 la Corte Suprema que tuvo en el Perú inmenso prestigio, desempeñó un papel fundamental en la defensa de la Constitución y los derechos humanos. Así, en el caso del senador de la oposición Enrique Llosa hizo valer los fueros y la inmunidad parlamentaria cuando la mayoría gobiernista pretendió enjuiciarlo. Además ejerció su iniciativa parlamentaria para limitar las competencias del fuero militar siempre proclive a perseguir a los opositores, estableció que el habeas corpus sirve para proteger a los ciudadanos contra los mandatos arbitrarios de los jueces militares y el fiscal Guillermo A Seoane dejó sentado en un dictamen famoso que el habeas corpus es la institución que en pro de la libertad individuales propone dar término rápidamente a las arbitrariedades de la autoridad y que el habeas corpus instituido por ley especial es égida de la libertad, de las personas contra cuantos en el ejercicio de sus atribuciones, pueden cohibirla: ya el funcionario administrativo que no ponga al preso a disposición del judicial, ya éste si indebidamente mantiene el encierro, opinión que fue acogida por la Corte Suprema en resolución de 19 de octubre de 1914 (SEOANE, 1920, p. 65 – 70).

También el Tribunal Supremo cuando se le encargó la vigilancia de la pureza de las elecciones según recalca el historiador Basadre cumplió con ejemplar independencia las nuevas funciones en fallos cuidadosos y detallados en los que los magistrados supremos evidenciaron su espíritu jurídico, su dialéctica, su independencia y su probidade (BASADRE, 1983, p. 15).

Al finalizar este ciclo de gloria la Corte se enfrentó con gallardía a la dictadura iniciada en 1919 y declaró fundados numerosos habeas corpus interpuestos contra el gobierno y en célebre ejecutoria de 26 de agosto de 1920 en un habeas corpus por la

deportación de un ciudadano en el que también intervino el fiscal Seoane dejó establecida la supremacía constitucional sobre las leyes ordinarias (BASADRE, 1983, p. 430 – 438).

El panorama democrático de hace cien años era ya muy sombrío por la implantación de un nuevo gobierno que destruyó buena parte de la institucionalidad republicana todavía subsistente en la república aristocrática que fue sustituida por un gobierno mas bien de carácter mesocrático, el de Leguía que si bien modernizó el país en algunos aspectos y tuvo alguna obra positiva, fue autoritario para caer como escribió Basadre por efecto de la ignorancia política en el caudillaje y cuyo derrocamiento constituyó un salto en el vacío (BASADRE, 1983, p. 45) y dio lugar al surgimiento del tercer militarismo con muy breves paréntesis democráticos. El salto en el vacío fue la guerra civil que se inició en diciembre de 1931 y que se agudizó el año siguiente denominado año de la barbarie con sublevaciones, fusilamientos, masacres, deportaciones y prisiones, es decir la negación plena del estado de derecho.

En el oncenio de Leguía se dictó la Constitución de 1920 que fue como casi todas las que formalmente nos rigieron de carácter nominal en la clasificación de Karl Loewenstein (1986, p. 218 – 222) y en su artículo 24 se dispuso la procedencia del habeas corpus por prisión indebida. En el gobierno de Sánchez Cerro que derrocó a Leguía se promulgó la Carta de 1933 en cuyo artículo 69 se establecía que todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus. El Código de Procedimientos Penales de 1940 fue la norma que legisló sobre el habeas corpus. La vigencia efectiva de esta Carta fue breve. Solo pueden considerarse los gobiernos constitucionales de 1945-48, 1956-62 y 1963-68.

Y después de lo anterior vino la dictadura militar de tipo socializante de Velasco con no pocos atropellos a los derechos fundamentales sustituido por Morales Bermúdez. La muy débil institucionalidad peruana destrozada por Velasco trató de ser restituida por la débil democracia de 1980-92. Previamente el gobierno militar convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente que dictó la Carta de 1979 que en su artículo 295 establecía que la acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus y que el amparo protege los demás derechos reconocidos por la Constitución. Al mismo tiempo esta Carta creó el Tribunal de Garantías Constitucionales que por diversas razones no tuvo un funcionamiento adecuado.

El Perú además de la crisis política social y económica tuvo que afrontar un nuevo enemigo incubado en los tiempos del gobierno militar: las hordas

terroristas de sendero luminoso y el llamado MRTA que declararon la guerra al pueblo y al gobierno y en la década siguiente fueron militarmente vencidas por acción de nuestro pueblo y del gobierno y con la intervención decisiva de las fuerzas armadas y de la policía nacional. Debe decirse que los gobiernos democráticos de ese periodo, particularmente el segundo de 1985-90 demostraron suma ineficiencia en la gestión del estado, particularmente en materia económica. En lo que se refiere a los mecanismos de protección de derechos se promulgó la ley 23506 de habeas corpus y amparo que pudo considerarse un instrumento eficaz para la tutela de los derechos fundamentales.

Pero en lo institucional el Perú sufrió nuevamente un grave retroceso cuando el 5 de abril de 1992 Fujimori decidió disolver el Congreso, intervenir el Poder Judicial y otras instituciones. Por la presión de la comunidad internacional y de la débil oposición peruana decidió convocar a elecciones para el Congreso Constituyente Democrático que dictó la carta vigente. En el CCD las fuerzas del gobierno tuvieron holgada mayoría y su único interés era conseguir se insertara un artículo estableciendo la reelección presidencial con miras gobernar por tiempo prolongado. En lo demás aspectos la Carta mantuvo al Tribunal Constitucional: una parte de su miembros serían destituidos por la mayoría del Congreso unos años más tarde precisamente por una sentencia relativa a la reelección e instauró la defensoría del Pueblo, y con el apoyo de las minorías restableció las ratificaciones judiciales para asegurar el sometimiento de jueces y fiscales, institución que por ironías de la historia terminó siendo aplicada a jueces y fiscales fujimoristas. Como quiera que solo examinamos el temario constitucional propio de los debates del Congreso que hoy me acoge generosamente, no es posible por ahora analizar todas las luces y sombras de ese gobierno, que por lo demás no ha sido debidamente juzgado sino por sus acérrimos partidarios y por sus irracionales enemigos, pero el análisis en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales puede calificarse de negativo principalmente porque el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional estuvieron con pocas excepciones sometidos al gobierno.

Una vez caído el gobierno de Fujimori se instituyó lo que algunos denominan la república caviar. Si bien volvimos a tener gobiernos con legitimidad de origen su ejercicio democrático no es del todo idóneo. En cuanto al Poder Judicial como antes lo hicieron Velasco y Fujimori hace veinte años se descabezó la Corte Suprema con el sistema de ratificaciones y con el mismo mecanismo se pretendió y se pretende controlar políticamente al Poder Judicial y al Ministerio Público. Se tuvo que afrontar el juzgamiento de quienes habían estado vinculados al gobierno anterior con

interminables procesos de muchos años de duración y penas elevadas. Se sancionó a quienes habían cometido delitos y también a quienes no habían cometido ninguno. En cuanto al Tribunal Constitucional, generalmente trató de ser afecto a los gobiernos de turno y a la vez emitió algunas resoluciones interesantes en las que corrigió criterios equivocados del Poder Judicial.

Cuando me dirijo al ilustrado auditorio, en medio de pasiones gravemente exacerbadas por la lucha política se puede hacer la siguiente síntesis de la actual situación peruana en relación con los mecanismos de protección de los derechos humanos haciendo comentarios adicionales que tienen alguna relación con el problema examinado:

1.- El contexto macro económico en que hemos vivido desde hace más o menos treinta años ha sido satisfactorio luego de la grave crisis económica y política que vivió el país en las décadas anteriores pero también fue insuficiente por la mala gestión de algunos gobiernos y la corrupción imperante. Si bien se disminuyó la pobreza existen todavía carencias y falta de acceso a servicios esenciales de un porcentaje importante de la población.

2.- Desde fines del año 2000 con la excepción advertida de algunos casos de innecesaria persecución a los enemigos del régimen, hasta hace unos tres años ha mejorado la protección a los derechos humanos. En ese aspecto pretendo hacer un análisis más real que formal. Los mecanismos de protección están establecidos por el Código Procesal Constitucional y solo falta su aplicación que depende sobre todo de la capacidad que tengan jueces y fiscales para hacer respetar su independencia y enfrentarse a los gobiernos siguiendo el ejemplo de la Suprema de hace un siglo. Hace poco, el Congreso ha dictado un nuevo Código Procesal Constitucional que todavía no ha sido promulgado.

Pero lamentablemente algunos hechos de extrema intolerancia acontecidos en los últimos tiempos son preocupantes. Hace un siglo coexistían en el Perú la generación del novecientos y aparecía en la vida cultural y pública la generación del centenario integradas ambas por peruanos distinguidísimos, que fueron y son honra del Perú y de su cultura, ambas generaciones egresadas de San Marcos. Hace poco lejos de esa tradición gloriosa y con motivo del pronunciamiento político y cívico de Mario Vargas Llosa con motivo de las elecciones, algunos profesores de San Marcos en el colmo de la estolidez pidieron el retiro del doctorado honoris causa conferido al ilustre escritor.

3.- Ihering escribió que la historia de la pena es la de su constante abolición. Es el abolicionismo del derecho penal que tiende a la humanización de la pena. Pero en el Perú, y creo que no solo en el Perú existe una

afán de sobre criminalización extrema por responsabilidad de políticos ignaros y demagógicos, de fiscales irresponsables, ignorantes y politizados y de jueces pusilánimes que como indiqué en anterior ocasión no han leído a Cervantes: La libertad Sancho, es uno de los mas preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre. En 1924 fue promulgado un Código Penal norma civilizadora que no tuvo plena aplicación, que abolió la pena de muerte y sancionó a los delitos con penas razonables dentro de ideas mas bien liberales y protectoras de los derechos que fue sustituido por el Código Penal de 1991 a estas alturas formalmente vigente pero que ha sido destrozado por cientos de modificaciones posteriores que lo han desfigurado por completo criminalizando conductas con penas que no guardan ninguna proporcionalidad con el hecho punible hasta el punto de que existen numerosos delitos sancionados con penas superiores al homicidio.

4.- Desde el punto de vista procesal el Código de 1940 elaborado ha sido también sustituido por el código de que entró en progresiva vigencia en el Perú de contenido supuestamente garantista con la figura añadida de la detención preliminar que permite la detención sin proceso y la prisión preventiva que la sabia previsión de la Corte Suprema y del legislador de 1916 quiso liquidar. Según el criterio de algunos fiscales y jueces resulta normal ahora que las detenciones sin juzgamiento se prolonguen por varios años sin que nadie ponga coto a tan intolerable situación.

Hace poco se llegó al extremo por algún fiscal inferior de pedir la detención de un inculpado que por mandato de la Sala Superior se encontraba con arresto domiciliario, solo porque había concurrido a vacunarse contra el covi ausentándose de su domicilio por algunos minutos: un ejemplo esta vez fiscal de estolidez extrema. Y como en los peores tiempos de la inquisición se permite ahora perseguir a los muertos con la figura de la extinción de dominio como ha sucedido con un juez de Lima Norte. Pero debo advertir que todavía existen algunos jueces y fiscales independientes y honorables aunque sujetos a las próximas ratificaciones de la junta de justicia adepta al gobierno.

5.- Desde el punto de vista constitucional la situación tampoco ha mejorado. En los últimos años hemos tenido varios presidentes la mayoría de ellos con problemas delictivos graves. El presidente electo en 2016 con un programa poco diferente al de su contendora política tuvo que renunciar al cargo. Fue sustituido por su vicepresidente que actuó con gran felonía y deslealtad a la democracia y a la constitución De él dijo un conocido constitucionalista Enrique Bernaldes poco antes de fallecer: "el presidente Vizcarra cuando lee la Constitución la agarra al revés, la agarra al derecho, la agarra por la izquierda, por donde sea y no entiende lo que está leyendo no lo entiende y no es que

no la entienda porque es ingeniero sino porque su inteligencia no está adaptada a la comprensión de un texto tan estructurado". Esos conceptos de ignorancia del texto y los valores de la Carta también son aplicables a algunas personas que pretenden ocupar ese cargo y carecen de capacidad de comprensión. Vizcarra, después de disolver inconstitucionalmente al anterior Congreso bajo el pretexto de una denegación fáctica para impedir la designación de nuevos integrantes del Tribunal Constitucional, lo que fue coonestado por el Tribunal, tuvo que ser vacado por el Congreso que en ejercicio de sus facultades lo declaró incurso en la causal de incapacidad moral dejando un país empobrecido por la pandemia (con mas de ciento noventa mil muertos a la fecha) y la corrupción, con subvenciones a periodistas, consultores, defensores y demás privilegios otorgados a sus paniaguados entre ellos politólogos, opinólogos, notables sin notabilidad y otros especímenes inclusive algunos abogados que se consideran constitucionalistas, todos pendientes de beneficios del gobierno en lo que el gran escritor peruano Ricardo Palma llamó en una de sus tradiciones: los argumentos del corregidor.

6.- El 2018 se descubrió el caso llamado de los cuellos blancos que originó la mas grave crisis en la historia judicial del Perú al hacerse públicos casos de corrupción en algunos jueces del distrito judicial del Callao y de la propia Corte Suprema lo que obligó a la renuncia de su presidente. La corrupción se había extendido a determinados integrantes del Consejo Nacional de Justicia encargado de nombrar a jueces y fiscales, de destituirlos y ratificarlos. Este hecho gravísimo tuvo diversas consecuencias: se disolvió el referido Consejo y se creó una Junta de Justicia con poderes mayores de los del extinto Consejo. Los integrantes de la junta fueron designados después de diversos avatares. Hasta hoy se ha encargado de destituir a algunos jueces y fiscales supremos incómodos al gobierno entre ellos al ex fiscal de la nación Chávarri a quien Vizcarra considera su enemigo personal y enemigo también de la corrupta empresa Odebrech por las investigaciones que podía haber iniciado y que no alcanzó a iniciar.

7.- Como es de público conocimiento de la crisis de ha agravado con motivo de las últimas elecciones. Parecen revivir con modalidades mas modernas la toma de mesas y otras anomalías electorales que fueron descritas por Manuel Vicente Villarán en su artículo sobre Costumbres Electorales publicado en el primer número de la revista Mercurio Peruano (VILLARÁN, 1918, p. 11 – 19).

8.- El sucesor de Vizcarra, con discursos a veces esotéricos e insustanciales no ha dejado de violar la Constitución y la ley con actos como el retiro de varios generales de policía para copar esa institución y la violación del secreto tributario que establece la Constitución. La primer ministra pretendió perseguir a

un periodista por su crítica a la política sanitaria del gobierno en la compra de vacunas y la ministra de defensa quiere reprimir a los ex comandantes generales de la fuerza armada por emitir su opinión como ciudadanos libres con relación al proceso electoral y el propio presidente en un mensaje amenazó con enjuiciar a unos militares retirados también por expresar sus opinión. Como ellos una empleada de la oficina de procesos electorales asumió actitudes de comisaria soviética al tratar de amedrentar a un futbolista por haber expresado su opinión favorable a la candidata de oposición al gobierno. Su jefe en lugar de proceder a su destitución no tardó en justificarla.

El panorama del bicentenario es sombrío: nos encontramos en la mas grave crisis sanitaria de nuestra historia agravada por la manifiesta ineptitud del gobierno de turno. Vivimos también una crisis política con la posibilidad de la instauración de la oclocracia de Polibio y que en el Perú fue mencionada por el gran historiador Riva Agüero. Don Quijote, campeón de la libertad diría que sería el gobierno de gente soez y de baja ralea que amenaza las libertades ciudadanos y el estado de derecho. Un sociólogo arequipeño fallecido recientemente José Luis Vargas escribió un artículo que tituló ¿oclocracia a la vista? en el que consideró que este tipo de gobierno es producto de la desazón, de las voluntades viciadas y de la ignorancia; que se protege por un halo democrático, pero que en realidad es una degeneración de esta. Hace pocos días el 16 de junio un grupo de constitucionalistas y profesores suscribió un comunicado en el que se expresa que las denuncias de irregularidades en el escrutinio de votos en diferentes mesas y centros electorales, las cuales podrían afectar gravemente la legítima voluntad popular, no pueden ser resultas con arreglo único a razones formalistas y directivas administrativas. Es imprescindible que las autoridades del JNE y los jurados especiales impartan justicia sin traicionar los principios rectores plasmados en la Constitución. Lo contrario restaría legitimidad política al futuro mandatario, sea cual fuere.

En una situación similar a la que ahora vivimos aunque mucho menos peligrosa y mas bien esperanzadora: Jorge Basadre, el historiador de la república, escribió en 1944: "el Perú necesita un régimen de libertad con responsabilidad sobre los principios de la estabilidad, de la renovación y de las reformas sociales; y expresa la esperanza de que el futuro inmediato del país esté en manos no de la dictadura proletaria ni de la baja clase media, ni de la oligarquía, sino que ingrese a un derrotero progresista bajo una administración con fuertes bases populares al servicio del pueblo y por la Patria y que reúna el triple requisito de la técnica, de la moralidad y de la capacidad para planificar con lucidez y coherencia y ejecutar con decisión" (HISTORIA, 1944, p. 448).

La crisis que vivimos no es un fenómeno exclusivo del Perú. En el último número de la Revista de

Occidente Javier Fernández Sebastián, catedrático de historia del pensamiento económico recuerda a Ortega, autor de La rebelión de las masas y la clásica contraposición orteguiana entre elites y masas retardatarias. Fernández advierte que el optimismo se ha esfumado para dar paso a un estado de ánimo mas cauteloso y circunspecto, que existen grandes temores con la adicional perspectiva de riesgos que van de la utopía a la catástrofe, unida a episodios traumáticos como la gran recesión, los desastres naturales y las pandemias, que el futuro es mas opaco e incierto que nunca y también la política vuelve a ser motivo de inquietud. En este terreno si bien por un tiempo los experimentos totalitarios de la pasada centuria arrojaron el descrédito sobre los radicalismos y las utopías, las graves dificultades económicas y los sobresaltos sociales en estas primeras décadas del siglo XXI han puesto en crisis de nuevo a la democracia liberal. El auge del populismo recuerda en algunos aspectos el clima desasosegante de la Europa de entreguerras. Esta vez, sin embargo, el retorno de los viejos demonios vuelve envuelto en el lenguaje nostálgico y divisivo de las políticas identitarias, la manipulación emocional, la eclosión de las redes sociales, las fake news y los abusos de la llamada "memoria histórica" Lo descrito amenaza incluso la condición humana. (SEBASTIÁN, 2021, p. 17 - 35).

De nosotros depende superar esos desastres y conservar nuestra condición humana.

REFERÊNCIAS

ALIAGA, Felipe Pardo y. Poesías y escritos en prosa. Paris: Imprenta de los Caminos de Hierro, 1869.

BARRENECHEA, Raúl Porras. Los Ideólogos de la Emancipación. Lima: Editorial Milla Batres, 1974.

BASADRE, Jorge. Historia de la República del Perú. Tomo IX. Lima: Editorial Universitaria, 1983.

HISTORIA. Ante el porvenir del Perú. n. 8. Octubre-Diciembre 1944.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

SEBASTIÁN, Javier Fernández. Para un museo del porvenir. Representaciones del futuro en la España del siglo XX. Revista de Occidente. Mayo de 2021 n. 480, p. 17 - 35.

SEOANE, Guillermo A. Dictámenes Fiscales. Tomo II. Lima: Imprenta Gloria, 1920, p. 65 - 70.

VILLARÁN, Manuel Vicente. Costumbres electorales. Mercurio Peruano, n. 1, julio de 1918, p. 11 - 19.



