

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

José Péricles de Oliveira
Roberta Alessandra Pantoni
Juliano Gil Alves Pereira
[ORGANIZADORES]

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

Obra financiada



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento
do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado
de Mato Grosso do Sul.

 **Pedro & João**
editores

José Péricles de Oliveira
Roberta Alessandra Pantoni
Juliano Gil Alves Pereira
(Organizadores)

CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

Ana Paula Brito de Jesus - Carlos Malta Leite - Claudia Karina Ladeia Batista - Cleberson Lopes dos Santos - Eliana Lamberti - Etiene Maria Bosco Breviglieri - Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém - Isael José Santana - José Péricles de Oliveira - Juliano Gil Alves Pereira - Léia Comar Riva - Lisandra Martins Moreira - Loreci Gottschalk Nolasco - Lucas Felix Wanderley - Mário Lúcio Garcez Calil - Nelson Finotti Silva - Raquel Rosan Christino Gitahy - Ricardo Alex Ribeiro Ananias - Roberta Alessandra Pantoni - Rodrigo Soncini de Oliveira Guena - Tales Mendes Alves

© Copyright dos autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos dos autores.

José Pérciles de Oliveira; Roberta Alessandra Pantoni; Juliano Gil Alves Pereira (Orgs)

Constituição e processo. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 283p.

ISBN. 978-85-7993-545-9

1. Constituição e processo. 2. Direitos fundamentais. 3. Unidade Universitária de Paranaíba/MS. 4. Autores. I. Título.

CDD – 340

Capa: Andersen Bianchini

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil);
Nair F. Gurgel do Amaral (UNIR/Brasil); Maria Isabel de Moura
(UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil);
Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil)



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 - São Carlos – SP

2018

APRESENTAÇÃO

Esta obra é uma coletânea de artigos elaborados pelos professores do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade de Paranaíba, isoladamente ou em conjunto com outros pesquisadores, os quais se dedicaram a falar sobre Constituição e Processo dentro do cenário jurídico atual.

A obra pretende ser, em razão da abrangência dos temas tratados nos vários artigos que a edificam, material de pesquisa de excelência que certamente contribuirá aos estudos e debates sobre os caminhos a serem trilhados pelo Direito processual no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Não se pode perder de vista a importância da norma fundamental sobre as demais disposições que formam o arcabouço normativo de qualquer ordenamento jurídico. Entende-se tradicionalmente que o ordenamento jurídico consiste em um sistema unitário de normas em perfeita harmonia umas com as outras, formando um todo coerente. Nele se verifica, portanto, a existência de um sistema escalonado de normas no qual as hierarquicamente inferiores devem estar em conformidade com as normas superiores.

Deve-se ter em mente, no entanto, que a validade meramente formal das normas, já não atende mais aos anseios sociais que emergem de sociedades que se pretendem democráticas e pluralistas. É possível afirmar, portanto, que as normas apenas serão eficazes a partir do momento em que a Constituição figurar como instrumento de compatibilização entre os interesses do Estado e da sociedade civil.

Esta preocupação foi, e tem sido, num processo de aperfeiçoamento textual, amplamente contemplada na Constituição Federal pátria, pois, são inúmeros os dispositivos constitucionais que vão além da simples sedimentação do Estado e da fixação de seus objetivos. Além de várias regras que, a rigor, deveriam ser

alocadas na legislação ordinária, trouxe ela uma plêiade de princípios que passaram a constituir, ao lado dos direitos fundamentais, o núcleo material da constituição.

Neste sentido, os coordenadores se propuseram a levantar o debate, conjugando, na presente obra, artigos sobre temas que resgatam tal discussão.

Os Organizadores

SUMÁRIO

PREFÁCIO	11
Alexandre Walmott Borges	
1. EDUCAÇÃO E DIREITO: A PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO EM CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO E OS CAMINHOS PARA DEMOCRATIZAÇÃO DA ELABORAÇÃO NORMATIVA E DO PROCESSO LEGISLATIVO	15
Raquel Rosan Christino Gitahy	
2. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016: POSSIBILIDADES DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?	25
Eliana Lamberti, Loreci Gottschalk Nolasco, Lucas Felix Wanderley, Ricardo Alex Ribeiro Ananias	
3. A COMPLEMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO ATRAVÉS DE UMA FUNDAMENTAÇÃO PLURAL E OS DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	55
Rodrigo Soncini de Oliveira Guena, Juliano Gil Alves Pereira	
4. FUNDAMENTALIDADE COMO RELEVÂNCIA: A REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NAS QUESTÕES RELACIONADAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS	83
Mário Lúcio Garcez Calil, Carlos Malta Leite, Nelson Finotti Silva	

5. UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE OS HONORÁRIOS RECURSAIS	103
José Pércles de Oliveira, Nelson Finotti Silva	
6. VETO À CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	117
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, José Pércles de Oliveira	
7. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE CULTURAL E SUA PROTEÇÃO JURISDICIONAL: PRETENSÃO POSSÍVEL?	133
Claudia Karina Ladeia Batista, Mário Lúcio Garcez Calil, Carlos Malta Leite	
8. OS QUINZE ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: DIREITOS HUMANOS E DIREITO DE CIVIL	155
Léia Comar Riva, Claudia Karina Ladeia Batista	
9. A FAMÍLIA E A TUTELA DAS UNIÕES SIMULTÂNEAS: TENTATIVA DE HARMONIZAR	171
Léia Comar Riva, Etiene Maria Bosco Breviglieri	
10. PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA: PERSPECTIVAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	191
Isael José Santana, Lisandra Martins Moreira	
11. A (IM)POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	209
Ana Paula Brito de Jesus, Cleberson Lopes dos Santos, Loreci Gottschalk Nolasco	

12. LEGITIMAÇÃO PELA CONSENSUALIZAÇÃO NA 233
PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA

Roberta Alessandra Pantoni

13. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PROCESSO 257
DO TRABALHO – DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
PROCESSO E DA HERMENÊUTICA DAS NORMAS
PROCESSUAIS – SUA COMPATIBILIDADE E
LIMITAÇÃO AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS
JUSLABORAL

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Tales Mendes
Alves

PREFÁCIO

Aos leitores:

Tenho a incomum e prestigiosa oportunidade de prefaciar a coletânea de artigos reunidos debaixo da temática 'Processo e Constituição'. A reunião apresenta variadas abordagens sobre o fenômeno constitucional e as possibilidades de estudos problematizadores sobre este tema.

Os textos reunidos têm a capacidade de indagação sobre assuntos relacionados às garantias dos direitos fundamentais naquilo que, de maneira ampla, chamamos as formas processuais existentes e capazes de realizar o direito constitucional. Faça-se um pequeno parêntese que falar de processo e constituição obriga-nos ao novo recorte da habitual expressão *instrumentalidade* do processo.

Nos dias de hoje a ideia de instrumentalidade perdeu aquele sentido marginal, de mecanismo ou dispositivo, sentido habitualmente empregado para se referir ao processo, para calhar em significados mais encorpados: o processo é a realização em marcha dos direitos. No caso, o processo é a realização em marcha dos direitos fundamentais. Constituição no Estado de Direito é a constituição com formas processuais abrangentes e eficazes.

Nota-se na riqueza da coletânea que não houve temores em explorar os assuntos em escalas e perspectivas múltiplas. A multiplicidade permite que se diga da obra que é capaz de vasculhar o tema processo nas mais interessantes manifestações hodiernas.

Assim, por exemplo, a organização não se furta à problematização do processo como fenômeno de produção normativa, em sentido amplo. Dito de outra maneira, há no livro desde a abordagem do processo como fenômeno de produção de normas gerais e abstratas – o processo legislativo –, até o processo como o funcionamento das estruturas judiciais, e o processo como forma da ação administrativa.

De outra sorte, há na coletânea textos que vão ao âmago de n0veis configurações normativas do direito constitucional, no tratamento aos aspectos da nova economia e nova ordem constitucional, até ao relacionamento da administração e do administrado. Leia-se, há discussões do processo administrativo ao direito financeiro constitucional. Valoriza-se a abordagem de novas produções do constituinte derivado que tocam à ordem financeira do Estado.

Relacionado aos tempos nos quais vivemos, a coletânea aborda aspectos do direito penal e do processo penal. É relação necessária e indispensável. Sempre com o aprumo nas disposições de direitos fundamentais constitucionais. Há a definição de contornos sobre as garantias da inocência, da criminologia e dos direitos humanos e fundamentais na esfera penal. Esfera penal que tem sido objeto de intensa movimentação pelas novas atuações de política do judiciário.

Situações novas criadas pelo advento do novo código processual civil foram matérias de especulação e crítica na obra. Valeu-se de abordagens críticas sobre a nova conformação da prestação jurisdicional. Há considerações de mais alto valor sobre as novas exigências do poder decisório e da atividade jurisdicional. Inclusive com dinâmica de considerações sobre os processos coletivos e individuais, o papel das funções essenciais à Justiça, e as soluções para além do judiciário, entre tantos. Ressalta-se, portanto, a dimensão principiológica e jusfundamental do processo civil.

As novas regulações do direito laboral também são aspectos da inquietação intelectual dos autores. Direitos sociais laborais que foram recente corpo de alterações legislativas. Há de se verificar a compatibilidade das novas disposições legais com os parâmetros de constitucionalidade. Há na obra desde escritos sobre o ambiente laboral navegando também por sobre os tormentosos aspectos da vida na sociedade do ambiente natural precário, e de como se efetivam os direitos ao/do meio ambiente. Dir-se-á que não há vida sem ambiente adequado. E ambiente adequado é norma jusfundamental.

Por certo que a obra também vasculha os assuntos da relação, hoje cada vez mais forte, entre as normas de direito privado e a

necessária ascendência dos conteúdos de direitos fundamentais. Assim, aspectos da vida das famílias, e da sua regulação jurídica, e a própria confecção e textura do código civil vigente são examinadas/os pelas/os pesquisadoras/es-autores/as.

A sequência de parágrafos bem mostra como houve o cuidado no arranjo de temas variados, mas bem amarrados pela linha condutora dos valorativamente superiores direitos fundamentais. A obra é a laboriosa e bem orquestrada concertação de objetos pesquisados pelos/as autores/as. Faz gosto perceber que a reunião teve a capacidade de juntar valores atuantes na academia e que lançam ao nosso mundo, o mundo dos pesquisadores e professores dos cursos jurídicos, as temáticas de hoje, possibilitando caminhos inovadores na política normativa e na política institucional.

Como dito ao início, apraz-me sobremaneira ter o nome incluído com a digna tarefa de, em poucas linhas, acrescentar prólogo à vibrante coletânea. Oxalá as palavras redigidas sob a minha autoria sejam capazes de, logo ao início, despertar os leitores para o valor da obra e, sobretudo, que tenham as linhas a capacidade de realçar as pesquisas feitas com tanto afincio.

Aos leitores, com cordiais saudações.

Alexandre Walmott Borges¹

Uberlândia, MG, no início do inverno de 2018,
nos 30 anos da Constituição brasileira.

¹ Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia. Professor dos programas de pós-graduação, em direito e em biocombustíveis, desta Universidade Mineira. É também professor visitante do programa de pós-graduação em direito da Unesp, Franca. É mestre e doutor em Direito pela UFSC. É doutor em História pela UFU. É especialista em história e filosofia da ciência. Pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC. E-mail: walmott@gmail.com

EDUCAÇÃO E DIREITO: A PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO EM CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO E OS CAMINHOS PARA DEMOCRATIZAÇÃO DA ELABORAÇÃO NORMATIVA E DO PROCESSO LEGISLATIVO

Raquel Rosan Christino Gitahy¹

Introdução

O tema em análise é a pesquisa jurídica como instrumento de democratização da elaboração normativa e do processo legislativo.

A fim de iniciarmos a discussão cabe o conceito de democracia, de maneira simples, podemos afirmar que democracia significa ampliar mecanismos de relacionamento com a sociedade civil.

Na busca por esta ampliação, a Constituição Federal de 1988 tem se esforçado na abertura de democratização da construção legislativa. O artigo 14 determina que "a soberania popular será exercida pelo voto direto e secreto, e também, nos termos da lei, pelo plebiscito, referendo e pela iniciativa popular" (BRASIL, 1988).

Para a iniciativa popular a Constituição Federal exige como procedimento a adesão mínima de 1% da população eleitoral nacional, mediante assinaturas, distribuídos por pelo menos 5 unidades federativas e no mínimo 0,3% dos eleitores em cada uma dessas unidades.

Já quando há uma consulta popular sobre lei que já foi aprovada pelo Congresso Nacional, a modalidade adequada é o referendo. No Brasil o referendo trata de questões sociais relevantes,

¹ Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Docente do curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Docente do Mestrado em Educação da Universidade do Oeste Paulista. E-mail: raquelgitahy.rg@gmail.com

sendo possível citar como exemplo de referendo, o realizado em 2005, que tratou a respeito do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003).

No plebiscito, a população manifesta-se sobre um tema antes da criação de uma lei. Como exemplo de plebiscito realizado no Brasil, destacamos o do estado do Pará, que tinha como tema a divisão do estado e a criação de mais dois estados na região: Carajás e Tapajós.

Mas para a ocorrência da democracia não é suficiente iniciativa popular, consulta popular e plebiscito. É necessária a participação ampla da sociedade a fim de se definir os rumos do Direito. Segundo Habermas

[...] a teoria do direito, fundado no discurso, depende de um processo democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicativos necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 181).

Como Habermas (2003) afirma, impõe-se que o processo legislativo deve nascer da interação social a partir de um espaço de discussão onde todos participem. Tal ideia é amplamente divulgada nos manuais jurídicos e nas primeiras aulas das graduações em Direito: “O Direito nasce da Sociedade”.

Mas fazendo uma análise crítica da realização da Democracia e do acontecimento da frase acima explicitada, indagamos: “Será que o Direito nasce da Sociedade ou de uma parcela dela?”

1. Os criadores do Direito: em busca de uma democracia

O autor Karl Marx (1988), em sua obra “O capital”, evidencia que em uma sociedade capitalista os donos dos meios de produção, chamado pelo autor de infraestrutura, irão determinar a superestrutura, na qual encontra-se o Direito.

Comungando com as ideias de Marx, representantes do movimento intitulado Direito alternativo, do qual destacamos Edmundo Lima de Arruda Júnior (1991), Lédio Rosa de Andrade

(1998), Antônio Carlos Wolkmer (2006) e outros, também escrevem que em uma sociedade capitalista não é possível o Direito nascer de toda a sociedade, mas há uma tendência daquele em atender aos interesses da classe dominante economicamente. Desta maneira, afirmam os autores que a Justiça é obtida, em várias ocasiões, fazendo uma opção pela classe proletariada.

Com todas estas considerações, questiona-se se o processo legislativo está coroado pelo estado democrático de direito e qual a função legislativa que temos hoje frente a democracia. A hipótese é que as respostas apontem que estamos vivenciando uma democracia reducionista, sem a participação da população.

Diante do cenário traçado fica o desafio de como mudar a situação. A resposta passa por uma reflexão histórica e uma revolução cultural, envolvendo-se hoje a tecnologia. Levy (1997), ao tratar da *cybercultura*, nos dá um norte sobre a utilização da tecnologia como aliada na interação e divulgação da necessidade da democracia. As redes sociais como Facebook, WhatsApp, Youtube e outras podem ser canal de interação e denúncia de um direito desvinculado da realidade.

Outro aliado no questionamento da democracia jurídica vem da área acadêmica, com pesquisas envolvendo a coleta de dados empíricos, incitando a participação e reflexão da população a partir da coleta de dados usando instrumentos como entrevistas, grupo focal, representação social e outros.

Com a pesquisa, pode-se incitar a reflexão de alunos, docentes e população (pesquisados). A coleta na pesquisa empírica leva ao questionamento sobre o distanciamento do direito formal e a realidade vivida. Mas a academia tem cumprido seu papel com pesquisas questionadoras da realidade? A pesquisa jurídica tem sido realizada envolvendo dados empíricos?

É exatamente tal problemática que incita a presente pesquisa, com a hipótese de que vários obstáculos estão sendo colocados para a união acadêmica com a realidade. Um grande obstáculo inicia com a burocracia do cadastro formal das pesquisas que exigem a análise

de um comitê de ética vinculado à secretaria da saúde, encontrado na plataforma Brasil, para a realização das pesquisas jurídicas.

Outro obstáculo social é que a população hipossuficiente cultural desconhece as normas e a reflexão entre o distanciamento da lei formal e a realidade fica impensada.

Mais um obstáculo é o financeiro, já que as agências de fomento publicam vários editais para a área da saúde, engenharia, ficando a área de ciência social prejudicada.

Além disto, os pesquisadores da área jurídica, diante de tantos obstáculos, têm a metodologia da pesquisa bibliográfica como o norte dos estudos. Tal fato recebe críticas inclusive de publicações do Ministério da justiça. Um exemplo é a publicação “O papel da pesquisa na política legislativa-metodologia e relatos de experiências do projeto Pensando o Direito”, de 2013 que no item “o papel da academia para um processo legislativo democrático no Brasil”, dos autores Terrazas e Abramovay (2013), que questionam a avaliação do impacto social da legislação vigente e *ex post*.

Tal abismo entre academia, direito formal e realidade vivida nos faz refletir sobre a necessidade de uma democracia ser realizada na pesquisa jurídica, o que levaria os pesquisados a se tornarem produtores do conhecimento, levados pelas inquietações realizadas na coleta de dados. Permitiria que as pessoas refletissem quanto ao cumprimento da lei, questionando se tal fato é feito por constrição ou por convicção. Com a pesquisa empírica poderíamos criar estratégias para unir população e estado realizando a frase colocada no início desta introdução: “O Direito nasce da sociedade”.

Assim, a presente pesquisa apresenta justificativa social e científica para a sua realização. Na justificativa social destaca-se a questão de auxiliar na reflexão para que as pesquisas jurídicas deixem de ser bibliográficas e passem a ser mais empíricas e próximas da realidade. A justificativa científica destaca-se pelo ineditismo, contribuindo desta maneira para a área jurídica.

2. Objetivo

Levantar as pesquisas jurídicas na base de dados da biblioteca digital de teses e dissertações e verificar a metodologia utilizada pelas mesmas a fim de analisar a pesquisa jurídica como caminho para a democratização da elaboração normativa e do processo legislativo.

3. Metodologia

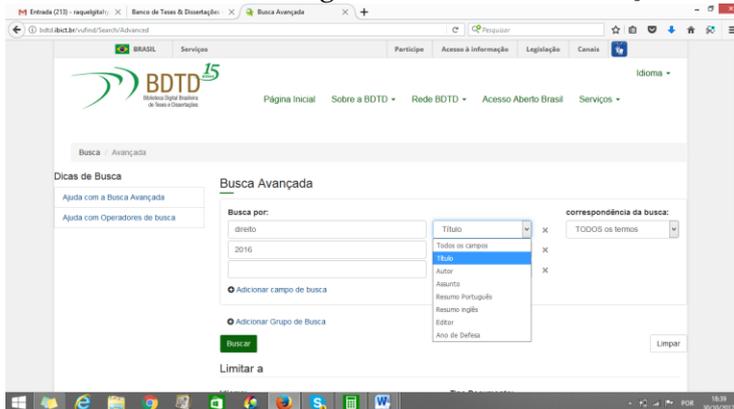
A presente pesquisa utiliza a metodologia quali-quantitativa, do tipo bibliográfica, realizada na base de dados “Biblioteca Digital de Teses e Dissertações”. Utilizamos o descritor “Direito” a fim de verificar todas as teses publicadas no Brasil no ano de 2016, com o filtro CNPQ::CIENCIAS SOCIAIS APLICADAS::DIREITO.

A partir deste levantamento analisamos a metodologia utilizada segundo a teoria da democratização para a construção do conhecimento jurídico.

4. Resultados e Discussão

A pesquisa encontrou um obstáculo inicial para a sua realização na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações tendo em vista que não há possibilidade de filtro por área de conhecimento na primeira tela. Quando se utilizou o descritor “Direito”, apareceram resultados em várias áreas de conhecimento, conforme evidencia a figura 1. Percebe-se, portanto, uma dificuldade para a seleção das pesquisas realizadas especificamente nos programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da área do Direito.

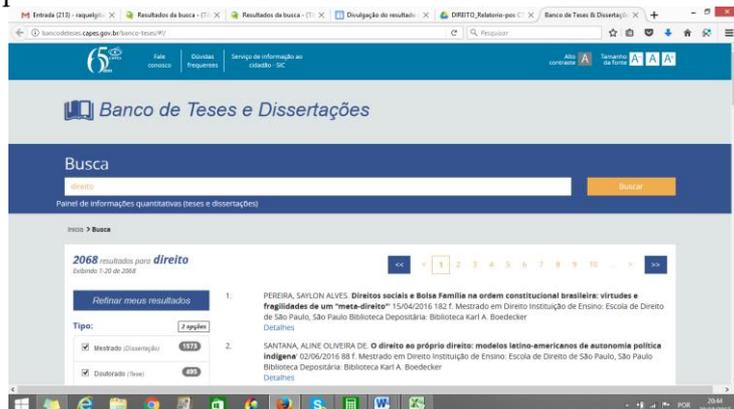
Figura 1: Tela da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações



Fonte: <http://bdtb.ibict.br/vufind/Search/Advanced>

Diante do obstáculo, procuramos em outro repositório, o Banco de Teses e Dissertações da Capes. Neste foi possível refinar as buscas pelo tipo de documento (dissertação e tese), ano (2016), grande área de conhecimento (ciências sociais aplicadas); área de conhecimento (Direito); área de avaliação (Direito) e nome do programa (Direito). Com todos os filtros, o resultado foi 2068 documentos, conforme evidencia a figura 02.

Figura 2 Busca das teses e dissertações na área do Direito no banco da Capes



Fonte: <http://bancodeteses.capes.gov.br/banco-teses/#/>

Diante de tal número de documentos cremos ser inviável a exploração pormenorizada, observando com rigor a metodologia utilizada, o contexto da pesquisa, o número de sujeitos envolvidos, dados estes que evidenciaríamos uma pesquisa em um contexto de campo e não apenas bibliográfica.

Assim, pesquisamos os programas de Mestrado e Doutorado com maior nota segundo a Capes, o que evidencia uma qualidade de pesquisa de excelência.

Conclusões não finais

A presente pesquisa teve como tema a análise da pesquisa jurídica enquanto instrumento de democratização da elaboração normativa e do processo legislativo. Questiona-se se o processo legislativo está coroado pelo estado democrático de direito e qual a função legislativa que temos hoje frente a democracia.

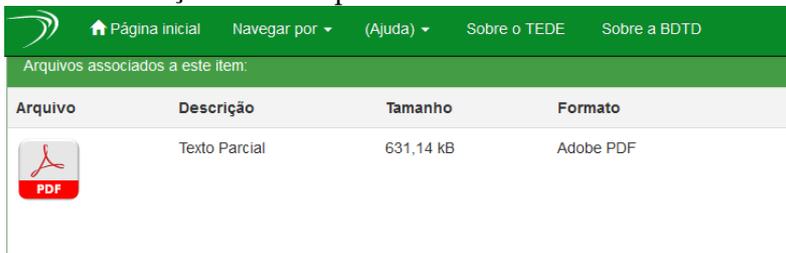
A hipótese inicial de que estamos vivenciando a construção do conhecimento jurídico, na maioria das vezes, sendo realizado a partir de pesquisas bibliográficas, sem a participação da população confirmou-se.

O objetivo de levantar as pesquisas jurídicas na base de dados da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações e verificar a metodologia utilizada pelas mesmas a fim de analisar a pesquisa jurídica como caminho para a democratização da elaboração normativa e do processo legislativo foi percorrido. Com uma metodologia quali-quantitativa, com a pesquisa bibliográfica, utilizamos o descritor “Direito” para a busca de teses publicadas no Brasil no ano de 2016.

Os resultados evidenciaram que as pesquisas no Direito não são todas divulgadas na íntegra, como mostra a figura 3, o que dificulta a democratização da informação construída de forma imediata. Muitas vezes a publicação integral dos textos, anos depois gera inutilidade devido a mudanças sociais e jurídicas. Causa estranheza o fato da não publicação imediata na íntegra tendo em vista que tal divulgação na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações não iria

impedir a publicação de artigos, capítulos ou livros reveladores dos resultados obtidos, vez que tais publicações têm diferentes estruturas.

Figura 3: Publicação de texto parcial



Arquivo	Descrição	Tamanho	Formato
	Texto Parcial	631,14 kB	Adobe PDF

Fonte: <http://bdttd.ibict.br>

Outro fato que chama atenção é que a área do Direito, na maioria de suas pesquisas, não se debruça ao comitê de ética da plataforma Brasil vinculada ao Ministério da Saúde. Há dúvidas se tal ação significa uma crítica implícita ao fato da inexistência de comitê vinculado ao Ministério da Justiça. Mas o que se vislumbra são pesquisas em sua grande maioria apenas bibliográficas. Quando, raramente, se vai a campo, não fica claro o número CAAE (gerado automaticamente quando o projeto é aceito pelo Comitê de ética em pesquisa), dado obrigatório para o relatório de outras áreas, inclusive na publicação dos achados de pesquisa.

Conclui-se, portanto, que a construção do conhecimento jurídico, em sua maioria, dá-se a partir de pesquisas bibliográficas e não de pesquisas empíricas. Tal fato pode gerar distanciamento da realidade social, dificultando o processo de democratização de construção do Direito!

Referências

ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo do trabalho**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

_____. **Introdução ao direito alternativo brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito.** Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica.** São Paulo: RT, 2011.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1997.

MARX, Karl. **O Capital.** Livro I, volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica.** São Paulo, Saraiva, 2013.

TERRAZAS, Fernanda Vargas e ABRAMOVAY, Pedro Vieira. Alguns apontamentos sobre a pesquisa no âmbito do projeto pensando o Direito. In Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito.** Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016: POSSIBILIDADES DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Eliana Lamberti¹

Loreci Gottschalk Nolasco²

Lucas Felix Wanderley³

Ricardo Alex Ribeiro Ananias⁴

Introdução

A presente pesquisa possui como escopo analisar a in(constitucionalidade) do Novo Regime Fiscal admitido pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016, formado pelo acréscimo dos artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual objetiva estabelecer limite de gastos de despesas primárias e respectivos condicionantes. A EC 95 estabelece dois momentos que devem ser levados em conta para definir o limite de gastos com as despesas primárias.

O primeiro se dará no exercício financeiro de 2017 preservando-se as normas constitucionais atualmente em vigor, isto é, as

¹ Doutorado em Economia do Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora dos cursos de graduação (Ciências Econômicas, Direito e Química Industrial) e do Mestrado em Desenvolvimento Regional e Sistemas Produtivos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: eliana@uems.br.

² Doutorado em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade Federal de Goiás. Docente e Pesquisadora do quadro efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: lorecign@gmail.com.

³ Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: lucaswanderley11@hotmail.com.

⁴ Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: ricardo.ananias@gmail.com.

aplicações mínimas em saúde e educação corresponderão no exercício de 2016, àquelas estipuladas nos termos do inciso I, §2º do art. 198 e do *caput* do art. 212, da Constituição de 1988. O art. 198 trata das aplicações mínimas em saúde no âmbito da União, verifica-se que, conforme disposto no inc. I do § 2º do referido dispositivo, tais aplicações equivalem a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Relativamente à educação, a previsão acerca da regra geral de aplicação mínima contida no *caput* do art. 212 da CF/1988, é de que da receita resultante de arrecadação de impostos, a União deve aplicar nunca menos de 18% (dezoito por cento) e os Estados, Distrito Federal e Municípios, vinte e cinco por cento.

Já o inciso II do art. 110 do ADCT refere-se ao segundo momento das aplicações dos recursos mínimos em saúde e educação, pertinentes aos 19 (dezenove) exercícios posteriores, correspondentes aos anos de 2018 a 2036, com valores calculados para as aplicações mínimas referentes ao exercício imediatamente anterior, começando com o exercício de 2017, corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - IPCA (inc. II, do § 1º do art. 107).

Impõe-se relevante analisar, em especial a redação do art. 110 do ADCT, que determinou aplicações mínimas corrigidas apenas com índice inflacionário, em ações e serviços públicos de saúde e desenvolvimento do ensino; se tal dispositivo não ofende cláusula pétreia e o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por conseguinte, o princípio do retrocesso social, resultando, com a nova sistemática de cálculos, num cenário de eventual crescimento/desenvolvimento econômico ou arrecadação pública, em proibição de mais investimentos em áreas essenciais de promoção da dignidade da pessoa humana, como a saúde e a educação, consagradas pela Carta Constitucional de 1988, e, já minimamente garantidas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mediante investimento contínuo e diferenciado do novo regime.

Por meio de pesquisa bibliográfica e de coleta de dados, far-se-á exposição do contexto da crise econômica brasileira, bem como as diversas circunstâncias e variáveis que ocorreram nos últimos anos que levaram ao cenário econômico-político atual do país. Em seguida, se discute a compatibilidade vertical da Emenda Constitucional com as cláusulas pétreas gravadas no § 4º, IV do art. 60, além dos artigos 1º e 3º, todos da Constituição Federal de 1988, sob o prisma da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do princípio da vedação do retrocesso social de direitos fundamentais garantidos às atuais e futuras gerações.

1. Considerações sobre o contexto da crise político-econômica brasileira

É necessário apreender o contexto econômico que embala a promulgação da Emenda em discussão por meio de uma perspectiva que aproxima o Direito e a Economia: o próprio advento do sistema capitalista.

Inicialmente é preciso destacar que o capitalismo é um sistema social, político, jurídico e econômico baseado em quatro elementos constitutivos, a saber: produção de bens e serviços orientados para o mercado; propriedade privada dos fatores de produção; grande segmento da população que não pode existir a não ser que venda sua força de trabalho no mercado e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico. Tais elementos são fontes potenciais de conflitos e contradições.

O final do século XX é marcado pela emergência de uma nova fase do capitalismo em sua dimensão global. Trata-se do fenômeno da globalização econômica. É na seara da economia política internacional que se encontram os referenciais com capacidade explicativa para o atual contexto.

Embora propagado nos meios de comunicação como um estágio em que se busca a constituição de uma aldeia global do ponto de vista econômico e cultural, em que as fronteiras seriam

diluídas, é um tema de múltiplas dimensões que dificultam a elaboração conceitual ou teórica. Gonçalves (1999) defende que esse “fenômeno” é resultado da interação de três outros processos, a saber: expansão extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais; acirramento da concorrência nos mercados internacionais (competitividade internacional) e a integração entre os sistemas econômicos nacionais (ativos em mãos dos não residentes). Os determinantes deste fenômeno pautam-se: no desenvolvimento tecnológico (revolução da informática e telecomunicações que possibilitaram a redução, em percentuais nunca registrados anteriormente, dos custos operacionais e transacionais em escala global), em mudança institucional (ascensão das ideias neoliberais⁵ e o chamado Consenso de Washington⁶) e sistêmico e estrutural (movimento de acumulação de capital em escala global caracterizado por dificuldades de expansão na esfera produtivo-real das economias capitalistas maduras gerando

⁵ Para Sader (1996), o neoliberalismo é uma superestrutura ideológica e política que acompanha uma transformação histórica do capitalismo moderno e se constitui em uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar e é contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade econômica e política.

⁶ O denominado Consenso de Washington corresponde a medidas de política econômica consensuais entre as agências norte-americanas e internacionais localizadas na capital norte-americana e “sugerido” aos países que precisam de empréstimos internacionais e querem atrair investimentos. Suas premissas básicas são: a) disciplina fiscal (expressivo superávit primário e por déficits operacionais de não mais de 2% do PIB); b) priorização dos gastos públicos (de áreas que recebem mais recursos do que seria economicamente justificável para setores com maior retorno econômico e/ou com potencial para melhorar a distribuição de renda, tais como saúde, educação e infraestrutura); c) reforma fiscal (ampliação da base tributária e redução de alíquotas consideradas excessivamente elevadas); d) liberalização do financiamento; e) unificação da taxa de câmbio (em níveis competitivos, com o fim de eliminar sistemas de taxas de câmbio múltiplos e assegurar o rápido crescimento das exportações); f) liberalização comercial por meio da substituição de restrições quantitativas por tarifas de importações que deveriam ser reduzidas para níveis baixos; g) abolição de barreiras ao investimento externo direto; h) privatização; i) desregulamentação; j) garantia do direito de propriedade, por meio da melhoria do sistema judiciário.

deslocamento de recursos dessa esfera para a financeira e expansão dos mercados de capitais domésticos e internacionais).

O resultado dessa globalização são relações mais complexas e profundas de interdependência entre economias nacionais, em que a volatilidade dos fluxos econômicos provoca o agravamento da situação de vulnerabilidade externa (baixa capacidade de resistência a pressões, fatores desestabilizadores e choques externos) na esfera produtiva, financeira, comercial e tecnológica.

É, portanto, neste contexto de globalização e a partir dos (des)estímulos da demanda externa que o Brasil tem feito suas escolhas em se tratando de possibilidades de crescimento econômico, sinalizando ter optado pela reprimarização das exportações em detrimento do setor industrial. Estes dois assuntos são tratados a seguir.

1.1 Superciclo das *commodities* e atrofia da indústria brasileira

O ideário neoliberal se materializou no território brasileiro especialmente a partir dos anos de 1990 quando foi promovida a abertura comercial e o processo de privatizações. Este cenário, expôs o obsoleto parque industrial brasileiro à competitividade internacional de modo que parte significativa dos empreendimentos industriais registraram falência. Por outro lado, o aumento significativo no preço das *commodities* no mercado internacional, impulsionado especialmente pela crescente demanda chinesa, estimulou a “vocação” brasileira de produção destes produtos.

Os elevados preços das *commodities* promoveram um crescimento da economia nacional, especialmente com o aumento de exportações. Este momento positivo, porém, era extremamente dependente do comportamento das variáveis econômicas dos principais parceiros comerciais brasileiros.

Importante ressaltar que a economia de uma nação não pode, apenas e tão somente, depender das regras ditadas pelo mercado internacional, principalmente em relação a matérias-primas, como é o caso da cotação das *commodities*, faz-se necessário que a balança e o

mercado interno sejam aquecidos para fins de garantir independência da dinâmica de crescimento. Esta é uma das faces de dependência e vulnerabilidade externa uma vez que se o mercado mundial está em expansão ocorre crescimento interno, porém quando o mercado mundial apresenta-se retraído, a dinâmica interna é instantaneamente afetada. Essa “escolha” econômica significou pouco ou insuficientes investimentos nos segmentos que agregam valor (novas tecnologias, Pesquisa & Desenvolvimento) e capazes de gerar crescimento interno menos dependente do ambiente econômico internacional.

Doutra banda, o modelo de política econômica adotado a partir dos anos de 2000, que não alterou essa dinâmica, favoreceu a distribuição de renda e a expansão do consumo: os programas sociais foram ampliados e o salário mínimo aumentou cerca de 72,31%, de 2003 a 2014, conforme dados obtidos no ano de 2014 pelo Portal Brasil em parceria com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE).

O ano de 2008 foi marcado pelo início de um período de crise econômica internacional inicialmente localizada nos Estados Unidos, mas que rapidamente se espalhou pelos outros países em função da lógica da globalização econômica.

O governo brasileiro optou por medidas econômicas pró-cíclicas⁷ capazes de manter certo crescimento do consumo interno e em alguma medida impedir que a crise internacional afetasse o crescimento econômico.

Como consequência, em 2010 o Produto Interno Bruto (PIB) registrou uma taxa de crescimento de 7,5%, a maior expansão desde 1986, bem como um dos mais elevados em um comparativo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando 16 (dezesesseis) países.

Esse período é marcado, segundo Gonçalves (2013, p 178) por:

⁷ Como redução do IPI (Imposto sobre produtos Industrializados) para o setor automobilístico e eletroeletrônicos.

Políticas assistencialistas, sucessos pontuais de políticas públicas, megaeventos, obras de infraestrutura e muita propaganda informam indicadores de modernização. Há claramente a manifestação do “imperativo psicológico” de que o país está muito bem e terá um futuro brilhante. Inúmeros fatores caminham neste sentido: invertebramento da sociedade baseado na miséria e ignorância, alienação estimulada pela expansão do crédito e importação de bens e serviços baratos, e esperteza e corrupção nos setores dominantes e nos grupos dirigentes. É a auto ilusão, que, além de ser péssima conselheira, cria processos esquizofrênicos de tal forma que o conjunto da sociedade torna-se incapaz de perceber os mecanismos de dominação e a marcha de insensatez.

Ocorre que o elevado estímulo ao consumo e a forte demanda por manufaturados não foram acompanhados por investimentos e crescimento na produtividade da indústria nacional, de modo a expor a fragilidade e dependência tecnológica brasileira em relação as importações de produtos industrializados haja vista que a política econômica e a especialização produtiva brasileira havia promovido: a desindustrialização, a reprimarização das exportações, perda de competitividade internacional, dependência tecnológica e vulnerabilidade externa estrutural (GONÇALVES, 2013).

Na tentativa de minimizar os impactos negativos, o governo brasileiro fez uso da política monetária (alteração do percentual da taxa de juros) com o fito de atrair novos investidores, visando à geração de novos empregos. Ocorre que o cenário de desequilíbrio e instabilidade econômica internacional não era momentâneo nem simples.

É preciso retomar os pressupostos do neoliberalismo e do Consenso de Washington apresentados anteriormente e entender que suas consequências se expressam na baixa ou nula autonomia dos países (especialmente os chamados em vias de desenvolvimento) em se tratando de política econômica, tanto a monetária e cambial, como a fiscal. Uma estratégia recorrente é por meio da taxa de juros atrativa⁸ ao capital internacional, porém

⁸ A taxa de juros historicamente elevada justifica-se na compensação do “risco Brasil”. Ela precisa ser superior ao de países com ambiente de investimentos “mais estável e seguro” para compensar as incertezas.

desestimulante do ponto de vista interno e impactante no saldo da dívida pública.

Em 2014, a dívida pública cresceu de 51,3% para 57,2% do PIB. Já em 2015, saltou para 66,2%. Todavia, o endividamento do governo, desde meados de 1995, não esteve ligado a investimentos com os setores primários, pelo contrário, saúde e educação montaram a menor importância da dívida, a qual é representada, em maior percentual, pelos juros e amortizações da dívida equivalendo a 86,5% do PIB, conforme demonstrado pela Auditoria Cidadã da Dívida, vinculada à Secretaria do Tesouro Nacional.

Outrossim, em razão de mudança na política econômica e de redução das taxas de juros, houve uma evasão de investidores e multinacionais entre os anos de 2011 e 2014, fato que resultou no aumento do desemprego em todo país, perfazendo, em 2016, mais de 12 (doze) milhões de desempregados (AGÊNCIA BRASIL, 2016).

1.2 Implicações ideológicas da PEC 55/2016 (EC 95)

A leitura atenta do documento que justifica a proposta da Emenda Constitucional em questão (Exposição de Motivos Interministerial nº 00083/2016 MF MPDG) implica necessariamente na discussão entre o que se entende por crescimento e desenvolvimento econômico. Embora não haja consenso em torno dos conceitos, a problemática do desenvolvimento requer uma perspectiva multidisciplinar e qualitativa enquanto o crescimento econômico é exclusivamente expressão quantitativa da variação do Produto Interno Bruto.

Para tratar da temática do desenvolvimento, destaca-se a contribuição do economista indiano Amartya Sen ganhador do Nobel de Economia com a tese “Desenvolvimento como Liberdade”. Para o teórico, o atual contexto global é marcado, de um lado, por um mundo de opulência, e por outro, por um mundo de opressão e privação extraordinárias onde problemas novos e antigos se misturam (pobreza, fomes coletivas, violação de liberdades políticas elementares e formais básicas) de modo que a superação destes problemas é parte central do

processo de desenvolvimento que pressupõe proporcionar a cada indivíduo fazer suas escolhas, dar-lhe condições de agente. A condição de agente do indivíduo é restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas.

Posto isso, a liberdade individual deve ser comprometimento social e a expansão da liberdade é fim e meio do desenvolvimento que consiste na “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente” (SEN, 2010, p.10).

A tese defendida pelo economista baseia-se na necessidade de análise integrada das atividades econômicas, sociais e políticas que envolvem uma multiplicidade de instituições e condições de agente relacionadas de forma interativa. Ou nas palavras do teórico:

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades. (SEN, 2010, p. 18)

Portanto, as liberdades instrumentais são os componentes constitutivos do desenvolvimento porque contribuem para o desenvolvimento e não derivam dele cujo encadeamento vinculam e reforçam sua importância conjunta. São cinco os pilares dessa liberdade: liberdades políticas (referem-se às oportunidades para determinar quem deve governar, sob quais princípios, possibilidade de fiscalizar e criticar as autoridades, liberdade de expressão, imprensa sem censura, liberdade de escolha entre diferentes partidos); facilidades econômicas (oportunidades que dependem da capacidade aquisitiva, condições de troca, preços relativos, funcionamento do mercado, disponibilidade de financiamento e crédito e acesso a ele); oportunidades sociais (nas áreas de educação, saúde que influenciam a qualidade de vida não somente individual,

mas para participação efetiva em atividades econômicas e políticas); garantias de transparência (clareza e transparência para não haver corrupção, irresponsabilidade financeira e transações ilícitas) e, segurança protetora (para que a população não sucumba a miséria, fome e morte, e requer dispositivos institucionais como benefícios aos desempregados, suplemento de renda, distribuição de alimentos etc.).

A equipe econômica proponente da PEC 55 e a classe política que a votou parece desconhecer as implicações e diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento, haja vista que apenas o termo crescimento econômico é apresentado e, embora esteja acompanhado do argumento de gerar emprego e renda não faz menção nem sobre os aspectos qualitativos dos empregos a serem gerados, tampouco da melhoria qualitativa da renda e sua distribuição⁹.

E mais, os argumentos indicam que a responsabilidade pelo “caos” das contas públicas é da gestão federal do período compreendido entre 2003 e 2015. Porém, como apresentado anteriormente, a opção neoliberal e de inserção econômica global brasileira de modo dependente e vulnerável data do início dos anos de 1990. Portela (2016) consigna que a dívida decorreu da política de juros altos e não dos gastos sociais. Logo, o déficit fiscal no Brasil começa quando começa o processo de financeirização da nossa economia.

Ocorre que essa é a justificativa estampada no texto do ofício de encaminhamento da PEC à Câmara dos Deputados:

Faz-se necessária mudança de rumos nas contas públicas, para que o País consiga, com a maior brevidade possível, restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública. [...]. No âmbito da União, a deterioração do resultado primário nos últimos anos [...] determinou aumento sem precedentes da dívida pública federal. (Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 00083/2016 MF MPDG, p. 1.)

⁹ Supondo que a equipe econômica desconheça a tese do economista Amartya Sen, basta verificar o que os países em melhores condições socioeconômicas fizeram historicamente: investiram em educação e saúde.

A questão que se coloca é porque a conta do ajuste precisa recair sobre a parcela da população (que embora quantitativa maior tem menor poder econômico sobre as decisões políticas) historicamente penalizada pelas flutuações conjunturais e estruturais, seja com a inflação, sejam com os desvios e ineficiência dos gastos públicos, seja com o arrocho do poder aquisitivo e com a oferta de serviços públicos (leia-se, saúde e educação) precários que os mantém no círculo vicioso da pobreza?

É preciso ressaltar que os atuais gastos com saúde e educação já não conseguem contemplar toda a demanda por serviços de saúde e educação, ou seja, os gastos atuais são insuficientes. Limitar o reajuste destes investimentos apenas e tão somente com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor divulgado (IPCA) comprometerá qualquer possibilidade de avanço social nessas áreas e somente piorará o quadro de desigualdade social. O agravamento do quadro de déficit social nessas áreas decorre da obviedade da dinâmica da sociedade que exige novos serviços de saúde e de educação. Mesmo num cenário hipotético no qual a taxa de natalidade fosse estacionária, novos serviços básicos seriam necessários, considerando o surgimento de novas doenças e epidemias, o próprio envelhecimento da população e necessidade de adequação das políticas educacionais às transformações tecnológicas. Não estão sendo consideradas, portanto, as modificações demográficas básicas e elementares que renovam o rol de demandas por políticas públicas que garantam a dignidade humana e minimizem a desigualdade social.

2. Da Emenda Constitucional 95 e o (des)respeito às cláusulas pétreas

Ao enunciar que não pode ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o Constituinte incluiu no catálogo não só os tradicionalmente categorizados como individuais (liberdade de expressão, por exemplo), mas os políticos (direito de voto) e os

sociais (direito à saúde e direito à educação). Essa a lição da doutrina majoritária no Brasil: os direitos e garantias individuais, sem embargo de estarem contemplados sistematicamente no art. 5º da Constituição, não se restringem a ele, sendo possível identificá-los ao longo de todo o texto constitucional (NOVELINO, 2011, p. 427). Posição também adotada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI, 939-7/DF), manifestando-se no sentido de que os direitos e garantias individuais não se limitam ao art. 5º da Constituição Federal, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional e, ainda, decorrentes de tratados e convenções internacionais.¹⁰

Em exame prévio acerca da conformidade constitucional da EC 55/2016 nos autos do Mandado de Segurança nº. 34.448/DF (10.10.2016), o Supremo Tribunal Federal alertou quanto a impossibilidade de supressão das assim chamadas cláusulas pétreas, simplesmente porque “os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade”.

[...] As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, correm o risco de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, há, de um lado, que se permitir emendas à Constituição e, de outro, que se buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de ‘cláusulas pétreas’. Esse é o delicado equilíbrio pelo qual deve velar o Judiciário.

Contundente a defesa de Paulo Bonavides (2001, p. 54) em asseverar que os direitos sociais, consagrados como direitos

¹⁰ Na ocasião, o Rel. Min Sydney Sanches, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, inc. III, alínea “b” da Constituição Federal.

fundamentais, exigem a proteção do Poder Judiciário em face de normas que visem deteriorar o núcleo essencial desses direitos:

[...] interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. [...]. Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição.

A partir desse raciocínio, tem-se que por um lado, alterar ilimitadamente a Constituição poderá gerar insegurança jurídica, por outro, não a modificar, a fim de adequá-la ao núcleo essencial e intangível, causaria, inexoravelmente, sua ineficácia. O que deve predominar é a proteção das normas constitucionais que visam resguardar os direitos fundamentais.

Pesquisa feita junto ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), indica que a PEC 55 - que resultou na EC 95 - impactará negativamente no financiamento e na garantia do direito à Saúde no Brasil. Isto porque congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde; o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS. Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetará os grupos sociais mais vulneráveis, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país. (PAIVA, MESQUITA e JACCOUD, 2016)

Mesmo raciocínio se dá no tocante ao direito social à Educação. O congelamento de gastos no setor de ensino a partir do exercício de 2016 configurará retrocesso no atendimento às demandas destinadas à educação pública, fazendo com que o Brasil se iguale a alguns dos países mais miseráveis, como Congo, República Centro Africana e Madagascar.

No cenário trazido pelo Novo Regime Fiscal (NRF), a partir do exercício de 2018, os recursos mínimos aplicados nas áreas da saúde e da educação, “duas áreas estratégicas da atuação do Estado brasileiro que buscam assegurar acesso universal a dois dos mais importantes direitos sociais fundamentais, passam a ser uma mera atualização monetária dos recursos (corrigida pela inflação do exercício anterior medida pelo IPCA)” (VIEIRA JUNIOR, 2016, p. 30).

Portanto, a sistemática instituída pelo NRF, ao impor congelamento dos gastos públicos, conforme determina a redação do artigo 110 do ADCT, poderá acarretar implicações negativas sobre os direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, como saúde, educação e assistência social, pois trata de aplicações mínimas em ações e serviços públicos considerados pelo Estado brasileiro como essenciais desde a Constituinte de 1988, consagrados nos dispositivos 198 e 212.

A despeito de sua importância, colamos longo posicionamento de Comparato et al. (2016), quando da análise da então PEC 55, ao concluírem que a proposta viola frontalmente o núcleo essencial da Constituição do ponto de vista democrático-institucional, colocando em risco o Estado Social em construção:

Há um aprendizado histórico digno de nota na vivência da Constituição de 1988 pela sociedade brasileira: a prioridade do nosso pacto fundante reside na promoção democrática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, garantes de uma cidadania inclusiva e ativa. Justamente nesse contexto, o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional. [...]. Atualmente, porém, somos confrontados pela

proposta de redução da vinculação de gasto mínimo em ambos os setores e, o que é pior, pela desconstrução do esforço de chegarmos a 2024 com a meta de investirmos em educação pública na ordem de 10% da nossa riqueza nacional. Uma demanda das ruas que não ganhou eco. O grande problema da PEC 241/2016, particularmente no artigo 104 [art. 105 no Substitutivo] que ela pretende introduzir ao ADCT, é desconhecer a proporcionalidade entre receita e despesa como metodologia instituída no texto da Constituição de 1988, como proteção formal e material (garantia equiparável ao habeas corpus e ao mandado de segurança, por exemplo) dos direitos à saúde e à educação. [...]. Tal inversão de piso para teto desprega a despesa do comportamento da receita e faz perecer as noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento desses direitos fundamentais. Assim, o risco é de que sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. [...]. Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra.

Reforça-se que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os objetivos da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III impõe: “Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais”, isso pelo fato de que assume um papel predominantemente dirigente e transformador da realidade. A organização do Estado moderno alicerçada na Constituição inspira o modelo de Estado de Direito.

A função da Constituição é, pois, não só limitação do poder e a regulação dos organismos estatais, mas a garantia de direitos e o impedimento de violação pelo Estado. Desse modo, o conceito de Constituição ultrapassa os limites da organização do Estado, das funções dos poderes e dos direitos e deveres dos cidadãos para atingir outra gama de interesses com vistas a servir a todos os segmentos da sociedade, ainda que para tanto não exista unidade social. Portanto, a Constituição, não deve ser vista apenas como uma norma pura, em seu sentido meramente jurídico, mas como norma que resulta da conexão e interação com a realidade social que nos

cerca, que é o que lhe dá conteúdo e significado, razão de sua existência.

Por esse motivo, impõe-se ao Estado Democrático de Direito construir uma sociedade livre, desenvolver as ações necessárias para transformação e desenvolvimento da ordem econômica constitucional, o que implica em promover a real igualdade social entre o povo brasileiro:

[...] Noutras palavras, se ao Estado Democrático de direito cabe como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF/88), impõe-lhe desenvolver as tarefas necessárias de transformação, modernização, desenvolvimento e realização da ordem econômica prevista na Constituição de 1988, com o fim de não fazê-la tornar-se um papel inútil – sem valor e sem aplicação, para realmente promover a igualdade real entre os brasileiros e consequentemente a redução das desigualdades regionais e sociais (NOLASCO, 2000, p. 32).

Os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, portanto, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam substrato da democracia material-constitucional. (MORAIS DA ROSA, 2003).

Vejamos, em contraponto, o contundente entendimento do jurista Cattoni de Oliveira (2016), para quem, a PEC 241 (atual EC 95) configura um *ato desconstituente*, eis que ilegítima, e contrária aos compromissos sociais, econômicos e culturais firmados pelo Estado Democrático de Direito estruturado pela Constituição Federal de 1988, do qual resulta “não mais um regime constitucional-democrático, mas sim um ‘estado de exceção econômico’”. Isto porque:

Institucionalmente, ela pode significar não apenas a suspensão, mas sim a revogação do núcleo normativo, administrativo-financeiro e orçamentário do Estado brasileiro tal como configurado pela Constituição de 1988, já que pretende excepcionar as normas constitucionais por 20 anos. [...]. Coloca-se, pois, atualmente, em risco todas as conquistas sociais que apesar, de tudo, a

sociedade brasileira conseguiu alcançar, como é o caso do SUS e da educação pública (sem falar até mesmo nos subsídios estatais à educação prestada pela iniciativa privada). Inviabilizar o SUS é colocar em risco e perigo a vida de milhões de pessoas [...].

Significa dizer, que de nada adianta uma sociedade dispor de um ordenamento jurídico formalmente completo, repleto de normativas e garantias fundamentais, mas na prática pública, ações e decisões afrontem contundentemente a vedação ao retrocesso social de direitos fundamentais.

3. O instituto dos direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso social

Na perspectiva garantista de Ferrajoli, o instituto dos direitos fundamentais compõe-se daqueles direitos em que todos são titulares enquanto pessoas naturais, são direitos subjetivos, interesses juridicamente protegidos, como expectativas positivas ou negativas, e também são direitos universais, que pertencem a todos em condições de igualdade. Essa universalidade de sujeitos titulares dos direitos fundamentais indica que eles figuram como vínculos à conduta de todos, mas especialmente no que tange à produção das normas decorrentes dos mesmos.

Assim, os direitos fundamentais, na qualidade de normas constitucionais superiores às demais e que compreendem interesses e necessidades de todos, impõem específicos limites e vínculos tanto no âmbito da liberdade individual, como no âmbito dos poderes públicos e privados, o que refletem direta ou indiretamente a vontade da maioria exercida pelos direitos políticos, ou mesmo as vontades individuais pelo exercício dos direitos civis (FERRAJOLI, 2011, p. 686-7, 729).

Como tal, a vigente Constituição brasileira, na visão doutrinária e jurisprudencial, é norma diretiva fundamental, instituidora do Estado Democrático de Direito, tendo como características, ser compromissória, dirigente, governante e garantista, atravessando vertical e horizontalmente as relações sociais. Razão disso, aponta

Bonavides (2000, p. 233) que a Constituição governante, vinculante e programática, como a brasileira, não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito, que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia. “Enquanto Carta prospectiva, a Constituição acena para o futuro, e é como não poderia deixar de ser, garantia formal ou pelo menos promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente”. Significando dizer que, sendo norma suprema, mesmo em nome da maioria, não pode ser modificada ou infringida ao talante dos governantes públicos. A Constituição é um remédio contra maiorias, sendo o legislador obrigado a legislar respeitando seus princípios (FERRAJOLI, 1999).

Ferrajoli (2015) assegura que o constitucionalismo é a orientação que, atualmente, prevalece na teoria e da filosofia do Direito. Isso porque, após o segundo grande conflito mundial, ocorre uma profunda reestruturação dos sistemas jurídicos europeus, com a introdução das Constituições rígidas, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a intensificação do controle de constitucionalidade das leis.

O fenômeno desse novo constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição com característica compromissória e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais. Com isso, a Constituição como o fundamento ético-político da sociedade, é também o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal (STRECK, 2008).

Esses aspectos são melhores explicitados por Canotilho (2003):

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros atos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade

hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade em si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.

Dessa forma, todo o Direito deve ser compreendido à luz da Constituição, mormente porque sob o paradigma do Estado Constitucional de Direito, “o Direito possui uma nova legitimidade, que viria da própria *Constituição*”, essa que é “a representação de um contrato social, diga-se de passagem, de um contrato que encerra no seu interior, valores históricos em contínua referência ao momento de sua formação” (STRECK, 2008, p. 91).

Portanto, a renovada supremacia da Constituição a partir do Século XX dá lugar a outro aspecto, o da Constituição como norma diretiva fundamental, instituidora do Estado Democrático de Direito, a qual dirige os poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais (direitos sociais, direitos à educação, à saúde, à subsistência, à previdência, ou ao trabalho) (STRECK, 2004, p. 87).

Com isso, é preciso compreender que o Direito não cumpre mais com uma função de mera ordenação (como na fase liberal), ou de promoção (como na fase do Estado de Bem-estar Social). No paradigma de Estado Democrático de Direito, o Direito “é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade” (STRECK, 2008, p. 91).

Então, o Direito é hoje um instrumento de transformação da sociedade, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além de prever um imenso catálogo de direitos fundamentais, esses,

considerados serem a base e o fundamento da ideia de um Estado condicionado aos limites da Constituição (SARLET, 2011, p. 59).

Nesse sentido Canotilho (1999) vai dizer que o Estado de Direito é um *Estado de direitos*. Significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. A constitucionalização dos direitos revela a *fundamentalidade* dos direitos e reafirma a sua *positividade* no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para *legitimar* a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

A partir daí, as ideias de direitos fundamentais consagrados na Constituição e de divisão de poderes assumem-se como núcleo essencial do Estado Constitucional. Como afirmado por Sarlet (2007, p. 55): os direitos fundamentais alcançaram os textos das constituições em diversas partes do mundo e caracterizam-se como outorga ao indivíduo do direito a prestações sociais estatais, o que nos permite entender que do princípio da proibição do retrocesso social, decorre “o direito à manutenção do nível de realização legislativa do direito fundamental na esfera jurídica dos particulares, implicando na elevação ao nível constitucional, das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais” (ANDRADE, 1976, p. 391, apud NOVELINO, 2011, p. 532).

Na linha do jusfilósofo italiano Ferrajoli (2011, p. 773-4), as correlações entre direitos universais, como os direitos fundamentais, e os deveres absolutos, e entre os direitos absolutos, como os direitos fundamentais individuais, e os deveres universais, o que se traduz na estrutura garantista do Estado de Direito, implicam no reconhecimento dos direitos fundamentais como limites e vínculos a poderes absolutos e selvagens, tanto públicos como privados. Nesse sentido, determinam limites e vínculos à política, os poderes majoritários de governo, bem como determinam limites e vínculos

ao mercado, os poderes de disposição nas relações privadas. E isso garante, apesar da aparência paradoxal, a inderrogabilidade política e a indisponibilidade privada dos direitos fundamentais.

E por isso os direitos fundamentais revelam não só uma forma de legitimação e de justificação das cartas constitucionais, como também são fonte de deslegitimação e invalidação das regras que não lhe são consentâneas (FERRAJOLI, 2011, p. 775), equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 1999, p. 22).

Diante disso, não se pode pensar em lograr êxito da força normativa da Constituição sem que haja vontade e que se exerçam as tarefas que ela impõe – para que haja sua efetiva atuação – tendo em vista que não age sozinha (HESSE, 1991, p. 19).

3.1 O princípio da vedação do retrocesso social

No Brasil pode-se afirmar que há a previsão constitucional de proteção à inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, mais precisamente no Título II da Constituição Federal, dos artigos 5º ao 17. Com isso, considera-se que a Carta Constitucional é garantista, vinculante e compromissória, tendo especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais, como bem observado por Ferrajoli (2012, p. 232-3):

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele ‘a um ambiente ecologicamente equilibrado’ (art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida ‘sem justa causa’ e um direito a um ‘salário mínimo fixado em lei’ (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma

maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º).

Por conseguinte, é possível afirmar que o Estado de Direito brasileiro é garantista, seja pela sua estruturação normativa constituir-se através de uma Constituição forte e garantir de uma forma ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais de brasileiros e estrangeiros residentes no país, seja ainda pela imposição expressa de que qualquer restrição à liberdade deve reverência sempre à lei (CADERMATORI, 2006, p. 226).

Nessa perspectiva, o postulado da vedação do retrocesso está diretamente relacionado ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os direitos sociais, econômicos e culturais devem “implicar uma garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas” (NOVELINO, 2011, p. 533).

A elaboração do princípio da proibição do retrocesso social teve origem no seguinte questionamento: uma vez estabelecida no sistema jurídico a positividade de um determinado direito fundamental e tendo o Estado implementado medidas concretas no sentido de tornar efetivo o direito consagrado, poderia o mesmo ser suprimido ou restringido nas elaborações legislativas e interpretativas posteriores, ocasionando um retrocesso na área social atingida, por exemplo, nos direitos à educação, à saúde, à previdência e assistência social, à moradia?

Para Goldschmidt (2000, p. 33), “de acordo com o princípio da proibição do retrocesso social, uma vez reconhecido no sistema jurídico e definido como direito fundamental, esse não poderá ser suprimido ou restringido inadequadamente, a ponto de causar um retrocesso na sua atualização.” No mesmo sentido, para Zagrebelsky apud NOVELINO (2011 p. 534) “a proibição de retrocesso consiste em um impedimento imposto ao legislador, decorrente das normas constitucionais programáticas de reduzir o grau de concretização atingido por uma norma definidora de um direito social”. Essa

garantia foi consagrada no artigo 60, §4º, inciso IV, c/c o art. 5º, §2º e art. 6º, da Constituição Federal de 1988.

Ao analisar a força jurídica da vedação ao retrocesso social, Canotilho (2000, p. 339-0) sustenta:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação', ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal (STF – STA 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes (18.09.2009), ao julgar questão envolvendo o direito à saúde, entendeu:

(...) na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais).

Canotilho (1998) informa que o Tribunal Constitucional Português acolheu a tese quando do julgamento do Acórdão n. 39/84, *Caso do Serviço Nacional de Saúde*, declarando inconstitucional o Decreto Lei 254, de 1982, o qual revogara grande parte da Lei 15, de 1979 instituidora do Serviço de Saúde de Portugal. Vejamos:

[...] a partir do momento que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito

constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Referido acórdão do Tribunal Português sustentou que o princípio da proibição do retrocesso social, uma vez reconhecido um direito social, veda ao legislador eliminá-lo posteriormente num *retornar sobre os seus passos*; a jurisprudência portuguesa entendeu ser imediata a eficácia impeditiva e que, por si só, é capaz de assegurar o controle de sua aferição e eficácia constitucional (CANOTILHO, 1998). Em suma, a posição do Tribunal Português bem demonstra a função limitadora dos direitos fundamentais exercida pelo princípio da proibição do retrocesso social na medida em que fundamenta *uma barreira*, um *limite* à atividade do legislador e do intérprete, impedindo-os de programar e implementar mudanças legislativas ou interpretativas que determinem uma eficácia impeditiva de retrocesso social na área juridicamente protegida.

Com base nas premissas da proibição de retrocesso social, o Novo Regime Fiscal adotado pela EC nº. 95 em 2016, somente se justificaria se contemplasse medida compensatória ou alternativa que pudesse minimizar consequências de violação a direitos sociais provocadas pelo congelamento de despesas primárias durante os próximos 20 (vinte) anos. Nesse contexto, por impor limites de gastos mínimos corrigidos apenas com índice inflacionário, estabelece uma espécie de “sítio fiscal” que interrompe por duas décadas, a prestação contínua já garantida de serviços com saúde e educação, por exemplo, o que faz independentemente de eventual crescimento/desenvolvimento econômico ou arrecadação pública. Nesse caso, a EC n. 95 afronta o conteúdo material de regras constitucionais e infraconstitucionais de amparo e proteção a direitos fundamentais.

Logo, importa que o núcleo essencial da Constituição Federal de 1988, estruturado pelos arts. 1º, II, 1º, III, o art. 5º, §1º e o art. 60,

§4º, IV, está colocado em risco pela atual Emenda Constitucional, em total contrassenso ao dever de todos em zelar, defender e assegurar os bens e princípios constitucionais, que devem ser garantidos a esta e as futuras gerações. Isso porque, a Constituição possui uma intrínseca propensão ao futuro (VALENTI, 2009, p. 63),¹¹ pois conforme Moreno (2015) as suas normas permanecem válidas e eficazes sucessivamente, geração após geração, sem que precisem ser renovadas ou reeditadas periodicamente, dependendo o seu sucesso e efetivação de uma perspectiva temporal alongada (tendência à perpetuidade), a compreender contínuas gerações em colaboração. Isso se dá, porque os bens e os valores abrangidos pela ordem essencial constitucional básica (CANOTILHO, 2003) integram uma esfera de consenso essencial, que todos os indivíduos, atuais e futuros, “como livres e iguais, podem ser razoavelmente esperados a aprovar à luz dos princípios e ideais aceitáveis à sua razão humana comum” (RAWLS, 1993, p. 137).

Considerações finais

Os direitos fundamentais envolvidos na reforma constitucional em análise, mormente saúde e educação, representam conquistas históricas consagradas pela ordem jurídica, contexto em que são condições essenciais à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado e seus órgãos, respeitar e fazer respeitar o conteúdo formal e material da Carta Constitucional, permitindo-lhe avançar em consonância com a sucessão geracional e legitimar-se para o e no futuro, por meio de ações e políticas públicas permanentes.

Considerando-os cláusulas pétreas, a Constituição Federal de 1988, por isso mesmo, protege os direitos fundamentais de todas as dimensões, contra qualquer iniciativa legislativa, administrativa e de

¹¹ “O ato constituinte não tem uma dimensão apenas virada para o passado. Pretende também, e a título principal, comandar e condicionar o futuro e designadamente a produção jurídica futura”, sendo corroborado por Canotilho (2003): “basta olhar para as cartas fundamentais e verificar que elas se preocupam, de uma forma ou de outra, com o tempo da vida humana”.

interpretação judicial, que vise a mitigar sua abrangência e a violar seu núcleo essencial, em conformidade com o estabelecido pelo art. 60, §4º, inciso IV, c/c com o art. 5º, §2º e art. 6º, sob pena de torná-los *esvaziados* ou *despidos de eficácia* em face da subjetividade ou da arbitrariedade do agente limitador, especialmente diante do “valor da dignidade da pessoa humana, porque a pessoa é o *valor-fonte* de todos os valores ou o *valor fundante* da experiência ética”.

A Emenda Constitucional 95, de 2016, estabelece que, por até vinte anos, serviços públicos com saúde e educação sofrerão limite de investimento anual, implicando em menos recursos para investimentos em ações necessárias para sua efetivação. Com isso, poder-se-ia estar diante de possível violação ao princípio da proibição ao retrocesso social, o qual veda que direitos fundamentais (sociais), uma vez efetivados e conquistados, já contemplados como conquista civilizatória e incorporados no sistema jurídico e patrimônio de pessoas, tais como o direito à saúde, educação e assistência social, bem como a adoção de Programas e ações que os garantam e possibilitem seu exercício, não sejam extirpados ou inadequadamente restringidos ou impedida a sua eficácia. Isso implica, que ações estatais implementadas hoje, garantam o mínimo essencial para as presentes, mas também assegurem que as gerações futuras, de igual maneira, tenham potenciais benefícios e oportunidades. Nessa perspectiva, tais conquistas passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjetivo de cada pessoa que não pode ter a sua eficácia impedida pelo retrocesso social. É dizer, não devem sofrer solução de continuidade permanente por meio de programas e ações públicas. Significa com isso, que quaisquer meios alternativos ou compensatórios, que tendam, de qualquer forma, diminuir sua efetivação, sejam considerados inconstitucionais.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. **Desemprego sobe para 11,8% e atinge 12 milhões de pessoas, diz IBGE**. 2016. <<https://www.agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-09/desemprego-sobe-para-118-e-atinge-12-milhoes-de-pessoas-diz-ibge>> Acesso: Nov. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. García-Pelayo e o Estado Social dos países em desenvolvimento: o caso do Brasil. In: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CADEMARTORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 (“Novo Regime Fiscal”): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1988**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/estado-de-excecao-economico/>> Acesso Nov. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira. PINTO, Élica Graziane. SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis**. Artigo de Opinião. CONJUR. 27.07.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>>. Acesso Nov. 2016.

FERRAJOLI, L. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, L. O Constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, L. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. 1. Teoría del derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón, Juan Carlos Bayón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**, n. 14, p. 29-36, 2000.

GONÇALVES, Reinaldo. **Desenvolvimento às avessas: verdade, má fé e ilusão no atual modelo brasileiro de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e Desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro**. 2000. Disponível em: <www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>. Acesso Nov. 2016.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

MORAIS DA ROSA, A. **O que é garantismo jurídico?** (teoria geral do direito). Florianópolis: Habitus, 2003.

MORENO, N. de A. **A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional**. Série D-9. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos Doutorado e Mestrado. Concepção Gráfica Jorge Ribeiro, Abril. 2015. ISBN 978-989-8787-17-0.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. **O novo regime fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016 (Nota técnica, nº 27). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_27_disoc.pdf

PORTELA, Laércio. Marco Zero Conteúdo. **Tânia Bacelar na UFPE: a PEC 55 e a máquina brasileira de produzir desigualdade**. Disponível em: <http://marcozero.org/tania-bacelar-na-ufpe-a-pec-55-e-a-maquina-brasileira-de-produzir-desigualdade/>. Acesso Out. 2016.

RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 34.448/DF**. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Íntegra da decisão proferida pelo Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/MS34448.pdf. Acesso Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 939-7/DF**.

STRECK, L. L. **Decisionismo e discricionariedade judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil**. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito. Coimbra: Almedina, 2008.

STRECK, L.L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. 2ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

VALENTI, V. **I Principi Costituzionali in Materia Previdenziale e la loro Dimensione Intertemporale**. Capítulo III. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale (SSD IUS/08). 2009. Università di Bologna. <<http://amsdottorato.cib.unibo.it/2063/>.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC Nº 55, de 2016** (PEC n. 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol53>. Acesso Nov. 2016.

A COMPLEMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO ATRAVÉS DE UMA FUNDAMENTAÇÃO PLURAL E OS DE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Rodrigo Soncini de Oliveira Guena¹

Juliano Gil Alves Pereira²

Introdução

O Direito é a última forma de controle social, criando padrões de conduta e formas para imposição destas regras, o que caracteriza a coercitividade típica do Direito. Existem outros sistemas de controle social, porém não dotados de coercitividade. A coercitividade no Direito se caracteriza por dois elementos: (1) sanção, cujos tipos e extensão fogem ao âmbito deste trabalho; e (2) sistemas de solução de conflitos sociais e de imposição dos padrões de conduta e das sanções.

¹ Professor universitário e presidente da Comissão de Cultura da 63ª Subseção da OAB/Jales. Mestre em direitos humanos pela UFMS, mestre em ciências ambientais, pós-graduado em direito empresarial e em direito penal e bacharel em direito pela USP. Advogado. E-mail: rguena@hotmail.com

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad Del Museo Social Argentino* – UMSA ;Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Professor assistente efetivo dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, registrado no CNPQ; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XI – São José do Rio Preto – gestão 2013/2015; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XXV – Fernandópolis – desde 2016; Advogado militante na Comarca de Santa Fé do Sul-SP. E-mail: julianogiladv@gmail.com.

Mesmo antes da criação do Estado moderno, estes elementos se encontravam presentes nas ditas sociedade tradicionais, como objeto de estudo da Antropologia Jurídica. As soluções encontradas nestas comunidades se baseavam em uma maior participação das partes envolvidas, direta ou indiretamente (através de terceiros intervenientes), e dependiam da vontade destas partes. Porém, com a criação do Estado moderno (em um viés contratualista), o Estado passou a monopolizar o poder, inclusive para solucionar conflitos sociais e fazer cumprir sua decisão, independentemente da participação ou vontade dos envolvidos, como terceiro interveniente. Este poder de intervir, solucionar o conflito e fazer cumprir sua decisão através do exercício da violência “legítima” recebeu o nome de Jurisdição (“direito de dizer o direito”).

O conceito de Jurisdição parte da ideia de unidade interna ao Estado e à sociedade que o compõe, pois, a própria jurisdição se diz una. Desconsidera, assim, a pluralidade cultural e mesmo social que caracterizam os Estados modernos, notadamente após a Globalização. A globalização rompeu fronteiras e aproximou os Estados, as sociedades e os povos, promovendo uma miscigenação e perda de individualidade social.

A globalização, nestes termos, rompeu o pressuposto da jurisdição estatal, não mais se admitindo solução única para os conflitos sociais sem considerar a peculiaridade destes conflitos e daqueles neles envolvidos. Propugna-se assim a volta para soluções consensuais (como nas sociedades tradicionais), mesmo nos âmbitos internos dos Estados. Deste modo, o acesso à Justiça, como direito e garantia – dos demais direitos – dos homens e forma de pacificação social, não deve ser entendido unicamente como acesso à Jurisdição (Poder Judiciário estatal), mas sim à meios que permitam a solução de conflitos sociais e a pacificação da sociedade, mesmo que diversos da jurisdição.

Deve-se buscar também estes sistemas consensuais, por levar em consideração a vontade dos indivíduos, e alternativos à Jurisdição para respeito às diversidades internas. A forma e grau de adoção destes dependerá da própria sociedade adotante, daí porque

se fará a apresentação de propostas advindas de países diferentes. Neste contexto, os intuitos do presente trabalho são: (1) apresentar o cenário multicultural e seus efeitos na solução de conflitos, (2) identificar que o Estado não é a única entidade capaz de solucionar conflitos, (3) apresentar as alternativas à jurisdição em âmbito nacional e, por fim, (4) apresentar as vantagens (e desvantagens) que estes métodos apresentam em relação à Jurisdição estatal, tanto aos indivíduos quanto à própria sociedade e mesmo ao Estado.

O Método de abordagem escolhido para conduzir o trabalho é o indutivo (parte do fenômeno para o todo), a partir de fenômenos com o (a) pluriculturalismo, (b) número de conflitos sociais e (c) gargalo judiciário. O método de pesquisa é documental e bibliográfico pela análise Cartesiana (duvidar, decompor, ordenar, classificar e revisar).

1. Jusnaturalismo x Juspositivismo

O Direito é, numa abrangência geral, (a) forma de controle social (formal), (a') prevendo normas de condutas aos indivíduos e (a'') sanções para seu descumprimento, aplicáveis por (b) órgãos capazes de dirimir conflitos sociais, mesmo nas sociedades tradicionais, assim definidas pela ausência de (i) escrita e (ii) poder político centralizado. Isto em um conceito de realismo jurídico, cujo enfoque é justamente a aplicação das normas (ainda que verbalizadas) e suas consequências, ou seja, as sanções aplicadas.

O Direito é a forma de controle social por excelência, pois atua quando as demais formas (moral, religião etc.) falham. Por isso, o Direito é, e deve ser, coercitivo, para obrigar os agentes sociais e econômicos a agirem em sua conformidade.

O Direito tido como ciência é recente, a partir do século XIX. Porém, anteriormente, na idade antiga, principalmente na Grécia e em Roma, o Direito era encarado como a busca pelo justo (*jus*) e pela retidão (*derectum*). (SALGADO, 2008, p. 25) O Direito não era definido em si (pelo que é/era), mas pela sua finalidade (busca da justiça).

A partir do século XIX, passa-se a buscar definir o Direito em si (pelo que é), encarado como ciência, em duas vertentes: (a) Direito Natural e (b) Direito Positivo, o leva a um afastamento do Direito (enquanto ciência) da sua finalidade maior, que é a pacificação social e busca pelo justo ou Justiça.

1.1 Jusnaturalismo e sociedades tradicionais

No jusnaturalismo, o direito natural – oriundo da condição da própria natureza, de um ente superior, do próprio homem ou de costumes e tradições sociais – é prévio à noção de Estado – e regras ditas por este Estado. A origem deste Direito varia entre as comunidades e sociedades, mas fato é que, como elementos comuns, (a) não são normas criadas pelo Estado, até porque prescinde de Estado para se ter Direito; e (b) funda-se na busca de justiça, liberdade, moral, dentre outros (vide supra).

É nesta premissa de que existe Direito sem Estado que se funda os estudos da Antropologia Jurídica, que busca analisar (a) as relações de poder e entre poderes (materiais e não formais) e (b) solução dos conflitos sociais.

Elisabetta Grande (2011) iniciou a análise da aplicação das regras e solução dos conflitos pela ausência ou presença de um terceiro na solução do conflito. Assim, dividiu as formas de solução de controvérsias em (1) autotutela e (2) heterotutela, respectivamente. E, dentro da heterotutela, dividiu em (2.1) meios alternativos ou consensuais (vontade) – (2.1.1) Mediação, (2.1.2) Conciliação e (2.1.3) Arbitragem – e (2.2) métodos jurisdicionais (coerção).

Zoraide Amaral de Souza (2004 apud FREITAS, 2002, p. 30) afirma que os primeiros vestígios do sistema arbitral, ou seja, uma terceira pessoa solucionando problemas da vida em sociedade, foram conhecidos na Babilônia, na Grécia antiga e em Roma.

Na antropologia, comumente, não há distinção dos métodos e que nos dois primeiros (mediação e arbitragem) é necessária

aceitação voluntária pelas partes, porém a doutrina do Direito faz diferença e esta será apresentada no curso do trabalho.

A preponderância do método variou a depender da sociedade estudada, mas mesmo as tradicionais possuíam seu método preponderante. Nas sociedades mais primitivas preponderaria os métodos consensuais e nas sociedades mais evoluídas os métodos jurisdicionais. Contudo, Elisabetta Grande (2011) identificou uma tendência de as sociedades modernas voltarem aos métodos consensuais (do que o Código de Processo Civil de 2015 se valeu).

Os métodos consensuais buscam um acordo entre as partes, com as seguintes vantagens: (a) leva em consideração as circunstâncias pessoais das partes; (b) permite ampliação das questões discutidas (afinal, é um acordo); e (c) instigação às partes de pensar e explicitar as razões do conflito, com maior comprometimento dos indivíduos e de suas relações ao final.

1.2 Positivismo Jurídico e jurisdição

Inicialmente, é preciso ter em mente que o termo “juspositivismo” é de uso generalista e abarca escolas internas. Contudo, vertente comum é entender o Direito posto (positivo) como aquele que vem de uma autoridade central, mormente o Estado.

Segundo Elisabetta Grande (2011), a enunciação de um direito estatal depende de uma série de fatores: (a) escrita; (b) juristas profissionalizados (e não leigos); (c) presença de Estado; (d) raciocínio abstrato e geral (a partir de uma lógica dedutiva do(s) caso(s)), de modo a desconsiderar peculiaridades; (e) formalidades e forma (aplicáveis na solução dos conflitos), com fim de (e’) destacar o status (superior) de quem julga (lembra-se as perucas dos juízes ingleses) e (e’’) evitar o enfrentamento – direto e violento – entre as partes) (infra).

O Positivismo Jurídico surge junto ao Iluminismo, pois, buscando uma maior segurança jurídica, optou-se por uma legislação escrita e sistematizada, para o Magistrado (Juiz) limitar-se

aos ditames da lei. O ápice desta sistemática foi a escola francesa da exegese (juiz como mera boca da lei) em que se dizia que a lei, sendo claro, sequer caberia ao Juiz promover qualquer interpretação (*in claris cessat interpretatio*).

A ideia de Direito Positivo (emanado do Estado) surge da ideia de criação do Estado. Na concepção contratualista, os indivíduos, através de um contrato (social) entre eles, cederiam parcelas de seus poderes individuais para um ente maior, o Estado, que passaria a se utilizar com exclusividade da força (“violência legítima”) com o intuito de solucionar os conflitos individuais e da pacificação social: fim da guerra de todos contra todos, no estado de natureza (Hobbes) ou no estado social (Rousseau).

Para Hobbes, a lei da natureza é positivada pelo Estado após o contrato social e seu descumprimento, então, acarretará sanção (negativa), imposta com base na força Estatal. (SALGADO, 2008, p. 42-43). Interessante notar que a origem e finalidade do Estado é justamente servir de terceiro interveniente (heterotutela) na solução de conflitos individuais. Este poder que o Estado possui de interferir na esfera individual para solucionar conflitos e fazer cumprir sua decisão, no exercício da violência legítima, é chamado de Jurisdição, derivado da aglutinação das palavras “Juiz” com função de “dizer” o Direito para o caso concreto.

No exercício da Jurisdição como meio de solução de controvérsias, o Positivismo Jurídico, superando o subjetivismo anterior, apresenta ganhos em (i) legitimidade, (ii) neutralidade, (iii) previsibilidade, (iv) informação e, em última análise, (v) segurança (social e jurídica), tanto na criação quanto na aplicação das normas (SALGADO, 2008, pp. 26-28). Porém, apresenta grande afastamento em relação às partes, conforme supra mencionado à luz da doutrina de Elisabetta Grande (2011).

Hans Kelsen (1999) é um dos principais juristas da escola positivista. Em sua “Teoria Pura do Direito”, se propõe a fazer um recorte do Direito e dele afastar as relações com a sociedade, economia, política etc. Essa ideia foi superada com o Realismo norte-americano, que percebeu que a norma enunciada pelo poder

legislativo e norma aplicada (poder executivo e poder judiciário) não necessariamente coincidem, pois, as normas aplicadas dependem sempre de uma escolha pelo aplicador.

Assim, novas acepções do direito têm mitigado os pressupostos juspositivistas em uma definição mais alargada do Direito, com fundamentos políticos, sociológicos e axiológicos (SALGADO, 2008, p. 23), no que já se poderia classificar como (a) realismo e (b) pós-positivismo.

No realismo, existem vários critérios para subsidiar esta escolha pelo aplicador, sendo que Elisabetta Grande (2011) exemplifica 02 (dois): (a) análise Econômica do Direito – aplicador se orienta por critério de eficiência econômica; e (b) “Legal Process” – aplicador se orienta por critério de estrutura normativa. Estes critérios de escolha pelo aplicador seriam fora do direito e a melhor forma de analisar estes elementos (externos ao direito, mas que influem nas decisões) seria analisar as sociedades não positivadas (tradicionais) (ainda não “engessadas” pelo positivismo).

Já o Pós-positivismo Jurídico é dito como a volta da ética e moral às ciências jurídicas, preocupando-se com a hermenêutica das leis e a justiça das decisões nos casos concretos. Assim, apresenta-se em dois enfoques: (1) ampliar o conceito de Direito, que engloba a pretensão à correção material (moral), com ênfase no papel exercido pelos princípios e na argumentação jurídica; (2) equacionar (2.1) poder discricionário do julgador bem e (2.2) determinação do Direito no caso concreto, de modo a alcançar a conciliação entre validade formal e validade material (legitimidade). (DUARTE, 2011)

1.3 Críticas ao formalismo na solução de controvérsias

Elisabetta Grande (2011) critica o formalismo na solução de controvérsias, principalmente na decisão jurisdicional, pois: (a) não há nenhuma pretensão de conciliar as partes (e por isso não se leva em consideração as circunstâncias pessoais das partes ou motivos extrajurídicos), mas sim resolver o conflito com força (o que pode levar à descontentamento à ambas as partes). Por isso, na decisão

judicial, (b) a norma jurídica é mais rígida (o que pode levar a injustiças, por não considerar as peculiaridades concretas), bem como acaba por afastar as partes em conflitos dos meios (formais) de solução de conflitos (“conflitos mudos”), o que a criminologia moderna chama de “cifras cinza e negra”.

Tais “conflitos mudos” correspondem aos conflitos sociais que não são apresentados aos métodos de solução de controvérsias, em razão, por exemplo, de (i) sacralização e ritualística no procedimento formal, (b) mecanismos de ridicularização das partes e vergonha destas (GRANDE, 2011, p. 33) e (iii) altos custos dos meios formais.

Em relação aos meios formais de solução de controvérsias, sempre dependeram de formas e fórmulas ritualizadas para legitimação e execução dos próprios julgamento e julgados.

Segundo Rivière (1996, apud GIULIANI, 2006, p. 22) é sistema de comunicação simbólica composto por 02 (requisitos): (1) objetivo pela forma repetitiva e (2) subjetivo por um significado (requisito subjetivo). No momento do julgamento, a ritualista expressa significados mais destacados: (1) de destacar o *status* (superior) de quem julga (lembra-se as perucas dos juízes ingleses), investido de poder; e (2) diferencia aqueles com conhecimentos (sabe o ritual) e, que, assim, podem atuar no julgamento, dos demais, (2.1) dando importância ao próprio ato; (2.2) imitando nos demais agentes sociais a crença sua na importância e perpetuidade; e (3) evita o enfrentamento – direito e violento – entre as partes.

Modernamente, Antoine Garapon (1997, apud GIULIANI, 2006, p. 86) menciona que a toga é uma vestimenta institucional, pois o homem que a habita se torna a própria instituição; e tem dupla finalidade, protetora e purificadora, pois protege contra o contato inopinado com o impuro e, com violência autorizada, purifica a sociedade. A toga é uma autoridade conferida aos atores do ritual judiciário pelo corpo social, sendo um divisor entre a “violência correta e a incorreta”, autorizando o uso da violência correta pelo tribunal protegido pelo escudo protetor sem sujar as mãos. A acusação e a defesa também utilizam a “beca” negra, com fim de que, nos debates muitas vezes acalorados pela situação e pelas

parcialidades defendidas, livrar que estas discussões sejam levadas para o lado pessoal (anonimato pessoal liberando as potencialidades agressivas).

Em relação à ridicularização da parte, para Alfred Radcliffe-Brown (1970, p. 2) corresponderia a uma sanção difusa da sociedade por sua “desaprovação” social de comportamento (NOBREGA, 2013, p. 3) e atualmente é estudada pela “Teoria da Vitimização” em processo penal. Ressalta-se, ainda, que a própria aplicação ritualística dos meios formais de solução de controvérsias acaba por desestimular as partes de procurá-los, sendo disfuncionais à pacificação social.

2. Globalização e multiculturalismo

O estudo em uma perspectiva comparada e interdisciplinar é fundamental, pois ao estudar uma realidade diferente, deixa-se de naturalizar o objeto estudado. Para Geertz (2000, p. 329, apud MIZUTA e COSTA, 2015), o Direito é saber local (lugar e época), daí porque a questão cultural é essencial para compreensão dos métodos de solução de conflito, porém não se pode ignorar o estudo comparado e interdisciplinar.

O atual período, fruto de fatores de ordem política e econômica, experimentou uma transformação sem precedentes, especificamente pela aproximação de povos e culturas e pela completa modificação das relações interpessoais. A humanidade nunca esteve tão próxima, principalmente pela modernização dos meios de comunicação, como as diversas redes sociais. Assim, a sociedade está cada vez mais dinâmica e plural, globalizada, que sobrepuja o âmbito Estatal e da justiça estatal. (AQUINO e ZAMBAM, 2016)

O aumento da opressão socioeconômica e da própria exclusão social estaria ocasionando a diminuição da capacidade de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais. Neste sentido:

Está assim denominada a crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (...), é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de

todas as espécies e “gerações”, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário da práxis neoliberal. (SARLET, 1999, apud AQUINO e ZAMBAM, 2016, p. 335)

O século XXI afirmará sua capacidade de construir Justiça na medida em que fomentar a efetivação do direito das culturas nos diversos contextos e a atualização dos valores mais importantes da democracia, especialmente a tolerância e os direitos humanos. As pretensões universalistas dos direitos através da articulação que se faz entre fato e norma, o que denomina “senso de justiça”.

Ao Estado cabe reconhecer várias instâncias que oportunizam os debates públicos para melhoria da Democracia e do Direito. Isto porque, menciona Amartya Sen (2011), o Estado, nascido de um contrato social (vide supra), advém da reunião de múltiplos indivíduos, interesses e cultura, de modo que não poderia impor “a sua justiça” (pressuposta única e perfeita), porque não existiria no singular.

Na medida que vários sujeitos – estatais e não estatais – participam e cooperam para mitigar as acentuadas desigualdades produzidas por ações locais ou globais, percebe quem neste cenário plural, a elaboração da Justiça se evidencia pelo seu contrário: a Injustiça.

Segundo Amartya Sen (2011), a conclusão de injustiça não precisa decorrer de um único e contundente argumento, mas sim da conjugação de todos eles, daí facilitar a fundamentação plural em uma sociedade igualmente plural. Como critério definidor ou norte interpretativo, a injustiça está relacionada com a possibilidade de evitação do resultado, do contrário, não se teria injustiça. A ideia é prevenir injustiças manifestas no mundo, em vez de buscar o que é perfeitamente justo.

Elisabetta Grande (2011) reforça sua crítica aos meios jurisdicionais afirmando que os sistemas (tradicionais) que se encontram em decadência com a globalização. A sociedade de massa leva a uma perda dos controles sociais (formal e informal). Somado a isso e aos custos dos processos judiciais, há uma enormidade de

conflitos que não chegam ao judiciário (“conflitos mudos”), daí trazer estes conflitos às soluções apresentadas (precipuaamente às consensuais).

2.1 Jurisdição e acesso à Justiça

A Jurisdição estatal encontra-se em crise, na medida em que se exige um aparato que comporte o número de demandas diárias distribuídas, o que desemboca em altos custos para toda a máquina jurisdicional. O sistema recursal também não contribui para a agilidade da entrega da prestação jurisdicional, representando verdadeiro funil que atravanca inúmeros processos. Neste passo, a Justiça passa a ser cada vez mais morosa. (FREITAS, 2002)

Eugenio Facchini Neto (2009 apud MIZUTA e COSTA 2015) constatou uma crescente incapacidade institucional dos sistemas jurídicos tratarem novas demandas, inclusive por ser considerada (i) cara, (ii) custosa e (iii) lenta, levando a busca de meios alternativos, principalmente por dois fatores: (a) dificuldade de acesso à justiça pelos mais pobres, principalmente diante do alto custo e da duração do processo ordinário; (b) insatisfação crescente com o formalismo e valorização do papel das partes na tomada de decisões.

A crise do judiciário reflete na crise da jurisdição e na dificuldade em promover a pacificação social através da composição satisfatória das lides.

No direito moderno, ao estudar as barreiras ao acesso à justiça, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988 apud MIZUTA e COSTA, 2015) desenvolvem a teoria das ondas renovatórias de acesso à justiça, sendo que as formas alternativas de resolução de conflitos estariam contidas na terceira onda. A primeira onda enfatiza a necessidade de amparar àqueles que não têm como custear as despesas processuais, como honorários e demais valores. A segunda onda, com a representação dos direitos e interesses transindividuais. E a terceira onda busca (a) atacar barreiras ao acesso e (b) explorar mecanismos privados e informais de solução de litígios,

principalmente com os chamados métodos alternativos para resolução de controvérsias:

Inicialmente, já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, pp. 70-71 apud TRISTÃO e FACHIN, 2009, p. 54)

Assim, o acesso à justiça permite a busca por meios alternativos de solução de conflitos, pois não se deve limitar a atuação judicial, mas extrajudicial também. O acesso à Justiça deve conter meios de pacificação de conflitos, assim como “(...) a ordem jurídica deve oferecer instrumentos hábeis à consecução, rápida, segura e justa de uma pretensão.” (TRISTÃO e FACHIN, 2009, p. 54)

Nas formas alternativas, há tendência a (a) desformalização e (b) deslegalização. Desformalização diante da necessidade do Estado de se ter uma maior eficiência orçamentária para diminuição do custo, da duração do processo e do trabalho do magistrado a partir da composição extrajudicial das lides. Deslegalização como uma busca por uma solução mais consensual e menos legalista das controvérsias.

Três observações: (1) se a jurisdição for tratada como a única possibilidade de alcançar a pacificação das relações, estariam as partes limitadas ao poder formal e a coerção (o Estado substitui a vontade das partes); (2) com sobrecarga do Poder Judiciário; e (3) o direito à justiça não pode ser encarado como mero direito de ação (sinônimo de atuação do Estado). (SPLENGLER, 2012, p. 102 apud MIZUTA e COSTA 2015)

Kazuo Watanabe defende a aplicação da Justiça além da jurisdição, pois:

“(...) A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o

acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. ” (WATANABE, 1988, p. 128, apud TRISTÃO e FACHIN, 2009, p. 56)

Neste sentido, o acesso à Justiça é princípio, garantia e direito fundamental na busca do justo e como elemento essencial para o exercício integral da cidadania. Daí a importância de sempre ampliar o acesso à Justiça. A utilização dos meios alternativos para solução de conflitos é uma via legítima, por ser democrática, para ampliar e dar maior efetividade ao acesso à Justiça, na sua concepção de pacificação social (justa).

2.2 Justiça(s) multifacetada(s)

2.2.1 Estados Unidos da América e os meios alternativos

Nos Estados Unidos da América, Elisabetta Grande (2011) destacou os instrumentos da *ADR – Alternative Dispute Resolution* (meios alternativos de solução de conflitos, em tradução livre), no qual se buscou a substituição dos métodos conflituais de resolução das controvérsias por métodos de feição mais conciliatória, com privatização da justiça por meio da mediação, conciliação e arbitragem.

Os meios alternativos são assim chamados pois se constituem em alternativas à jurisdição, ou seja, ao Poder Judiciário instituído pelo Estado e ao processo. Os meios alternativos prescindem destes (Estado-juiz), pois se baseiam e dependem de maior participação e mesmo consenso entre os próprios envolvidos diretamente no conflito, daí serem chamados também de “métodos consensuais”.

O processo judicial norte-americano é complexo, extremamente técnico e com custos elevados, o que inspirou a busca por soluções mais rápidas e menos onerosas, tanto que, nos EUA, 95% das causas (lides) são compostas pelas partes antes da sentença final, seja por meios alternativos à jurisdição prévios ao processo, seja mesmo internamente ao processo. (MIZUTA e COSTA, 2015, p. 340)

Podem-se classificar os Meios Alternativos (ADRs) segundo três critérios. Primeiro, (1) quanto à obrigatoriedade, identificando-se os (1.1) obrigatórios e os (1.2) facultativos. Porém, o resultado não seria vinculante, nem quanto aos primeiros, podendo a parte requerer novo julgamento no judiciário. Nos meios prévios e obrigatórios, estes funcionariam como condição de procedibilidade da ação judicial.

Pelo segundo critério, (2) quanto ao modelo, identificando-se os (2.1) conciliatórios (*consensual-oriented-model*) e os (2.2) decisórios (*decision-oriented-model*). Nos modelos conciliatórios, busca-se a solução do conflito através de uma solução acordada entre as partes (bons ofícios, mediação e conciliação). Nos modelos decisórios, busca-se uma solução do conflito por decisão de terceiro, desde que este terceiro não seja um juiz (arbitragem).

O terceiro, como especificou Elisabetta Grande (2011), quando da presença ou da ausência de um terceiro na solução do conflito, o que é conhecido, respectivamente, por (a) autotutela (negociação entre as próprias partes) ou (b) heterotutela (mediação, arbitragem e decisões jurisdicionais). Observa-se que (a) na mediação, o terceiro (mediador) apenas aproxima e incentiva as partes a resolverem o conflito; (b) na arbitragem, o terceiro (árbitro) escolhido pelas partes decide por elas; (b) na jurisdição, o terceiro (juiz) que decide pelas partes é um agente/órgão público.

2.2.2. Argumentos favoráveis e contrários aos ADRs: aspectos subjetivos e objetivos

Analisando a doutrina supracitada (GRANDE, 2011; MIZUTA e COSTA, 2015), pode-se compilar os argumentos favoráveis e desfavoráveis aos meios alternativos de solução de conflito.

Primeiramente, os argumentos favoráveis: (a) incentivar a rápida resolução de conflitos; (b) permitir menor custo; (c) maior participação das partes sobre o processo e conseqüentemente uma reconciliação a partir de uma comunicação mais eficaz entre elas.

Segundo Facchini Neto (2009 apud MIZUTA e COSTA, 2015, p. 343), “(...) enquanto o processo judicial ordinário ‘olha para o passado’ da relação litigiosa, a ADR ‘olha para o futuro’, ficando mais próxima da ideia de justiça coexistência (...)”. Ainda, alguns defensores citam como vantagem a retirada do Poder Judiciário das ações de menor valor econômico e relevância jurídica, cuidando a justiça ordinária apenas dos casos mais relevantes.

Por vez, os argumentos desfavoráveis: (a) risco de uma justiça de segunda mão, por falta de imparcialidade do juiz, menor qualificação e redução das garantias processuais; (b) dificuldade de acesso por grupos mais vulneráveis (social, econômica e de conhecimento); (c) não diminuição da desigualdade entre as partes; (d) não proteção das partes vulneráveis; (e) dificuldade ou impossibilidade dos ADRs lidarem com direitos indisponíveis (vida, liberdade, dignidade etc.); e (f) discordâncias na fase executória.

Existem, ainda, críticas quanto à motivação pela adoção das soluções consensuais ou ADRs pelas partes (aspecto subjetivo) e pelo próprio Estado (aspecto objetivo).

No aspecto subjetivo da crítica, Owen Fiss (2004 apud MIZUTA e COSTA, 2015, p. 346) critica a motivação de soluções consensuais pelas partes, pois o acordo muitas vezes reflete o poder e quantidade de recursos que cada uma das partes possui para financiar o processo judicial e, assim, a disparidade de recursos entre as partes poderia influenciar acordos. A parte mais pobre, por exemplo, pode simplesmente fazer o acordo com mais rapidez por precisar imediatamente dos recursos advindos com ele.

No aspecto objetivo, Michele Taruffo (2002 apud MIZUTA e COSTA, 2015, p. 344) critica a motivação ou intenção de adoção de ADRs pelo Estado, se apenas como meio de desafogar o Poder Judiciário, no sentido de se buscar unicamente uma solução, qualquer que seja ela. Ou seja, faz-se apenas uma análise quantitativa (número de demandas e decisões) sem se preocupar efetivamente com a qualidade desta (efetiva solução ou pacificação).

As críticas quanto os aspectos subjetivos e objetivos (não proteção às partes e não lidar com direitos indisponíveis postas aos

ADRs), partem do ideário (positivista) de que apenas o Estado, através da figura do magistrado treinado e isento, tivesse condições de viabilizar esse acordo justo. Porém, em razão da pluralidade social e a globalização (vide supra), mesmo o Poder Judiciário – infelizmente – encontra-se incapacitado de permitir esta maior proteção às partes, seja porque (a) as normas, quando elaboradas pelo Poder Legislativo, não apresentam o necessário grau e critério de *discrimem*, seja porque (b) o Poder Judiciário encontra-se abarrotado, por falta de infraestrutura dada pelo Poder Executivo, sem que o Magistrado possa se debruçar com a calma e atenção devidas a cada um dos casos concretos sob sua responsabilidade.

2.2.3 ADRs em espécie

Há previsão no Artigo 33, Cap. VI, da Carta da ONU, de 4 (quatro) grandes gêneros de ADRs – *Alternative Dispute Resolution* (meios alternativos de solução de conflitos, em tradução livre): (a) Bons Ofícios, (b) Conciliação, (c) Mediação e (d) Arbitragem, com aplicação direta e interna nos EUA e também em outros países, como o Brasil.

Nos (1) Bons Ofícios, uma terceira parte oferece sua colaboração para resolver uma lide internacional e limita-se a aproximar as partes em litígio. É meio diplomático de solução de controvérsias. Aqui, o terceiro se limita a aproximar as partes, não tendo qualquer influência ou participação nas tratativas.

Na (2) Mediação, uma terceira parte oferece sua colaboração para resolver uma lide internacional e a aproximar as partes em litígio, como nos Bons Ofícios, porém, o mediador vai mais além e pode propor uma solução pacífica para o conflito (mera sugestão).

Na (3) Conciliação, um grupo de conciliadores especializados analisa o caso e as reivindicações de ambas as partes e apresenta a melhor solução que entendem possível para ambas as partes, promovendo efetiva negociação entre elas. Contudo, o relatório dos conciliadores não tem força vinculante (não precisa ser obrigatoriamente adotado pelas partes).

Na Mediação e na Conciliação as partes, chegando a um acordo, assinam um “Contrato de Transação”, que será obrigatoriamente por escrito.

Na (4) Arbitragem, as partes optam (seja prévia ou seja posteriormente ao surgimento do conflito) para que o conflito surgido seja resolvido por meio de arbitro(s) (normalmente no número de três) especializados (conhecimentos técnicos sobre a matéria em que versa o conflito), sem intervenção do Estado. Haverá um processo e um laudo arbitral, no qual o(s) árbitro(s) efetivamente decidem e solucionam o conflito, com caráter vinculante (adoção, respeito e cumprimento obrigatórios). Porquanto, o Laudo Arbitral tem a mesma natureza vinculante de uma sentença judicial.

Mauro Cappelletti e Bryant Gatt já defendiam a arbitragem como acesso à Justiça aduzindo que “(...) a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 83, apud TRISTÃO e FACHIN, 2009, p. 58) A arbitragem é muito utilizada no plano internacional, (a) seja em âmbito privado do comércio internacional, por contar com profissionais (árbitros) especializados, seja em âmbito público das controvérsias entre Estados (TRISTÃO e FACHIN, 2009, pp. 58-59).

3. O novo Código de Processo Civil de 2015

3.1 Princípios de direito e o princípio da cooperação positivado no CPC/2015

Os princípios no direito são usados como alicerces e fundamentos para a criação das normas jurídicas, são eles que orientam e ajudam na compreensão do ordenamento jurídico. Princípio tem origem no latim, *principium* e significa iniciar, origem das coisas, causa de algo.

Os princípios norteiam o ordenamento jurídico, servem de base e fundamento para criação de normas infraconstitucionais e também

funcionam como fonte limitadora do poder estatal. Em outras palavras, é fonte do direito e também limitação, por tal razão os princípios possuem três funções típicas: (a) função fundamentadora, que visa fundamentar a ordem jurídica em que se insere o direito positivo; (b) função de interpretação, considerada por muitos a principal função dos princípios no direito, interpretarem as normas jurídicas e ajudar em eventuais lacunas existentes nas normas; e (c) função subsidiária, quando não houver lei aplicável ao caso concreto, a base jurídica utilizada serão os princípios.

Em suma, para maioria dos doutrinadores, os princípios são as bases do ordenamento jurídico, considerados essenciais para o estudo de diversos ramos do direito, sendo as bases para a elaboração e guia da aplicação de normas jurídicas ao caso concreto. Sendo assim, passa-se a analisar o norte principiológico do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a).

O Princípio da Cooperação no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a) está previsto no artigo 6º e tem origem no direito, segundo o qual para o melhor desenvolvimento do processo se faz necessário a cooperação entre as partes, pois, o processo é resultado de um esforço triangular, quais sejam, o juiz e as partes.

Faz-se necessário entender, que as partes, apesar de estarem em situações antagônicas e buscando finalidades distintas dentro do processo, os sujeitos inseridos na relação jurídica (juízes ou as partes) devem colaborar para atingir o objetivo final, que é a resolução da lide que deu início ao processo.

No Código de Processo Civil, o dever de cooperação não atinge apenas as partes do processo, mas sua aplicação é mais ampla, pois atinge também servidores, advogados e até terceiros não interessados que possam ajudar no deslinde mais célere do processo, em um modelo de processo cooperativo.

Entrementes, deve-se notar que há quem não concorde com a existência do Princípio da Cooperação, por não se tratar de um princípio, mas de um dever de cooperação. Justifica-se que seria uma situação utópica considerar que as partes, que buscam

finalidades distintas no processo iriam caminhar conjuntamente para resolver a lide em questão.

Esquece, quem defende tal ponto que, o princípio da cooperação veio explicito no atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), porém já se fez presente ainda que implicitamente, principalmente atrelado ao princípio do contraditório. Ora, se o juiz apenas poderia proferir sua decisão após o diálogo com as partes, sempre houve, portanto, cooperação no processo para fim da solução da lide.

Por fim, o Princípio da Cooperação buscou reafirmar aquilo que já era implícito: a necessidade de que as partes caminhem conjuntamente, melhorando o diálogo entre eles e, para a efetiva aplicação do princípio da cooperação, é necessário que se faça acompanhar de outros princípios, também essenciais ao bom andamento processual: (a) princípio da boa-fé (moralidade), (b) princípio do contraditório, (c) princípio da razoável duração do processo, (d) proporcionalidade, economia processual e celeridade, dentre outros.

O princípio da cooperação possui ligação estreita ao princípio da boa fé, impossibilitando a efetiva aplicação de um sem o outro. Historicamente, o princípio da boa-fé surgiu no direito romano, onde já era utilizado nas relações contratuais e negociais, a fim de evitar fraudes e enganosa.

O que se busca, por fim, ao unir o princípio da boa-fé ao princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil é que, as partes, já que possuem dever de colaboração mútua, não hajam de forma dolosa a fim de prejudicar o andamento processual e nem uma a outra, não sendo admitidos comportamentos que gerem dificuldade a alguma das partes ou as prejudiquem, busca-se, também o respeito entre as partes, dever de agir com honestidade, razoabilidade e equidade.

Tais princípios são imprescindíveis para uma aproximação das partes e a elaboração de acordos entre elas, pressupostos *sine qua non* das soluções consensuais de conflitos.

3.2 A mediação, a conciliação e a audiência preliminar

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a) dá excepcional importância para a solução consensual dos conflitos. Enquanto o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) se limitava a tratar a conciliação como uma possibilidade a ser tentada pelo juiz a qualquer tempo (art. 125, inciso IV, do CPC/1973), o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) coloca a solução consensual como objeto a ser alcançado, dentro do possível, com o estímulo do Estado e de todos aqueles que atuam no processo, nos termos do artigo 3º, reproduzindo o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 6º, ambos do atual CPC (BRASIL, 2015a), prevendo a necessidade de cooperação entre as partes (vide supra).

O atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) baseou-se na Resolução no 125/2010 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010) que, priorizando os meios consensuais de solução de conflitos, determinou aos Tribunais à criação de mecanismos e órgãos judiciais para a aplicação facilitada destes meios, bem como de atendimento e orientação dos cidadãos, a serem gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Neste sentido, o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) apresentou 3 (três) previsões e ditames no sentido de priorizar soluções consensuais: (1) a criação dos chamados CEJUSCs – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, que passaram a ser instalados nas comarcas de todo o país (art. 165) na forma da citada Resolução nº 125, do CNJ (BRASIL, 2010); (2) a inclusão dos mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça (art. 149), com atuação nos CEJUSCs, que, em que pese não exercerem atividade jurisdicional, colaboram com a função jurisdicional em caráter permanente; e (3) a previsão de uma audiência prévia de conciliação e mediação no próprio procedimento comum, antes mesmo da apresentação de contestação pela parte requerida (art. 334, todos do NCPC/2015), visando evitar

um recrudescimento do conflito com contestação (quando as partes se tornam possivelmente mais intransigentes).

Aos CEJUSCs competirão 02 (duas) tarefas essenciais: (a) a de realizar as sessões e audiências de conciliação e mediação (art. 334), quando o juiz do caso verificar que não é caso de improcedência de plano e não é caso de impossibilidade abstrata de acordo; e (b) a de desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. O CEJUSC deve ser instalado na Comarca ou Subseção Judiciária e atenderá à todas as Varas locais.

Nos CEJUSCs, a audiência de conciliação e mediação deve ser presidida pelos mediadores e conciliadores, qualificados como auxiliares da justiça, e não por Magistrado, por duas razões. Primeiro, porque o vínculo que eles têm com o processo permite-lhes atuar com mais liberdade e flexibilidade do que o juiz, pois este teme que a apresentação de sugestões acabe por antecipar o mérito da causa de modo a comprometer a sua imparcialidade, o que não ocorre com os auxiliares da justiça (se o caso, não julgarão a causa). Segundo, porque devem receber capacitação específica para atuarem como conciliadores e mediadores, inclusive aplicando técnicas negociais (art. 165, § 2º), a partir das expectativas e frustrações percebidas das partes, nos termos do artigo 11, da Lei no 13.140, de 26 de julho de 2015 (BRASIL, 2015b).

As funções de conciliadores e mediadores não são exclusivas de bacharel em direito, devem ser exercidas mediante remuneração ou paga pelos próprios Tribunais ou pelas partes (art. 169) e serem providas mediante concurso público (art. 167, § 6º), não sendo vetada, no entanto, o exercício voluntário (art. 169, § 1º).

No Estado de São Paulo há uma lei própria visando a remuneração dos mediadores e conciliadores atuantes no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Lei Estadual no 15.804, 22 de abril de 2015 (SÃO PAULO, 2015), que dispõe sobre o abono variável e a jornada de Conciliadores e Mediadores inscritos nos CEJUSCs. Ocorreu que referida lei é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Constituição do Estado de São

Paulo, na qual o Desembargador Relator suspendeu sua eficácia em decisão liminar (SÃO PAULO, 2016). Sendo assim, as atividades dos conciliadores e mediadores no Estado não estão passíveis de remuneração e se exercem voluntariamente.

Inobstante não serem funções exclusivas de bacharel em direito, mormente há maior interesse desta classe profissional.

Entretanto, o exercício voluntário encontra óbice no impedimento dos advogados de exercerem tais funções e manterem banca de advocacia na mesma comarca ou subseção judiciária, visando evitar eventual captação de clientela. Neste sentido inclusive já se manifestou a 1ª Turma do TED – Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, no exercício de sua função consultiva, e os Enunciados 57 e 60 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. (GONÇALVES, 2016, pp. 300-302)

São requisitos para cadastramento dos conciliadores e mediadores os seus registros perante o NUPEMEC – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e a capacitação mínima, obtida com um curso ministrado por entidade credenciada nos termos do artigo 11, da Lei de Mediação – Lei n. 13.140/2015 (BRASIL, 2015b).

Como ditame de hermenêutica jurídica, a lei não traz palavras inúteis, de modo que há que se diferenciarem as funções de conciliador e de mediador. O Conciliador atua preferencialmente em casos em que não houver vínculo anterior entre as partes ou o vínculo é imediato e não duradouro, sendo certo que o contato entre elas se deu em razão do próprio conflito, como, por exemplo, em acidentes de veículos automotores ou mesmo em decorrência de algum contrato. Já o Mediador atua preferencialmente em casos em que houve contato prévio entre as partes, em um vínculo duradouro e não exclusivo do próprio conflito, como nos casos de direito de família ou de vizinhança.

Contudo, trata-se de uma atuação preferencial dos conciliadores e mediadores, não exclusiva, de modo que nas zonas cinzentas há fungibilidade entre eles ou mesmo possibilidade de atuação conjunta, com mais de um conciliador, mais de um

mediador ou conciliadores e mediadores conjuntamente, principalmente nos casos em que exigirem conhecimentos técnicos em mais de uma área do conhecimento humano (art. 165, § 3º).

O Conciliador tem o papel de aproximar as partes, estabelecer um diálogo inicial e buscando uma possível autocomposição, inclusive podendo formular propostas ou sugestões de solução não vinculativas e sem intimidação ou constrangimento. O papel do Mediador é mais complexo, inclusive em razão da maior complexidade dos casos em que atua, devem buscar restabelecer um diálogo entre as partes e fazendo os interessados compreenderem os próprios interesses em conflito, para que possam identificar soluções em benefício mútuo (art. 165, § 3º e art. 4º, § 2º, da Lei n. 13.140/2015), pois a ideia não é apenas solucionar um embaraço pontual, mas sim pacificar as partes e o conflito.

De qualquer forma, a escolha do conciliador e do mediador deve caber às partes envolvidas, de comum acordo (art. 168), inclusive em razão do princípio da autonomia da vontade, que regula a conciliação e a mediação. Porém, não havendo consenso entre as partes, a escolha seguirá ordem estabelecida entre os conciliadores e mediadores inscritos no Foro, providos mediante concurso ou voluntários (vide supra).

A conciliação e a mediação se regem por diversos princípios enunciados no artigo 166, do CPC/2015 (BRASIL, 2015a) e anexo III da Resolução no 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010), destacando-se: (a) confidencialidade, (b) decisão informada, (c) competência, (d) imparcialidade, (e) independência e autonomia, (f) respeito à ordem pública e às leis vigentes, (g) empoderamento (fortalecimento das partes para resolverem por si seus conflitos, nos ditames da civilidade), (h) validação (busca de respeito mútuo entre as partes), (i) autonomia da vontade e (j) informalidade e oralidade.

Para que haja a solução consensual, é preciso que as partes tenham a vontade livre e desembaraçada e que possam emití-la de forma não viciosa, já que depende de transação e acordos mútuos, em que cada um deverá abrir mão de parte da pretensão visando a composição (art. 166, § 4º). Para tanto, não pode haver nenhum

constrangimento às partes pelos conciliadores e mediadores, devendo eles serem afastados se quebrada a imparcialidade ou mesmo se meramente suspeitos (arts. 144, 145 e 175, II), inclusive sob pena de afastamento por até 180 (cento e oitenta) dias ou mesmo exclusão de cadastro e inabilitação para exercício das atividades, caso violados os princípios (supra) e o dever de confidencialidade (art. 166, §§ 1º e 2º, todos do CPC/2015).

Interessante destacar que o artigo 174 do Código de Processo Civil atual (BRASIL, 2015a), prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo para dirimir conflitos envolvendo órgãos da administração pública e a celebração de termo de ajustamento de condutas, com regulamentação prevista no artigo 32 da Lei de Mediação (BRASIL, 2015b).

Considerações finais

O pluralismo cultural interna e internacionalmente é um dado patente, incrementado pela globalização e tornando complexas as relações sociais, fontes de crescentes conflitos sociais (quantitativa e qualitativamente). O maior número e a maior complexidade dos conflitos sociais, mantida a necessidade de resposta social rápida, pedem novos meios de solução para estes conflitos, que não se limitam à Jurisdição estatal.

O mero surgimento do debate e posições diversas sobre a sanção e sua forma de aplicação indica que o paradigma de Direito (unicamente) como coerção (positivista) está sendo posto em xeque.

A busca pela pacificação social através do processo judicial passa necessariamente pela ampliação das formas alternativas de resolução de conflitos, mas esta mudança de perspectiva deve ocorrer também na cultura jurídica, como: (a) instrumentalizar processo legislativo estatal com (b) adoção solução consensual entre eles; (c) diminuir restrições e permitir maior acesso à justiça além da jurisdição, pois na sociedade positivada, o povo (c') não conhece

seus direitos; (c'') não tem dinheiro para contratação de jurista profissional.

Privilegiam-se as soluções consensuais, pois apresenta vantagens (vide supra). Todavia, ainda é cedo afirmar que esses meios compositivos possam vir a atender plenamente às expectativas do jurisdicionado. A conciliação/mediação, no início do procedimento, de fato, poderá conduzir a excelentes resultados, mas, como previu o legislador, em outras situações os mesmos são inviáveis, como quando a natureza da lide não admitir autocomposição ou por opção expressa de recusa pelas partes, além da hipótese de faltar mediador/conciliador, bem como, a possibilidade de obter um processo mais simples e mais rápido.

Neste contexto, a participação do operador do direito é fundamental, pois tem ele conhecimento que o atual Código de Processo Civil é aberto ao diálogo, é operativo e obediente ao devido processo legal, à razoabilidade e à autonomia da vontade das partes, bem como, o fato de que ele possui condição jurídica de extrair o melhor proveito de suas normas.

Referências

- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas. **Universitas JUS**, Brasília, v. 27, n. 1, pp. 49-62, jun. 2016. Disponível em <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/3914/2996>>. Acesso em: 30 jun. 2017
- 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.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em 01 out. 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso 02 nov. 2017.

BRASIL. CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. **Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015**. 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.

DUARTE, Hugo Garcez. Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050>. Acesso em jun 2017.

FREITAS, Maria Cecília Weigert Lomelino de. O Estado e os meios alternativos de resolução de conflito. **Revista do TRT – 9ª Região**. Curitiba, v. 27, n. 1, p. 01/41, Jan/Jun. 2002. Disponível em <www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento>. Acesso em 27 jun. 2017.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Processo Penal Militar: Uma análise do ritual judiciário, disciplina e hierarquia**. 2006. 167 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciência Criminais, PUC/RS, Porto Alegre, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRANDE, Elisabetta. A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico (pequeno guia rumo a novos itinerários). **Revista Jurídica das Faculdades Secal** – Ponta Grossa – v. 1 – n. 1. jan./jun. 2011. Disponível em <<http://www.secal.edu.br/revista/pdf/009%20a%20055%20a%20contribuicao.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIZUTA, Alessandra; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Direito de acesso à Justiça, Efetividade e Jurisdição: Sistema informais de justiça como concretização dos objetivos de desenvolvimento do Milênio da ONU**. In: Acesso à justiça. Florianópolis: CONPEDI. 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjiq9/yfjF558SQtGdy86b.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2017.

NOBREGA, Juliana Targino. **O filme “Hair” sob o aspecto das sanções sociais de Radcliffe-Brown**. 2013. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2797216/o-filme-hair-sob-o-aspecto-das-sancoes-sociais-de-radcliffe-brown>>. Acesso 01 jun. 2017.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do Direito de Norberto Bobbio**. 2008. 275 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

TRISTÃO, Ivan Martins. FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 13, p. 47-64, nov. 2009. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000155516>>. Acesso em 27 jun. 2017.

FUNDAMENTALIDADE COMO RELEVÂNCIA: A REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NAS QUESTÕES RELACIONADAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mário Lúcio Garcez Calil ¹

Carlos Malta Leite ²

Nelson Finotti Silva ³

Introdução

O presente trabalho foi produzido, em regime de colaboração, com os estudos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa "Constitucionalização do Direito Processual", vinculado à linha de pesquisa "Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica", junto ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

¹ Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do Grupo de Pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa" vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. E-mail: maio.calil@yahoo.com.br.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: carlosmaltaleite@hotmail.com.

³ Pós-doutorado pela FAMERP. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Catanduva (FAFICA). Líder do Grupo de Pesquisa "Constitucionalização do Direito Processual" junto ao programa de Mestrado do UNIVEM. E-mail: nfinotti@univem.edu.br.

O objetivo aqui é estudar o instituto da repercussão geral enquanto requisito para a admissibilidade do Recurso Extraordinário. Para tanto, far-se-á pesquisa bibliográfica, nos referenciais teóricos pertinentes, bem como pesquisa documental, na legislação adequada ao referido instituto, bem como na jurisprudência da Suprema Corte nacional.

O recurso extraordinário, apesar de ser um mecanismo constitucional de controle da constitucionalidade nos casos concretos, há muito vem sendo utilizado como forma de protelar processos, dos mais simples aos mais complexos, o que subverte a própria natureza do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição.

A exigência da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário faz com que seja devolvida ao referido instrumento processual o seu caráter de método de controle da constitucionalidade, até mesmo pela exigência da transcendência da causa em relação aos interesses individuais do recorrente.

Ocorre que há um tema cuja especial relevância não se pode negar, qual seja, os direitos fundamentais. Enquanto fundamentos da própria República, a matéria recursal que a eles se relaciona deve, quase que automaticamente, ser entendida como assunto de repercussão.

O presente trabalho será dividido em seis partes. Primeiramente, serão estudadas as origens do instituto da repercussão geral. Em tópico posterior, passa-se à sua definição. Na terceira parte, passa-se a tratar da importância da repercussão geral para o processo junto ao Supremo Tribunal Federal.

Na quarta parte, passa-se a estudar a fundamentação legal da repercussão geral no recurso extraordinário. Posteriormente, trata-se da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Por derradeiro, foram estudados os direitos fundamentais como "questões relevantes do ponto de vista constitucional"

Justifica-se o presente estudo, especialmente em decorrência da importância do instituto da repercussão, no que se refere ao seu objetivo de tornar a mais célere e efetiva a atividade recursal junto ao

Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne às questões relacionadas aos direitos fundamentais.

1. Origem do instituto da repercussão geral

Antes de tratar acerca das "vantagens" decorrentes da superveniência do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, faz-se necessário buscar a sua origem jurídico-processual que, no Direito brasileiro, é a antiga "arguição de relevância".

Esclareça-se, porém, que a finalidade político-jurídica do recurso extraordinário sempre foi a preservação da ordem jurídica federal, "[...] em sua autoridade e unidade". Até porque, se fosse um recurso como qualquer outro, não existiria "[...] fundamento sério para dar ouvidos às críticas então endereçadas ao sistema". (DINAMARCO, 1991, p. 250)

Até porque o Supremo Tribunal Federal tem, historicamente, o papel de guardião da Constituição, de modo que analisa apenas questões de direito caracterizadas por sua violação, característica impede que a Suprema Corte de examinar meras questões de fato. Nesses casos, o relator deverá, de pronto, negar seguimento a recurso que se dirija a elas. (LIMA, 2008, p. 102)

A arguição de relevância era um mecanismo que tornava admissível o recurso originalmente inadmissível. Dependia da instauração de incidente próprio no procedimento do recurso extraordinário, que se subordinava à iniciativa do recorrente, que se antecipava à alegação do recorrido ou à declaração *ex officio* da admissibilidade. (ASSIS, 2007, p. 694)

O Supremo Tribunal Federal apreciava a arguição de relevância, distribuída independentemente do sorteio de relator, em sessão secreta. O Tribunal se reunia em conselho e publicava o resultado, irrecorrível, em ata. Dispensava-se a motivação. (ASSIS, 2007, p. 694)

O acolhimento da arguição de relevância necessitava de quatro votos, nos termos do revogado art. 308, VII, do RISTF (ASSIS, 2007,

p. 694). Seu julgamento, portanto, era muito mais político do que jurídico, tomado, assim, muito mais a partir "[...] da seara política da qual o Supremo Tribunal, em muitos aspectos, tanto se aproxima". (LAMY, 2005, p. 169)

Demonstra-se assim, que a "relevância" arguida no processamento do instituto acima referido não era propriamente "jurídica", mas, sim, política. No que concerne à repercussão geral, porém, de acordo com o que será demonstrado abaixo, a relevância será ou não determinada por critérios eminentemente jurídicos.

2. Definição de "Repercussão Geral"

Estudadas suas origens, especificamente, a partir da antiga arguição de relevância, torna-se necessário, agora, definir o instituto da repercussão geral, de modo a que seja possível estudar a sua aplicação enquanto pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário.

De conformidade com o próprio Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral é um "[...] instrumento processual que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários que serão analisados, de acordo com os critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica". (BRASIL, 2011, n.p.)

A utilização desse instituto proporciona comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, o compartilhamento de informações sobre os temas sob julgamento e feitos sobrestados, bem como auxilia na "[...] sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos". (BRASIL, 2012, n.p.)

Trata-se, diante disso, de um instituto processual que, ao menos conceitualmente, encontra-se em plena consonância com os atuais objetivos do processo constitucionalmente dimensionado, em especial no que concerne sua à duração razoável, à cooperação e à sua efetividade.

Ainda de acordo com a Suprema Corte, a repercussão geral delimita a competência do STF, no julgamento de recursos

extraordinários, exclusivamente às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, ou seja, "[...] que transcendam os interesses subjetivos da causa". (BRASIL, 2012, n.p.)

Mais do que isso, a repercussão geral possibilita uniformizar a interpretação constitucional, sem a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal decida uma multiplicidade de casos idênticos, que versem sobre a mesma questão constitucional. (BRASIL, 2012, n.p.)

Ocorre que somente é possível determinar a existência de repercussão geral em casos especificamente ditados pela norma processual. No plano econômico, por exemplo, é necessário levar em conta questões de larga repercussão coletiva, "[...] regulamentadas a partir da própria Constituição. (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 108)

São igualmente relevantes para a coletividade "[...] questões que envolvam pretensões reivindicadas por um número considerável de pessoas" (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 108). Assim, faz-se necessário que as razões do recurso se encontrem além dos interesses privados daquele que maneja o referido instrumento.

A relevância aferida não se refere ao recorrente, mas, sim, à matéria veiculada pelo Recurso Extraordinário. Se assim não o fosse, seriam conhecidos apenas aqueles referentes a ações coletivas, "[...] pois só nesses casos o RE em si acarretaria algum impacto na vida de outras pessoas além das partes". (DANTAS, 2008, p. 50).

Trata-se de um pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, que impõe a verificação do impacto que a solução da questão constitucional teria na coletividade, mediante a consideração dos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante em um momento histórico. (DANTAS, 2008, p. 245)

É, assim, de um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, voltado à uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que concerne a questões constitucionais de grande relevância coletiva. Apresentadas as definições iniciais, passa-se a tratar de algumas questões históricas relacionadas ao instituto.

3. Importância da Repercussão Geral para o processo junto ao Supremo Tribunal Federal

O sistema recursal brasileiro é amplíssimo, oferecendo diversos mecanismos que possibilitam a dilação indefinida de um processo. Um desses mecanismos recursais de utilização mais frequente era o recurso extraordinário, em decorrência da conhecida morosidade de seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A necessidade de repercussão geral surgiu a partir da EC nº 45/2004, que incluiu a necessidade de a questão constitucional a ser trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral a ser analisada pela Suprema Corte, passando a ser, posteriormente, regulada pelo Código de Processo Civil e pelo RISTF. (BRASIL, 2012)

Ocorre que, de acordo com Rodolfo Mancuso, a cognição nos recursos extraordinários deve ser limitada, tendo em vista a sua excepcionalidade, bem como o fato de que tais recursos são vocacionados à preservação da força normativa do direito constitucional. (MANCUSO, 2000, p. 113-120)

Isso porque o Recurso Extraordinário não é somente um meio de impugnação das decisões judiciais cujo objetivo único é a "revisão" de um acórdão ou decisão monocrática e de seus fundamentos, mas, sim, a manutenção da própria força normativa da Constituição federal.

A plena garantia de acesso à jurisdição já é suficiente concretizada pela existência de dois graus de jurisdição, bem como pelo fato de que "[...] cabem recursos de todas as interlocutórias" (ALVIM, 2005, p. 85). Assim, os recursos especiais e extraordinários devem, necessariamente, relacionar-se a questões transcendentais. (ALVIM, 2005, p. 85)

Não bastasse, a função do Supremo Tribunal Federal sequer é a de "completar" o acesso à Justiça nas causas nas quais esteja envolvida matéria constitucional. Esse Tribunal existe para resolver questões constitucionais relevantes ou fundamentais, "[...] tendo em vista a inteligência do direito constitucional". (ALVIM, 2005, p. 85)

Mediante o requisito da repercussão geral, poderá, inclusive, “[...]desempenhar mais acuradamente a sua função de tribunal de cúpula, de toda a Justiça brasileira, no que diz respeito à sua competência constitucional”, pois a repercussão geral é um “filtro” que afasta dos trabalhos do Tribunal causas que não têm “maior importância”. (ALVIM, 2005, p. 86)

Desse modo, função do Supremo Tribunal Federal, mesmo no que concerne à sua competência recursal, limita-se, juridicamente, ao exame de questões constitucionais, definidas pela Suprema Corte como “representativas de repercussão geral”. (ALVIM, 2005, p. 86-89)

Pode tratar-se de um meio apto a resolver a crise de morosidade do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, além de proporcionar condições mais próximas das ideais para o desempenho da Suprema Corte, “[...] cujas decisões devem ser sempre modelos e paradigmas para a Nação”. (ALVIM, 2005, p. 89)

A repercussão geral tem algo de “pragmático”, pois “[...] visa ao aprimoramento da atividade judicante do STF como corte constitucional” (ASSIS, 2007, p. 694). É por isso que o recurso extraordinário deve visar à unificação de várias decisões da Suprema Corte em um único sentido, esclarecendo e uniformizando a jurisprudência constitucional.

Mais do que isso, de conformidade com o próprio Supremo Tribunal Federal, o uso desse filtro recursal faz com que o número de processo encaminhados à Suprema Corte diminua, até porque, da análise do mérito da questão, a decisão será aplicada, em casos idênticos, pelas instâncias inferiores. (BRASIL, 2011, n.p.)

Desse modo, a repercussão geral, enquanto pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário é, também, um instrumento voltado à economia processual e, diante disso, à duração razoável dos processos submetidos àquela Corte, além de estar voltado à manutenção de sua função “constitucional”.

A finalidade do Recurso Extraordinário, assim, é manter, no sistema federal e na descentralização do Poder Judiciário, “[...] a autoridade e a unidade da Constituição”. É um recurso excepcional, admissível nas

hipóteses restritas, previstas na Constituição, voltadas a tutelar sua autoridade e sua aplicação. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1090)

Assim, a mera intenção de justiça quanto à decisão do caso concreto e o interesse das partes na causa não justificam isoladamente, a abertura "instâncias judiciárias ordinárias" além da segunda. Visa, sim, "[...] o interesse a concreção da unidade do Direito". (MARINONI e MITIDIERO, 2007, p. 17)

A instituição da Repercussão Geral foi acertada. Harmoniza-se com o direito à tutela efetiva e à duração razoável do processo. As partes, contudo, terão de aguardar as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário, se o seu conhecimento for necessário para a realização da unidade da Constituição. (MARINONI e MITIDIERO, 2007, p. 17)

A repercussão geral, assim como outros institutos processuais, tem como objetivo a compatibilização das decisões judiciais, de forma a uniformizá-las, proporcionar igualdade, racionalização da atividade jurisdicional, bem como velar pela "unidade do Direito Constitucional Brasileiro". (MARINONI e MITIDIERO, 2007, p. 18-19)

Mediante tais argumentos, percebe-se que o instituto ora estudado é relevante no que concerne à celeridade do processo perante o Supremo Tribunal Federal, bem como no que se refere à uniformização da jurisprudência no que se relaciona a questões constitucionais de grande relevância coletiva.

4. A fundamentação legal da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

A repercussão geral é um instituto consagrado textualmente pela Constituição Federal, especificamente no §3º de seu Art. 102.⁴ A transcendência das razões recursais deve guardar pertinência direta com alguma questão constitucional. O referido instituto processual

⁴"§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". (BRASIL, 1988, n.p.)

encontra-se regulamentado pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu Art. 1.035.⁵

Mais do que isso, a repercussão geral encontra-se regulamentada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), em seus arts. 13 (com redação das Emendas Regimentais 24/2008, 29/2009 e 41/2010), 21, 340, 341 (com redação das Emendas Regimentais nº 41/2010 e 42/2010), 38, 57, 59, 60, 67, 78, 323-A, 325-A (com redação da Emenda Regimental nº 42/2010), 322-A, 328 (com redação da Emenda Regimental nº 21/2007), 324 (com redação das Emendas Regimentais 31/2009, 41/2010, 47/2012 e 49/2014) e 328-A (com redação das Emendas Regimentais nº 23/08 e 27/2008). (BRASIL, 2012)

Trata-se, portanto, de um instituto processual cuja existência foi determinada pela Constituição Federal, e que é regulamentado pelo Código de Processo Civil e, amplamente, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que vem utilizando-o com grandes frequência e eficiência.

O objeto da repercussão geral deverá ser suscitado em preliminar recursal. Sua existência será verificada, concorrentemente, pelo juízo *a quo* e pelo juízo *ad quem*. Já a análise sobre a existência da repercussão, "[...] inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF". (BRASIL, 2012)

Assim, a análise da repercussão Geral prescinde de incidente específico. Deve ser efetuada no juízo de admissibilidade, motivadamente, em sessão pública, publicando-se o resultado em súmula que valerá como acórdão. A declaração de inexistência da Repercussão Geral exige dois terços do pleno do Supremo Tribunal Federal. (ASSIS, 2007, p. 694)

Ao exigir esse *quorum* qualificadíssimo, a Constituição determina que "[...] a regra continua sendo o cabimento do RE",

⁵Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo". (BRASIL, 2015, n.p.)

enquanto a exceção é a inadmissibilidade, que só ocorrerá quando estiver claro, para ao menos oito ministros, que a questão constitucional tratada se refere exclusivamente à irresignação do recorrente. (DANTAS, 2008, p. 221)

Destaque-se, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal já julgou a (in)existência de repercussão geral em cerca de mil (1000) ocorrências.⁶ Vista a regulamentação do referido instituto, passa-se a

⁶ Por exemplo: "EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NA CORTE. ART. 323-A DO RISTF. [...] 3. Busca a parte Embargante se utilizar dos embargos declaratórios com intuito procrastinatório, notadamente em matéria explicitamente abordada e fundamentada no acórdão recorrido, nada obstante em sentido divergente aos interesses da parte Embargante, com vistas a burlar um mecanismo regularmente previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para dar os efeitos de repercussão geral às controvérsias já pacificadas no âmbito desta Corte. [...]" (BRASIL, 2015a, n.p.) RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO TERRITORIAL PREDIAL URBANO - IPTU. PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS. [...] 1. Tese de repercussão geral fixada: 'Declarada inconstitucional a progressividade de alíquota tributária do Imposto Predial Territorial Urbano no que se refere à fato gerador ocorrido em período anterior ao advento da EC 29/2000, é devido o tributo calculado pela alíquota mínima correspondente, de acordo com a destinação do imóvel e a legislação municipal de instituição do tributo em vigor à época' [...]" (BRASIL, 2016b, n.p.) "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO MONETÁRIO. CONVERSÃO DO PADRÃO MONETÁRIO: CRUZEIRO REAL EM URV. DIREITO AOS 11,98% OU AO ÍNDICE DECORRENTE DO PROCESSO DE LIQUIDAÇÃO, E A SUA INCORPORAÇÃO. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. [...] O TERMO *AD QUEM* DA INCORPORAÇÃO DOS 11,98%, OU DO ÍNDICE OBTIDO EM CADA CASO, NA REMUNERAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO DEVE OCORRER NO MOMENTO EM QUE A SUA CARREIRA PASSAR POR UMA RESTRUTURAÇÃO REMUNERATÓRIA, PORQUANTO NÃO HÁ DIREITO À PERCEPÇÃO *AD AETERNUM* DE PARCELA DE REMUNERAÇÃO POR SERVIDOR PÚBLICO. [...]" (BRASIL, 2016a, n.p.) "DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA - MORA - MULTA-BASE: VALOR DOS TRIBUTOS - ARTIGOS 145, § 1º, E 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da

verificar a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

5. Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário

O Código de Processo Civil afirma que o Supremo Tribunal Federal não poderá conhecer de recurso extraordinário que não demonstre repercussão geral da matéria nele discutida (BRASIL, 2015). Os §§ do referido dispositivo legal tratam, porém, de especificar o julgamento da relevância da questão levantada constitucional levantada pelo recurso.⁷

Ocorre que a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para além daqueles elencados nas alíneas do inciso III do art. 102, pois o recorrente, além de fundamentar o recurso em uma dessas letras, deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais. (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 575). Assim, além daquelas matérias que necessariamente devem constar de um recurso extraordinário, tem-se, a partir da reforma judicial operada pela Emenda Constitucional

constitucionalidade de dispositivo legal a autorizar a exigência de multa por ausência ou atraso na entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, apurada mediante percentual a incidir, mês a mês, sobre os valores dos tributos a serem informados." Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade da exigência de multa por ausência ou atraso na entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), apurada mediante percentual a incidir, mês a mês, sobre os valores dos tributos a serem informados (Lei 10.426/2002, art. 7º, II)". (BRASIL, 2015b, n.p.)

⁷ "§1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. §2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - (Revogado); III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal". (BRASIL, 2015, n.p.)

número 45 de 2004, a repercussão geral da matéria constitucional, relacionada a matérias de relevância coletiva.

As questões

constitucionais que sirvam de fundamento a demandas múltiplas, a exemplo das relacionadas a questões previdenciárias ou tributárias, baseadas na mesma tese jurídica. Relaciona-se a causas coletivas que versem sobre temas constitucionais. (DIDIER JUNIOR; e CUNHA, 2008, p. 315)

Há repercussão geral em questões constitucionais relevantes que devem ser examinadas pelo STF (DIDIER JUNIOR e CUNHA, 2008, p. 316). O serão, também as decisões que contrariem súmula ou jurisprudência dominante no STF. (LIMA, 2008, p. 102) ou a que reconheça a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (BRASIL, 2015, n.p.)

Diante disso, a questão a ser julgada tem que contribuir para "[...] a persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional". (MARINONI e MITIDIERO, 2007, p. 33-34).

Os termos nos quais se processa a repercussão geral são vagos. A definição de "repercussão geral" acaba por ser construída pela interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal, de forma dependente das circunstâncias concretas - sociais e políticas - em que a questão constitucional está inserida. (MARINONI e ARENHART, 2008, p. 576).

Ocorre que, por se tratar de um remédio concebido durante a ditadura militar, a reconstitucionalização democrática do país repeliu-a. Mesmo na arguição de relevância, porém, mesmo nos casos nos quais a regra utilize termos vagos ou conceitos indeterminados, há parâmetros e valores cogentes. (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 102-105)

Além de referir-se a questões constitucionais, a problemática tratada deve transcender os interesses individuais tratados no processo. É necessária a objetiva demonstração da "[...] preocupação geral, fora do processo, envolvendo toda a comunidade ou pelo

menos grandes e numerosos segmentos da sociedade". (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 108)

Diante do exposto, conclui-se que, de fato, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, referente a uma questão constitucional de relevância coletiva, que seja capaz de transcender os interesses individuais colocados no processo.

6. Os direitos fundamentais como "questões relevantes do ponto de vista constitucional"

De início, esclareça-se que não há processo desvinculado dos direitos fundamentais. Mais do que isso, esses direitos devem ser o próprio objeto do processo. Assim, qualquer instituto processual que negue acesso ou concretização a um direito fundamental é completamente incompatível com a Constituição Federal.

Isso porque o Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais reconhecidos e declarados, cuja realização se tornou a missão do Estado. Nesse contexto, "[...] ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional". (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 119)

Assim, o processo, mais que a garantia da efetividade dos direitos substanciais, é um meio de concretizar os preceitos e princípios constitucionais, de modo a se aperfeiçoar, por meio do debate procedimental, "[...] a obra normativa do legislador". (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 119)

O juiz não repete o discurso do legislador; integra nele os direitos fundamentais, pela da interpretação da lei e pela aplicação do quadro fático, fazendo "[...] atuar e prevalecer a supremacia da Constituição". O processo será devido somente se "[...] realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais". (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 119)

Evidentemente, o instituto da repercussão geral não está imune a essa influência dos direitos fundamentais, até mesmo porque todos os institutos processuais devem, obrigatoriamente, ser

analisados, aplicados e concretizados a partir dos ditames da Constituição Federal.

O §1º do Art. 1035 do Código de Processo Civil, ao tratar de questões de magnitude constitucional, refere-se, especialmente às aquelas "[...] que dizem respeito à correta interpretação/aplicação dos direitos fundamentais", como "[...] conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda a ordem jurídica. (DIDIER JUNIOR e CUNHA, 2008, p. 316). Aliás, se o objeto do recurso se relacionar a direitos fundamentais, mesmo circunstância de a decisão recorrida conformar-se com o entendimento do STF não afasta a existência da repercussão geral. Do contrário, poderia ocorrer o chamado "engessamento" da jurisprudência. (DIDIER JÚNIOR e CUNHA, p. 334)

Esse entendimento possibilita a constante "[...] revisitação de temas cuja solução pode variar ao sabor das contingências sociais, políticas, econômicas ou jurídicas". O STF adota a doutrina da "interpretação concreta" da Constituição: suas normas devem ser interpretadas de acordo com o contexto histórico atual. (DIDIER JÚNIOR e CUNHA, p. 334) Nesse mesmo sentido, qualquer interpretação restritiva ou até meramente gramatical dos institutos processuais, especialmente aqueles expressos na própria Constituição, seria completamente inviável, especialmente no que se relaciona às violações aos direitos fundamentais.

Para o texto processual, a possibilidade de a questão constitucional repercutir em vários outros processos é um elemento importante para que o STF entenda pela repercussão geral. O Recurso Extraordinário, contudo, pode conter questão constitucional grave e, mesmo assim, não apresentar "repercussão" a outros casos. (ABBOUD, 2011, p. 471).

Tal hipótese engloba os Recursos Extraordinários nos quais a questão constitucional refere-se à violação a direitos fundamentais: "[...] o Supremo Tribunal Federal não pode cumprir sua tarefa de guardião da Constituição caso se negue a corrigir as violações a direitos fundamentais". (ABBOUD, 2011, p. 471).

Nesse sentido, a demonstração de que a solução do caso tratado em Recurso Extraordinário servirá como paradigma para o desfecho de outros processos, questão a constitucional suscitada corresponder à violação de direito fundamental não é ônus do recorrente. (ABBOUD, 2011, p. 471).

Até porque, via de regra, "[...] os acórdãos dos tribunais locais que violam direito fundamental do cidadão o fazem tendo em vista a particularidade do caso concreto, e.g., impedem o litigante de exercer sua defesa, proferem decisão arbitrária, negam-lhe acesso a prova etc.". (ABBOUD, 2011, p. 472).

Se o juízo de admissibilidade exigir do recorrente a demonstração de que a questão jurídica servirá de paradigmas para diversos casos, a repercussão geral inviabilizará todos os recursos extraordinários relacionados a direitos fundamentais. Tratar-se-ia, portanto, de uma interpretação constitucionalmente inadequada. (ABBOUD, 2011, p. 471-472).

Caso a questão constitucional posta no recurso extraordinário referir-se à violação a direito fundamental, "[...] a repercussão geral deverá ser interpretada em conformidade com a sistemática da Constituição Federal", desobrigando o particular de demonstrar que a solução jurídica será paradigma para a solução de outras demandas. (ABBOUD, 2011, p. 472).

Nesses casos, aliás, "[...] a repercussão geral deverá ser presumida, tendo em vista a natureza jurídica desses direitos, ficando desobrigado o recorrente de evidenciar que a decisão de seu recurso extraordinário criará paradigma para solução de diversos casos semelhantes". (ABBOUD, 2011, p. 472).

Nesse mesmo sentido, um dos Projetos de Novo Código de Processo Penal (PLS n. 156/2009) determina, no §3º do Art. 492, que haverá essa "presunção" de repercussão geral "[...] sempre que o recurso se fundar na grave violação aos direitos humanos". (BRASIL, 2009, n.p.).⁸

⁸ Art. 492. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer

Diante disso, faz-se necessária uma flexibilização no que se relaciona à necessidade de demonstração da possível "transcendência" da solução do recurso a outros casos similares ou relacionados, fixando algo como uma "presunção de repercussão geral" nos casos de violação a direitos fundamentais.

Considerações finais

A repercussão geral foi determinada pela Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, regulamentada pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal derivada, historicamente, da Arguição de Relevância, concebida no período militar.

Trata-se de um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que objetiva a uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre questões constitucionais coletivamente relevantes. O instituto visa à celeridade processual e à uniformização da jurisprudência relacionada a questões constitucionais de relevância geral.

Trata-se, assim, de um instituto importante para a unicidade da jurisprudência constitucional no que tange ao Poder Judiciário como um todo, bem como para proporcionar um processo cooperativo, de razoável duração e, portanto, efetivo. Em determinados casos,

repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] §3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso se fundar na grave violação aos direitos humanos, ou quando a decisão for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal". (BRASIL, 2009, n.p.) Ressalte-se, porém, que o seu substitutivo (PLS8045/2010), de autoria do Senador José Sarney, não prevê essa "presunção de repercussão geral" no caso de "grave violação aos direitos humanos": "Art. 507. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. [...] §3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso se fundar na grave violação aos direitos humanos, ou quando a decisão for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal". (BRASIL, 2010, n.p.)

porém, a demonstração de influência da decisão em outras demandas deve ser relativizada.

Essa hipótese de relativização torna-se mais evidente no que concerne aos recursos cuja matéria impugnada relaciona-se a infrações a direitos fundamentais. O próprio Senado Federal, no primeiro Projeto de novo Código de Processo Penal, demonstrou essa necessidade. Trata-se, portanto, da mais correta interpretação da Constituição.

Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não pode deixar de solucionar questões relacionadas a violações a direitos fundamentais. Assim, caso o Recurso Extraordinário seja de decisão judicial que violou direito fundamental, deve haver, se não uma "presunção de repercussão geral", uma apreciação "maleável" no que concerne ao juízo de admissibilidade.

Referências

- ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. A EC n. 45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- _____. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- _____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 156**. 2009. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- _____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 8045**. 2010. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 914.045 ED-RG/MG**. Ministro Edson Fachin. 2015a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 606.010 RG/PR**. Ministro Marco Aurélio. 2015b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 602.347/MG**. Ministro Edson Fachin. 2016a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 561.836-ED/RN**. Ministro Luiz Fux. 2016b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**. Descrição do verbete. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 març. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral**. Apresentação. 2012. Disponível em: < www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 març. 2017.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.3: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. **Recursos Ordinário, Extraordinário e Especial**: teoria, prática, jurisprudência e legislação. 3. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO; Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei n.º 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei n.º 11.417). **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 8, n. 48, p. 100-127, jul.-ago. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei n.º 11.418/2006). **Revista do Advogado**, v. 92, p. 23-31, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE OS HONORÁRIOS RECURSAIS

José Péricles de Oliveira ¹

Nelson Finotti Silva ²

Introdução

O presente tem por finalidade levar o leitor a uma reflexão sobre as regras constantes no art. 85*caput* e §§ 1º e 11, do CPC/15, que preveem os honorários advocatícios nos recursos interpostos e a majoração dos mesmos pelo tribunal quando do julgamento do recurso³.

A Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no dia 17 de março daquele ano passou a disciplinar o novo Código de Processo Civil brasileiro revogando, expressamente a Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 que disciplinava o código de processo

¹ Mestre em Constituição e Processo. Professor dos cursos de Direito da UEMS e do IMES Catanduva. E-mail: jpericles.oliveira@gmail.com

² Doutor em Direito Processual Civil e mestre em Direito do Estado. Procurador do Estado de São Paulo. Professor do curso de Direito do IMES Catanduva e metrado no Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem. E-mail: nfinotti1@gmail.com.

³ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

§ 1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau de recursal, observando, conforma o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

conhecido pelo nome de *Código do Buzaid* uma referência ao Ministro da Justiça da época e autor do CPC/73 Alfredo Buzaid.

O CPC/15 em vigor ao contrário dos seus antecessores, CPC/39 e CPC/73 que foram elaborados e entraram em vigor ao tempo da vigência do Estado de Exceção – Estado Novo – Getúlio Vargas - CPC/39 e Ditadura Militar – CPC/73, foi construído em tempos que sopravam e sopram os bons ventos do Estado de Direito Democrático tendo como centro do ordenamento jurídico a Constituição Federal que dispõe ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito e tendo por fundamento entre outros a cidadania e a dignidade da pessoa humana e impondo entre os direitos fundamentais a construção de uma sociedade livre e justa.

Assim, com a Constituição Federal de 1988 em plena vigência desde 5 de outubro de 1988 o processo sofre uma profunda transformação, porquanto há a constitucionalização do processo, ou seja, o texto constitucional passou a ser centro dos pressupostos fundamentais do processo civil brasileiro, razão pela qual vamos encontrar como princípios ou regras constitucionais normas processuais, tais como, a inafastabilidade, o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proibição do uso da prova obtida ilicitamente, duração razoável do processo, artigo 5º, incisos XXXV, LIV, LV, LVI e LXXVIII.

Portanto, a partir da leitura e interpretação constitucional de alguns princípios e regras processuais, iremos discorrer sobre a aplicação das regras constantes nos §§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas trazer para reflexão e debate tema que reputamos de extrema importância.

1. Do direito de ação à duração razoável do processo

Levando em consideração a proposta do presente trabalho e o espaço, não iremos naturalmente abordar sobre todos os princípios e/ou regras processuais previstas na Constituição Federal explicita

ou implicitamente, mas tão somente os necessários para a análise que pretendemos fazer sobre a regra processual constante no art. 85 *caput* e §§ 1º e 11 do CPC/15 para concluir, a partir de uma interpretação sistemática, a possibilidade da fixação de honorários advocatícios sempre que houver um recurso e que a majoração da verba honorária tem por fundamento a remuneração mais adequado dos serviços do advogado e não tem uma natureza sancionatória diante de um recurso protelatório.

Dispõe a Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), trata-se do direito de ação, ou do acesso à justiça, ou ainda, a inafastabilidade do controle jurisdicional, norma que possa ter como destinatário principal o legislador (*a lei não excluirá*), na verdade alcança a todos, sem exceção, ninguém, nem o legislador, ainda que constituinte derivado ou qualquer outro, poderá afastar ou impedir que o jurisdicionado procure o Poder Judiciário mediante uma pretensão.

Assim, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito”, seja ele individual, coletivo ou difuso, o direito de ação (NERY JÚNIOR, 2009, p. 171).

O art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal dispõe sobre o princípio do devido processo legal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Entende-se por devido processual legal, em sentido processual, o direito a um processo em conformidade com o “Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei”, o devido processo legal garante o direito a um processo justo, efetivo, igualitário, tempestivo, com direito ao contraditório, a ampla defesa, o dever de fundamentar as decisões judiciais, o direito à publicidade (etc.) (DIDIER, 2015, p. 63)

Levando-se em consideração o direito de acesso à justiça mais o devido processo legal podemos afirmar que a Constituição Federal reconhece o direito constitucional a todos de ter não só o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas a um processo justo que

permita a obtenção uma tutela jurisdicional adequada, em outras palavras, o direito de ação não se restringe ao direito de se obter uma resposta a pretensão deduzida, mas a um processo justo, adequado, efetivo e em um prazo razoável.

Por seu turno o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório como princípio constitucional processual na nova ordem constitucional, não deve e não pode ser relegado ao simples direito de dizer ou contradizer, mas o direito constitucional de participar efetivamente no resultado do processo, garantindo-se ao jurisdicionado o direito de influenciar na construção da decisão judicial e para tanto ser informado de todos os atos do processo, não podendo ser surpreendido com uma decisão sem que previamente seja ouvido e o juiz decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (arts. 9º e 10, do CPC/15).

A estrutura hierarquizada do Poder Judiciário (competência vertical) fica evidente tal como está disciplinado na Constituição Federal, havendo órgãos superiores a outros, ou seja, tribunais superiores (STF, STJ) que estão em posição de superposição aos outros tribunais (TJ e TRF) que por sua vez estão superpostos aos juízos do primeiro grau de jurisdição.

O duplo grau de jurisdição “significa ter o direito a um duplo juízo a respeito de determinada questão subordinada ao Poder Judiciário” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 508), mas não necessariamente por um órgão hierarquicamente superior, poderá ocorrer o duplo grau, o reexame pelo próprio prolator da decisão, como por exemplo, nos embargos de declaração.

Assim, o direito ao duplo grau de jurisdição é uma decorrência da previsão constitucional da competência recursal dos tribunais, mas não se trata de um direito irrestrito, tanto que nas hipóteses de ações originárias nos tribunais previstas na própria Constituição Federal poderá não haver o duplo grau de jurisdição ou ainda, em

termos infraconstitucional, afastar o reexame pelo tribunal e permitindo que o mesmo seja feito pelo próprio juízo prolator da sentença, tal como faz o art. 34, da Lei Federal nº 6.830/80, denominada Lei das Execuções Fiscais⁴.

No âmbito do processo penal poder-se-ia afirmar que o duplo grau de jurisdição, ao menos no primeiro grau de jurisdição, é absoluto por força do que dispõe o art. 8º, 2, *h*, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário⁵.

A EC 45/04 acrescentou o inciso LXXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal para expressamente prever como princípio constitucional processual a duração razoável do processo ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A materialização do devido processo legal sob a perspectiva processual só ocorre quando processo além de ser justo, efetivo, equo, também ter uma razoável duração, não significa que o processo deva ser rápido, célere, mas o tempo despendido deverá ser o necessário e adequado para uma construção de um provimento justo “(...) a duração razoável não significa celeridade nem rapidez do processo. O processo há de ser adequado ao caso, com a realização de todos os atos necessários e suficientes à melhor solução possível (...) o importante é que não haja dilações indevidas” (STRECK, NUNES e CUNHA, 2016, p. 35).

⁴ “Art. 34. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a cinquenta Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração”.

⁵ “Art. 8º. As Garantias judiciais:

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

A duração razoável do processo está atrelada a necessidade da boa-fé objetiva por parte de todos os sujeitos que participam do processo, ou seja, que o sujeito processual ao praticar o ato jurídico processual o faça sempre “pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 78), proibindo-se o comportamento contraditório o abuso do direito, como por exemplo, reconhecer a litigância de má-fé, com as suas consequências, àquele que abusar do direito de recorrer ao interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII, do CPC/15).

A constitucionalização do processo como já afirmado impõe que o processo civil deve ser lido, estudado, aplicado e interpretado a partir das normas contidas na Constituição Federal (art. 1º do CPC/15) e para que não se tenha qualquer dúvida à respeito o legislador infraconstitucional inseriu expressamente no Código de Processo Civil os preceitos processuais constitucionais acima mencionados, o acesso à justiça (art. 3º do CPC/15); a duração razoável do processo (art. 4º do CPC/15); o contraditório e ampla defesa (arts. 9º e 10 do CPC/15).

2. Interpretação sistemática

Incontroverso que na interpretação de uma disposição normativa não se pode considerar o dispositivo isoladamente, mas no contexto em que está inserido. As normas sempre estão colocadas dentro de determinado estatuto legal, o qual visa um fim específico. Seguindo-se o mesmo raciocínio têm-se que os diplomas jurídicos estão inseridos dentro de um sistema denominado ordenamento jurídico.

Uma norma vista isoladamente poderá fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra, razão pela qual, deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, dentro de um todo, uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma

história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital. (BARROSO, 1996)

Então, na interpretação de uma norma deve-se considerar, inicialmente, a finalidade visada pela lei⁶ na qual ela está inserida, sem perder de vista, entretanto, o objetivo norteador de todo o ordenamento jurídico.

O estudo de um dispositivo nunca pode ser feito solitariamente. Devem-se estudar, também, os dispositivos que se avizinham, e que lhe são correlatos extraindo-se a exata compreensão do sistema.

Nessa linha de pensamento Carlos Maximiliano (2002) entende que o processo sistêmico levará o intérprete a comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Acrescenta, ainda que o método procura conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Incontroverso que as regras jurídicas não existem apartadas uma das outras. Ao contrário, elas se inter-relacionam formando um conjunto de normas que coexistem harmonicamente dentro do sistema.

No centro do ordenamento jurídico encontra-se a Constituição, que é o elemento unificador de todo o sistema. Assim, tanto os dispositivos constitucionais como as normas específicas infraconstitucionais, devem ser interpretados harmonicamente, de modo a não se chocarem com o plano geral da Carta Magna.

3. Honorários devidos no recurso e sua majoração dos honorários no julgamento do recurso

Os honorários advocatícios fixados em uma decisão judicial é a remuneração do trabalho desenvolvido pelo advogado e o CPC/15

⁶ Lei em sentido lato.

afastou qualquer dúvida quanto à titularidade da verba, pertence ao advogado⁷ e ainda o CPC/15 positivou a natureza alimentar⁸, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, no processo falimentar, é impenhorável (art. 833, IV, do CPC/15), entre outras prerrogativas pela natureza alimentar que recai sobre a verba.

O § 1º, do art. 85 do CPC/15 dispõe as hipóteses em que haverá condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, além daquela prevista no *caput* do próprio artigo, ou seja, na sentença; “são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos cumulativamente” (g.n.).

No projeto que tramitou no Senado Federal, ao menos a versão inicial – PLS 166/10, havia o § 7º do art. 87º que previa expressamente a fixação de nova verba honorária em havendo recurso interposto, o que justificava a expressão “cumulativamente” prevista no *caput* do art. 87.

Na Câmara dos Deputados o Projeto PLS 166/10 passou a ser o PLC 8.046/10 que alterou significativamente o projeto do Senado não só renumerando-o como promovendo alterações substanciais no tema dos honorários em especial excluindo a redação do § 7º para incluir a redação do § 11 do art. 85 que dispõe sobre a majoração da verba honorária, respeitando os limites impostos na lei processual, sem contudo, alterar a redação do § 1º, mantendo, assim, a ideia de

⁷ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários **ao advogado** do vencedor” (g.n.).

⁸ “Art. 85. (...)”

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vendada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

⁹ Projeto PLS 166/10 (redação original) – “Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

(...)

§ 7º. A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento”.

que são devidos os honorários fixados na sentença (*caput*, do art. 85) e nos recursos interpostos, cumulativamente.

Assim, levando-se em consideração o disposto no *caput* do art. 85 do CPC/15 e seu § 1º não seria difícil concluir que teríamos duas verbas honorárias, uma na sentença ou decisão interlocutória que tenha por fundamento uma das hipóteses dos artigos 485 ou 487 ambos do CPC/15 e outra nos recursos interpostos, diante da redação do § 1º, qual seja, “são devidos honorários advocatícios (...), e nos recursos interpostos, cumulativamente”.

Os limites para a fixação dos honorários fixados no recurso são aqueles previstos no § 2º do art. 85 do CPC/15, cumprindo, assim a verba honorária decorrente de decisão judicial o seu fundamento já apontado neste texto e reconhecido por todos, uma melhor remuneração do trabalho efetuado pelo advogado.

É inegável que muitas vezes o trabalho do advogado nas razões de um agravo de instrumento exige mais do que em uma apelação, basta pensar na hipótese da interposição do agravo de instrumento em situação não prevista no art. 1.015 do CPC/15 devendo o advogado justificar o cabimento do recurso interposto em relação a uma apelação onde o que se discute qual o termo inicial dos juros, se do dano ou da citação por exemplo.

Por seu turno o § 11, do art. 85 do CPC/15 também inova ao prever a *majoração da verba honorária* dispondo que ao tribunal cabe ao julgar recurso, majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, devidos à parte vencedora¹⁰.

A majoração de honorários advocatícios não pode ser confundida com a condenação em honorários fixados por força do

¹⁰ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau de recursal, observando, conforma o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

recurso interposto. A majoração é hipótese legal de um acréscimo a um valor já fixado na decisão recorrida, também levando em consideração a ideia de melhor remunerar o advogado pelo seu trabalho.

Na aplicação da regra constante no § 11 do art. 85 do CPC/15 não é o caso de falar em condenação da verba honorária, mas em aumento do valor da verba honorária, já que anteriormente ao recurso interposto, a verba honorária já havia sido imposta à parte que sucumbiu e se quem recorreu foi a parte que havia sucumbido, mesmo assim, não se pode falar em nova condenação, mas na inversão com aumento.

Pela regra atual, havendo recurso contra decisão em que já está fixado os honorários, o tribunal deverá, levando em consideração a forma impositiva existente na regra, aumentar o valor da verba honorária, respeitando os limites impostos no § 2º do art. 85 do CPC/15, portanto, só não haverá aumento se a verba honorária já estiver fixada no máximo previsto em lei.

Ainda, em relação à majoração tal ocorrerá conhecido ou não o recurso, provido ou não já que o aumento não está vinculado ao resultado do recurso, mas à sua existência, a expressão constante no § 11 do art. 85 do CPC/15 *o tribunal, ao julgar o recurso* (g.n.), não pode ser lido de forma restrita à hipótese do julgamento do mérito do recurso, mas também do seu exame de admissibilidade, que poderá ser monocrático ou colegiado, a depender a hipótese sem negar que haverá julgamento do recurso, ainda que exclusivamente de sua admissibilidade.

Outras considerações, a nosso ver, são necessárias para uma melhor aplicação da regra.

Na letra da lei consta *o tribunal ao julgar o recurso* (g.n.), o que poderia implicar em afirmar que a majoração só poderá ocorrer quando o recurso for julgado no Tribunal, enquanto órgão do Poder Judiciário, afastando a possibilidade do aumento ser manejado pelo julgador do primeiro grau de jurisdição, o que poderá levar a um tratamento não isonômico, por exemplo.

O juiz de primeiro grau ao sentenciar acolhendo o pedido do autor o fez parcialmente, condenando o réu ao pagamento da verba honorária. Diante da omissão, o autor manejou embargos de declaração que foram acolhidos e afastada a omissão e não foi interposto recurso de apelação com a conseqüente ocorrência do trânsito em julgado da sentença. Pela interpretação literal não haveria majoração. Levando-se em consideração a mesma situação só que em uma ação rescisória, interposto embargos de declaração no tribunal haveria a majoração dos honorários? Na interpretação literal, não há como negar o aumento do valor da verba honorária, já que embargos de declaração é um recurso que foi manejado no tribunal, o mesmo exemplo vale para os embargos de declaração com efeitos infringentes ou modificativos, hoje com previsão expressa na lei, art. 1.024, § 4º, CPC/15.

Assim, se não há dúvidas quanto a razão de ser da regra constante no § 11 do art. 85 do CPC/15, qual seja, permitir uma remuneração mais adequada do trabalho do advogado, não se pode restringir sua aplicação só no tribunal.

Não cabe uma interpretação literal, mas uma interpretação sistemática, já que as normas sempre estão colocadas dentro de determinado estatuto legal, o qual visa um fim específico, como já afirmamos anteriormente, uma norma vista isoladamente poderá fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra, razão pela qual, deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, dentro de um todo.

A verba honorária é contraprestação do trabalho do advogado tanto que foi reconhecido pelo legislador o caráter alimentar da mesma, seja no primeiro grau ou no segundo grau de jurisdição, a questão processual não pode ser um divisor de águas.

Ainda, tendo por pressuposto que o aumento da verba honorária está relacionada a uma melhor remuneração do advogado do vencedor, não há como na literalidade da lei pensar que pelo simples fato da interposição do recurso e não sendo o mesmo conhecido ou provido, sem que tenha contrarrazões, haverá a

majoração, porquanto não há contraprestação, levando-se, também o conjunto da obra e não só uma nota.

Um ponto sensível que merece uma reflexão mais aprofundada, está na hipótese do recurso interposto para discutir exclusivamente o valor da verba honorária fixada na sentença.

Não podemos esquecer a possibilidade de a parte sair integralmente vencedora na sua demanda, uma vez que tenha acolhido integralmente o seu pedido e sucumbir exclusivamente no recurso, se for discutir tão somente o valor da verba honorária.

Sendo a verba um direito do advogado tem ele legitimidade para interpor recurso em seu nome ou de seu cliente, como substituto processual nessa hipótese, para única e exclusivamente discutir o valor da verba honorária fixada, já que seu cliente saiu vencedor em toda extensão da sua pretensão.

Não conhecido o recurso ou improvido o mesmo indaga-se: teríamos duas condenações em honorários só que em valores diferentes, uma condenação na sentença outra no julgamento do recurso com a regra da majoração? Levando-se em consideração a contraprestação do trabalho desenvolvido no primeiro grau de jurisdição e exclusivamente a apelação interposta, justifica o advogado do recorrido vencedor ter uma verba honorária maior do que o advogado que teve sucesso no primeiro grau?

A partir dos questionamentos feitos acima, pode-se facilmente perceber que o legislador não se preocupou em traçar melhor a regra da majoração, limitou-se em prever o aumento pelo simples fato da interposição do recurso, ou como afirma Flávio Cheim Jorge (2016, p. 704), o legislador pela literalidade do disposto no § 11 do art. 85 do CPC/15 partiu da “premissa de que sempre haveria coincidência entre o vencedor da causa e o vencedor do recurso” o que não é verdade.

Havendo contrarrazões ao recurso interposto para discutir exclusivamente o valor da verba honorária, não há como negar a existência do trabalho do advogado do recorrido e, assim, mantendo a coerência de que a majoração decorre da necessidade de remunerar melhor o trabalho do advogado e a própria previsão de

condenação em honorários nos recursos interpostos, cumulativamente, a princípio deverá sim ser fixado honorários para o advogado do vencedor no recurso, entretanto, deverá o tribunal fixar honorários levando-se em consideração o trabalho desenvolvido exclusivamente naquela fase, não sendo a hipótese de aplicação ou interpretação literal do disposto no § 11 do art. 85 do CPC/15, não se trata de mera majoração da verba honorária.

Considerações finais

Não resta a menor dúvida de que o tema “honorários recursais no Código de Processo Civil de 2015” foi tratado com alterações substanciais, portanto, um tema com grandes alterações, permitindo profundas reflexões.

Em que pese posições em sentido contrário, temos ser possível a condenação na verba honorária quando interposto recurso já que há previsão legal nesse sentido, como demonstramos de forma sucinta no presente trabalho e não se trata de uma interpretação literal.

Por outro lado, a majoração não pode ser vista como elemento punitivo, sancionador para os recursos protelatórios, porquanto para eles temos regras específicas, tanto que o sistema prevê expressamente a majoração sem prejuízo da aplicação das sanções para as hipóteses de recursos protelatórios ou violação à boa-fé.

A majoração ocorrerá sempre que interposto um recurso, ainda que no primeiro grau de jurisdição, quando já fixado anteriormente os honorários e independe do resultado, salvo, se não houve qualquer participação efetiva do advogado na fase recursal, como por exemplo, ausência de contrarrazões ou de sustentação oral, já que o aumento da verba tem como justificativa uma melhor remuneração na contraprestação do serviço, deve ser efetivo.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva. 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 17.ed. Salvador: JusPodivm. 2015.
- JORGE, Flávio Cheim. Os honorários advocatícios e o recurso de apelação: um enfoque especial nos honorários recursais. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). **Honorários advocatícios**: conforme novo CPC. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. Vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VETO À CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém¹

José Péricles de Oliveira²

Introdução

Objetiva o presente artigo a sublinhar as ações coletivas como instrumento de efetivação da prestação jurisdicional, de concretização do devido processo legal coletivo por meio de uma análise da possibilidade da conversão da ação individual em ação coletiva. O projeto de Lei original do novo Código de Processo Civil ora aprovado pelo Congresso Nacional previa a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva, caso presentes determinadas condições, especialmente os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio.

Essa possibilidade é demonstrada quando o pedido formulado na ação individual “tenha alcance coletivo, em razão da tutela de

¹ Pós-Doutora em Direito pela CONIMBRIGAE (IGC) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professora efetiva no curso de Direito na UEMS - Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, onde ministra aulas de Direito Processual Civil na Unidade Universitária de Paranaíba no curso de graduação e na pós graduação em Direitos Humanos. Vinculada ao grupo de pesquisa denominado Direitos Humanos e Tutela Jurisdicional Coletiva, registrado no CNPQ. E-mail: glaucialamblem@hotmail.com.

² Mestre em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto, Professor efetivo da disciplina Direito Processual Civil da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba e do Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva. E-mail: jpericles.oliveira@gmail.com.

bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade”.

O longo dispositivo em análise, além do *caput* compõe-se de três incisos e dez parágrafos o que demonstra ser bastante minucioso, tanto no que se refere às hipóteses autorizadoras quanto ao próprio procedimento. Para tanto, apresentar-se-á, no momento vestibular, o referido dispositivo, que quase chegou a se transformar em lei, bem como as possíveis motivações do legislador e por fim, as razões do veto presidencial.

A seguir, expor-se-á as duas posições doutrinárias radicalmente opostas, uma defensora do veto por entender que referida conversão ocorreria de maneira pouco criteriosa e poderia comprometer o interesse das partes; de outro lado aqueles que propugnavam pela permanência do dispositivo por entenderem que constituía mais uma clara evidência da sobreposição entre direito individual e direito coletivo ou difuso. Ao final, em sede de conclusão, pretende demonstrar se o veto ao dispositivo em comento trouxe ou não prejuízo para a tutela jurisdicional coletiva. Trata-se de pesquisa bibliográfica, ainda que com pouco material, considerando ser o tema muito recente no sistema processual brasileiro.

1. Breve evolução histórica

Nas últimas décadas, atento às transformações sociais, o legislador brasileiro iniciou um processo legislativo com o intuito de promover a tutela dos direitos de índole coletiva.

O primeiro instrumento brasileiro destinado promover a proteção de bens de natureza coletiva foi a Ação Popular (destinado a anular ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, meio ambiente, consumidores e demais interesses difusos e coletivos), prevista na Lei 4.717/65 e posteriormente, inserido no art. 5º, LXXIII da atual Constituição Federal.

Em seguida, surgiu a ação civil pública disciplinada pela Lei n. 7.347/1985, instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos

de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações de ordem econômica, protegendo, assim, interesses difusos da sociedade, também supervenientemente prevista pelo art.129, III, da atual Constituição Federal.

O movimento foi coroado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ampliou a proteção aos direitos inserindo a proteção jurídica dos direitos transindividuais no capítulo dos direitos e garantias constitucionais.

Várias outras leis sobrevieram à Constituição Federal, com o intuito de promover a tutela de diversos direitos de natureza coletiva, sendo a de maior expressão a Lei n. Lei 8.078/90 (que disciplina o Código de Defesa do Consumidor) promulgada para atender expressa previsão presente no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 e no artigo 48 de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Destarte, as leis referentes ao processo coletivo brasileiro encontram-se esparsas, como é exemplo, a Lei n. 8.078/90 que institui o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (CDC), a Lei n. 7.347/1985 que disciplina a Lei de Ação Civil Pública (LACP) e a Lei n.4.717/65 da Ação Popular (LAP), a Lei n. 7.853/89 (que tutela Pessoas portadoras de deficiência), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente), a Lei n. 8.429/92 (Improbidade Administrativa), a Lei.N. 10.257/01 (Estatuto da cidade), a Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso), todas integrando o sistema processual coletivo.

Este quadro revela a existência de um microsistema processual coletivo, formado por leis que se integram entre si, buscando fomento no Código de Processo Civil, embora formatado para as demandas individuais, serve para o preenchimento das lacunas existentes.

Embora o microsistema de processo coletivo brasileiro seja considerado um dos mais modernos do mundo, o fato de se reportar a diversos diplomas legais causa certa dificuldade de uniformidade na interpretação e aplicação de suas normas, sendo mesmo comum que haja dispositivos repetidos. As normas do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da ação Civil Pública são consideradas de maior abrangência e aplicabilidade.

O microsistema processual coletivo é integrativo: na omissão de uma norma, busca-se solução em outra norma. No art. 21 da LACP e art. 90 do CDC constam as normas de reenvio³, o que permite a doutrina denominar esse fenômeno de “diálogo das fontes”⁴.

Não se discute o grau de relevância dos direitos de natureza coletiva, eis que se referem a recursos da coletividade, de larga abrangência social e forte peso político e grande interesse social, como são os casos do meio ambiente e dos demais direitos tutelados pela ação civil pública.

O ideal seria a estruturação de um sistema único coletivo, passando esta norma a disciplinar de forma geral com aplicação ampla e integradora das regras específicas, como, por exemplo, a criação de um Código de Processo Coletivo. Mas até que não tenhamos esse sonhado sistema único em que os institutos e princípios próprios do Processo coletivo sejam disciplinados conjuntamente, a tutela dos direitos deve ser realizada com as normas existentes.

O Novo Código de Processo Civil, disciplinado pela Lei n.13.105/2015 mostrou preocupação com a lide coletiva. Embora não tenha disciplinado expressamente o processo coletivo, tampouco separou um livro, um título ou um capítulo sequer sobre os institutos próprios das ações coletivas. Não disciplinou legitimação, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada, recursos ou execução referentes às lides de natureza coletiva. Apesar disso, não se pode negar que houve alguma preocupação por parte do legislador com os conflitos coletivos.

³ Art. 21 - Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

CDC, art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁴ Cláudia Lima Marques utiliza a expressão “Diálogo das fontes”, criada pelo alemão Erik Jayme em seu curso de Haia (*Identitéculturelleetintegration*) para explicar as influências recíprocas entre diferentes normas e que, portanto, devem ser aplicadas conjuntamente, de modo complementar e harmônico. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010).

São vários os dispositivos que denotam essa preocupação do legislador, a título de exemplo: a) expressa remessa ao sistema da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, quando houver diversas demandas individuais repetitivas, conforme dispõe o art. 139, X; b) previu o incidente de resolução de demandas repetitivas no art. 976 e seguintes, bem como aplicação da tese jurídica fixada no IRDR a processos individuais e coletivos (art. 985); c) alargou a atuação do Ministério Público nos litígios coletivos que envolvessem a posse de terra rural ou urbana, nos termos do art. 178, III; d) nos casos de reconhecimento de repercussão geral, previu a suspensão dos processos individuais, conforme art. 1.037, II; e, de acréscimo, havia previsto também a hipótese de conversão da ação individual em coletiva, matéria que acabou vetada pelo Poder Executivo (art. 333).

Observa-se que o legislador não se preocupou propriamente com os direitos materiais de natureza coletiva, mas, sim com as lides que denotam conflitos repetitivos, com acentuado prestígio à formação de precedentes destinados à uniformização da jurisprudência.

Portanto, o que o legislador do novo Código de Processo Coletivo pretendeu foi trazer um pouco mais de celeridade à prestação jurisdicional, prestígio ao princípio da isonomia nas decisões e por consequência, garantir a segurança jurídica, pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

2. A proposta de conversão da ação individual em ação coletiva: requisitos e procedimentos

O vetado art. 333⁵ do novo Código de Processo Civil dispunha que, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade

⁵Preceituava o vetado art. 333: “Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo

de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse pedido que: a) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990), e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; b) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente

art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado”.

uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Eduardo Talamini apresenta um exemplo esclarecedor de uma situação hipotética que poderia ensejar a conversão da ação individual em coletiva, nos termos apresentados pelo legislador no Projeto de Lei. Em outras palavras, visualizou uma ação individual promovida por um proprietário rural com o objetivo de impedir que determinada fábrica continue despejando substâncias poluentes em rio que permeia sua propriedade e conseqüentemente contamina o solo. O autor da ação individual pretende uma tutela específica de impedir o prosseguimento da prática danosa quanto uma tutela ressarcitória pelos danos causados. Observa-se que a tutela específica pretendida pelo autor individual coincide com a pretensão coletiva de tutela ao meio ambiente (2016, p. 128).

O exemplo acima referido “a ação individual poderia ser convertida em ação coletiva a requerimento de qualquer dos legitimados para esta última. O autor da demanda individual poderia permanecer atuando como litisconsorte ‘unitário’ para a condução do processo coletivo”. (TALAMINI, 2016, p.128).

Importa ressaltar que, de acordo com as regras dispostas no vetado art. 333 do NCPC, a conversão da ação individual em ação coletiva não pode ser determinada de ofício pelo juiz, portanto, depende de requerimento dos interessados, ou seja, dos legitimados.

Assim, de acordo com dispositivo vetado, seriam legitimados para requerer a instauração do incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (*caput* do art. 333), assim como os entes elencados no art. 5º da LACP (Lei n. 7.347/1985 e do art. 82 do CDC (Lei n. 8.078/1990). São eles: a União, os Estados-membros, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou as sociedades de economia mista e ainda as entidades sem personalidade jurídica destinadas à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, e as associações (§ 1º). Lembrando que o Ministério Público será ouvido quando não for o autor do requerimento.

Vale esclarecer que a conversão não será cabível quando a ação coletiva em formação tiver por objeto da tutela de direitos individuais homogêneos, apenas para a tutela de direitos difusos ou coletivos, ou seja, quando o objeto da lide além de atingir a esfera jurídica individual do autor, tiver alcance coletivo, apresentar relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio. Lembrando que no caso de o objeto da lide atingir direitos individuais homogêneos, o legislador disponibilizou o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), com o intuito de emprestar racionalidade ao sistema e assegurar a uniformidade das decisões.

Preceituava o § 3º do art. 333 que não se admite a conversão caso já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento, ou houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto (litispêndência), ou o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. É possível imaginar que, além destas hipóteses legais expressas, não caberá também a conversão quando já houver coisa julgada, ou seja, caso idêntico julgado e transitado em julgado em outra ação coletiva.

Após o requerimento do interessado, o juiz decidirá após ouvido o Ministério, caso este não seja o requerente. Não constatando a presença de nenhuma das hipóteses impeditivas, o juiz determinará a conversão e intimará o autor do requerimento para aditar petição inicial, adaptando-a aos moldes da tutela coletiva.

Efetuada o aditamento da inicial, o réu será intimado para manifestar-se no prazo de quinze dias. De outro lado, o autor individual original também será intimado, que atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para dar andamento no processo, caso deseje aproveitar da coisa julgada coletiva (analogia ao art. 103, § 2º, do CDC). Caso o autor da demanda individual quera desistir da demanda no que concerne à parte coletiva, não será beneficiado nem prejudicado pela coisa julgada.

Observa-se que caso a ação individual tenha cumulado pedidos de natureza individual e coletiva, e havendo o deferimento da conversão em ação coletiva, o processo será desmembrado,

processando o pedido de índole estritamente individual em autos apartados. Por sua vez, a ação coletiva derivada da conversão, passará a observar as regras do processo coletivo.

3. Análise crítica do veto: nossa opinião

O veto presidencial justifica que referida conversão ocorreria de maneira pouco criteriosa e poderia comprometer o interesse das partes; de outro lado aqueles que propugnavam pela permanência do dispositivo por entenderem que constituía mais uma clara evidência da sobreposição entre direito individual e direito coletivo ou difuso.

A possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva acabou não se convertendo em lei, posto que o art. 333 do Projeto de Lei aprovado no Congresso Nacional acabou sendo vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que, “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.”

A partir daí surgiram duas posições doutrinárias distintas: uma defendendo o veto presidencial e outra defendendo a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva, tal como previsto no citado artigo 333.

Defensor da possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “a nova norma serviria para evitar a extinção terminativa do processo pseudoindividual por ilegitimidade ativa do indivíduo” (2015, p. 199).

De acordo com o citado autor, nesses casos, a conversão em ação coletiva “seria a única forma de evitar a extinção da ação

individual”, devido à assunção do polo ativo da ação por um daqueles legitimados pelo § 1º do dispositivo vetado (2015, p. 199).

Assim, segundo Neves, o procedimento ditado pelo art. 333 do projeto de lei aprovado no Congresso deveria ser prestigiado em razão do princípio do interesse no julgamento do mérito, que deve prevalecer. (2015, p. 203).

Para finalizar, Neves defende que nas situações previstas no artigo vetado “o direito do autor não é individual, porque, por mais justificáveis suas pretensões, os direitos pleiteados não têm o indivíduo como titular, mas sim a coletividade, um grupo, classe ou categoria de pessoas”. Então, nessas “situações melhor seriam tuteladas pela ação coletiva, pelas nítidas e indiscutíveis vantagens dessa espécie de tutela” (2015, p. 202).

Cássio Scarpinella Bueno também não concorda com as razões expostas pela Presidente da República para vetar o art. 333 do Projeto aprovado pelo Congresso, pois “eventuais conversões pouco criteriosas poderiam – e deveriam – ser controladas, caso a caso”, por meio do recurso de Agravo de Instrumento, conforme previa o art. 1.015, XII, também vetado (2015, p. 249). Além disso, a afirmação exposta no veto, ainda segundo o autor, de que o novo CPC já trata de “mecanismos para tratar demandas repetitivas” não pode ser aceita, pois esses mecanismos não são aplicáveis em primeiro grau (2015, p. 249)

Então, segundo se extrai das lições do citado processualista, não se pode aceitar a ideia exposta nas razões que levaram ao veto uma vez que ela conduz “ao esvaziamento e ao enfraquecimento dos processos individuais que têm início na primeira instância” (BUENO, 2015, p. 249).

Isso porque os casos de julgamento de recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas são decisões de “cima para baixo”, ou seja, provenientes dos Tribunais e não dos Juízes de primeiro grau.

O mesmo autor sustenta que a regra prevista no dispositivo vetado teria “plenas condições de redução do número de processos e do congestionamento do Judiciário, motivo de tanto aplauso

quando” os mecanismos de coletivização são verticalizados, como o IRDR (BUENO, 2015, p. 249).

De outro lado surgiu a corrente defensora das razões que levaram ao veto presidencial do art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. José Rogério Cruz e Tucci sustenta que o veto foi providencial, na medida em que o dispositivo vetado ofendia direito individual do cidadão (2015, n.p.). Rodolfo Kronenberg Hartmann segue o mesmo entendimento ao afirmar que

o artigo em questão, como se observa, era completamente subversivo ao sistema das tutelas coletivas e desnecessário para a ordem jurídica, já sendo bastante criticado no meio jurídico. Com efeito, uma característica inerente ao processo coletivo é, justamente, a possibilidade do *opt out*, ou seja, de o titular individual do direito de feição coletiva optar pela via individual em detrimento de aguardar a solução do processo coletivo (art. 104, Lei nº 8.078/90). Só que este dispositivo retirava esta possibilidade, ao determinar que a via individual seria tolhida quando o processo fosse convertido em coletivo. Além disso, também se poderia objetar que, se os requerentes desta conversão teriam legitimidade para propor ação civil pública, os mesmos deveriam adotar esta providência e não intervir em um processo individual, tencionando transformá-lo em coletivo. De resto, recorda-se que o NCPC, acertadamente, já prevê em outro dispositivo (art. 139, inciso X), que quando o juiz se deparasse com processos que potencialmente caracterizam uma lesão social, a tarefa se limitaria a oficiar aos legitimados para o processo coletivo para que tivessem ciência desta circunstância e adotassem as providências necessárias cabíveis. Portanto, correto o veto ao dispositivo, embora os fundamentos pudessem ser acrescentados destas outras observações (2015, n.p.).

Como se pode observar, existem outros caminhos para que os então legitimados a requerer a conversão da ação individual em ação coletiva possa defender os interesses sociais e coletivos sem intervir em ação alheia já ajuizada.

Para Wambier et al., “há meio mais fácil e eficaz de se promover a tutela coletiva, que é a propositura da ação coletiva.” Por isso, deve ser evitado o ingresso de terceiro em processo individual, já em andamento, por ofensa a princípios constitucionais e à segurança jurídica (2015, p. 566). É que, segundo tal raciocínio, a

constitucionalidade da norma vetada é duvidosa, “caso venha a se entender que o deferimento da conversão implicará impedimento para o autor originário, quando não tiver optado por se litisconsorte na demanda que se converteu em coletiva, propor nova ação individual” (WAMBIER et al., 2015, p. 566).

O presidente da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Ministro Luiz Fux, ao falar sobre o veto ao art. 333 do CPC/2015 afirmou que a conversão da ação individual em coletiva foi “vetada a pedido da Advocacia Geral da União (AGU) que entrevia clara inconstitucionalidade em converter uma ação individual em coletiva, violando o preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição segundo o qual nenhuma lesão ‘individual’ deverá escapar da apreciação do Judiciário”. Por essa razão, coletivizar demanda individual encerra franca violação à preceito insculpido na Carta Magna.

Além disso, como afirma Tucci, “deve ser combatida qualquer tentativa de romper o paradigma da inércia da jurisdição”, impedindo que a atuação do Judiciário, de forma autoritária e sem freios, ofenda direitos humanos consagrados no texto constitucional (2015, n.p.).

De acordo com as lições de Tucci,

toda vez que o juiz, de ofício, transportar para as fronteiras do processo o interesse particular ou público de outrem, estranho à relação jurídica deduzida em juízo, haverá nítida deturpação do princípio da autoridade, uma vez que transforma o juiz em protagonista, não simplesmente da direção do processo, mas, sim, da própria sorte do objeto litigioso, ferindo de morte a legalidade que deve nortear a realização de todos os atos processuais. (2015, n.p.).

A pretexto de privilegiar o princípio da economia processual e da razoável duração do processo, a regra insculpida no vetado art. 333 do CPC acabava por consagrar esse autoritarismo do Judiciário, agredindo princípio da inércia da atuação do Estado-Juiz.

É bom lembrar que não se pode prestigiar um princípio em detrimento de outro e que a celeridade deve ser buscada sempre.

Porém, como adverte Barbosa Moreira, se para tornar a atividade jurisdicional melhor é preciso acelerar a marcha processual, “muito bem: não, contudo, a qualquer preço”, sob pena de correr o risco de ferir outros princípios igualmente importantes (2004, p. 05).

Incontroverso que o sistema jurídico processual deve zelar para que os litigantes alcancem a efetividade do processo, o que somente será obtido se o devido processo legal for observado, garantindo ao autor de uma ação o direito de obter a tutela jurisdicional de mérito.

Além disso, o texto constitucional, em seu art. 5º, XXXV, proclama a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de modo que não poderia o Estado deixar de julgar uma ação individual com base em regra infraconstitucional, de coletivização da demanda.

Então, essa disposição do vetado art. 333 do CPC padecia de flagrante inconstitucionalidade por ofensa a princípios nucleares do sistema processual, donde se conclui pelo acerto do veto.

Assim, de acordo com Tucci seria “inoportuna e desnecessária a ingerência que seria instituída, no âmbito do processo civil individual”, com a justificativa de se “abranger maior número de interessados, em flagrante afronta ao direito do cidadão”, expressamente garantido pela Constituição Federal (2015, n.p.).

Ademais, deve ser observado que o Código já contempla mecanismos para tratar das demandas coletivas, por meio dos julgamentos dos Recursos Repetitivos e por meio do IRDR.

Ainda que estes instrumentos sejam utilizados apenas no segundo grau de jurisdição, não se pode negar que eles visam disciplinar de maneira coletiva os conflitos de interesses, com eficácia vinculante, abrangendo um número bem maior de litígios.

Não se pode negar que o novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de regular de maneira específica, o procedimento para as demandas coletivas, como fazia o projeto de Lei nº 5.139/2009, que acabou sendo arquivado em 2010.

Mesmo porque o microssistema da ação coletiva é uma realidade já consagrada no texto constitucional (art. 5º, XXI, XXXV, LXX, LXXIII; art. 8º, III; art. 129, III; art. 232) bem como nas Leis nº 7.347/85 (LACP) e nº 8.078/90 (CDC), entre outras já citadas.

Porém, isso não justifica a malfadada redação do vetado art. 333, que acabou não se convertendo em lei, pois não disciplinava a ação coletiva de maneira coerente, por agredir direitos individuais do cidadão ao prever a possibilidade do juiz converter a ação individual em coletiva, ao arrepio da vontade das partes litigantes.

Considerações finais

Sem embargo do pensamento em sentido oposto, e com a devida *vênia*, entendemos acertada a decisão presidencial que vetou o ingresso, na novel legislação processual, da conversão de tutela individual em coletiva prevista no afastado art. 333.

Sem embargo do pensamento em sentido oposto, e com a devida *vênia*, entendemos acertada a decisão presidencial que vetou o ingresso, na novel legislação processual, da conversão de tutela individual em coletiva prevista no afastado art. 333.

Efetivamente, a identificação de conflito de natureza coletiva, ou que assuma essa natureza, em processo individual, leva à provocação da resolução do mérito por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, ou em incidente de resolução de recursos repetitivos.

De outro giro, observa-se que, caso não fosse vetado o dispositivo (CPC, 333), violados estariam vários princípios constitucionais do processo civil, a saber: devido processo constitucional, inafastabilidade da jurisdição, direito de ação, inércia da atividade jurisdicional, entre outros. Daí a argumentação no sentido da inconstitucionalidade da norma extirpada.

A conversão nitidamente afastaria o cidadão da atividade jurisdicional por ele provocada, vez que lhe retiraria o direito de acesso à ordem jurídica justa por meio de uma decisão de mérito sobre a lide por ele instalada.

Uma vez afastado o jurisdicionado do Judiciário, violado estaria, incontestavelmente, o direito constitucional de ação.

Na mesma intensidade, a conversão violaria o princípio da inércia, vez que o Judiciário estaria atuando *ex officio*, sem

provocação, o que não se espera do Estado em relação aos litígios de natureza cível, ressalvadas as hipóteses em que o próprio Código de Processo Civil permite essa forma de atuação.

Vale anotar, que referidos princípios constitucionais são corolários do devido processo constitucional, de sorte que, violado qualquer deles (ou todos simultaneamente, como aqui defendido), o *due process* está em sua base comprometido, padecendo de vício insanável.

Averbe-se, outrossim, que embora seja elogiável o intuito do legislador em tentar proteger o sistema processual coletivo, certo é que o vetado art. 333 do Código de Processo Civil pecava pela ausência de regulamentação de alguns institutos importantes, como legitimidade, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada, recursos, execução, relativamente aos processos coletivos, o que, inegavelmente traria prejuízos à efetivação do direito perseguido na demanda.

Dessa forma, a nosso sentir, correta e providencial foi a intervenção da Advocacia-Geral da União, orientando o Poder Executivo quanto ao veto ao art. 333 do CPC, orientação que, sem ressalvas, foi acolhida pela Presidência da República, que erradicou da novel legislação processual a norma em comento.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça**: alguns mitos. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Luiz Orlando. **As explicações de Fux para os vetos ao novo CPC**. Março de 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/as-explicacoes-de-fux-para-os-vetos-ao-novo-cpc>>. Acesso em: 28/08/2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **O Novo CPC (Lei nº 13.105/2015) e os seus vetos**. Março de 2015. Disponível em:

<<http://williamdouglas.com.br/o-novo-cpc-lei-no-13-1052015-e-os-seus-vetos/>>. Acesso em 12/10/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo. Coleção Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NELSON JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. In: ZANETI JR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo. Coleção Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério. Um veto providencial ao novo Código de Processo Civil. Março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em 12/10/2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC. Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Terres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE CULTURAL E SUA PROTEÇÃO JURISDICIONAL: PRETENSÃO POSSÍVEL?

Claudia Karina Ladeia Batista ¹

Mário Lúcio Garcez Calil ²

Carlos Malta Leite ³

Introdução

O objetivo do presente trabalho é estudar a verdadeira relevância da tutela jurisdicional na proteção do referido patrimônio, ressaltando os principais aspectos do meio ambiente, o que será feito por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Incumbe ao Estado e à coletividade, por força das disposições constitucionais, zelar pela preservação ambiental. No exercício do monopólio da jurisdição e, por intermédio do processo, incumbe desempenhar tal múnus público, a despeito da preservação a ser exercida também por meio da atuação ostensiva e preventiva de

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professora do Curso de Graduação em Direito e Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. E-mail: claudiabatista@uems.br.

² Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. E-mail: mario.calil@yahoo.com.br.

³ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: carlosmaltaleite@hotmail.com.

policiamento ambiental e fiscalizatórios, como o IBAMA e o IPHAM, dentre outros.

Conhecer as principais características do direito ambiental, sua importância, seus princípios e suas fontes é de extrema importância para se compreenda as peculiaridades da tutela jurisdicional destinada a salvaguarda de direito com tamanhas especificidades. Não se pode pretender assegurar às futuras gerações o direito ao patrimônio cultural, histórico e paisagístico, com o processo civil originariamente articulado para tratar de lides com cunho patrimonial.

Além disso, a salvaguarda do direito à higidez do meio ambiente, aí também compreendido o patrimônio histórico e cultural, relaciona-se diretamente à eficácia da prestação jurisdicional ambiental, o que justifica o presente estudo.

A proteção dos direitos consagrados pela Constituição Federal depende de um processo que não se satisfaz com a mera sentença ressarcitória na forma pecuniária - que certamente não devolverá à coletividade a chance de conhecer a arquitetura de um prédio histórico demolido, por exemplo.

1. Meio ambiente como bem jurídico e a tutela jurisdicional ambiental

O bem ambiental, assim definido no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Não se trata de bem público ou privado, mas de natureza diversa, denominada de bem difuso.

Apesar de caracterizados pelo uso comum, não são, todavia, bens públicos, de propriedade dos entes federados; “[...] são bens que estão sob a administração destes entes públicos (administração direta e indireta) (YOSHIDA, 2005, p. 305).

Assim, a expressão “meio ambiente”, tão difundida no meio jurídico e social, designa “[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2007, p. 22).

Trata-se, então, de um direito de “terceira geração”, difuso.⁴ A Lei 6938/81, em seu artigo 3º, inciso I, define meio ambiente como “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A definição legal, dada pela Política Nacional do Meio Ambiente, prestigia apenas o meio ambiente natural. Ocorre que não se resume à mera idéia já arraigada de recursos naturais finitos. Faz-se necessário conceitua-lo amplamente.

Em sentido estrito, “[...] nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos”. Em sentido amplo, abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais. (MILARÉ, 2007, p. 99).

Nesse sentido, é possível a sistematização e a interdependência de uma disciplina jurídica autônoma, evitando considerar isoladamente os elementos que integram o meio ambiente, não ignorando, porém, as especificidades da água, da atmosfera e da fauna, por exemplo, mas buscando a integração destes elementos sob a égide do Direito Ambiental (MACHADO, 2005, p. 126).

Por compreender o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico e urbanístico, além do meio ambiente de trabalho, identifica-se que a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, elementos naturais, artificiais e culturais, considerando o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “macrobem unitário e integrado”, incorpóreo e imaterial, bem como um “microbem”, por ser bem de uso comum do povo, o que não deixa dúvida acerca de sua natureza de direito fundamental. (LEITE, 2000, p.96)

O patrimônio cultural brasileiro é objeto de proteção constitucional, compreende os bens de natureza material e imaterial considerados em sua individualidade ou em conjunto, que sejam informadores da identidade e da memória da sociedade brasileira, aí

⁴ Nesse sentido Freitas (2000, p. 25) e Cançado Trindade (1993, p. 51).

compreendidos as formas de expressão, obras, edificações, objetos, conjuntos urbanos e outros.

2. A proteção jurídica do bem ambiental

Em razão das características já apresentadas quanto ao meio ambiente, patrimônio cultural, histórico, artístico e paisagístico, tem-se que a defesa de tais bens jurídicos não depende somente dos avanços na legislação material. A legislação brasileira, na seara do Direito Ambiental tem, ao longo dos anos, servido de paradigma para muitas outras, dada sua abrangência, e importância.

Não se pode, porém, ignorar que a existência da lei não inibe, por si, a prática de atos ou condutas reiteradas que violam os direitos ambientais e causam danos, por vezes irreparáveis, ao patrimônio cultural e histórico.

É preciso que a legislação seja efetivamente aplicada, de modo a permitir que não se estabeleça a ideia de impunidade ou de completa ineficácia do complexo sistema de preservação e repressão às violações ambientais.

Tem-se, pois, que em razão das características do bem objeto da tutela jurisdicional, o processo deveria abandonar o demasiado apego à forma em detrimento da efetividade. Assim, sem abandonar a autonomia alcançada, mas voltando-se ao atendimento dos anseios submetidos à apreciação jurisdicional (solução do objeto do litígio), passa o processo a desenvolver mecanismos para melhor atender aos direitos que motivam o acesso ao judiciário.

Isso porque a natureza instrumental do direito processual impõe seus institutos sejam concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. A eficácia do sistema processual será medida de acordo com sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. (BEDAQUE, 2003, p.17)

A alteração da concepção autonomista do processo para a concepção instrumental tem fundamental importância. Considerando-se o caráter instrumental do processo, vinculado ao objeto do litígio, vislumbra-se a nítida e imprescindível necessidade

de se desenvolver mecanismos processuais condizentes e adequados.

O Brasil, assim, encontra-se no primeiro plano da legislação processual civil, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou os instrumentos de proteção aos interesses da sociedade e aos direitos fundamentais da cidadania. Trata-se do sistema com o mais rico e multifário acervo legislativo voltado à proteção de direitos constitucionais. (TEIXEIRA, 1996, p. 888)

Garantido o acesso ao Poder Judiciário, cumpre ao processo, enquanto mecanismo posto a serviço da jurisdição, a árdua tarefa de permitir que a tutela jurisdicional seja capaz de possibilitar o bem da vida pretendido ou, que se aproxime tanto quanto possível do direito almejado.

Assim, tanto maior será a eficácia da tutela quanto mais o próximo for o resultado do direito material cuja satisfação voluntária não ocorreu em razão da vontade do obrigado. Assim, a eficácia do sistema mede-se pela diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o resultado que esta última obteria se não tivesse recorrido ao processo. (GUERRA, 1997, p. 10)

A aplicação da tutela jurisdicional eficaz no caso concreto demonstra ser “[...] um direito prestacional, por meio do qual se exige do Estado a obtenção de prestações positivas”. (BARROSO, 2001, p. 99)

Verifica-se, pois, que os avanços do direito material devem, igualmente, ser acompanhados da adequação do direito processual no desenvolvimento de tutelas específicas para os direitos de terceira dimensão, entre os quais o meio ambiente que, dada a especificidade, não reconstrói com o mero ressarcimento pecuniário dos danos.

3. Celeridade processual e efetividade do processo

A efetividade da prestação jurisdicional não pode ser compreendida sob o aspecto puramente formal, pois não consiste na mera prolação de uma sentença. O direito de ação deve ser pensado

como “[...] o direito a um modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo”. (MARINONI, 2006, p.32)

A higidez do meio ambiente assegurada pela Constituição não pode encontrar óbice na inadequação dos instrumentos processuais postos à disposição para a tutela de tal direito, nem nos percalços que afligem o Judiciário, sob pena de não se alcançar a efetividade buscada.

As disposições constitucionais devem ser capazes de transpor os obstáculos e estabelecer-se mesmo diante das dificuldades fáticas, ao que chamou de força normativa da constituição (HESSE, 1991, p. 9-25).

Além disso, a tutela deve ser prestada em tempo razoável, sob pena de ser ineficaz. A morosidade gera a descrença do povo na justiça, pois o cidadão se vê desestimulado a recorrer ao Judiciário se toma conhecimento de sua lentidão e dos males que podem ser provocados pela morosidade da litispendência. Assim, “[...] é óbvio que a morosidade processual estrangula os direitos do cidadão”. (MARINONI, 2000, p.33)

É imperioso, pois, que não só a legislação processual contenha previsão específica para contemplar as peculiaridades reclamadas pelo objeto da tutela, mas que os profissionais que militam também sejam capazes de manejar tais instrumentos postos a serviço da jurisdição.

Nesse sentido Bedaque (2006, p.17) ressalta que “[...] o bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para a sua aplicação”.

Por tal razão é imprescindível que o Poder Judiciário seja destemido, independente e dotado de um aparato físico, tecnológico e, sobretudo, humano para que possa concretizar os direitos fundamentais.

Em virtude de não constituir o cerne da pesquisa e em função dos necessários recortes a fazer, as agruras que afligem o judiciário e fogem ao estudo da processualística da tutela não serão objeto de análise e discussão.

Como a tutela do meio ambiente, porém, liga-se diretamente ao aspecto temporal e a demora na entrega da prestação jurisdicional pode implicar em prejuízo irreparável ou de reparação incerta do meio, passa-se a analisar especificamente o direito à duração razoável do processo, de extrema relevância, em especial nas lides ambientais.

A celeridade não há, pois, de representar o sacrifício do direito à regular condução do processo. Porém esta não pode implicar no perecimento do direito, pois “[...] não se poderia conceber um processo extremamente demorado, que feriria frontalmente o escopo para o qual existe, que é o de entregar a prestação jurisdicional na maior brevidade possível” (ZARIF apud TAVARES, 2008 p. 85).

A celeridade processual há de ser conseguida sem prejuízo do próprio acesso à justiça e sem que a resposta do Estado ao jurisdicionado seja adequada e eficaz. Há, pois, que se cuidar para que em nome da celeridade, não se infrinja direitos constitucionais igualmente fundamentais.

As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas à economia processual e à celeridade, como predicados essenciais da decisão justa.

Economia e a celeridade do processo, todavia, não são incompatíveis com as garantias das partes. A garantia constitucional do contraditório não permite que ele seja violado em nome do rápido andamento do processo. Desse modo: “[...] a decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo, não poderá se apresentar, também, na sentença”. (GONÇALVES, 2001, p. 125)

Não se pretende, frise-se, ressaltar a tutela diferenciada como única responsável pela celeridade processual. Conforme já mencionado, esta advém de diversos fatores, entre eles a necessidade de investimentos em infraestrutura, tecnologia e número adequado de agentes.

Ocorre que “[...] todas essas providências estão fora do alcance da doutrina processual. O máximo que se pode fazer nesta sede é

chamar a atenção dos responsáveis para as causas do mau funcionamento da Justiça”. (BEDAQUE, 2006, p.17)

Assim, a criação de um sistema adequado de tutela edificado em atendimento ao direito tutelado possa não resolver os impasses do Judiciário, por certo servirão de valiosa contribuição dos processualistas, haja vista que as demais causas, como já mencionado, fogem ao alcance dos mesmos.

Havendo, pois, consideráveis alterações no campo dos direitos coletivos, difusos e transindividuais (que resultou inclusive em uma mudança no paradigma dogmático e na hermenêutica), necessitava o processo de ferramentas adequadas para promover a tutela desses novos direitos.

Assim, o processo criado para a defesa de interesses individuais é inadequado para a defesa dos interesses coletivos, pois, “[...] o processo individualista era impróprio e intencionalmente inepto para a proteção de situações coletivas, às quais as sociedades eram avessas, quando se formou essa concepção de processo, nos séculos XIX e limiar do XX”. (ARRUDA ALVIM apud SILVA, 2008, p. 34).

Até porque o direito processual civil tradicional não mais se tem mostrado suficiente para a eficaz tutela dos direitos de terceira geração, até mesmo no que concerne às regras de prescrição, decadência, competência, litispendência, coisa julgada e legitimidade, aplicadas aos direitos individuais, não encontram consonância na tutela de direitos que ultrapassam a esfera da individualidade. (SILVA, 2008, p. 23).

Verifica-se, pois, que a evolução do direito individual e a consolidação dos direitos coletivos passaram a exigir do processo uma estruturação própria, diversa daquela elaborada para tutelar os direitos individuais.

4. A importância de uma tutela preventiva do meio ambiente e do patrimônio cultural

As peculiaridades deste direito subjetivo de terceira geração requerem do judiciário uma tutela condizente com suas

características, em especial a finitude, a infungibilidade e, em muitos casos, a impossibilidade de reparação.

Todo o ordenamento deve se adaptar à eficaz prestação jurisdicional na defesa dos interesses difusos posto que “[...] vem ampliar o conteúdo dos direitos humanos fundamentais e sua positivação envolve a revisão de todo direito, enquanto ordenamento, enquanto teoria, enquanto implementação”. (BORGES, 1998, p. 29-30)

O direito ao meio ambiente saudável é um dos direitos básicos que mais sofrem com demoras processuais causadas pela dificuldade de desenvolvimento normal de feitos judiciais. O retardo geralmente é associado a complexidades de fato e a complicações jurídicas. (TEIXEIRA, 2009, p. 123).

A efetividade da tutela jurisdicional ambiental guarda em si um aspecto de suma importância, porém nem sempre observado: a necessidade de se prevenir o ilícito, evitando por consequência o dano ambiental. Isto porque o bem da vida a ser tutelado não goza de caráter patrimonial, de modo que a tutela ressarcitória por meio de indenização pecuniária não se mostra eficaz.

Ademais, sendo o dano ambiental muitas vezes irreparável, a indenização pecuniária não representa proteção ambiental, mas sim mera sanção ao autor do ilícito. Há, ainda, os casos em que a tutela específica da obrigação assegura a redução dos efeitos malévolos do dano, mas não o sana por completo, razão pela qual a tutela preventiva torna-se cada vez mais imprescindível.

A imprescindibilidade de uma nova tutela jurisdicional, caracterizada pela tutela antecipatória e pela sentença que não se enquadra no modelo trinário, é um reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados de forma preventiva, de modo que pesa sobre a doutrina processual a incumbência de elaborar o modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores atuais. (MARINONI, 2000, p. 123)

A realidade fática de degradação do patrimônio cultural supõe que todos os operadores do direito voltem seus olhares para a efetividade da prestação jurisdicional.

Muitos dos “novos direitos” relacionam-se aos direitos das gerações futuras de terem acesso ao patrimônio histórico e cultural como forma de conhecimento e construção da própria identidade. Não se coadunam, assim, com a simples tutela de reparação do dano, mormente porque tais direitos não possuem, em regra, caráter patrimonial ou econômico.

Requerem uma visão mais utilitária do processo, não como um fim em si mesmo, mas como mecanismo de operacionalização das disposições constitucionais e legais de proteção do meio ambiente.

O processo há de ser visto como mecanismo eficaz na proteção ambiental, como corolário do dever constitucional imposto ao Poder Público e toda a coletividade de zelar pelo patrimônio cultural, tendo em vista indissociável vinculação entre este e a própria dignidade humana.

Assim deve o processo ser “[...] um instrumento de realização do Poder Estatal que não está isolado, mas ligado aos anseios da sociedade”. (ARAÚJO, 2001, p. 87).

Faz-se necessário possibilitar o emprego da legislação ambiental às situações fáticas, pois não basta apenas legislar. É necessário que todas as pessoas e autoridades responsáveis retirem essas regras do limbo da teoria para a existência da vida real, pois, “[...] o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente”. (MILARÉ, 2007, p.232).

Nesse sentido, a tutela inibitória tem a função de garantir a integridade do direito, permitir a seu titular a fruição *in natura* do objeto da tutela jurídica, evitando a conversão da obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa em perdas e danos, por meio de ordem judicial que determine o cumprimento de obrigação devida, ou a adoção de medidas que conduzam ao resultado prático equivalente ao adimplemento espontâneo (SPADONI, 2007, p. 40).

Nesse sentido, “[...] sem efetividade, de pouco serve uma lei à sociedade, cabendo aqueles que foram legitimados pelo legislador a fazer uso desses instrumentos e ao Poder Judiciário a missão de garanti-la”. (GAVRONSKY, 2005, p. 30)

Os direitos difusos e coletivos não podem ser efetivamente tutelados pela via ressarcitória, de modo que não basta a sentença condenatória, relacionada à “execução forçada”. Em decorrência de sua natureza, precisam de uma tutela “[...] que possa inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, tarefa que não pode ser cumprida pela sentença condenatória.” (MARINONI, 2001, p. 32)

Nesse sentido, uma das alternativas mais sedutoras é a tutela preventiva, voltada a evitar a concretização do dano ao direito, pois as soluções tradicionais não satisfazem, pois voltam-se à tentativa de reparar a lesão já verificada. (BEDAQUE, 2006, p. 19)

Não obstante seja o Brasil referência mundial quanto ao direito material ambiental, a efetividade de suas normas é altamente discutível. As deficiências da própria estrutura do judiciário associadas à inexistência ou não utilização de mecanismos processuais acabam por tornar inócua a tutela jurisdicional.

5. Os princípios da prevenção e sua importância na preservação do patrimônio cultural

Em razão das peculiaridades do bem ambiental, entre as quais a dificuldade de reparação, reconhecer como primordiais medidas destinadas a evitar a ocorrência do dano mostram-se mais eficazes que tentar, muitas vezes sem sucesso, repará-lo.

A existência de princípios informadores do direito ambiental, que norteiam a atuação jurisdicional na defesa do meio ambiente. São eles de importância vital em um sistema que adota a superioridade normativa da Constituição Federal, pois funcionam como vetores de interpretação para todas as demais normas do sistema (SILVA, 2008, p. 251).

A despeito de algumas divergências quanto à relação de princípios fundamentais relacionados ao direito ambiental, é possível aproximar ao direito ambiental os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do

meio ambiente e da participação popular nos assuntos a ele relacionados.

No que concerne à exploração racional dos recursos aborda ainda o princípio da garantia de desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentável, função social da propriedade privada, princípio da prévia avaliação dos impactos ambientais em atividades de qualquer natureza, princípio da prevenção dos danos e degradações ambientais, princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, princípio do respeito à identidade cultural dos grupos formadores da sociedade e princípio da cooperação internacional em matéria ambiental (MIRRA, 1996).

Assim, mesmo que por vezes o direito ambiental lance mão de meios sancionatórios para o ressarcimento do dano provocado, a atuação preventiva é traço marcante neste ramo do direito. A consagração do princípio da prevenção ocorreu mundialmente, podendo ser observada pelo número de tratados e convenções internacionais que o contemplam em seus textos.⁵

De acordo com o princípio da prevenção, objetiva-se a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa. Tem, assim, conteúdo cautelar, que, embasado na detenção de informações certas e precisas sobre a potencialidade danosa de determinada atividade, proíbe sua exploração (DERETTI, 2005)

⁵ Ana Maria Moreira Marchesan, cita o Tratado de Maastrich; a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de Estocolmo, de 1982; os Princípios 2 a 7 da Declaração de Estocolmo de 1972; o princípio 15 da Declaração do Rio de 10-6-92; o princípio inscrito no art. 3º, item 3, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças no Clima, assinada em Nova York em 09-5-92, aprovada por força do Decreto Legislativo nº 1, de 2-02-94 e incorporada ao direito pátrio por força do Decreto 2.652, de 01.07.98; os arts. V e VII da Convenção para a Proteção da Flora, Fauna e das Belezas Cênicas dos países da América, assinada em Washington, em 12-10-4-, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 3 do art. 6º da Convenção da Unesco para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultura e Natural assinada em Paris em 23-11-72, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 74, de 30-06-77 e incorporada ao direito pátrio por força do Decreto nº 80.978, de 12-12-97., [...]e sobretudo os itens 2 e 3 do artigo 6º.

A Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, dimensionou princípios sobre os quais se funda, entre eles a defesa do meio ambiente. Assim, entende-se ser a melhor interpretação a que compatibiliza, quando possível, os interesses econômicos com a salvaguarda do meio ambiente.

Se não houver compatibilidade, a proteção ao bem ambiental deve preceder aos interesses econômico-financeiros, por meio da invocação do princípio da prevenção.

Isso porque a finalidade ou o objeto último do princípio da prevenção é evitar o dano que possa chegar a produzir, de modo que é necessário adotar medidas preventivas. É necessário tomar consciência que não basta reparar. Impõe-se prevenir. Assim, o princípio da prevenção é um dos grandes princípios estruturais desse setor do Direito público pós-Guerra Fria. (MASEDA, 2001, p. 61)

Embora prevenção e precaução possam parecer sinônimos no vocabulário cotidiano, quando se trata de direito ambiental ganham contornos e conotações um pouco diversas. O princípio da prevenção volta-se à cautela das atividades sobre as quais o desenvolvimento científico-tecnológico já encontrou respostas precisas sobre o risco a elas inerentes.

Já pelo princípio da precaução, mais amplo, busca o agir com cautela em razão do desconhecimento da ciência acerca dos riscos de determinadas atividades. O princípio da precaução desafia a falsa ideia de que o homem tem o domínio da ciência, posto que versa justamente sobre o receio de efeitos que ainda não se conhece, ou seja, de potencial nocivo a que a ciência ainda não pôde dar uma resposta conclusiva.

A invocação ao princípio da precaução é decisão a ser tomada “[...] quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhidos”. (MILARÉ, 2007, p. 767)

Isso porque a ausência de certeza é um obstáculo à adoção de medidas eficazes. Com base no princípio da precaução, se houver

perigo de dano grave ou irreversível, a ausência de certeza científica não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes, voltadas a impedir a degradação ambiental. (LEITE, 2000, p.46)

O princípio da prevenção, assim, objetiva a cautela contra o perigo concreto, enquanto o princípio da precaução destina-se acautelar o meio ambiente contra o perigo abstrato, cujos riscos não são amplamente conhecidos (LEITE; AYALA, 2004, p. 62).

Não há que se compreender, porém, a preservação do patrimônio cultural como algoz do desenvolvimento econômico, como inimigo das novas tecnologias e alheio a seus benefícios. Há, pois, que se obedecerem critérios para que tal desenvolvimento se dê sempre que possível sem sacrifício do patrimônio cultural, histórico, artístico e paisagístico.

Nos casos em que assim não for possível, que se adotem as medidas precaucionais. Os benefícios econômicos não podem prevalecer sobre o direito ambiental ou legitimar o risco de dano sério ao meio ambiente.

A atividade econômica deve ser considerada no caso em que o risco possa se tornar suportável, momento no qual deverá ser levada em conta a regra da medida menos gravosa ou menos custosa. Assim, “[...] existem duas medidas de precaução igualmente adequadas e idôneas para tornar a atividade viável, não há racionalidade em exigir a adoção da mais gravosa ou da mais custosa”. (MARINONI, 2004, p.364).

Objetivando assegurar o cumprimento do princípio da precaução, a Lei 9605/98 instituiu como criminosa a conduta de todo aquele que deixar de adotar as medidas precaucionais quando exigidas pela autoridade competente a fim de evitar riscos de dano grave ou irreparável. (BRASIL, 1998, n.p.)

Considerando o conflito entre os direitos de primeira geração, tal como o direito de propriedade e os direitos de terceira geração, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção do patrimônio cultural (cuja problemática ganha maior vulto quando da exploração de prédios tombados), ressalta-se a precedência

destes últimos em relação ao primeiro, através do princípio *in dubio pro ambiente*.

Assim, a incerteza da isenção de risco já é óbice suficiente para que se estabeleça com reservas a exploração da atividade, ou ainda que não se admita seu estabelecimento. O princípio da precaução revela, pois, uma eficiente forma de evitar que as gerações presentes imponham às futuras o ônus de suas escolhas feitas em detrimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do patrimônio histórico.

O princípio da prevenção está indiscutivelmente esculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal segundo o qual “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988, n.p.).

O aludido dispositivo demonstra a preocupação do legislador originário com a projeção da tutela para o futuro, o que requer o desenvolvimento e emprego de novas formas de tutela jurisdicional.

Considerações finais

A proteção normativa do patrimônio cultural e do meio ambiente não é capaz, por si, de assegurar a efetividade. Conforme já exposto, não obstante tenha o Brasil notável legislação ambiental, os percalços do direito processual e da própria precariedade já abordada da infraestrutura do Judiciário acabam por impedir que tal legislação produza os efeitos almejados pelo legislador.

Assim, a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural encontra na tutela preventiva seu maior instrumento de efetividade. Entende-se justificável, em prol da proteção do bem jurídico de maior relevância, que o juiz exerça a ponderação dos interesses jurídicos em conflito.

Infere-se do estudo feito que a incessante busca pelo desenvolvimento econômico por meio de mecanismos de submissão do patrimônio cultural à “necessidade” humana, tem exigido deste último uma cota desmesurada de sacrifício.

A pesquisa permite concluir que a proteção do patrimônio histórico por meio da atuação preventiva é a forma mais eficaz de se impedir a prática do ilícito e o eventual dano dele decorrente.

Uma vez praticada a conduta ilícita que se pretendia inibir, como a demolição ou reforma que descaracterize os elementos estéticos e históricos de um prédio tombado, por exemplo, a tutela ressarcitória pouco pode fazer para a recomposição do patrimônio degradado.

No exemplo dado, ainda que se considere que sobrevenha uma ordem determinando a cessação das obras, dificilmente se conseguirá restituir o bem lesado ao estado anterior.

Almeja-se, pois, que os avanços do direito material na seara da preservação do patrimônio cultural encontrem na prestação jurisdicional célere e eficaz, as condições para a e efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual civil coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Curitiba: Juruá, 2001.

ARRUDA ALVIM. Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Edis (Coord). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005

_____. et al. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: RT. 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada et al. (Coord.). **Desafios do direito ambiental no século XXI.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Org.). **O Novo em Direito Ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Legislação de direito ambiental.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Juiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção Saraiva de legislação)

_____. **Projeto de Lei nº 5139.** 2009. Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. **Lei 9.605.** 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: 2 ed. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

CASTRO, Paulo Roberto Siqueira. **Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Tutela de Urgência nas Lides Ambientais:** provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas

ações coletivas que versam sobre meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

DERANI, Cristiani. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DERETTI, Vânia Cristina Reis. **A tutela ressarcitória na forma específica nos danos contra o meio ambiente**. Umuarama: Unipar, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. Paulo: Saraiva, 1996.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. **Bem jurídico ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a proteção ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estados Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: fundamentos constitucionais do direito ambiental. In: MILARÉ, Edis (Coord). **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

_____. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FREITAS, Wladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

GANVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei da ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARE, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o**

anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar.** São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KISHI, Sandra Akemi Shimada et al. (Coord.). **Desafios do direito ambiental no século XXI.** São Paulo: Malheiros, 2005.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Org.). **Ação inibitória na proteção do direito ambiental: aspectos processuais do direito ambiental.** Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2003.

_____. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental na sociedade de risco.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MASEDA, Patricia Jiménez de Parga. **El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente.** Madri: Ecoiuris, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica processual e Tutela de Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Tutela inibitória individual e coletiva.** 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente – Direito e Dever fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos - Considerações e perspectivas, à Luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pelegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

_____. (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Direito do Ambiente**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007

MIRA, Luis Álvaro Valerry. Princípios fundamentais de direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. nº 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Ação civil pública e a reparação ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Limites e controle dos atos do Poder Público em matéria ambiental**. Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (Temas de direito processual - segunda série)

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor**. São Paulo: RT, 2007.

PAIVA, Carlos Magno de Souza (Org.); DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Direito e Proteção do Patrimônio Cultural Imóvel**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010

SALLES, Carlos Alberto de. Proteção judicial dos direitos difusos e coletivos: funções e significados. In: _____. (Org.). **O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003.

_____. (Org.). **O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro. **Ação popular ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **A responsabilidade Civil Ambiental**. As dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental**. A prevenção do Ilícito. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: _____. (Coord.). **Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. (Coord.). **Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental: uma proposta de razoabilidade na duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

TEIXEIRA, Orei Paulino Bretanha. **Direito do meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova Justiça. In: _____. (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. Paulo: Saraiva, 1996.

TESSLER, Luciana. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica**. São Paulo: RT, 2004 (Coleção temas atuais de direito processual civil; 9).

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VARELA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. (Org.). **O Novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OS QUINZE ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: DIREITOS HUMANOS E DIREITO DE CIVIL

Léia Comar Riva ¹

Claudia Karina Ladeia Batista ²

*Que os nossos esforços desafiem as impossibilidades. Lembrai-vos de
que as grandes proezas da história foram conquistadas do que
parecia impossível.*
Charles Chaplin

Introdução

O Direito de Família brasileiro sofreu, principalmente na última década, profundas transformações. Isso ocorreu devido a diversos

¹ Pós-Doutora em direitos humanos e democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FD-UC), Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). E-mail: lcriva@uems.br

² Doutora em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE-Instituição Toledo de Ensino), Mestre em Direito – Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito (UNITOLEDO), Especialista em Direito Civil e processual Civil (UNORP). Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Membro do conselho editorial da revista de doutorado e mestrado da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná- Argumenta. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

fatores os quais estão ligados à forte influência exercida pela Constituição Federal de 1988. As alterações, no texto do Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10.01.2002, têm ocorrido de forma gradual, devido também, à grande dificuldade encontrada para romper com a concepção individualista que norteava o diploma anterior e incorporar as ideias socializantes compatíveis com o direito contemporâneo.

O presente trabalho tem como objetivo investigar alguns paradigmas que, orientados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nortearam o Direito de Família e parte das alterações ocorridas no atual Código Civil brasileiro, durante sua vigência.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental, fundada na discussão teórica do material consultado junto ao Direito brasileiro e da análise interpretativa.

Para alcançar o objetivo proposto, num primeiro momento buscar-se-á investigar alguns artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e alguns paradigmas que norteiam o atual Direito de Família, e, em seguida, apanhar as principais mudanças advindas nesse ramo do Direito por algumas leis ordinárias e especiais e pela jurisprudência.

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Família

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inspira, aos países signatários, diretrizes que devem ser observadas em todos os ramos do direito, e, faz referência, especificamente, sobre o Direito de Família. A seguir serão apresentados alguns artigos da Declaração de 1948 com os quais o Direito de Família encontra-se em conexão. A enumeração é apenas exemplificativa, posto que em sua totalidade os artigos da Declaração de 1948 visam de várias formas, à proteção e à promoção da família e de seus membros.

Logo em seu Preâmbulo, à letra da lei, o espírito que deverá orientar e proteger todos os cidadãos encontra-se firmado em cima de ideais como dignidade e liberdade. Aliás, a presente Declaração,

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, como o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (BALERA, 2011, p. 14).

A fim de se opor à barbárie ocorrida durante a história da humanidade e, nos últimos anos daquela época, os membros das Nações Unidas expressaram no Preâmbulo da Declaração de 1948 sua crença e determinação sobre a universalidade dos direitos proclamados e garantiram a todos, sem exceções nem restrições, a dignidade humana e a paz internacional. A previsão dos vários direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais visam coibir as atrocidades contra o outro. Além disso, o Preâmbulo da citada Declaração de direitos reúne os valores comuns da humanidade, tais como universalidade, dignidade, paz, liberdade-igualdade e progresso social. (BETTATI e DUHAMEL, 2008, p. 22-27).

A noção de liberdade é o cerne do preâmbulo. Entre outros significados, ela denota a ausência de submissão e de coerção física ou psicológica; é o direito de praticar determinado ato não proibido pela norma jurídica e tem várias concepções: liberdade de participação (direitos políticos que protegem os indivíduos); liberdade pessoal (direito à segurança, à inviolabilidade do lar, de correspondência, da vida privada); liberdades públicas (de pensamento, de crença, de opinião, de expressão, de reunião e associação). (ROBERT, 2008. p. 22-27). Também, o princípio da igualdade, um dos mais consagrados na esfera privada, encontra-se expressamente previsto nos arts. 16 e 25 da Declaração de 1948.

No art. 1º extrai-se que além da liberdade e da igualdade, está presente o espírito de fraternidade, o qual deve nortear o comportamento das pessoas. Sanfeticce (2011, p. 17) anota: “os direitos de solidariedade, originários do ideal da fraternidade, ao mesmo tempo em que determinam direitos, constitui deveres”, isso porque, “nos termos da própria Declaração ora analisada, é um dever de cada homem agir, em relação aos demais, com espírito de fraternidade”.

Ao comentar o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Favareu (2008, p. 75) verifica ser ele o primeiro texto de âmbito geral que afirma e proclama a necessidade de proteger a privacidade do indivíduo e de sua família, assim como a de sua honra e reputação, contra as ingerências arbitrárias. Surpreende-se o autor por tal proclamação não ter ocorrido antes. Além disso, pontua que, em um primeiro momento, a privacidade é protegida contra interferências do poder público. Mas, o progresso técnico ampliou consideravelmente os meios de investigação e divulgação e, não só aumentou a necessidade de proteção contra o Estado, como também contra outros indivíduos e a sociedade em geral. Mostra, ainda, que a proteção da privacidade é um "direito fundamental", o qual inicialmente foi consagrado a nível internacional pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e em seguida por várias convenções e tratados internacionais e em diferentes constituições modernas.

A proteção do lar foi outro aspecto dos direitos elencados na Declaração, art. 12, o qual “promove abrigo aos domínios da vida de cada cidadão, garantindo a inviolabilidade na sua vida privada, conceito que abrange a intimidade honra e reputação, estendendo esses direitos à família, ao lar ou a correspondência e à honra e reputação”. (KERBAUY, 2011, p. 83).

O artigo 16, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, traça três direções que se complementam. A primeira traz o direito tanto para as mulheres quanto para os homens, de casar e de constituir família. A segunda aponta a necessidade do total consentimento dos futuros cônjuges para a união. Finalmente, a

proclamação, inequívoca, do caráter 'institucional' da família. (ROBERT, 2008. p. 97).

Ao explicar o disposto no artigo acima citado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, esclarece o Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco Álvaro Villaça Azevedo (2003, p. 22): no início o texto menciona “ao ‘direito de contrair matrimônio’, sem qualquer restrição a este, que deve nascer da vontade livre dos contraentes. A palavra matrimônio, como resta clarividente, está utilizada em sentido amplo, como toda espécie de união familiar.” Para corroborar esse entendimento, conclui “que esse preceito condiciona a ideia de contrair matrimônio com a de fundar uma família (‘e fundar...’) e ao final acentua que essa é o ‘núcleo natural e fundamental da sociedade’, com direito à proteção desta e do Estado”.

A família vem sofrendo intensas transformações em sua estrutura e funções, desde a Declaração de 1948, quando, “ao conceito de família foram agregadas novas compreensões”, como, por exemplo, a de seus vários modelos presentes atualmente na sociedade e a categoria de direitos fundamentais, “fraternidade”, se tornou essencial à família. Além disso, os “preceitos anunciados na Declaração de 1948, no que diz respeito à família, foram gradativamente sendo agrupados nos textos constitucionais dos Estados-Membros. Evidentemente, uma cultura que ganhou espaço de forma gradativa” e que em 1988 foi incorporada em nossa Constituição. (POZZOLI, 2011, p. 111 e 114) e, em 2002 ao Código Civil brasileiro.

2. O Código Civil de 2002: novas orientações de acordo com o direito contemporâneo

Além dos três princípios que esteiam o Código Civil de 2002, quais sejam, os de socialidade, eticidade e operabilidade, Tartuce (2012) apresenta os principais marcos que devem sustentá-lo.

No tocante aos princípios que “dão embasamento filosófico ao Código Civil em geral” (NADER, 2016, p. 24), verifica-se que em

contraste com o sentido individualista que norteou o Código Beviláqua, o princípio da socialidade reflete “a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”. O princípio da eticidade funda-se “no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores”; prioriza “a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos” e confere “maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa”. O princípio da operabilidade, ao considerar a necessária efetividade do direito orienta que se deve evitar o “bizantino, o complicado, afastando-se as perplexidades e complexidades”. (GONÇALVES, 2002, p. 5).

O Direito Civil contemporâneo tem como principais marcos teóricos a constitucionalização do direito civil e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (TARTUCE, 2015, p. 90). A constitucionalização do direito civil é um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, ou seja, antes de aplicar a lei, deve-se verificar a compatibilidade com os direitos fundamentais. Esse direito se sustenta, principalmente, em três princípios fundamentais, tais como, dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia ou igualdade. (TARTUCE, 2012, p. 92 e seguintes), todos contidos na Declaração de 1948.

A constitucionalização, “e uma conseqüente consideração dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não ameaçam a autonomia do direito privado e, sobretudo, também não ameaçam uma das idéias centrais desse ramo do direito, a autonomia privada”. (SILVA, 2014, p. 27). Continua o autor explicando que isso ocorre “porque, sempre que possível, essa produção de efeitos, para usar uma expressão consagrada, se dá por intermédio do material normativo do próprio direito privado, o que garante sua autonomia” e conclui que a mudança se dá “se se comparar a autonomia que o direito privado gozava especialmente até o século XIX, é o fato de que as normas desse ramo de direito devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais”. (SILVA, 2014, p. 27).

No tocante à eficácia horizontal imediata ou direta dos direitos fundamentais, a qual torna possível a constitucionalização do direito civil (art. 5º, § 1º, CF) é o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares, ou seja, indivíduo x indivíduo. A eficácia horizontal mediata ou indireta ocorre quando previstos em cláusulas gerais. (TARTUCE, 2012, p. 99 e seguintes; MADALENO, 2015, p. 49).

No estudo da eficácia dos direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, Sarlet (2010, p. 15) mostra que expressamente o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 dispôs “que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e isso “tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais”, além disso, essa “obrigação, por sua vez, abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e vida social de um modo geral”. (SARLET, 2010, p. 25).

2.1 Alterações apresentadas ao Código Civil de 2002 e as novas diretrizes

Durante esses quinze anos de vigência do atual Código Civil, várias alterações foram percebidas em seu texto. De forma não exaustiva elencar-se-ão algumas. Ao atual Ordenamento Jurídico brasileiro foi acrescida a Lei n. 13.146, de 06.07.2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A referida Lei prevê a alteração de diversas outras normas e regulamenta a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008, com status de Emenda Constitucional e por sua promulgação pelo Decreto Executivo n. 6.949, de 25.8.2009.

Os arts. 114 a 116 e 123 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência modificaram e/ou revogaram regras da Parte Geral, Livro I, concernentes à incapacidade civil (arts. 3º e 4º), à invalidade do negócio jurídico (arts. 166 e 171) e à prova testemunhal (art. 288).

Na sequência, além de retirar da pessoa com deficiência a condição de incapaz, com a revogação de parte dos arts. 3º e 4º, do Código Civil de 2002, o Estatuto modifica e revoga vários artigos da Parte Especial, Livro IV, da citada legislação ordinária que tratam de alguns requisitos concernentes à capacidade (art. 1.518), à nulidade (arts. 1.548 e 1.550) e à invalidade (art. 1.557) do casamento, à curatela (1.767 a 1.769 e 1.771 a 1.775) e ao novo modelo jurídico da tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A). (RIVA, 2016, p. 34).

Nos termos da nova Lei o art. 114 cria a curatela compartilhada, art. 1.775-A, com a seguinte redação: “Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.” Para não alongar na exposição, o instituto da curatela dos interditos teve sua atual disciplina totalmente revista, a fim de melhor atender o interdito, com a utilização de medidas como: a da possibilidade de que interdito faça o pedido; observar para que a interdição não extrapole (RIVA, 2016, p. 39) “os exatos limites das incapacidades/limitações do curatelado” e facultar ao interdito o levantamento total ou parcial da interdição. (PUTINATI JÚNIOR e RODRIGUES, 2015, p. 32-34).

O novo Estatuto brasileiro, no art. 115, prevê que o Título IV do Livro IV da Parte Especial do atual Código Civil vigente seja modificado e passe a contar com a seguinte redação: “Da tutela, da Curatela e da Tomada e Decisão Apoiada” e no art. 116, acrescenta o Capítulo III, ao citado Título para determinar no art. 1.783-A, acerca do processo da “Tomada de Decisão Apoiada”. O *caput* do art. 1.783-A, seguido de 11 parágrafos determinam sobre o procedimento do novo modelo protetivo e estabelece a tomada de decisão apoiada. (RIVA, 2016, p. 40).

À guisa de conclusão, segundo Riva (2016, p. 42), apesar de ter havido progressos, diante das dúvidas levantadas no decorrer de sua pesquisa foi possível constatar que as alterações deverão ser

avaliadas com muito rigor e só a aplicação da nova Lei, nos casos concretos, deverá consolidar o entendimento da matéria objeto de estudo.

Antes da Lei n. 12.133 de 2009, a homologação judicial da habilitação era competência do juiz. Após a edição dessa Lei, a habilitação para o casamento será feita perante o oficial do Registro Civil com audiência do Ministério Público e será submetida ao juiz em caso de impugnação do oficial, do Ministério Público e de terceiro (art.1.526, Código Civil de 2002).

A proteção da pessoa dos filhos, prevista nos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002 sofreu substanciais alterações. Por meio das Leis n. 11.698 de 2008 e 13.058 de 2014, no instituto da guarda, agora admitida também na modalidade compartilhada, verifica-se, apesar das justificadas críticas (TARTUCE, 2015, p. 245), a tendência de admitir o maior reconhecimento dos direitos dos filhos à segurança e à educação, além de preservar as relações afetivas entre os genitores e sua prole.

Essas leis, segundo Lobo (2017, p. 187), “promoveram alteração radical no modelo de convivência entre pais separados e filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, guarda unilateral conjugada com o direito de visitas”. A Lei n. 11.698 de 2008 “tinha instituído a ‘preferência’ pela guarda compartilhada, o que, na prática, a converteu em modalidade residual”. (LOBO, 2017, p. 187).

Além de estabelecer o significado da expressão guarda compartilhada, a Lei n. 13.058 de 2014 acrescentou incisos ao art. 1.634 do Código Civil, entre eles os de números IV, V e VII que determinam quanto à pessoa dos filhos: “IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior”, com igual determinação prevista na legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, art. 84); inciso seguinte, “V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município” e, o inciso “VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”.

No tocante à extensão dos atributos do exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos, verificou-se ser apenas de denominação, já que, ou estavam determinados em leis anteriores e foram mantidos; ou estão previstos em outras leis vigentes; ou são decorrência da guarda compartilhada já regulamentada desde a edição da Lei n. 11.698, de 2008.

Apesar das críticas, os atributos decorrentes do exercício do poder familiar elencados no art. 1.634, do Código Civil de 2002 devem ser lidos sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente e interpretados segundo Delgado (2014, p. 4) de acordo com os valores vigentes na sociedade.

Quando da entrada em vigor do Código em comento, a adoção de criança e adolescente era regulamentada pela legislação ordinária (arts. 1.618 a 1.629). Em 2009, a Lei n. 12.010 – Lei Nacional da Adoção revoga os arts. de 1.620 a 1.629 e dá nova redação aos arts. 1.618 e 1.619. Determina a nova lei que a “adoção de criança e adolescente será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do adolescente” e que a adoção de maiores de dezoito anos “dependerá de assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990”.

Rossato e Lépure (2009, p. 19) comentam que a nova Lei da Adoção foi responsável pela modificação de inúmeros dispositivos do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de algumas leis esparsas e que ela dispõe “sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todos as crianças e adolescentes”. Além disso, a lei em comento trata de forma detalhada do instituto da adoção “desde sua origem até suas implicações procedimentais, recursais e internacionais”. (ROSSATO e LÉPORE, 2009, p. 9).

Quanto aos alimentos, as mudanças foram profundas. O Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, de 1º.10.2003, em seus artigos de 11 a 14, dispõe acerca dos mesmos. No âmbito das relações familiares os alimentos serão prestados na forma da lei civil; a obrigação é solidária e o idoso pode optar entre os prestadores. A obrigação alimentar dos

filhos para com os pais tem amparo em sede constitucional (art. 229, Constituição Federal de 1988). Ainda, no tocante aos alimentos, a Lei n. 11.804, de 05.11.2008, faculta à mulher gestante o direito a alimentos gravídicos.

Em concorrência com a proteção integral da criança e do adolescente em 2010, a Lei 12.3198 regulou a alienação parental, a qual ocorre quando “um pai ou uma mãe tenta obstruir a relação afetiva dos filhos com o outro ascendente, buscando uma cruel lealdade do filho e sua rejeição ao outro progenitor e familiares”. (MADALENO, 2015, p. 550). Na esteira dos entendimentos acima, o que se visa proteger é a integridade físico-psíquica dos filhos.

Embora não tenha alterado nenhum texto do Código Civil de 2002, tem seguido orientação da jurisprudência as questões referentes ao parentesco socioafetivo, ao reconhecimento do dever alimentar ao parente por afinidade e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda, no tocante aos filhos, a expressão “outra origem”, prevista no art. 1.593³, do atual diploma civil, foi se consolidando ao lado do parentesco instituído pela adoção o parentesco socioafetivo. Tal parentesco, que galgou reconhecimento pela jurisprudência do STF (RE 898.060) representa o coroamento da proteção às relações familiares pautadas na convivência digna e em relações de afinidade e de afetividade. O instituto da paternidade socioafetiva, “introduzido na doutrina jurídica brasileira pelo jurista Luiz Edson Fachin (1992), tem sua existência ou coexistência reconhecidas no âmbito da realidade familiar e sua moldura jurídica extrai-se do art. 1.593 do Código Civil (2002), quando a relação de filiação resulta de outra origem que não a da consanguinidade”. (ALVES, 2015, p. 92)

O Supremo Tribunal Federal (STF) equiparou a parentalidade socioafetiva e a biológica. No julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, o Tribunal manteve a multiparentalidade ou a coexistência de parentalidade simultâneas e a manutenção dos vínculos com os pais adotivos e biológicos,

³ Art. 1.593, Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

“fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: ‘A paternidade socioafetiva, declarada ou não no registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado em origem biológica, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais’”. (STF, REx n. 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, J. 21/09/2016).

Em relação ao dever de prestar alimentos pelo parente por afinidade, conforme amplamente estudado por nós junto à tese de doutoramento defendida na Universidade de São Paulo no ano de 2012, foi possível verificar a possibilidade de se atribuir alimentos aos afins na linha reta descendente. Entre outras razões, porque de acordo com nosso ordenamento jurídico, além dos parentes (arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil), a obrigação de prestar e o direito de receber se dá em razão das relações de família. Desse modo, aquele que criou, cuidou e educou o filho do convivente tem assegurado o mesmo direito de ser amparado por este na velhice, na carência ou na enfermidade, pois essa obrigação cabe em primeiro lugar à família (arts. 227 e 230 da Constituição Federal de 1988, art. 3º da Lei 10.741 de 2003 e art. 4º do Estatuto), e não há como negar que no caso do parentesco por afinidade que provém da família formada pela união estável, os vínculos na linha reta não se extinguem com sua dissolução (art. 1.595, § 2º do Código Civil). (RIVA, 2012, p. 186-187).

Ao entendimento acima defendido, no que concerne à concessão de alimentos aos parentes por afinidade na linha reta descendente, Tartuce (2015, p. 491) conclui que há uma tendência em reconhecê-los, principalmente após a Lei n. 11.924/2009, que “possibilita que a enteada ou o enteado utilize o sobrenome do padrasto ou da madrasta, desde que exista motivo justo para tanto (art. 57, § 8º, da Lei 6.015/1973)”. Arremata o autor dizendo que isso ocorre, também, em razão da valorização do princípio jurídico da afetividade.

Quanto à união entre as pessoas do mesmo sexo, com a decisão de efeito vinculante e *erga omnes* dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011, que, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável

para casais do mesmo sexo, essas uniões também foram reconhecidas como entidade familiar. Recentemente o mesmo Tribunal concedeu a adoção em favor de casal homossexual sob, entre outros argumentos, de que inexistente previsão legal de limitação em razão da orientação sexual. (STJ, RESP nº 2012/0019893-3, Relator: Raul Araújo, Quarta Turma, J. 11/03/2015).

Considerações finais

O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento jurídico mais importante da história contemporânea, foi incorporado, nas Constituições de inúmeros países. No Brasil não foi diferente, e da Constituição Federal de 1988 as determinações da Declaração de 1948 foram coligadas por várias legislações ordinárias, dentre as quais está o Código Civil de 2002.

As diretrizes trazidas pela Declaração de 1948 foram amparadas pela nossa Carta Magna de 1988, de tal forma que é possível fazer uma releitura dos direitos fundamentais delineados na Constituição brasileira à luz da citada Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os documentos internacionais posteriores a ela também são importantes e servem de guia para nossa legislação constitucional e infraconstitucional. No entanto, é com a Declaração de 1948 que surgem os ideais de liberdade, de igualdade, de fraternidade e de proteção da vida privada, que culminam da forma como o atual direito de família está moldurado.

Constatou-se que os três pilares que sustentam o atual ordenamento privado e os citados marcos teóricos – constitucionalização do direito civil e eficácia horizontal dos direitos fundamentais – possibilitam uma nova leitura do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988 e que esses, além de garantirem segurança jurídica às relações familiares, devem contribuir para a consolidação de um Direito de Família cada vez mais, humano, ético e eficaz.

No que concerne às mudanças que ocorreram na legislação civil, desapontadas, exceto a que se refere ao processo de habilitação para o

casamento, os demais visam de alguma forma, garantir maior segurança jurídica às relações tecidas no interior do lar, atendendo aos ditames da nossa Lei Maior e, por consequência, da Declaração de 1948.

Em todas as alterações apresentadas aos artigos do Código Civil nota-se, além do intuito do legislador em seguir as recomendações da Declaração de 1948, o de consagrar os pilares que constituem o Estado Democrático de Direito, o qual se fundamenta, também, em garantir a dignidade da pessoa humana e constitui um dos alicerces para construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Após a análise, os dados mostram que a fraternidade, de uns para com os outros, deve guiar todas as relações sociais em sentido amplo, nas quais as relações familiares se encontram e que as alterações incorporadas ao Código Civil de 2002, do mesmo modo, têm como propósito evitar todo e qualquer tipo de violência no âmbito das relações familiares, com vistas à maior proteção e segurança dos membros que compõem a unidade familiar.

Dentre os vários princípios ínsitos no ordenamento jurídico, o da igualdade nas relações privadas mostra-se como um dos mais consagrados, principalmente a igualdade jurídica entre os cônjuges ou conviventes e entre os filhos. Esse princípio que consta nos arts. 16 e 25 do citado documento internacional 1948 e nos art. 226, parágrafo 5º e 227, parágrafo 6º da Carta Magna brasileira de 1988, são reafirmados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e pelo Código Civil de 2002.

Durante esses quinze anos de vigência do atual Código Civil, as alterações não cessaram, porque o Direito de Família está em construção, e as novas mudanças podem dificultar a compreensão desse ramo das ciências jurídicas e, na prática, sua consolidação.

Mesmo que não se admitam retrocessos das conquistas observadas no Direito de Família, sua compreensão e consolidação têm se mostrado um dos grandes desafios a serem transpostos nesse primeiro quartel do século XXI. Mas, como nos legou Charles Chaplin, na epígrafe, que os nossos esforços desafiem todas as impossibilidades, porque “as grandes proezas da história foram conquistas do que parecia impossível”.

Referências

- ALVES, Jones Figueiredo. Nome da pessoa e dignidade humana: atualidades repercussivas do direito de família em dinâmica do registro civil. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, Porto Alegre, n. 14, p. 70-97, jul./set. 2015.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos humanos (família, sua constituição e proteção). In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo, SP, Saraiva, 2003.
- BALERA, Wagner (Coord.). **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.
- BETTATI, Mario; DUHAMEL, Olivier. Buts et principes. In: BETTATI, Mario; DUHAMEL, Olivier; GREILSAMER, Laurent. **La déclaration universelle des droits de l'homme**. Paris: Éditions Gallimard, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações do Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELGADO, Mário Luiz. **Violência patrimonial contra a mulher**. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos>>. Acesso: 07.10.2014
- FAVOREU, Louis. Vie privée. In: BETTATI, Mario; DUHAMEL, Olivier; GREILSAMER, Laurent. **La déclaration universelle des droits de l'homme**. Paris: Éditions Gallimard, 2008.
- KERBAUY, Luís Rodrigues. Artigo XII. In: BALERA, Wagner (Coord.). **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2015.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- POZZOLI, Lafayette. Artigo XVI. In: BALERA, Wagner (Coord.). **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.

PUTINATI JÚNIOR, Mário; RODRIGUES, José Renato. Apontamentos médicos e jurídicos sobre a interdição judicial de uma pessoa natural à luz do ordenamento jurídico vigente e do novo Código de Processo Civil e Lei n. 13.146/15. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, v. 10, p. 27-37, jul/ago 2015.

RIVA, Léia Comar. O Direito de Família e as novas determinações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, v. 14, p. 24-44, set/out 2016.

RIVA, Léia Comar. **União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade**. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROBERT, Jacques. Mariage et famille. In: BETTATI, Mario; DUHAMEL, Olivier; GREILSAMER, Laurent. **La déclaration universelle des droits de l'homme**. Paris: Éditions Gallimard, 2008.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANFELICE, Patrícia de Mello. In: BALERA, Wagner (Coord.). **Comentários à declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editor, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

A FAMÍLIA E A TUTELA DAS UNIÕES SIMULTÂNEAS: TENTATIVA DE HARMONIZAR

Léia Comar Riva ¹

Etiene Maria Bosco Breviglieri ²

A família, por mais livre que seja e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direito e de deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole.
(AZEVEDO, 2003, p. 12).

Introdução

Apesar de a noção de família nem sempre ter sido a mesma durante os diferentes períodos que marcaram a história do Direito,

¹Pós Doutora em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). E-mail: lcriva@uems.br

²Pós Doutora em Direito pela Università degli studi di Messina (Itália), Doutora em Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Mestre em Direito pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (Franca), Mestre em Teoria da Literatura pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (São José do Rio Preto), Especialista em Direito do Consumidor (UNIRP) e Didática do Ensino Básico e Superior (UNORP), Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: etiene10@hotmail.com

na maioria das sociedades Ocidentais existem algumas características comuns, desde o Direito Romano até a atualidade.

No Brasil, além do padrão monogâmico seguido, a relação entre duas pessoas deve ser disciplinada pelas regras socialmente pactuadas, bem como pelo dever recíproco de fidelidade no casamento ou de lealdade na união estável, imposto aos cônjuges ou conviventes, estabelecido pelo sistema jurídico, de não manterem relações ou conjunções carnavais com outras pessoas.

O presente artigo busca, com fundamento na faculdade trazida pela nova hermenêutica jurídica, refletir acerca da célere aquisição de direitos das pessoas que mantêm uma união paralela ao casamento ou à união estável; assim como verificar a possibilidade de aquela união ser ou não considerada uma das formas de família ou de entidade familiar pelos Tribunais pátrios.

O procedimento metodológico constituir-se-á de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa dos dados levantados junto à doutrina e à jurisprudência, alguns atuais e outros previamente apreendidos,³ fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”, e terá como referencial os trabalhos de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42) e Marchi (2009, p. 66).

Para alcançar os objetivos propostos, abordar-se-á, à luz dos conhecimentos histórico-doutrinários, as novas formas pelas quais se estabelecem as relações familiares, após a Constituição Federal de 1988, bem como os novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que emergem em torno das uniões simultâneas. Ao final, demonstrar-se-ão os resultados advindos das análises feitas ao longo da pesquisa.

³ O levantamento anterior contou com o apoio financeiro da FUNDECT - Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul.

1. A nova ordem constitucional brasileira e a legislação ordinária posterior

Inobstante iluminados juristas, como Beviláqua (1933, p. 20), Pontes de Miranda (1939, p. 66) e Gomes (1995, p. 10 e 13) elencarem vários fatores essenciais à compreensão do Direito de Família, percebe-se que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma arrastada e intrincada construção jurídica se fez sentir sobre seus institutos, até que fosse possível analisá-los sob uma perspectiva que considerasse não só a legislação e as influências religiosas, mas também os aspectos morais e culturais, as condições sociais de existência e as relações afetivas e solidárias entre os membros da família. Esses foram alguns dos grandes desafios enfrentados pelos estudiosos do Direito de Família durante quase todo o século XX. (RIVA, 2012, p. 109-110).

A partir das transformações que já vinham ocorrendo no Brasil e em outros países, importa sublinhar que a Constituição Federal brasileira de 1988 não trata a formação da família somente pelo matrimônio. A Carta Magna prevê a família constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º) e as entidades familiares pela união estável (art. 226, § 3º) e pela monoparentalidade (art. 226, § 4º). (LEITE, 2003, p. 18-19). Contudo, como ensina o Professor Azevedo (2002, p. 321 e p. 84), os “parágrafos do aludido art. 226 não são taxativos, pois não é o Estado que determina como deva constituir-se a família, mas protege-a sob as variadas formas de constituição”.

Após a união estável ser reconhecida pela atual Constituição, a Lei nº 8.971, de 1994, regulou o direito dos companheiros em relação a alimentos e à sucessão. Em seguida a Lei nº 9.278, de 1996, regulamentou o citado § 3º do art. 226, da Carta Magna. A união estável também foi inserida no âmbito do Código Civil/2002.

Na época da edição, tanto a legislação constitucional como a infraconstitucional mantiveram-se fiéis à designação da constituição da união estável entre o homem e a mulher; no entanto, após a decisão de efeito vinculante dos ministros do Supremo Tribunal

Federal (STF), em maio de 2011 que, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, nada mais impediu o reconhecimento dessa união como entidade familiar e a produção de efeitos decorrentes da união idênticos aos casais heterossexuais. Essas decisões foram seguidas por outros Julgados de quase todos os Tribunais brasileiros, Provimentos das Corregedorias de alguns Tribunais de Justiça e Enunciados do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Também, recentemente foi decidida a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Consta na decisão a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF, REx n. 878.694, Rel Min Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.05.2017).

Além dessas formas de constituição de unidade doméstica, os vínculos que estabelecem a família combinam-se de vários modos e dão origem a diversas modalidades de arranjos domésticos, por exemplo: as famílias ampliadas, nas quais parentes do lado materno ou paterno agregam-se ao arranjo nuclear; as famílias reconstituídas, recompostas, mosaicas ou formadas por casais em segunda união, em que um convivente, ou ambos, já teve ou tiveram união anterior e conceberam filhos; as famílias extensas ou ampliadas formadas por parentes próximos; e as famílias formadas por casais homossexuais. (RIVA e ROMANELLI, 2009, p. 157 e RIVA, 2012, p. 164-165). Pereira (2005, p. 25) acrescenta: “sob pena de se fazer necessário reorganizar todo o sistema jurídico”, todas as formas de união conjugal devem ser monogâmicas.

Com o reconhecimento dessa diversidade de arranjos domésticos e com uma nova estruturação familiar, a família passa a ter vários formatos, por isso o substantivo família deve ser utilizado sempre no plural, e não mais no singular. (RIVA, 2012, p. 165). Todavia, isso não autoriza, de forma alguma, reconhecer-se a

simultaneidade entre as relações, sejam elas hétero ou homossexuais.

2. A tutela das uniões simultâneas: controvérsias arrazoadas pela doutrina e pela jurisprudência

No tocante ao concubinato previsto no artigo 1.727, do Código Civil de 2002, o combativo Professor Álvaro Villaça Azevedo (1996, p. 23; 2002, p. 460), antevendo-se ao tempo, já pontuou a discussão e mostrou que ele ocorre quando “um dos companheiros é casado, mantendo, paralelamente ao seu casamento, um lar concubinário”, esse caso caracteriza o concubinato adúlterino; o concubinato entre pessoas que estão impedidas de casar em razão de haver parentesco entre elas é denominado concubinato incestuoso e a união concomitante de uma pessoa que tem uma união de fato caracteriza o concubinato desleal. Se um dos conviventes estiver de boa-fé, está caracterizado o concubinato putativo.

Nota-se que nenhuma dessas relações constitui união estável, nem uma família, porque nascem de concubinato. Apesar disso, como orienta o Professor das Arcadas, com exceção do convivente de boa-fé, todas essas uniões, embora ilícitas, quando comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, deverão ser reguladas pelo atual Código Civil e aplicada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal para não haver enriquecimento sem causa (AZEVEDO, 2002, p. 461 e 458; 2003, p. 164).

Acrescenta Nery (2013, p. 252) que o “intolerável locupletamento, às custas de outrem”, pode dar-se tanto patrimonial como pessoal e que apesar de não se conferir “efeitos jurídicos de natureza patrimonial ao adultério”, no caso de um parceiro ser enganado, “nada impede que postule indenização por danos patrimoniais e morais por isso”.

Evidencia-se que o concubinato, além de não constituir entidade familiar, não pode ser convertido em casamento. A competência para apreciar as questões envolvidas nessa relação é da Vara Civil, e não da Vara da Família e ao concubino é vedado o

direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação. (TARTUCE, 2015, p. 309). Ainda, segundo o autor “pela literalidade da norma, não ha que se reconhecer a existencia de entidade familiar” (TARTUCE, 2017, p. 1.386).

Embora expressos na doutrina, na legislação e na jurisprudência, os direitos vedados ao concubinato, Lôbo (2017, p. 178), a exemplo de outros doutrinadores, reconhece que “o dever de lealdade é norma jurídica sem sanção, ou norma de conteúdo moral, não podendo servir de impedimento para o reconhecimento das uniões simultâneas”, e que o concubinato produz efeitos em razão da existência da sociedade de fato, tais como: em relação à partilha de bens entre o cônjuge sobrevivente e o concubino ou indenização por serviços prestados pelo concubino, além do seguro de vida realizado em favor da concubina e benefícios requeridos à seguridade social que demandam, segundo alguns julgados, divisão igualitária da pensão entre o cônjuge sobrevivente e o concubino.

Apesar de viverem em concubinato, as pessoas impedidas de se casarem nos termos do disposto no artigo 1.521, do Código Civil de 2002, as situações mais polêmicas ocorrem em torno do reconhecimento ou não como uma família ou entidade familiar e de alguns efeitos produzidos pelas uniões simultâneas, concomitantes ou paralelas: duas uniões estáveis concomitantes ou uma união estável paralela a um casamento.

Mesmo que de forma isolada, levantam-se assertivas no sentido de que a “tendência para um eventual reconhecimento das uniões paralelas como verdadeiras entidades familiares aumenta a cada dia, especialmente quando dessas relações advêm filhos, o que pode causar uma série de efeitos jurídicos e sociais”. (VERAS et al., 2014, p. 69). Entre os efeitos jurídicos os autores sustentam a possibilidade de reconhecimento em relação à divisão de bens na dissolução das uniões simultâneas; no direito a alimentos com fundamento no princípio da solidariedade e nos direitos sucessórios.

No que concerne à coexistência de duas sociedades de fato, Diniz (2015, p. 429 e 437) ensina que, em razão da falta do dever de fidelidade ou lealdade “que revela a intenção de vida em comum, a

aparência de ‘posse do estado de casado’; de união monogâmica e de companheirismo que pressupõe relação estável e honesta, a existência de duas sociedades de fato simultâneas não configura união estável. Também admite a autora que dessa união possa gerar, em atenção à boa-fé de um dos conviventes, indenização por danos morais e os efeitos jurídicos da sociedade de fato.

Relativamente a duas relações paralelas, Monteiro e Silva (2010, p. 65) sustentam que “a família em nossa sociedade é monogâmica” e que o legislador, ao estabelecer expressamente direitos e deveres pessoais aos companheiros, entre eles o de lealdade, veda a “atribuição de todos os efeitos da união estável a duas relações que, concomitantemente, sejam mantidas por um dos companheiros; nesse caso, somente uma das uniões deve ser havida como estável, embora devam sempre ser preservados os direitos dos filhos”. Os autores, apesar de não reconhecerem as uniões concomitantes como “relações de família”, admitem que, se comprovada a existência da sociedade de fato, há possibilidade de tais uniões gerarem “efeitos de ordem obrigacional, para evitar o enriquecimento ilícito”. (MONTEIRO e SILVA, 2010, p. 52).

Ao mesmo tempo, quanto às uniões simultâneas, também denominadas de plúrimas, concomitantes ou paralelas, as quais envolvem o casamento, é preciso considerar o parecer de Mário Luiz Delgado, quando comenta o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ; REsp. 1.107.192; Proc. 2008/0283243-0; PR; 3ª T.; Rel. p/ o Ac. Min. Nancy Andrighi; DJE 25/05/2010) e afirma que o STJ fixou correta interpretação do § 1º do art. 1.723 do CC/2002, no tocante à constituição de união estável por pessoas casadas e decidiu que, não obstante separadas judicialmente, se duas pessoas casadas convivem maritalmente “sob o mesmo teto, persiste o impedimento à união estável com outra pessoa (relação paralela), não se aplicando o disposto na cláusula final do § 1º do art. 1.723 do CC, que possibilita o reconhecimento de união estável entre separados, de fato ou de direito [...]”. (DELGADO, 2010, p. 94).

Nesse sentido assinala-se parte da seguinte ementa: “[...] 3. A teor do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, não comprovada a separação

de fato de um dos conviventes, não há como reconhecer a existência de união estável. 4. Demonstrado nos autos que a parte autora manteve com o réu relacionamento afetivo por 25 anos, com características de comunhão de interesses recíprocos, assistência mútua e conjugação de esforços, inexistindo acréscimo patrimonial, a concubina merece indenização por afazeres domésticos e dedicação exclusiva ao seu consorte, por mais de duas décadas, a título de indenização por serviços prestados, até mesmo porque a censura ao adultério não pode respaldar que o varão se locuplete, com esforço alheio, extamente aquele que o pratica [...]". (TJGO, AC 0035773-77.2011.8.09.0040; 6ª C. Cív., Rel. Des. Jeova Sardinha de Moraes, DJGO. 13/01/2016).

Sem embargo do reconhecimento dos efeitos ao concubinato em respeito às disposições da legislação ordinária que vedam o enriquecimento indevido, alguns Tribunais, de acordo com as lições do Emérito Professor Álvaro Villaça Azevedo, não conferem efeitos jurídicos à união paralela ou concomitante ao casamento de pessoa casada que convive maritalmente com seu cônjuge, nem mesmo *post mortem*. (TJDF; APC 2010.03.1.006313-3; Ac. 522.017; 6ª T.Cív.; Rel. p/o Ac. Des. Jair Soares; DJDFTE 29/07/2011, p. 128. TJMG; APCV 5643097-17.2009.8.13.0145; 7ª C.Cív.; Rel. Des. Belizário Antônio de Lacerda; DJEMG 02/12/2011).

No que diz respeito à possibilidade de duas uniões estáveis concomitantes, uma delas já reconhecida judicialmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação declaratória, determinou pela inviabilidade da segunda: "A união estável do *de cujus* com outra mulher, já declarada judicialmente, impede o reconhecimento de nova união estável no mesmo período. Impossível a existência de uniões paralelas. Apelação desprovida, de plano". (TJRS; AC 70040097875; 7ª C.Cív.; Rel. Des. Jorge Luíz Dall'Agnol; DJERS 11/10/2011). Nesse sentido: "Comprovado que o de cujus vivia em união estável com outra mulher, impossível o reconhecimento de que teria objetivo de constituir família com a autora [...]". (TJPB; APL 0001650-50.2011.815.0181; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Ricardo Vital de Almeida; DJPB 19/11/2015).

Todavia, esse ponto de vista não é unânime e parte das decisões dos Tribunais Estaduais, além de reconhecer a partilha dos bens, a fim de que não se locuplete indevidamente o amante, tem, cada vez mais, aceito outros efeitos da união estável para a relação concomitante, paralela ou simultânea; a coexistência de duas uniões consideradas estáveis ou como união estável a relação de homem casado, não separado de fato, com a “amante”. Portanto, esse posicionamento tem sido admitido, tanto em relação à união estável como ao casamento.

Nesse diapasão, a nível doutrinário, Dias (2013, p. 48 e 53) compreende que todas as uniões paralelas constituem entidade familiar, por isso devem merecer o mesmo tratamento e a despeito de nem "o STJ nem o STF reconhecerem a existência de uniões paralelas", essas relações têm repercussão no mundo jurídico. Arremata e orienta a autora: "Negar existência de famílias paralelas - quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis - é simplesmente não ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças".

Também, os argumentos apresentados por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 457-469) e citados por outros civilistas, reforçam a tese do reconhecimento, em algumas hipóteses, de atribuição de direitos à “amante” e da aproximação, ou pelo menos, do fomento aos debates que giram em torno da aproximação entre o concubinato e a união estável.

Como informado, o Superior Tribunal de Justiça não aceita a tese do reconhecimento da união estável como união simultânea. As negativas se sustentam em torno de argumentos como: "A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado"; de acordo com o § 1º do art. 1.723 do CC/2002, para a existência jurídica da união estável, é necessário o requisito da exclusividade de relacionamento sólido; o reconhecimento de 'união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união

estável, simultânea àquela, com pessoa diversa'; não há como configurar união estável concomitante e incabível a equiparação ao casamento putativo de homem que não se separou da primeira mulher; os relacionamentos paralelos ao casamento ou a união estável 'pré ou coexistente' só podem constituir concubinato"; a existência de concubinato (união paralela) impede a constituição de união estável. (STJ, REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 16.02.2006, p. 271, 3ª Turma. STJ, REsp. n .157.273/RN, Rel Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, public. 07/06/2010. STJ, REsp. n . 912.926/RS, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/02/2012. STJ, REsp. n . 1096539/RS, Rel Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27/03/2012. STJ; AgRg no REsp 259240 / RS ; Rel. Min. Marco Buzzi; 4ª Turma. Julgado em 13/08/2013).

As orientações do STJ servem de precedentes para outras decisões de Tribunais de diversos Estados da Federação que negam a possibilidade jurídica. Contudo, esses posicionamentos não são acolhidos por outros Tribunais Estaduais. Em direção contrária ao pronunciado pelo Superior Tribunal acima mencionado, citam as seguintes decisões. (TJRS; AC 0079288-31.2016.8.21.7000; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; DJERS. 09/08/2016. TJRS; AC 70030384820; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz; DOERS 28/08/2009. TJRS; AC 70028251171; 7ª C. Cív.; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; DJRS 21/10/2009).

Ulterior decisão que reconheceu a constituição de união estável concomitante ao casamento sustenta-se em argumentos tais como: a exegese das expressões prevista no art. 1.723 do CC/2002 - união pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família - "são abertas e genéricas, devendo ser analisadas em cada caso concreto"; e "a nova hermenêutica constitucional impõe ao julgador o dever de aplicar, da melhor maneira possível, os direitos fundamentais"; apesar da vedação legal à constituição de união estável entre pessoas casadas não separadas de fato (art. 1.723, parágrafo 1º), "não se pode negar o dinamismo social das relações humanas" e por fim conclui: "deve-se privilegiar a família, na pura acepção da palavra, pouco importando se os parceiros mantêm uma

concomitante relação a dois". (TJCE; APL 0168127-36.2012.8.06.0001; 5ª CCív.; Rel. Des. Carlos Alberto Mendes Forte; DJCE 13/04/2015).

No campo previdenciário, a glosada decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgado do Recurso Extraordinário 397.762-8, negou à concubina de homem casado que estabeleceu dois núcleos familiares concomitantemente, com sua esposa e com a concubina, o direito de dividir pensão previdenciária com a viúva, dentre outros argumentos, o de que a "proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato" e que a concubina não pode ser beneficiada em detrimento da família. Em seguida, na mesma linha de entendimento, o Supremo Tribunal também denegou o mesmo direito à concubina. (RE 590.779, Rel. Min. Marco Aurélio, STF, Primeira Turma, DJe 26/3/09).

Todavia, em matéria previdenciária, ratifica Dias (2013, p. 49, 50 e 53): na esfera da Justiça Federal, continuam recorrentes as decisões judiciais que asseguram o rateio do benefício: "Pensão por morte. Concubinato adúlterino. Boa-fé. Efeitos previdenciários. Possibilidade [...]". (TRF-4ª R., IUJEF 0000558-54.2009.404.7195, Rel. Juíza Federal Susana Sbrogio Galia, p. 01/06/2011). "Pensão por morte. União estável concomitante com o casamento. Reconhecimento. Possibilidade [...] 3. No caso em exame, restou evidenciada não apenas a dependência econômica, mas também que o *de cujus* coabitou harmoniosamente, durante vinte anos (1975 a 1996), com aquela com quem se uniu sob a lei civil e com a outra, em cuja companhia se encontrava quando do falecimento [...]". (TRF-5ª R., AC 0004795-71.2010.4.05.8100, 3ª T., Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, j. 22/03/2012). "Previdenciário. Pensão por morte. Comprovação de união estável. Concubinato. Finalidade do direito previdenciário. Cobertura de risco social. Não indagação de moralidade. Decisão acerta [...] 4. A finalidade do direito previdenciário está em cobrir os ditos riscos sociais sem indagar da moralidade neles envolvida, daí, por exemplo, a previsão do auxílio reclusão [...]". (TRF-2ª R., AC e ReEx Nec. 200451100003956-RJ

2004.51.10.000395-6, 2ª T. Especializada, Rel. Des. Liliane Roriz, j. 31/05/2012).

Nesse sentido, a "Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que reconheceu a divisão de pensão por morte entre duas ex-companheiras do falecido. O TRF4 reconheceu a existência de duas uniões estáveis simultâneas com o mesmo homem, inclusive com filhos. Além disso, haveria dependência econômica de ambas em relação ao falecido. Por esses motivos, as duas ex-companheiras deveriam dividir a pensão por morte". (Recurso Especial n. 979.562-RS (2007/0192175-9).

Tartuce (2017, p. 1.392), após analisar os dados de vários julgados, conclui que no âmbito da jurisprudência superior, o STJ tem repudiado a ideia de uniões plúrimas ou paralelas e aplicado o princípio da monogamia. Ainda o autor traz que em 2016, "confirmando essa forma de pensar o Direito de Família, foi publicada a seguinte premissa na Edição 50 da ferramenta *jurisprudencial em Teses* do Superior Tribunal de Justiça, que trata da união estável", com a seguinte redação: "não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas" (tese 4). Em conclusão, essa é a posição majoritária da jurisprudência superior, devendo ser considerada para os devidos fins práticos". (TARTUCE, 2017, p. 1.392).

3. Filhos não comuns dos concubinos: geração do silêncio

Considerando que todos os posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais devem sempre contemplar a proteção a ser outorgada à família, as questões da aproximação entre a união estável e o concubinato, aceita tanto por alguns doutrinadores como por alguns tribunais não são as únicas que precisam ser analisadas em matéria de concubinato.

No que concerne aos filhos comuns dos concubinos, são produzidos todos os efeitos jurídicos decorrentes do Direito de Família, já que é injusto dispensar-lhes tratamento diferenciado e

que qualquer posicionamento contrário é considerado inconstitucional por afrontar expressa previsão da Lei Maior (art. 227, § 6º).

Em respeito à Constituição Federal de 1988, ao Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e aos diversos documentos internacionais da ONU coligados no nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário analisar a situação do filho não comum, crianças ou adolescentes, dentro dessas novas relações.

Em razão de o legislador determinar a possibilidade de o concubinato ser uma relação não eventual, é plausível reconhecer: 1) a possibilidade de haver convivência entre um dos concubinos e o filho, crianças ou adolescentes, do outro; 2) que dessa convivência surjam vínculos de natureza moral, independentemente de seus efeitos concessivos ou proibitivos estarem ou não juridicamente previstos; 3) que desses vínculos se estabeleçam entre essas pessoas relações de afetividade e afinidade a qual gera restrições, inclusive, para a constituição de novas "famílias" entre eles.

Conforme discutimos e analisamos (RIVA, 2012, p. 158-163 e 190-195), diante da inserção social das uniões paralelas, as quais, apesar de sempre terem existido, somente agora começam a merecer maior regulamentação jurídica, é indiscutível a necessidade de uma nova interpretação doutrinária e da alteração legislativa do instituto do concubinato para assegurar os direitos dos filhos não comuns e impor responsabilidades aos concubinos em razão dos laços tecidos na convivência cotidiana, a fim de que se evitem prejuízos e sejam impedidas relações incestuosas e atentatórias à moral e aos bons costumes.

Os filhos não comuns, tanto quanto os ilegítimos, como denominados os filhos oriundos das relações não matrimoniais até a CF/1988, sempre foram "alvo do desprezo e da desvalia da legislação e de parte dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais". Inclusive, durante a vigência do Código Beviláqua, parte dos entendimentos doutrinários apontavam a possibilidade de um homem, que vivia em concubinato puro, casar com a filha de sua concubina, e não poder casar com a sua enteada. Atualmente, um

homem está impedido de se casar com sua enteada, filha de sua esposa ou convivente, mas nenhuma restrição há em relação à filha de sua concubina. (RIVA, 2012, p. 109 e 197).

Sob o prisma da proteção outorgada à criança ou ao adolescente, nenhuma diferença há entre a enteada e a outra, filha da concubina. Desse modo, não observar a situação dos filhos não comuns é silenciar as normas e os princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família.

Considerações finais

Aufere-se do levantamento, que apesar da negativa do STF e STJ e da falta de unanimidade junto aos Tribunais de Justiça Estaduais, no atual momento jurídico, as demandas que envolvem as uniões paralelas não se apresentam isentas de julgados que, cada vez mais, além de admitirem os efeitos da putatividade do casamento ao concubinato, também reconhecem as consequências jurídicas em razão da sociedade de fato, a união estável concomitante ou paralela ao casamento, principalmente, para decidir questões previdenciárias e a possibilidade dessas uniões constituírem família. A nível doutrinário as controvérsias dão-se no mesmo sentido.

As ementas e os entendimentos doutrinários colacionados mostram que, em um curto espaço de tempo, as demandas que envolvem questões sobre as uniões simultâneas, cada vez mais, têm ocupado as pautas dos Tribunais e as soluções, nem sempre fáceis, são divergentes. Ao mesmo tempo, os dados apontam para a expectativa de um contínuo reconhecimento dos efeitos de natureza patrimonial, previdenciária, sucessória e alimentar, *a priori* reservados somente ao cônjuge e ao companheiro, extensivos também aos concubinos.

Para parte dos entendimentos apanhados, com os quais concordamos, as uniões simultâneas não estabelecem uma família porque se constituem como concubinato e porque nelas não há elementos que permitam edificar uma família pelo descumprimento

do dever, conforme o caso, de fidelidade ou de lealdade e de respeito; são relações e convivências que contrariam as regras prescritas pela sociedade e podem causar instabilidade social; não há nelas a *affectio maritalis*, elemento subjetivo que demonstra a intenção de constituir uma família e afrontam dispositivo expresso de lei e o sistema monogâmico vigente, além de acarretarem insegurança jurídica.

Logo, apesar das controvérsias, no caso de concubinato putativo, com exceção ao concubino de boa-fé, não incidem as normas aplicáveis à união estável, como alimentos e direitos sucessórios; incidem apenas diante da aquisição de bens com esforço comum dos concubinos, as da sociedade de fato, cuja competência para dirimir os conflitos, se surgirem, é da Vara Civil.

Os que advogam ao contrário se apoiam em argumentos como o da impossibilidade de negar a existência dessas uniões; o de que se deve privilegiar a família de acordo com o sentido da palavra e o de que não cabe, a determinados ramos do direito, perquirir a moralidade da relação, mas evitar os riscos sociais.

Após a investigação, constata-se que não se trata de negar a existência das uniões simultâneas, pois seria facilmente refutado atribuir-lhes conotação pejorativa ao julgá-las preconceituosa e discriminatoriamente ou repetir a trajetória traçada para o reconhecimento dos direitos e dos deveres previstos à união estável hétero ou homossexual, porque, ao contrário dessas modalidades, diante da coexistência de duas ou mais uniões simultâneas, acrescesse aos argumentos amplamente citados os de que a proteção do Estado alcança apenas as uniões em que exista o “compromisso pessoal e mútuo de constituir uma família” e nessas está incluído o casamento e a união estável e não as uniões simultâneas; a concubina não pode ser beneficiada em detrimento da família e nas uniões simultâneas há deslealdade de um ou ambos “amantes” para com seu cônjuge ou companheiro, e isso pode causar sofrimento.

Desse modo, as concessões em cima da dor e do sofrimento alheios, em benefício da proteção de qualquer das formas em que se

estabelecem as relações simultâneas – adúlteras incestuosas ou desleais –, não se sustentam.

A fim de não discutir ingloriamente acerca das uniões simultâneas, a análise do material levantado mostra que apesar de todos os recursos jurídicos tais como: a possibilidade apresentada pelo Código Civil de 2002, o qual baseia-se em cláusulas abertas e genéricas dando margem de interpretação ao julgador; pela atual hermenêutica constitucional no sentido de impor ao julgador a aplicação dos direitos fundamentais, citadas nas ementas colacionadas e pelos princípios “que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico” (REALE, 1981, p. 300) e que fundamentam o pluralismo familiar, não se pode afirmar que o conceito da família ou de entidade familiar, tanto jurídico como social, por mais abrangente, seja tão extenso a ponto de abarcar as uniões simultâneas. Além disso, o reconhecimento do status de união constitucionalmente assegurada às uniões simultâneas exigiria uma completa mudança da legislação e a aceitação de novas regras sociais.

Acresce-se às ponderações aqui tracejadas, as lições legadas pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo (2003, p. 12), no sentido de que cabe ao direito “preservar um mínimo de segurança, sempre; para que não se possibilite o crescimento das iniquidades”, portanto, ainda que todos os argumentos delineados acima sejam refutados, é imperativo, a fim de preservar a segurança jurídica, que se respeite, pelo menos, a lei, a qual por mais que possa ser analisada e aplicada se considerarmos o caso concreto, não pode ferir a si mesma, ao desrespeitar os intrínsecos elementos caracterizados do casamento ou da união estável, os quais, em sua maioria, não admitem interpretação extensiva.

As complexas questões tratadas neste artigo não demandam soluções isonômicas entre os envolvidos nas relações, isso porque, se por um lado é preciso reconhecer e considerar a devida proteção aos filhos não comuns de um ou de ambos os concubinos, por outro lado, o fato de alguns dos nossos Tribunais estarem saindo da negativa e reconhecendo a existência de uniões paralelas como

uniões estáveis, poderá dar azo a demandas que busquem a equiparação dos mesmos efeitos jurídicos produzidos pela união estável ao concubinato e, por consequência, estender vários efeitos decorrentes do casamento ao concubinato.

No que concerne aos filhos comuns dos concubinos, oriundos das uniões concubinárias, sejam elas paralelas ou não, não há que se fazer distinção de tratamento entre eles e os provenientes das demais formas de relação constitucionalmente presentes na sociedade, pois todos têm os mesmos direitos e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação é proibido. Portanto, estão igualmente assegurados e protegidos, assim como os pais têm o dever de criá-los, educá-los e cuidar deles, além de ambos deverem colaborar com os recursos de que dispõem.

É necessário refletir, ao mesmo tempo, sobre a forma como estamos edificando o nosso Direito de Família e até onde, escudados no propósito de proteger as relações intra e extra familiares e nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da eticidade, da socialidade e da operabilidade, tentaremos harmonizar - mesmo o que, na maioria das vezes, causa desarmonia -, em busca da felicidade.

Dessa forma, como citado na epígrafe, para preservar “um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos companheiros e de sua prole”, a família deve ser regulamentada “pelo complexo de direitos e deveres que dela nascem” e as relações familiares devem repousar sob a dignidade, solidariedade, responsabilidade e civilidade.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, ano II, n. 11, mai./jun. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família (arts. 1.711 a 1.783). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial. Vol. 19. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

DELGADO, Mário Luiz. União estável de pessoas casadas (breves comentários ao Acórdão do STJ Prolatado nos autos do Recurso Especial n. 1.107.192 – PR). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, ano XII, n. 18, p. 84-103, out./nov. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. Vol. 5. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6. 2.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. Vol. 2. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de direito civil: família**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**. Direito matrimonial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. t. I.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIVA, Léia Comar; ROMANELLI, Geraldo. Negligência e cuidados parentais em famílias de baixa renda. In: CUNHA, Marcus Vinicius da; PASIAN, Sonia Regina; ROMANELLI, Geraldo (Org.). **Pesquisas em psicologia: múltiplas abordagens**. São Paulo: Vetor, 2009.

RIVA, Léia Comar. **União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade**. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. Vol. 5. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira et al. As novas perspectivas jurídicas para as uniões simultâneas: uma análise das principais consequências de seu possível reconhecimento como entidades familiares. **Revista IBDFAM: família e sucessões**. Belo Horizonte, v. 2, p. 64-79, mar./abr. 2014.

PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA: PERSPECTIVAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Isael José Santana ¹

Lisandra Martins Moreira ²

¿Crees que la humanidad es todavía algo que hay que humanizar?

Gabriele Ministrál

1. Direitos humanos: breves anotações

Para se adentrar ao tema de direitos humanos, necessário se faz uma reflexão do longo caminho percorrido e, ainda, o maior caminho a ser percorrido. A afirmação pode ser desalentadora para muitos, mas não o é para aqueles que têm nestes direitos verdadeiros princípios que embasam as ações humanas e um breve olhar nas relações sociais globalizadas como podemos perceber o distanciamento de tais direitos.

Por muitas vezes tem se debatido a amplitude do que se denominam direitos humanos, ou qual sua abrangência, fixados no denominado direito natural que, desde Antígona de Sófocles, em

¹ Doutor em filosofia do Direito Pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Mestre em Teoria do Estado pelo UNIVEM. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Unidade Universitária de Paranaíba, coordenador do grupo de Criminologia Crítica: Diálogos interdisciplinares. E-mail: leasijs@hotmail.com;

² Doutora em Direito Processual Penal Pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Mestre em Direito pela UNITOLEDO. Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado "O Processo Penal Constitucional: do Direito Penal Máximo à Política Criminal Minimalista". E-mail: lisandramm.adv@hotmail.com.

Édipo Rei em Colona, onde foi pela protagonista invocado o direito para além dos editos reais ou leis, são as normas elementares da pessoa humana, essência desta.

Neste ponto é necessário fundamentar quais os elementos são os direitos humanos em sua diferenciação com os direitos fundamentais. Direitos humanos positivados que compõe as normas de direitos de um determinado Estado são considerados fundamentais, mas são especialmente aqueles que não foram e possuem a evidência de ser proteção à pessoa humana.

Conforme já mencionado, porém, abordar direitos humanos é quase sempre adentrar a terreno arenoso, mesmo porque a definição é deturpada, considerando que os defensores aparecem em ocasiões especiais em que parcela da sociedade sofre algum indevido abuso de autoridade. E neste sentido que foi apresentada a existência de direitos humanos

Ao se buscar uma análise via o processo penal, muitos não encontrarão o vínculo existente, pois, a aferição dos direitos humanos não perpassa por um entendimento amplo que engloba o instrumento, o qual é entendido como aquele que busca, via representação da sociedade, impor a pena pela sentença a pessoa do réu. Devemos entender que o instrumento processo não deve ser analisado de forma isolada e neste sentido autores buscaram denominar a abrangência pretendida. O que se deve ter como princípio é que o valor fonte da vida humana estaria nos mencionados direitos.

Temos então que delimitar que tal “fonte” estaria na própria condição humana, na natureza de pessoa e não especificamente na situação que se insurge como limitada pelos direitos, eles são em si este valor, não comportando um reducionismo dogmático positivado.

E que valor seria este? Seria a concessão elementar de direitos, construídos em uma história que privilegiava classes dominantes e detentoras de um poder que se resumia nas benesses do Estado, determinante para a manutenção de um *status quo* antes, o que

determina que uma casta sempre esteve no poder e sua conduta, que não poderia ser diferente, tinha por objetivo garantir tal estrutura.

A positivação de direitos não faz com que os mesmos sejam efetivados em qualquer área, neste sentido Bobbio (1994) se referiu aos direitos humanos. Mas sabemos que a positivação, embora importante, não possui em si uma fórmula que garanta uma aplicabilidade, ainda que exista um sistema de sanções para seu descumprimento.

Observa-se que grande parcela da população carece desta conscientização, transformando o processo penal como patrimônio e, conseqüentemente, de seus direitos. Em diversas áreas, seja cível, trabalhista, tributária, tal desconhecimento ou mesmo negação, revela-se pela ausência da garantia por parte do Estado, que tem por escopo finalista a garantia dos referidos direitos de forma eficaz. Existe o que poderíamos denominar de "vácuo de informações", cujo resultado é o empecilho no resguardo e reclamo dos mesmos, considerando que não se busca o que se desconhece ter e, em especial, a aplicação dos direitos concernentes a determinados indivíduos, que pautamos pela especialidade de tais direitos ou da condição das pessoas que têm os mesmos inerentes à condição social vivida, isto é, faz com que vivam a margem do conhecimento, logo, de seu exercício.

Mister ressaltar a necessidade de uma breve retomada histórica acerca dos direitos fundamentais, porém não se trata de produzir neste trabalho um profundo estudo sobre o assunto, considerando sua limitação. A menção busca situar a importância, uma vez que sua explicação será necessária a título referencial e informativo, ou seja, sua relação com o que foi positivado na Carta Magna, sobretudo, no que tangue ao núcleo pétreo. Ainda, releva-se o fato da grande importância em explicitar o advento dos direitos fundamentais, bem como o estudo das gerações dos mesmos, ainda com o intuito de posicionamento de ampliação de garantias futuras.

Têm-se, pois, que é de grande relevância, quando tratamos dos direitos ou infringência dos mesmos, das pessoas que estão em condição de processamento um possível e futuro encarceramento,

uma vez que sem a noção destas formas processuais não se pode reclamá-los, conforme supracitado, não se pode reclamar o que se desconhecer possuir. Esta situação não está restrita ao processo penal, mas em especial os sujeitos que de fato sofrem tal procedimento, em geral de classes economicamente mais frágeis e de grau de instrução ínfimo ou inexistente, entenda-se por educação formal.

É de suma importância demonstrar que o princípio da legalidade, estampado em nossa constituição exige que a forma de procedimento seja descrito nos diplomas legais, e assim podemos observar que o disposto no LV do artigo 5º dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim sendo, dogmaticamente esta passagem determina a garantia aos acusados dos espaços de manifestação apresentando, ainda, o processo como espaço para contrapor-se, considerando ainda que o impulso do processo penal, em regra, é do Estado.

Devemos nos ater que tal espaço mantém a presunção de inocência, que deve ser absoluta e não pode, ou não deveria ser relativizada, pois não se concebe que alguém possa ser presumivelmente culpado, apesar dessa questão estar em voga nos tribunais superiores e não ser ponto pacífico.

Essa presunção é principalmente violada a uma classe de pessoas etiquetadas, conforme as lições da teoria *labeling approach*. Nesta teoria não é o crime como fato real que deve ser objeto do estudo, mas uma teoria da criminalidade, que tem como fundamento o comportamento delitivo, não da forma positivada, mas os elementos que se inserem na realidade do fato como produto final da dogmática que ali inicia a produção do sistema previsto.

Neste ponto, entre os fatos e suas cercanias e a reação estatal encontra-se quem é o sujeito deste processo de sujeição, mormente um sujeito “etiquetado”. Nesse contexto, Bretas esclarece que a teoria tem como pressupostos básicos “[...] primeiro, investigar a questão da identidade desviante como fruto de um etiquetamento;

segundo, perquirir a legitimidade de quem etiqueta e de quem é etiquetado” (BRETAS, 2010, p. 69).

Temos então dois pressupostos, a de um processo que não é entendido como defesa do acusado, mas fonte de condenação e condenação destinada a uma classe determinada, sendo assim o processo seria apenas meio de justificar a aplicação da pena, não se prestando a sua função social que é de ser instrumento de cidadania.

É função do Estado e seus membros, por meio de seus poderes, garantir e informar a população sobre seus direitos, ou seja, cabe a cada cidadão se compadecer pela fragilidade do outro, na forma das promessas da modernidade, em especial a solidariedade que deveria ser um direito fundamental, tal qual a liberdade e a igualdade, ainda não alcançadas, bem como expor a aqueles que tratam o assunto com certo preconceito o perigo de um processo que seja efetivamente uma transgressão da norma e uma afronta aos direitos humanos.

2. Breves informações históricas sobre os direitos fundamentais

Presente em todas as civilizações racionais, a luta pelo Direito vislumbra, ainda hoje, Nações constituídas a base de ideais protetores e gerais, que alcancem a todos os anseios dos cidadãos. Não obstante a necessidade histórica da existência de Direitos Fundamentais, essencial foi concretizá-los em documento.

As infindas mudanças sociais, políticas, econômicas e religiosas construíram para a base e apontaram os futuros direitos individuais e coletivos concernentes a pessoa humana. Há que se destacar o cunho histórico dos direitos que aqui se tratam, tendo em vista a indissociação destes para com os movimentos que os antecederam. Nessa perspectiva acentua Norberto Bobbio o valor histórico dos Direitos do homem:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo

gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 5)

Tem-se a utilização de termos como “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, cabendo, pois, ressaltar a sua diferenciação a fim de compreendê-los em sua amplitude exata. Ambos são observados por José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, respectivamente:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” (CANOTILHO, 1998, p. 259)

No mesmo sentido do mestre português segue o mestre brasileiro:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional. (SARLET, 2007, p. 35-36)

A lei positivada remete ao cumprimento e respeito da mesma, enfatizando a importância da lei escrita no que tange aos direitos pertinentes a pessoa humana. A história como um todo contém informações que, especialmente, não podem ser omitidas e devem, portanto, serem lembradas. Busca-se, ainda que brevemente, mostrar períodos que referenciam com maestria os direitos fundamentais, dentre o rol dos grandes acontecimentos pautaremos

a atenção nos seguintes: Código de Hamurabi, Magna Carta (1215), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), Declaração de Direitos da Revolução Francesa – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos dos Humanos (1948) e a Constituição Federal do Brasil (1988).

De acordo com Moraes (2011, p. 6), o Código de Hamurabi foi o precursor em estabelecer um elenco mínimo de “direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”. A Magna Carta, outorgada em 1215 na Inglaterra fixava “princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei devia respeitar” (GUERRA, 2008, p. 8-9).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América “representou o ato inaugural da democracia moderna” (COMPARATO, 2010, p. 111). Sobre a Revolução Francesa, GUERRA (2008, p. 11) ao citar Fábio Konder Comparato, coloca que:

A Revolução Francesa desencadeou a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.

De acordo com GUERRA (2008, p.11) “a Assembleia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, prevendo, por exemplo: o princípio da igualdade, da liberdade, da legalidade, presunção de inocência, livre manifestação de pensamento, dentre outros”.

Cabe destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e sua grande contribuição. Elaborada no período da Segunda Guerra Mundial traz consigo os valores da Revolução Francesa afixados para todos os indivíduos. Para Bonavides (2005, p. 578) “é o

estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna dos oprimidos, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo, e religião, o respeito à dignidade do ser humano”.

Chega-se, pois, a importância da Constituição Federal de 1988 ao Brasil, discorre Elisabete Xavier de Albuquerque Mosca a respeito de sua necessidade e cunho social:

Nesse sentido, é interessante observar que a consolidação da Assembleia Constituinte responsável pela elaboração da Constituição Federal de 1988 deu-se de forma abrangente – com a participação maciça das mais variadas classes sociais e setores produtivos –, retomando um modelo político-jurídico focado na democracia e nos pressupostos de liberdade e igualdade que também fundamentam o Estado Democrático de Direito e os anseios, do povo brasileiro.

Essa é a importância que a chamada Constituição Cidadã teve e tem para a retomada das ações e políticas públicas voltadas à construção do chamado Estado Social – na medida em que promoveu a ampliação das liberdades civis e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. (MOSCA, 2012)

Entende-se assim a que os direitos fundamentais, isto é, sua positivação, são resultados históricos vinculados a necessidade de proteger os cidadãos, inclusive e principalmente, da série de barbáries passadas, presentes e futuras, bem como, na intenção de estabelecer direitos reclamáveis e asseguradores da dignidade humana.

3. As gerações/dimensões dos direitos fundamentais: o necessário respeito aos dizeres constitucionais e a interpretação social-penal

Nesta seara os doutrinadores do direito entram em discussão quanto à terminologia mais adequada aos direitos fundamentais: geração ou dimensão. Vale destacar que a expressão “geração” foi utilizada primeiramente por Karel Vasak, em 1979. Paulo Bonavides (2006, p. 563) faz alusão visível ao termo “gerações” dos direitos fundamentais, “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que

traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”. Já Sarlet (2007, p. 55) utiliza o termo dimensões quando se refere aos direitos aqui percorridos “em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais [...]”.

A fim de dar início as explicitações, têm que os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão são tidos como os direitos individuais que surgiram nos séculos XVII e XVIII e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais. Compreendem direitos políticos e civis inerentes à pessoa humana e oponíveis ao Estado. Para Bobbio, (2004, p.32) “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade”. Incluem-se nesse âmbito o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, crença, entre outros. Nas palavras de Lenza (2010, p. 740), versam sobre as liberdades públicas e os direitos políticos a exprimirem o valor da liberdade.

Já os direitos de segunda geração ou dimensão são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais que precisam ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva. Neste viés nota-se o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, habitação, greve, livre associação sindical, etc. Nos dizeres de Sarlet (2007, p. 50), “[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária [...]”. E nas palavras de Bonavides (1993, p. 517), “[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social [...]”.

Nessa égide a terceira geração ou dimensão dispõe sobre os direitos sociais, diz Cunha Júnior (2012, p.626) que “[...] caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa”. Faz parte dessa classificação o direito ao meio ambiente saudável, por exemplo.

Com os adventos sociais e assim como já pontuado que os direitos fundamentais são positivamente decorrentes da história, se inclui nesse entendimento os direitos de quarta e quinta geração ou dimensão. Quanto aos primeiros, destaca-se o que Samuel Antonio Merbach de Oliveira (2013, p. 21) coloca “a quarta geração dos direitos do homem se refere à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, abordando reflexões acerca da vida e da morte [...]”. Os direitos fundamentais de quinta geração ou dimensão buscam ressaltar a importância da paz para a construção do presente e futuro das nações.

Salienta-se que a nível nacional, ou seja, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os direitos fundamentais encontram-se no seu título II “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 95) consagra que “a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas”.

Portanto é essencial explicar o porquê das referidas alusões à constituição, bem como aos direitos e garantias fundamentais presentes na lei maior. Como disseram Yasmin Tomaz Cabral e Bruna Agra de Medeiros (2014, p.51):

Faz-se mister ponderar sobre a supremacia da Constituição brasileira perante as leis infraconstitucionais, de modo que os preceitos legislativos regulamentados pelo Código de Processo Penal, formulado em 1941, – assim como outros hierarquicamente semelhantes – possuem o condão de respeitar, de forma prioritária, a Lei Maior, bem como adequar-se às suas diretrizes via exercício da atividade hermenêutica.

Considerando tais lições, destaca-se o papel da educação nesse caminho de respeito constitucional. Afirmar que o interesse na educação possa, de qualquer forma, ser entendido dispare deste quadro seria a utopia ingênua de qualquer sociedade, não há que excluir seja pela força de trabalho, seja pela função de resultados,

pois a educação encontra-se inserida na base piramidal de toda e qualquer sociedade, e os interesses são expressos e intensos.

A educação a que nos remetemos neste momento é a acadêmica, onde temos um pressuposto claro de um processo como instrumento de condenação, que fere, conforme já mencionado os direitos humanos por ser uma negativa do pressuposto a dignidade humana, e não há que se falar em dignidade quando ausente a garantia de direitos. A educação política, ausente nas academias universitárias determina uma inversão de valores onde os direitos humanos são afastados em prol de uma sanha punitivista.

Tal matéria vem da exclusão dos sistemas educacionais e econômicos, que deixam de lado aqueles que não podem consumir ou mesmo aqueles que são indesejados como possíveis consumidores por uma educação inútil e simbólica, mas sem efetividade de, minimamente, oferecer os conceitos de cidadania. Assim, o círculo vicioso de ingressar no estabelecimento penal e a ele retornar torna-se frequente e natural, uma vez que a sociedade que o excluiu não o incluía após a passagem pelo sistema penal.

Observa-se seletividades de formas diversas e destinadas a sujeitos determinados, seja pelo motivo da educação ser instrumento de emancipação, seja pela questão da socialização e do espaço em que a mesma ocupa. A questão é que os dados estatísticos do Depen (Infopen) de 2013, apontam o afirmado de forma a demonstrar a baixa escolaridade formal, embora o senso atual crie uma categoria de “alfabetizados sem cursos regulares” que seria o alfabetizado autodidata.

Sabe-se que a educação não é prioridade e jamais foi em um sistema social de classes determinadas, uma para a direção e outras para a submissão, como bem esclarece Anísio Teixeira (1969, p. 8)

[...] Entre nós, porém, proclamava-se o ideal da educação compulsória, mas na realidade, a sociedade, pelas suas forças conservadoras, a ela se opunha. Mil e um meios são utilizados para se restringirem as facilidades da educação compulsória. Como já não seriam legítimos tais movimentos de defesa do *status quo*, fazem-se tortuosos, sutis e obscuros. A dualidade social já não pode ser proclamada. Proclamada agora, é a aspiração a participação integradora.

Como então evitá-la? Dificultam-se os recursos para o empreendimento; ministra-se educação do tipo inútil e que desencoraje a maioria a prosseguir-la; e, se a teimosia popular insistir pela frequência(sic) à escola, abrevia, alega-se que tal se faz por princípios democráticos, a fim de atender a todos... contanto que o processo educativo perca os seus característicos perturbadores, ou seja, a sua capacidade de facilitar o deslocamento e a reordenação social, em virtude da expansão escolar de todos.

Os dados por si são reveladores do processo pelo qual se adentra ao sistema e a ele se retorna, seria senso comum fundar a reincidência apenas na escolaridade, como igualmente ingênuo seria desconsiderar o fator, diante dos números estampados no sistema.

Os dados oficiais do relatório mencionado indicam a proporção de 80% da população carcerária sem a educação formal, evidência que se mantém em face do relatório anterior, ou seja, se na relação raça encontrou-se um diferencial de dois terços, na educação verificou-se que, entre as raças, independentemente de quais sejam, a questão da educação, ou melhor, da ausência da educação é amplamente demonstrada. Assim corrobora o diagnóstico do Infopen:

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. [...] aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%). (BRASIL, 2014, p. 58.)

Poder-se-ia festejar a força da educação não fosse a realidade desta que sem qualquer poder de interferência nas classes dos encarcerados, serve somente para, de certa forma, mudar a classe dos escolarizados como não alcançadas pelo sistema penal.

Na miséria humana temos que respeitar que a verdadeira miséria está contida na ausência de conteúdo, na ausência de sociabilidade constante, na ausência de norte, ou qualquer andamento em seara do direito, do qual não podemos nos furtar.

Teremos a previsão constitucional do artigo 5º que diz: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” que garante uma interpretação ostensiva, mas que não se configura como realidade, ou seja, é como pautar se por leis, quando o fato está para além do ato, os direitos naturais, conforme mencionamos, fundamentos de ordem primeira.

Neste sentido, vamos caminhar em uma brevíssima análise dos direitos fundamentais, enquanto direitos naturais e assim considerados como cláusulas pétreas do ordenamento jurídico positivado, vigente e ineficaz.

A priori, uma pequena inserção dos denominados direitos naturais é fundamental para que possamos situar a questão primeira deste texto, a concepção de que a educação compõe o núcleo dos direitos humanos e não se pode admitir que entendimento diverso seja determinante para políticas públicas.

Nota-se, como promessa da Revolução Francesa – embora o processo de construção da cidadania seja anterior e esta revolução é marco histórico –, que tal processo se dá pela passagem da condição de servo para a condição de cidadão e nesta está implícita a liberdade. O que se considera necessário é entender o que exatamente significa essa liberdade. Ou ela é somente uma promessa sem que tenha sido, de fato, entregue? Ou ela se traduz em um processo de busca que não se efetiva nas relações de indiscutíveis diferenças entre os direitos e as posses a eles relacionadas?

Nessa perspectiva, Camila Castanhato (2013) a define como liberdade burguesa daqueles que se opunham à condição de poder estatal absoluto ficando claro em sua obra a condição de formalidade da liberdade. Explica ela que dos conceitos de liberdade naturais de John Locke até o conceito de Kant, a liberdade moderna passou a ser vista como liberdade civil, liberdade privada, liberdade política, liberdade de crença, culto expressão, liberdade de ir e vir, bem como liberdade de iniciativa, de comércio e de propriedade. E então, com base nas ideais cientificistas, racionalistas e iluministas, a liberdade moderna passou a se identificar com a liberdade perante

as leis, liberdade de comércio e, como veremos, uma liberdade meramente formal.

O esclarecimento da pesquisadora conduz, ainda, à promessa de liberdade enquanto decorrente das leis e, assim, deve ser considerada ao cidadão e ao poder vigente, por meio de um Estado que esteja igualmente comprometido, quiçá com responsabilidade de assegurar a formalidade da lei, que tem como previsão os direitos fundamentais, entre os quais se encontra a liberdade, mencionada anteriormente.

Vale lembrar, ainda, que não se pode interpretar a liberdade de forma restritiva, mas hermeneuticamente, como um fato, nos diversos matizes elencados por Castanhato. Sem se afastar deste fato, ser a liberdade uma realidade legal, concebe-se ainda este direito como é um bem vangloriado e tido como máxima expressão do humano, mas esta liberdade precisa ser, de fato, algo concreto em uma sociedade que visa à garantia de direitos, por meio de um sistema de direito que pode ser denominado Estado de direito, que se pressupõe Estado por ser de direito, como se fosse um pleonasma, e neste Estado tem-se a condição de ser social, que busca na liberdade as possibilidades de garantir as relações da pessoa com a liberdade.

As premissas que levam tal Estado (de direito) à denominação exposta exigem que o Contrato seja adequado, a fim de atender as demandas da sociedade, ainda que teorias recentes determinem que a exigência se estabelece considerando o mínimo. A liberdade não pode ser meramente um processo mental, mas somente quando se der na esfera da amplitude do real pode assim ser denominada, o que se dará pela efetivação das garantias de liberdade, conforme pretende-se demonstrar, como um plexo de direitos e não isoladamente.

O direito, que tem como origem a organização da sociedade ou das comunidades, impõe procedimentos a serem adotados por todos, na condição de igualdade formal e considerando necessárias as desigualdades que igualam a condição social, feitas pela força coercitiva do direito.

Este sistema que deve ser considerado um supersistema por estar aliado ao Estado de forma indissociável e emanar a partir de si mesmo comandos a todos os demais subsistemas, ou ambientes, partindo do pressuposto de sistema. Nesta forma de atuação, determina ao Estado condutas que salvaguardem as relações sociais, consideradas como garantias.

A liberdade então é garantida na própria esfera do Direito como meio de acesso a direitos e bens. Em contrapartida, não há liberdade diante do Contrato, como forma de infringi-lo, cabendo àqueles que desse modo procederem serem levados à condição de restrição da liberdade.

A liberdade de estar no pacto não é a mesma de participar dele, assim, meios como a educação, ou melhor, a sua ausência – marcada pela exclusão do sistema escolar – ocorre com as pessoas que estão excluídas do sistema econômico, não de forma total, mas de forma a ser periférico neste sistema de consumo, e a quem não o faz de forma regular por motivos diversos, está destinado a suprir suas necessidades por meio de opções que encontram no direito vedações.

Determinar que o direito penal esteja direcionado contra aqueles que têm necessidades de “liberdades” de consumo, seria apenas apontar que o sistema econômico está para o Estado assim como o direito está para regular tais interesses que, em análise de determinadas classes, é positivado apenas para tais fins.

A liberdade não pode ser apenas de estar, mas a liberdade de não ter impedimentos e poder vir a ser não atende a completude do que se pode nomear liberdade, não pode determinar como um vir a ser constante, algo a ser criado na esfera da ausência de outros elementos que impulsionam o sistema social, como saúde, alimentação, etc.

A liberdade que denominou “para”, não enquanto meramente a obediência ao Estado, mas enquanto destinatário dos bens e direitos que o Estado tem como função garantir, é imprescindível para ser sujeito de direitos, pouco importa a liberdade de não-interferência, pois ambas são a mesma liberdade e são integrantes do direito de

ser destinatário dos bens que permitem uma interação com as esferas de decisões, até mesmo pela participação nas esferas do Estado.

No tocante à criminalização de determinadas classes ou extratos sociais, a lei penal não tem o condão de dirigir o valor da liberdade, pois não se pode tirar algo que não se possui, nem mesmo os efeitos de uma condenação penal têm relevância a quem nada possuía, ou a quem está marginalizado pela sociedade; não tem qualquer poder intimidatório a aplicação das normas do Estado, que se diz restritiva da liberdade, entendendo como liberdade o ir e vir, que necessita determinar ir e vir, afinal ir e vir e não ter referências sociais de direitos.

Considerações finais

Podemos afirmar que o processo tem por escopo a garantia estatal de procedimento defensivo e probatório. O fundamento é buscar a absolvição e não a encontrando deve seguir a condenação, uma vez que, conforme sentido e transferido nas academias, o processo já configura uma pena. Tal processo, no entanto, tem se configurado em violador deste pressuposto (presunção de inocência, para um processo de culpabilização a priori.

Por isso a importância da educação quando da efetivação dos direitos fundamentais, os quais se esvaziam em políticas, principalmente criminais, dissociadas do modelo estatal adotado. O conhecimento e educação pautados na proteção do ser humano na sua essência e como sendo esta a função do Estado lastreia um caminho que há muito vem se buscando, o da humanização do processo penal.

A incessante busca pela condenação está muitas vezes ligada mais a um desejo de vingança do que efetivamente de um processo de cidadania que leva consigo a condição humana e não a de retirar da pessoa uma liberdade, que muitas vezes não possui.

Toda produção de um sistema, muitas vezes ideológico de condenação como pressuposto de segurança é ilusório e ineficaz,

servindo tão somente a uma vingança produzida e estabelecida de forma permanente, por meio do processo, por penal seletivo, que busca nas classes menos abastadas sua clientela.

Assim sendo, pelo viés da criminologia crítica, o processo penal deveria servir como um instrumento de proteção sem qualquer seletividade, o que não ocorre. Contudo, esse caminho somente pode ser trilhado quando a real liberdade for alcançada, sem impedimentos sociais, os quais também tornam obscura a real finalidade do *jus puniendi* estatal.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Teoria da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 de abril de 2017.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

CABRAL, Yasmin Tomaz e MEDEIROS Bruna Agra de. A família do preso: efeitos da punição sobre a entidade familiar. **Revista Transgressões. Ciências Criminais em Debate**. Natal, v. 2, n. 1, p. 50-71, Maio/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. 2013. 153 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação no Brasil**. São Paulo: Cia. Nacional, 1969.

XAVIER, Elisabete de Albuquerque Mosca. A importância da constituição de 1988 para a efetivação de direitos. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 2, n. 6, p. 16-17, out./nov. 2012.

A (IM)POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Ana Paula Brito de Jesus ¹
Cleberson Lopes dos Santos ²
Loreci Gottschalk Nolasco ³

Introdução

O presente trabalho tem o escopo de discutir a mudança de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, restando assentada a possibilidade de execução de pena a partir da prolação de acórdão condenatório por Tribunal de segunda instância.

A partir do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, houve grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoravam o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP).

Antes da análise crítica a respeito da decisão do Supremo, abordaremos questões pertinentes ao instituto da coisa julgada e, conseqüentemente, a importância do efeito do trânsito em julgado

¹ Pós-Graduanda em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: ana.brito@hotmail.com.

² Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: cleberson.advocacia@hotmail.com.

³ Doutorado em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade Federal de Goiás. Docente e Pesquisadora do quadro efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: lorecign@gmail.com

no processo penal, e, sobre o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988), haja vista que tal princípio garante a qualquer acusado ou indiciado o direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado.

A linha adotada no presente artigo é no sentido de que o princípio da presunção de inocência é uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, ensejando que o acusado responda seu processo em liberdade, e que no curso do processo penal, seja tratado como inocente. Nesse sentido, o que se pretende investigar é se a decisão do Supremo Tribunal Federal vai de encontro à norma constitucional garantidora do princípio da presunção de inocência a qual representa um avanço histórico na proteção do bem jurídico liberdade.

1. A coisa julgada no processo penal e o princípio da segurança jurídica

A doutrina, jurisprudência e o próprio arcabouço jurídico, compreendem que, essencialmente, o processo deve decorrer do princípio do devido processo legal, cuja origem remota é a cláusula 39 da Magna Carta assinada pelo Rei John Lackland, em 15 de junho de 1215, que dispõe: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, se não mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

Sob esta ótica, portanto, o processo se constitui em um meio de composição de conflitos e de pacificação social, tornando-se um instrumento de garantia quando houver a necessidade de afastamento de algum direito fundamental.

Há vários questionamentos sobre qual seria o objeto do processo penal e o tema possui muitas divergências, sendo que, atualmente, prevalece o entendimento de que o seu objeto seria a pretensão processual que consiste na pretensão externada por meio do direito de ação, veiculada por meio da imputação, e, que é

dirigida ao Estado com o objetivo de viabilizar a condenação do denunciado.

O pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, ocasião em que a imputação que irá fixar a própria extensão da prestação jurisdicional, e, conseqüentemente, os próprios limites objetivos da coisa julgada no processo penal.

De fato, a sentença é um ato praticado pelo juiz ao término do processo instaurado, onde somente são analisados os fatos imputados e discutidos em seu ínterim, o que se torna necessário analisar de que forma o comando emergente da sentença pode se impor e vincular as pessoas, momento em que se é possível discutir sobre o instituto da “coisa julgada”.

Liebman (1984, p. 2, 5, 6) via na coisa julgada uma “qualidade especial da sentença” e não apenas um efeito autônomo, como era o entendimento majoritário até então existente. Para ele a coisa julgada nada mais é do que a forma como certos efeitos da sentença se produzem e que, em dado momento, devem ser perpetuados. Rangel (2012) esclarece que a coisa julgada penal é a qualidade dos efeitos que a sentença produz, isto é, a qualidade da imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal. Diz que não se trata apenas de preclusão, mas da inalterabilidade de um fato naturalístico que aconteceu no mundo da vida.

A coisa julgada é considerada um fenômeno processual cujo objetivo destina-se a tornar as sentenças judiciais imutáveis, trazendo consigo segurança jurídica ao ordenamento brasileiro. Com isso, após tendo decorrido todos os prazos legais previstos para um recurso sobre a sentença prolatada, terá ela se tornado imutável em razão de ter ocorrido a preclusão do direito da parte em tentar modificar tal decisão. Em virtude de sua importância, o Constituinte brasileiro dispôs no artigo 5º, XXXVI da Constituição de 1988 que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2014), a coisa julgada atua em duas dimensões, sendo que a primeira reflete a dimensão da Constituição em virtude da regra de garantia individual, já a

segunda dimensão relaciona-se ao processo penal em decorrência da imutabilidade das decisões e preclusões. O autor ainda afirma que a preocupação com a coisa julgada se dá em torno do réu, sendo que poderá ocorrer a relativização da coisa julgada em sede de revisão criminal e tão somente a seu favor.

Nessa senda, compreende-se que o sistema jurídico brasileiro impõe respeito à coisa julgada por se tratar de uma garantia fundamental a ser observada por todos e a fim de que seja assegurada a estabilidade e eficácia das decisões judiciais. Dessa forma, as decisões judiciais cobertas pelo manto da coisa julgada não podem ser rediscutidas pelas partes, já que isso geraria instabilidade nas relações jurídicas, que perdurariam no tempo, pois, sem a coisa julgada material, a lide poderia continuamente ser levada à decisão do judiciário, causando assim uma grave insegurança jurídica.

Diante disso, e, considerando o instituto da coisa julgada no processo penal, encerrando o processo de conhecimento, é certo que a partir do momento em que a sentença penal torna-se irrecorrível, surge então a possibilidade do Estado buscar efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme se extrai do art. 1º da Lei 7.210, de 1984, certo ainda que, é a partir daí que um condenado ao regime prisional deve ser levado ao cárcere.

2. Princípio constitucional da presunção de inocência

Com o surgimento do Estado de Direito no final do século XVIII, surgem os direitos fundamentais da pessoa humana, sob o aspecto de expressão da condição humana, integrando o sistema de governo e da organização do poder, como uma essência de Estado Constitucional, fazendo, não apenas parte da Constituição formal, mas também atuando como elemento da Constituição material (SARLET, 2011).

Com isso, um Estado de Direito significa um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada

e limitada pelo direito, e, tem por princípio básico a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes, além disso diz que o Estado de Direito precisa ser democrático, vez que é a liberdade democrática que legitima o poder. (CANOTILHO, 1999).

O mesmo autor assinala que, com isso, o Estado de Direito é informado e conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos. O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um Estado democrático e um Estado social. Nessa perspectiva, o Estado de direito transformou-se em Estado de direitos pessoais, políticos e sociais.

Fioravanti (apud COPETTI NETO et. al., 2013), expressa que o constitucionalismo⁴ diz justamente com o aspecto de limite e garantia da Constituição. De um lado, a divisão do poder do soberano, pela individualização de sua pluralidade de poderes, que se contrapesam e se limitam, reciprocamente; de outro, a limitação da extensão dos poderes do soberano, por uma norma fundamental, que garanta e tutele os direitos dos indivíduos. A função da Constituição é, pois, não só limitação do poder e a regulação dos organismos estatais, mas a garantia de direitos e o impedimento de violação pelo Estado. Nesse sentido, a organização do Estado moderno alicerçada na Constituição inspirou o modelo de Estado de Direito. Foram as ideologias antiabsolutistas que cunharam os princípios da sociedade erigida sob o contrato social, da ordem jurídica baseada na racionalidade e da submissão estatal à liberdade individual (BONAVIDES, apud COPETTI NETO et al., 2013).

⁴ Ferrajoli (2012, p. 17) leciona que, “o traço distintivo do constitucionalismo poder ser identificado pela existência positiva de uma *lex superior* à legislação ordinária, independentemente das diversas técnicas adotadas para garantir a sua superioridade: de um lado, o modelo estadunidense – e, de modo geral, americano – do *controle difuso*, mediante o qual ocorre a não aplicação das leis constitucionalmente inválidas, originado pela estrutura federalista dos Estados Unidos; e, de outro, o modelo europeu do *controle concentrado*, mediante o qual ocorre a anulação das leis, cuja origem remonta ao século passado em face do ‘nunca mais’ formulado à experiência dos regimes totalitários”.

Essa é, pois, a representação da transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, cuja formulação de um texto constitucional hierarquicamente superior, escrito, formal, rígido e impositivo assentou a liberdade individual, instituiu direitos e garantias e limitou o poder estatal, o qual passou a ser organizado e tripartido, retirando do rei o poder absoluto e a acumulação das funções estatais (COPETTI NETO et al., 2013). Portanto, a ideia do Estado de Direito está intimamente relacionada com a ideia de constitucionalismo, cuja qualidade essencial implica, (MCLLWAIN apud COPETTI NETO et al., 2013) numa limitação jurídica do próprio governo; a antítese do governo arbitrário e despótico.

Esse modelo de organização limitou-se, contudo, ao estabelecimento básico da ordem política, das instituições, das competências e dos procedimentos, ou seja, das “regras do jogo”, ou de mínimos, se pensados os limites e direitos consagrados, apenas para definir a forma de convivência com base na autonomia individual, tanto na esfera social como política (JULIOS-CAMPUZANO apud COPETTI NETO et al., 2013).

E nesse sentido as concepções de Estado de Direito, do princípio da legalidade e do conceito de lei estão atreladas ao positivismo jurídico, refletindo, conforme Zagrebelsky (apud COPETTI NETO et al., 2013):

la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho - esto es, los derechos y la justicia - a lo dispuesto por una ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Disso se conclui que o constitucionalismo moderno reflete um modelo frágil, porque o predomínio da racionalidade formal e do positivismo legalista tem na lei a fonte superior do Direito e o órgão supremo é o legislador. O Estado de Direito que emerge da transição do Estado absoluto representa um “Estado legislativo de Direito”, ou seja, tem no princípio da legalidade a fonte exclusiva de validade

e existência do Direito, desde que postas pela autoridade com competência normativa (FERRAJOLI apud COPETTI NETO et al., 2013).

Nesse sentido, Sobrinho (2013) informa que uma importante consequência introduzida pelo Estado de Direito, foi o uso proliferado de normas jurídicas escritas, com a evidente finalidade de regular a atuação do governo e de prescrever direitos. É nesse ponto que surge a Constituição norte-americana, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e a primeira Constituição francesa, que também é reflexo do pensamento positivista, cuja base ontológica é a supremacia das leis em relação a tudo e a todos.

Daí porque o Estado de Direito ser também conhecido como o Estado do governo das leis e isso foi introduzido nas constituições sob a ideia de responsabilidade política e jurídica dos governos, tentando coibir, dessa maneira, o abuso do poder, pois se findam as diferenças entre governantes e governados.

Explica melhor esse fenômeno o entendimento de Bobbio (apud BOVERO, 2000, p. 256-257):

A constitucionalização das medidas contra o abuso do poder realizou-se através dos dois institutos típicos da separação dos poderes e da subordinação de todos ao poder estatal – no limite também do poder dos próprios órgãos legislativos – ao direito (o chamado ‘constitucionalismo’). Por separação dos poderes entendo, em sentido lato, não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno que vão da descentralização político-administrativa ao federalismo. O segundo processo foi aquele que deu lugar à figura, verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado, do Estado de direito, isto é, do Estado no qual cada poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam a sua competência e orientam, ainda que, frequentemente, com uma certa margem de discricionariedade, suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional fundado sobre relações pessoais e patrimoniais em um poder legal e racional, essencialmente impessoal.

Assim, as cartas constitucionais elaboradas no período moderno figuravam como documentos políticos, meras declarações

de intenções, pois não possuíam normatividade. A Constituição não tinha caráter superior às leis ordinárias, era balizada por elas. O critério de Justiça decorria unicamente de sua validade (formal) - isso a partir do final do século XIX, antes disso nem mesmo validade formal existia (pode-se dizer que somente com Kelsen a validade formal se estabelece).

O papel do Texto Constitucional no Estado de Direito promoveu efetivamente dois efeitos: organizou as estruturas do Estado e o submeteu ao império da lei. Tal situação, evidentemente, não trouxe qualquer benefício ao indivíduo, porquanto não impediu que ele sofresse gravíssimas violações, haja vista que os comandos legais se sobrepunham a tudo, inclusive ao próprio ser humano, que, não raras vezes, era visto como objeto do Direito e não como seu sujeito.

Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, emblematicamente associada à autorizada perseguição de minorias, a doutrina jurídica estabeleceu um mecanismo garantista, capaz de impedir que violações como aquelas ocorressem novamente. Referido mecanismo deu-se com a compreensão e a valorização dos Direitos Fundamentais, que passou a ser tema afeito ao Direito Constitucional. Assim, o constitucionalismo contemporâneo surge no contexto pós-1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, notadamente nas experiências constitucionais italiana de 1947, alemã de 1949, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978 (NOLASCO, 2016).

Como um novo paradigma para o Direito, o constitucionalismo do segundo pós-guerra foi fruto de uma profunda transformação interna do modelo paleojuspositivista, onde o Direito agora é invadido pelos princípios (direitos) constitucionais, buscando superar justamente os problemas e insuficiências daquele modelo, “não simplesmente com a ideia da positividade do direito – com a ideia do primado da lei estatal e dos parlamentos e, por isso, com o modelo paleojuspositivista do Estado Legislativo de Direito”, ou “como um novo e mais desenvolvido paradigma juspositivista”,

mas agora é concebido “como uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo” (FERRAJOLI, 2012, p. 16-17).

Bonfim (2011) esclarece que a origem dos precedentes históricos do princípio da presunção de inocência remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 promulgada no início da Revolução Francesa, já que em seu artigo 9º dispõe que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Tal dispositivo foi posteriormente reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948, e, também no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Nesse ponto, Bobbio (2006) aduz que a Declaração de 1948 da ONU inaugura uma fase importante do desenvolvimento constitucional, na medida em que contém “a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”.

A inauguração da Constituição Federal de 1988 coloca em precedência os princípios fundamentais da República e os direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que pela primeira vez assegura o princípio da presunção de inocência, embora ainda não se mencione a expressão tradicional “presunção de inocência”, mas, verifica-se tal instituto quando se tem que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF/1988). Tal garantia positiva ao acusado, ou mesmo indiciado, o direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a coisa julgada de autoridade relativa, servindo como um fundamental postulado de segurança jurídica diante dos poderosos tentáculos do Estado Leviathan, como compreendem Tucci (2011) e Flach (2000).

Na visão de Aury Lopes Júnior (2011), o referido princípio requer que o julgador mantenha uma posição negativa em relação ao acusado, e, ainda, uma postura positiva, na medida em que não o considere culpado, mas, principalmente, trate-o efetivamente como inocente.

O princípio da presunção de inocência é uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, ensejando assim como regra que o acusado responda seu processo em liberdade, e, óbvio, respeitando, entretanto, algumas exceções legais, a exemplo de que eventualmente o acusado poderá ser preso por conta de um interesse processual, o que não pode caracterizar como antecipação da culpa.

Assim sendo, a prisão, antes de uma sentença condenatória definitiva, antecipatória ao surgimento do instituto da coisa julgada ao processo em questão, deve ser aplicada com parcimônia, ou seja, somente quando estiver presente a justa causa, pois, caso contrário, ao se banalizar as ordens de prisões processuais estar-se-á rompendo os sagrados princípios constitucionais que são verdadeiras garantias do cidadão brasileiro.

A presunção de inocência é na realidade um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado, sendo que, dessa forma, pode-se afirmar que o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença irrecorrível.

Necessário lembrar que, de acordo com Rangel (2010), não há que se falar em presunção de inocência, mas, em declaração, já que, para ele a Constituição Federal não presume que ninguém seja inocente, mas que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não adota assim, a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Para Carvalho (2001, p. 51), a presunção de inocência é pressuposto. De acordo com o autor, mesmo que este princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou, em nossa Carta Magna, assim mesmo ele seria garantia fundamental. Para o autor, “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto [...]”.

A aplicação do princípio em debate ocorre tanto no campo probatório quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência, onde o acusado deve ser presumido inocente, cabendo ao acusador provar a veracidade do fato e a culpabilidade do processado, sendo que apenas depois de sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial, é que ele pode ser considerado culpado.

É por tais razões que o acusado não pode ser obrigado a colaborar na apuração dos fatos, uma vez que o devido processo legal estampado no art. 5º, LIV da CF/1988 possibilita a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo até mesmo permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII), ocasião em que, se assim fosse diferente, o acusado se transformaria em objeto de investigação, deixando de ser um sujeito processual.

No campo probatório, o princípio da presunção de inocência está coligado com o princípio do *in dubio pro reo*, já que, ocorrido o devido processo legal e as provas obtidas serem consideradas insuficientes, restará ao juiz dúvida quanto a culpabilidade do acusado, devendo o magistrado decidir em favor do acusado que será declarado inocente.

Com o princípio da presunção de inocência tem-se que no curso do processo penal o acusado deverá ser tratado como inocente enquanto não for definitivamente condenado, o que, durante as investigações e a fase processual, o “réu” não deverá ser punido antecipadamente e nem mesmo tratado como culpado, aplicando só

as medidas necessárias, restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado.

O campo de aplicação do princípio da presunção de inocência ainda está intimamente relacionado com a prisão cautelar de um acusado, já que, além da prisão definitiva, sanção penal posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória definitiva, existe também a prisão provisória que ocorre no decorrer do processo como medida cautelar e excepcional, só sendo possível essa prisão antes do trânsito em julgado da sentença definitiva quando for indispensável para assegurar o curso do processo e condicionada também a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Tal prisão é legal e aceitável, desde que atenda a todos os requisitos e seja devidamente fundamentada, uma vez que se perder esse caráter instrumental do processo, acabará por tornar-se execução antecipada de pena, ferindo frontalmente o princípio da presunção de inocência.

Pode-se afirmar que a prisão cautelar, seja qual for sua modalidade, não é conflitante com o princípio em questão, desde que seja indeclinavelmente necessária, uma vez que é uma medida extremamente rigorosa por tirar a liberdade de um acusado que poderá ser inocentado. Em regra, o autor de uma determinada infração penal somente deve ser preso após o transcurso do devido processo legal, cujo provimento final tenha sido uma sentença condenatória com imposição de pena privativa de liberdade, da qual não seja mais possível a interposição de qualquer recurso, ou seja, a partir do momento em que se visualiza a coisa julgada.

Todavia, dispõe o artigo 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Assim sendo, quando a lei não admitir a liberdade provisória é possível a prisão provisória na sua modalidade prisão preventiva. Ademais, de acordo com o artigo 310 do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá relaxar a prisão que for ilegal; converter o flagrante em prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a

aplicação da lei penal, bem como em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares; e, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Registre-se ainda que se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes da exclusão de ilicitude, poderá conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais sob pena de revogação.

O princípio da presunção de inocência e a prisão provisória estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal que, por sua vez, está no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Assim, infere-se que não há qualquer incompatibilidade entre a prisão provisória e dentre as suas espécies, a prisão preventiva, com o princípio da presunção de inocência. No entanto, em razão do princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva é medida excepcional e somente deve ser decretada nos casos de extrema e imperiosa necessidade. Com isso, o fato de alguém ser preso provisoriamente, a título de prisão preventiva, não quer dizer que seja considerado culpado.

Quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva objetivando a garantia da ordem pública, as críticas afloram, e não sem razão, pois o conceito é vago, não havendo na lei uma definição precisa do que deve ser considerado como ordem pública. Ademais, a ordem pública é algo exterior ao processo, o que para alguns não poderia servir como fundamento da prisão preventiva, uma vez que tal tipo de prisão somente se justificaria quando houvesse algum risco que comprometesse a efetividade do processo.

No processo penal como em qualquer processo há uma relação dialética, um conflito originado pela contradição entre princípios teóricos ou fenômenos empíricos, que no caso do processo penal se dá entre o interesse do Estado em exercer a sua pretensão punitiva e o interesse do indivíduo em manter o seu *status libertatis*.

Para verificar qual deve ser o interesse prevalente, entre a liberdade do indivíduo a quem se atribui determinada infração penal e a pretensão punitiva do Estado, deve ser utilizado o

chamado princípio da proporcionalidade, onde deve ser analisada, de acordo com a doutrina estrangeira e nacional, a necessidade, adequação e proporcionalidade em estrito senso da medida cautelar que se pretende impor.

O princípio da presunção de inocência deve ser a regra e efetivamente preponderar, mas merece ser mitigado quando há evidências inequívocas de autoria ou participação em crimes de extrema gravidade, como nos casos do crime de homicídio.

Analisando o contexto atual do Brasil, pode-se afirmar que hodiernamente o sistema processual penal ainda é pautado pela dicotomia prisão e liberdade, mesmo que tenha ocorrido a reforma do CPP com a criação de outras medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual é necessária uma maior reflexão sobre o tema, a fim de que haja uma atuação mais equilibrada do processo penal, o que, com certeza, transmitirá para a sociedade maior credibilidade de justiça.

Enfim, nitidamente vê-se que o princípio da presunção de inocência estabelece parâmetros para que a dignidade humana seja respeitada, sendo um estado em que se encontra o acusado até ser declarado culpado, e, ainda, é uma forma de tratamento que internamente impõe ao juiz que a carga de provas seja obrigatoriamente do acusador, o que, implicitamente, tal princípio traz consigo relevante dever de atuar como um limitador no processo penal.

Nestor Távora (2016) afirma que o reconhecimento da autoria de uma infração penal depende da sentença condenatória transitar em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF/1988). Antes disso, todos os acusados são presumivelmente inocentes. Esse era o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Habeas Corpus 84.078, ocorrido no ano de 2009, no qual restou firmado o entendimento de que a presunção de inocência prevaleceria até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário. Nesse sentido, o cárcere cautelar foi relegado à hipótese de caráter excepcional, devendo ser devidamente demonstrado pelo magistrado a sua

necessidade no caso concreto. Por possuir nítido interesse processual, entendia-se por repelida qualquer ideia que ligasse o cárcere cautelar à antecipação de juízo condenatório.

Em fevereiro de 2016, decorridos mais de seis anos de vigência desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu por flexibilizar o princípio da presunção da inocência nos autos do Habeas Corpus 126.292, conforme veremos a seguir.

3. O caso protagonista da flexibilização do princípio da presunção de inocência

Desde o julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual o Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela validade do cumprimento da pena de prisão antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, milhares de prisões foram decretadas em desrespeito ao princípio da presunção de inocência. Referido Habeas Corpus tramitou no Superior Tribunal de Justiça (STJ) contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que negou provimento ao recurso de apelação, determinando do TJSP, de ofício, o recolhimento do réu à prisão. O STJ, por sua vez, indeferiu o pedido de liminar com base em jurisprudência defensiva, mantendo o réu preso, em processo penal cujo trânsito em julgado ainda não havia se operado.

Com recurso ao Supremo Tribunal Federal (STF), em fevereiro de 2015, o Ministro Teori Zavascki, concedeu a soltura do réu, em sede de liminar, observando que o acórdão do TJSP não havia se reportado a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal CPP) para fundamentar a prisão provisória do réu, o que demonstrava o desacordo com a jurisprudência do STF a respeito do tema. Levado a plenário em fevereiro de 2016, a fim de discutir a liminar concedida pelo relator e, a despeito da robusta fundamentação da decisão monocrática, o Min. Relator Teori Zavascki mudou o seu posicionamento e votou com a maioria, pela possibilidade de execução provisória da pena na pendência de julgamento de recurso.

A respeito do acórdão do STJ, Streck (2016) teceu as importantes considerações em artigo publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico:

O que fez, afinal, o STF? Além de dar um giro de 180 graus na sua jurisprudência, acabou por sufragar uma prisão decretada fora de qualquer legalidade, circunstância reconhecida pelo MPF e pelo próprio ministro Teori. Ou seja: o ministro Teori concede a liminar com o fundamento de que, além de poder superar a Súmula 691, o TJ-SP não havia fundamentado a prisão em segundo grau. Pois agora ele, juntamente com mais seis ministros, revogam a liminar, só que não fundamentam a necessidade do caso concreto.

Ou seja, o que torna estranho tudo isso é que, na hora de decidirem o HC 126.292, M.R.D. “desapareceu” como um personagem concreto. Transformou-se em uma tese. M.R.D. virou um conceito. Seu caso concreto de nada valeu. O que o ministro Teori, monocriticamente, usara para fundamentar a concessão da liminar, desapareceu. Como no filme de João Batista de Andrade, M.R.D. virou suco.

E assim se formam os “precedentes”. E tem doutrinador dizendo que o Código de Processo Civil (CPC) instalou, no Brasil, um “sistema de precedentes”. Pois sim. O que é isto — um sistema? Veja-se. Graças a uma apelação só da defesa, alterou-se uma jurisprudência da mais alta corte do país. E isso atinge todos aqueles que possuem condenação em segundo grau.

O resultado do julgamento do HC 126.292, contrariou a própria jurisdição constitucional pautada na jurisprudência dominante desde 2009. Para Streck (2016), ao proferir o acórdão denegatório de concessão da ordem, o Min. Teori Zavaski simplesmente ignorou a existência do art. 283 do Código de Processo Penal, sem, contudo, declarar sua inconstitucionalidade incidentalmente. Essa crítica deu origem, posteriormente, ao fundamento jurídico para o ajuizamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44.

Importante salientar que a omissão do Min. Teori Zavaski em se manifestar sobre a aplicação do artigo 283 do CPP nesse caso concreto vai de encontro à posição manifestada pelo ele mesmo, na Reclamação 2.645, enquanto ainda pertencia aos quadros do STJ, ocasião em que defendeu a ideia de que seria inadmissível negar a aplicação de preceito normativo “sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade”. Seguindo tal linha de raciocínio, em

virtude do artigo 283 do CPP não ter tido sua constitucionalidade contestada no julgamento do HC 126.292, conclui-se pela sua plena aplicabilidade e eficácia.

4. ADC's 43 e 44: tentativas de reverter a reformulação da jurisprudência do STF manifestada no HC 126.292

Inconformados com a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 perante o STF, requerendo a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP e a concessão de medida cautelar para suspensão da execução provisória das penas de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

Ambas as ações têm o intuito de reverter a mudança de posicionamento do Supremo em relação à possibilidade de execução provisória da pena na pendência de julgamento de recurso, manifestada nos autos do HC 126.292.

Apesar do acórdão do STF não possuir efeitos vinculantes e se referir apenas ao caso concreto analisado, foram ajuizadas tais demandas com o objetivo de evitar a sedimentação de um novo posicionamento jurisprudencial contrário ao entendimento prevalecente desde o ano de 2009. Houve uma grande adesão dos tribunais de todo o país à ideia de possibilidade de execução penal provisória, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP. Não é aceitável que com base em apenas uma decisão isolada, privada de um amplo debate, seja modificado um posicionamento jurisprudencial de matéria tão relevante.

A inclusão do art. 283 ao Código de Processo Penal em 2011 prevê de forma taxativa, as hipóteses em que uma pessoa pode ter sua liberdade cerceada pela decretação de prisão, *in verbis*: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Em total consonância com a norma constitucional prevista no inciso LVII do art. 5º, que dispõe: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Da interpretação harmônica de ambos os dispositivos, depreende-se que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sempre terá caráter cautelar. Dessa forma, antes da condenação transitar em julgado, só é possível o recolhimento do réu diante das hipóteses taxativas trazidas pelo art. 312 do CPP, quais sejam, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Conforme exposto, a única modalidade de prisão permitida pela lei no curso do processo é a de natureza cautelar, desvirtuada de caráter punitivo, e com natureza nitidamente processual e de caráter excepcional, com o fito de impedir que o acusado interfira no regular andamento processual, se furte da aplicação da pena ou ofereça fundados riscos à segurança pública. Dessa forma, é possível afirmar que a admissão da figura da execução penal provisória no sistema penal brasileiro afronta a lei e a própria norma constitucional no qual a lei encontra seu fundamento de validade: o direito fundamental de não ser considerado culpado na pendência de julgamento de recurso (CF, art. 5º, inciso LVII).

Dada a relevância da matéria discutida nas ADC's 43 e 44, diversas entidades, como a Defensoria Pública dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, foram admitidas no caso para atuação como *amicus curiae* e expuseram seus argumentos no Plenário, previamente à apreciação do pedido de medida cautelar formulado pelos autores.

O caso foi ao Plenário do STF no dia 1º de setembro de 2016, ocasião na qual o relator das duas ações, Ministro Marco Aurélio, votou pela concessão da cautelar e declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Inobstante o voto

acertado do Ministro Relator, prevaleceu no Tribunal, por maioria, a interpretação do art. 283 do CPP “conforme a Constituição”, no sentido de que a pendência de recurso nas Cortes Superiores não impede o início do cumprimento da pena, e muito menos afronta o princípio da presunção de inocência.

A Corte Constitucional afastou-se do seu papel de guardião da Constituição, pois deixou de resguardar o sentido unívoco do texto constitucional que trata do princípio da não culpabilidade. Os ministros do STF, ao invés de interpretarem e resguardarem a observância de tal princípio, em atitude ativista, modificaram o sentido da Constituição de 1988, como se legisladores fossem com competência de iniciativa para proporem Emenda à Constituição a fim de estabelecer novo conceito de trânsito em julgado no direito processual penal, que ocorreria a partir do julgamento da segunda instância.

A interpretação de uma norma deve ter o objetivo de buscar o seu verdadeiro significado e essência. Assim, a norma constitucional contida no art. 5º, inciso LVII da Constituição, visa impedir que seja aplicada a qualquer tipo de pena, sem que reste demonstrada de forma cabal a culpabilidade, pressuposto da pena. Interpretação que desvirtua a essência do princípio da não culpabilidade instaura insegurança jurídica em relação à efetividade dos direitos fundamentais conquistados ao longo da história da humanidade.

Para Streck (2016) a aceitação de um acórdão que julga inconstitucional a própria norma constitucional ultrapassa os limites semânticos da Constituição, e como consequência, aniquila direitos e garantias fundamentais, pelo simples fato, de se estar claramente em face de uma decisão ativista; que não obedeceu o próprio princípio invocado na discussão: o da presunção da inocência, que virou presunção da culpabilidade.

Assim, para que a Constituição exerça a sua força normativa, necessário que os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo a interpretem de modo a buscar sua plena eficácia no desempenhar de suas funções. A respeito, vejamos Hesse (1991, p. 22):

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Configura uma ameaça à força normativa da Constituição o episódio protagonizado pelo STF no julgamento do HC 126.292, no qual restou ignorado o sentido da norma constitucional que trata do princípio da inocência. Apesar de tal disposição contar com uma redação clara e sem margens para dúvidas, a Corte máxima distorceu o seu significado e criou obstáculos para a concretização no plano real, sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Argumentos que lastrearam os votos vencedores tais como o abuso de defesa como meio de protrair o início da execução da pena, a sensação de impunidade que a população sente em relação à demora do julgamento dos processos criminais e o descrédito em relação à efetividade da justiça, são argumentos de política e não jurídicos, não se admitindo regressão dos direitos fundamentais como forma de solucionar problemas de ordem política que devem ser discutidos no âmbito da política, sob pena de ser instaurada uma insegurança jurídica sobre as futuras decisões relacionadas à garantia dos direitos fundamentais e uma crescente sensação de descrença em relação à própria força normativa da Constituição.

Considerações finais

O princípio constitucional da presunção da inocência, pressupõe que o *status de inocência* do acusado deve prevalecer até o esgotamento da utilização dos recursos colocados à disposição da defesa, hipótese esta conhecida como trânsito em julgado.

Sendo assim, a pendência de julgamento de recursos extraordinários e especiais configura hipótese impeditiva da execução provisória de sentença, uma vez que ainda subsiste a

possibilidade de mutação do comando judicial condenatório, seja anulando a sentença, acolhendo princípio da insignificância ou diminuindo a pena aplicada. Esta é a síntese do entendimento pacificado do Plenário do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2009, em sede de julgamento do Habeas Corpus 84.078.

Com a alteração de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292, e das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, referendou-se a possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório de Tribunal de segunda instância. Vimos que tal alteração foi impelida por argumentos de política, tais como impedir a interposição de recursos meramente protelatórios e restaurar a sensação de credibilidade da população na efetividade da justiça, consistente em verdadeira inflexão hermenêutica, pois atropelou uma das garantias fundamentais mais importantes da pessoa humana, desconsiderando que a presunção de inocência representa um avanço histórico na proteção do bem jurídico liberdade.

Ao agir assim, o Supremo Tribunal Federal foi de encontro ao claro sentido da norma constitucional garantidora da presunção da inocência, configurando uma contradição em relação à sua função precípua de zelar pela prevalência dos preceitos constitucionais no caso concreto, colocando em xeque a própria força normativa da Constituição, além de provocar um abalo na coerência do sistema jurídico, mormente o Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais e o Código Penal, e um retrocesso no que diz respeito à proteção da liberdade de pessoas que respondem processo penal.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Campus: São Paulo, 2006.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOVERO, Michelangelo (Org.). **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: A evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, vol. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013.

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal: Discussão à luz dos princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Regulamentação Jurídica da Nanotecnologia**. 2016. 417 f. Tese (Doutorado em Biotecnologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no Processo Penal Brasileiro como instrumento de garantia**. Atlas. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOBRINHO, Emílio Gutierrez. Elementos fundamentais do constitucionalismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24816>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luis. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>. Acesso Nov. 2016.

STRECK, Lenio Luis. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Rel. Ministro Marco Aurelio, Pleno, julgado em 05/10/2016, DJE 216 07/10/2016. Disponível em: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>. Acesso Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 44**. Rel. Ministro Marco Aurelio, Pleno, julgado em 05/10/2016, DJE 216 07/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 126.292/SP**. Rel. Ministro Teori Zavascki, Pleno, julgado em 17/02/2016, DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso Nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84.078-7/MG**. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno em 05.02.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso Out 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEGITIMAÇÃO PELA CONSENSUALIZAÇÃO NA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA

Roberta Alessandra Pantoni ¹

1. Apontamentos introdutórios: do ato ao processo administrativo – a mudança de paradigma na Administração Pública

Figura-se consentâneo na doutrina administrativista que as bases da Administração Pública contemporânea começaram a se assentar no contexto do chamado Estado de Direito. Com a transição, todavia, do Estado Liberal para o Estado Social (também denominado de “Estado-Providência”, “Estado Intervencionista”, “Estado de Bem-Estar”), a forma de agir da Administração se modifica, passando ela a se preocupar com novas, e mais democráticas, formas de realização de suas funções e atividades.

A insurgente reivindicação por uma “democracia administrativa” redundou, conseqüentemente, no abandono do paradigma do ato administrativo e unilateral como elemento fundante de toda dogmática jurídico-administrativa. Ao perder protagonismo, o “ato administrativo”² cede espaço ao “procedimento administrativo”, o qual, a partir de então, será visto

¹ Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Possui MBA em Comércio Exterior e Negociações Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

² Ato administrativo seria “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados e a si própria” (MEIRELLES, 2004, p.147)

como caminho necessário a ser percorrido pela Administração na demonstração de sua “vontade administrativa”.

O procedimento administrativo passa, assim, a “ocupar o lugar central da dogmática administrativa, permitindo a compreensão de todos os fenômenos administrativos, quer de tipo tradicional, quer os correspondentes às novas modalidades de atuação administrativa” (SILVA, 1995, p. 121). Principia-se, com isso, sua utilização como forma de elaboração prévia de atos administrativos, numa interação dialética entre interesses públicos e privados contrapostos³. (MEDAUAR, 1993, p. 67).

Esta mudança de eixo, todavia, não implica em considerar o ato administrativo como entidade inexistente ou juridicamente irrelevante, vez que seu conceito perde relevância somente para fins de instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. Esta ressalva é pertinente considerando que os conceitos de atividade e de procedimento são nucleares quanto à produção de atos administrativos, pois é impossível configurar hipóteses em que determinado ato da administração possa vir a ser produzido de modo desvinculado de um procedimento ou fora do desenvolvimento da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 260-263).

Verifica-se que a instituição do procedimento administrativo permite fixar num quadro mais amplo a integralidade da atividade administrativa em suas variadas formas, assim como seu relacionamento com os particulares no decurso do tempo e não apenas no momento final da edição do ato administrativo.

³ “[...] a doutrina administrativa passou a se preocupar com a processualidade, movida certamente por alguns dados nucleares. A progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado na fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária [...]”. (MEDAUAR, 1993, p. 16).

A procedimentalização do agir administrativo pressupõe, portanto, a colocação deste *iter* como um mecanismo dialógico cujo objetivo é o consenso dos cidadãos e uma atividade administrativa mais bem informada. Assim, estabelecem-se, de um lado, controles ‘desde dentro’ na própria intimidade da Administração ao longo da formação de sua vontade, ao invés de relegar-se este controle para um momento posterior, pelo judiciário; e, de outro, resguardam-se os cidadãos, abrindo-se a estes a possibilidade de serem ouvidos antes da decisão que irá afetá-los. (MELLO, 2001, p. 465-466).

Note-se, no entanto, que os termos “processo” e “procedimento administrativo” são muitas vezes utilizados como sinônimos pela doutrina.⁴

Para Diógenes Gasparini (2005, p. 857), processo administrativo seria, em sentido amplo,

o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem, cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e

⁴ Alguns autores defendem ainda o uso do termo “procedimento”, dentre eles estão Carlos Ari Sunfeld, Lúcia Valle Figueiredo e Marçal Justen Filho. A este respeito consultar: MOREIRA, 2010, p. 48-63. “Durante muito tempo o termo “processo” vinha associado à função jurisdicional. Não se cogitava de ‘processo’ no âmbito administrativo, de processo atinente às relações entre Administração e cidadãos (isolados ou como pessoas jurídicas). A partir da década de 50, processualistas e administrativistas foram convergindo para a ideia de processo ligado ao exercício do poder estatal. O processo, nesse entendimento, expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões. Assim, o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva. A processualidade que está presente em vários âmbitos da experiência jurídica apresenta um núcleo de elementos comuns [...]. A partir desse núcleo comum, irradiam-se pontos de diversidade entre os vários tipos de processo, em grande parte decorrentes das características da função a que se liga e do ato final a que tende. Portanto, há peculiaridades no processo administrativo que o distingue do processo jurisdicional e do procedimento legislativo.” (MEDAUAR, 1996, p. 185-187).

privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

De forma análoga, entendem Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari que o processo administrativo seria “uma série de atos lógicos e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração”. (FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 79). Figuraria, então, como uma “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. (MELLO, 2001, p. 432).

Deve-se ter em mente que processo também é procedimento, mas nem toda sucessão de atos para se obter um resultado final configura-se como processualidade. (MOREIRA, p. 2010, p. 43-44).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o “processo existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo”; o procedimento, por sua vez, “é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder”. Assim, o “procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”. (DI PIETRO, 2010, p.623).

O procedimento administrativo nada mais é do que a vestimenta do processo, a forma pela qual ele é exteriorizado, modo de realização do processo, caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades sequenciais para se chegar ao ato final (FIGUEIREDO, 2008, p. 436); ao passo que o processo administrativo, se traduz numa relação jurídica dialógica entre as partes que participam do rito procedimental de formação da decisão final (ato administrativo conclusivo) sob a observância do princípio do contraditório.

Dito de outra forma, o processo administrativo seria a

forma de exteriorização da função administrativa qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a

algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), capaz de interferir na esfera jurídica das pessoas. (BACELLAR FILHO, 2003, p. 45-46).

A Constituição Federal trouxe a expressão processo administrativo em vários de seus dispositivos (art. 5º, inc. LV e LXXII, art. 37, inc. XXI e art. 41, § 1º, inc. II), consagrando, assim, a processualidade no direito administrativo.

Pretende-se desenvolver neste trabalho, no entanto, a ideia de que ela não apenas consagrou a existência do processo administrativo, mas abriu caminhos para que possa este ser um meio institucionalizado de “legitimação” do agir administrativo, e consequentemente, do próprio poder estatal.

2. Teorizações sobre a questão da legitimação e a legitimidade: o consenso no procedimento

Legitimação é ação que visa conferir legitimidade a um ato, processo ou ideologia, de modo a tornar(em)-se “aceitáveis” para uma comunidade. A questão da legitimidade, por estar intimamente ligada à justificação do “poder”, localiza-se na intersecção entre o campo da política e do direito. Por esta razão, tem sido objeto de discussão em várias áreas⁵, afins, do conhecimento, tais como a Ciência Política, Filosofia Política, Sociologia e Teoria Geral do Direito.

O conceito de legitimidade sofreu variações no tempo e espaço, tendo ganhado impulso a partir das contribuições de Max Weber

⁵ Sobre discussões teóricas quanto à questão do “poder”, vale a pena consultar, dentre outros: WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. (Coleção Pensamento Político); ARENDT, Hannah. **Da violência**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político). FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

(1991), cuja sistematização conceitual de legitimidade diz respeito tanto às convenções sociais, quanto ao sistema jurídico, em razão de sua coerção. Para ele, legitimidade seria a “probabilidade de os atores sociais se orientarem positivamente ou se conformarem, pela predisposição, crença ou representação, com uma dada ordem social, que consideram válida, mesmo quando o seu comportamento concreto se desvie das prescrições dessa ordem” (WEBER, 1991, p. 170).

Max Weber (1991) utiliza o conceito de legitimidade com o objetivo de diferenciar os tipos puros de dominação, ou seja, a probabilidade de obediência a um determinado mandato. Para ele, o que mantém um processo de dominação é a crença na sua legitimidade, o que proporciona, por sua vez, certa estabilidade, seja ela jurídica, política ou mesmo econômica. No desenvolvimento dos tipos de dominação Max Weber (1991) identifica três possíveis fundamentos para a legitimação política, são eles: a) o “fundamento tradicional”, que se desdobra em três características fundamentais: o caráter extrínseco configurado sob os mandamentos divinos ou ditames da razão prática; na forma de um conteúdo ético fundado, por sua vez, em ideais tais como: justiça, amor, verdade, revelação, etc. e; a noção de legitimidade utilizada para limitar o exercício do poder de fato e evitar tendências de auto-perpetuação; b) o “fundamento carismático”, que se funda, por sua vez, nas qualidades especiais de uma pessoa e; c) o “fundamento racional” que se ancora na crença da legalidade.

Max Weber, ao fundar a legitimidade da dominação legal na crença na legalidade, desloca a discussão para outro nível do processo de compreensão da legitimidade, o do procedimento, ou seja, o procedimento formal pelo qual as normas legais são produzidas. Em Weber, portanto, é o procedimento formal concreto que vai permitir uma identificação do que é ou não legal, sendo, por conseguinte, na crença do identificado como legal que residirá a legitimidade desse tipo de dominação. Portanto, em última análise, a pedra fundamental da legitimidade do edifício jurídico moderno,

no pensamento Weberiano, será a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do direito.

Justamente essa transformação do problema da legitimidade em um problema de procedimento, e a conseqüente absorção da legitimidade pela legalidade⁶, é que vão permear toda a construção teórica de Hans Kelsen em sua "Teoria Pura do Direito" (2000).

Hans Kelsen (2000, p. 233) define o "princípio da legitimidade" como aquele segundo o qual "uma ordem jurídica é validada até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída por uma outra norma desta ordem jurídica".

Nota-se novamente que o problema da legitimidade de um ordenamento jurídico se coloca na questão do procedimento. Mais ainda, na definição de Hans Kelsen, o procedimento se encontra claramente no interior da ordem jurídica, pois ele deve necessariamente ser determinado por ela própria. Observa-se que a legitimidade fica equiparada à legalidade: tudo que é legal, isto é, que cumpre o procedimento determinado pela ordem jurídica, é também legítimo.

Tem-se, todavia, que "o princípio da legitimidade" será limitado pelo princípio da efetividade" do governo, que "com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes" (KELSEN, 2000, p. 234). Logo, a dominação legítima, nessa concepção, passa então a ser aquela efetiva e, conseqüentemente, o procedimento só vai exercer o seu papel legitimador da ordem

⁶ "Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário". (BOBBIO, 1995, p. 674).

jurídica a partir do momento em que estiver fundado em um poder efetivo (legítimo e eficaz).

O que se pode constatar da construção Kelseniana do conceito de legitimidade é uma inversão do problema proposto por Max Weber. Este propunha uma tipologia da dominação que utilizava como critério básico as diferentes classes de legitimidade, sendo essa a probabilidade de manutenção de um determinado tipo de dominação. No caso da dominação legal, o fundamento da legitimidade é apontado como sendo de ordem racional e identificado como a crença na legalidade. Para que exista essa crença é necessário, por sua vez, um procedimento que identifique o que é e o que não é legal. A partir de então, o problema do que é legítimo é deslocado para a questão do procedimento que permite fazer essa identificação. Hans Kelsen parte dessa noção para poder afirmar a legitimidade de um sistema jurídico autônomo. Contudo, quando leva esse raciocínio a uma situação limite, o procedimento não serve mais como fator de legitimação. Nesta ocasião, o fator de legitimação passa a ser a efetividade do poder instituidor e é dessa efetividade que decorre a legitimidade do novo poder e a posterior restauração da legalidade.

Das concepções, portanto, de Max Weber e Hans Kelsen, decorre, ante à escorreita observância do procedimento, que tudo que é legal é necessariamente legítimo. Ao apontar as contradições havidas na concepção de Max Weber, Jürgen Habermas (1997, 2002, 2003) questiona a legitimidade do próprio procedimento.

Assentar a legitimidade do direito no procedimento não resolve o problema, apenas o desloca para o próprio procedimento. Jürgen Habermas passa então, a questionar de onde emana a legitimidade conferida ao “procedimento legitimador”. Desenvolve, assim, seu conceito de legitimidade, que permeará suas seguintes obras: “A crise de legitimação do capitalismo tardio” (1999) e “Democracia e Direito: entre a facticidade e validade” – v. 1 e v. 2 (2003 e 1997).

Para Jürgen Habermas a legitimidade do direito só pode ser obtida por meio de procedimentos que assegurem a imparcialidade dos juízos (no caso da aplicação das normas) e da vontade (no caso

da sua produção) por via de uma argumentação que justifique e fundamente as normas.

O Estado tem centralidade na argumentação Habermasiana sobre o direito, principalmente porque o autor visa fundar as premissas da democracia primariamente nos próprios princípios do sistema constitucional. O argumento é explícito no sentido de enfatizar que há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito.

O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção, de modo que: a) toda produção de direito englobe, implicitamente, a presença de um Estado; b) e que toda atuação do Estado esteja respaldada por um ordenamento jurídico legítimo. Assim, não é a forma legal como tal que legitima o exercício do poder estatal, mas somente a ligação com o direito legitimamente constituído, que é racionalmente aceito por todos os cidadãos num processo discursivo de formação de opinião e vontade.

Mas como mais precisamente, seria possível caracterizar um direito legítimo nos termos Habermasianos?

Na visão de Jürgen Habermas (1997, 2003), o direito legítimo será tanto o resultado da produção democrática das normas quanto o mecanismo que define o poder administrativo. Assim, o direito seria o mecanismo de efetivação e regulação daquilo que Jürgen Habermas denomina de conversão do poder comunicativo em poder administrativo, ou seja, entre o poder que emerge das dinâmicas societárias e o poder estatal. A discussão, então, é direcionada agora para a reflexão sobre o percurso da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, e o meio através do qual ocorre esta conversão, ou seja, o procedimento. Jürgen Habermas sustenta que o direito é legítimo somente se cidadãos engajados saírem do papel de sujeitos jurídicos privados e tomarem a perspectiva de participantes que estão engajados no processo de

alcance de entendimento sobre as regras de sua vida em comum. O esforço normativo da teoria Habermasiana consiste justamente em aproximar ao máximo ambos os espaços público e privado.

No entanto, diante do hiato na participação e deliberação, Jürgen Habermas foi criticado por Niklas Luhmann⁷. Para Niklas Luhmann (1980, p. 30)⁸, a legitimidade traduz-se em uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”. Conforme o autor, deve-se fazer a distinção no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão. É necessário que o indivíduo aceite as decisões enquanto premissas do seu próprio comportamento e que estruture as suas expectativas nesse sentido.

A legitimidade é para Niklas Luhmann (1980), pois, a chave deste problema relativo à aceitação de decisões. Para ele, a legitimidade como função sistêmica não está associada a necessidade de justificação normativa, nem depende das motivações individuais, reporta antes, primordialmente, ao processo decisório, em especial a necessidade de regularidade deste mesmo processo (tomada de decisões e aceitação das mesmas).

A garantia que a legitimidade oferece à decisão inscreve-se na lógica de funcionamento dos sistemas. Neste sentido, quando se refere à importância para os processos de decisão de normas que apresentem um caráter flutuante e ajustável, definidas em termos negociais e de cooperação, de acordo com os interesses dos próprios participantes na interação, Niklas Luhmann apenas aparentemente parece querer abrir à legitimação pelo procedimento a uma maior

⁷ Ainda que se aproximem acerca do entendimento de que a “coerção” não serve para legitimar o poder estatal, afastam-se na medida em que, ao contrário de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas acredita que é no consenso que reside toda a fonte de legitimidade do poder estatal.

⁸ Não é raro, no entanto, encontrar na doutrina autores que fazem menção ao pensamento de Niklas Luhmann quando da discussão acerca do processo como instrumento de legitimação do poder. Odete Medauar faz menção a Niklas Luhmann ao discorrer sobre a função de garantia do processo administrativo. (MEDAUAR, 1993, p. 63).

liberdade dos indivíduos. Isto porque a democracia dos processos serve à mobilização “cooperante” dos participantes – enquanto estímulo à sua própria participação e a aceitação das decisões – mas mantem-se à margem do conteúdo propriamente dito das decisões que virão a ser tomadas.

Daí Niklas Luhmann não conceder ao consenso sequer o estatuto de princípio formal do procedimento. Consoante, o que define propriamente a legitimação pelo procedimento não é um princípio democrático primacial, nem qualquer tipo de valor substancial – liberdade, igualdade, consenso ou cooperação. E sim a estrita performatividade da decisão, perante a qual todos os valores e princípios tomam um caráter meramente instrumental – para o fim, a certeza da decisão (independente do conteúdo) e rapidez da sua execução.

Em Niklas Luhmann, a legitimação pelo procedimento não se destina a servir a democracia nem se serve – obrigatoriamente – da democracia; pode quando muito recorrer a ela circunstancialmente, mas só na medida em que esta lhe seja útil como garantia da certeza da decisão, isto é, quando os seus princípios puderem ser incorporados pelo sistema como informação. Principalmente quando se refere aos atos decisórios da Administração, vez que, na visão de Niklas Luhmann (1980, p. 170), não cabe a esta a reponsabilidade de atingir fins determinados, podendo ela manter-se objetiva e neutra.

Ante às análises feitas, nota-se, portanto, que as noções de legitimidade propostas por Max Weber e Hans Kelsen não mais prosperam na atualidade. Não obstante o brilhantismo com que tais autores desenvolvem suas teorias, é de se dizer que não é mais possível, num Estado “Democrático” de Direito, atrelar-se legitimidade a uma noção de dominação legal pela via procedimental, como proposto por Max Weber, nem tampouco pela regularidade do procedimento (formal) com que as normas são produzidas, como suscita Hans Kelsen, mesmo sendo tais normas determinadas por uma norma superior que figure no topo da pirâmide normativa.

Todavia, ainda que se admitisse a legitimidade pela via do procedimento, de modo a equiparar legitimidade à legalidade, noção necessariamente resultante das concepções de tais autores, ela não se coadunaria com um sistema aberto, tendente ao acompanhamento das transformações sociais; um sistema normativamente fechado, mas, cognitivamente aberto, e por isto apto a receber os conceitos provenientes de outros ramos do saber e assim, renovar-se permanentemente.

Não se pode, outrossim, aceitar a concepção de Niklas Luhmann, vez que relaciona legitimidade a uma função meramente sistêmica⁹, deixando de situá-la no contexto da justificação normativa. Para ele, como em todos os sistemas sociais, a legitimação da atuação do sistema jurídico é dada pelo próprio sistema (toda legitimação é auto-legitimação); em outras palavras: a legalidade é a única legitimidade.

A auto-legitimação do sistema jurídico não é informada pela existência de valores a respeito do convencimento da vigência das normas, nem pela verdade ou justiça, nem pela existência de um consenso efetivo; o que legitima o direito é a necessidade de decisão capaz de reestruturar as expectativas de comportamento. Isso faz com que a legitimação seja alcançada através da observância das regras estatuídas para operação funcional do próprio sistema (a verdade não é o fim, mas pode ser um meio de legitimação).

Trata-se, assim, de uma legitimação pelo procedimento, ou seja, de uma legitimação através de processos decisórios jurídicos (procedimentos juridicamente organizados). Retoma, portanto, a correlação entre legitimação e procedimento, dissociando, com isso, legitimidade da noção de democracia.

Diante disto, a concepção de legitimidade de Jürgen Habermas mostra-se, indubitavelmente a mais adequada, ao menos ao

⁹ Niklas Luhmann formulou uma “Teoria dos Sistemas” voltada às Ciências Sociais situando o direito como um subsistema estruturalmente fechado, autopoietico – que se auto-produz e é, do ponto de vista normativo, suficiente em si - do sistema social. Ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

propósito do presente trabalho, vez que, ainda que a “legitimidade” tenha um conteúdo de aquiescência, esta deverá, necessariamente, provir de um “sentimento” de participação por parte dos envolvidos. É por esta razão que Jürgen Habermas questiona a legitimidade do próprio procedimento, pois entende que este também deverá estar imbuído de um elemento participativo.

No entanto, a fim de se atribuir concretude à concepção de Jürgen Habermas, alguns questionamentos devem ser respondidos, a saber: como englobar todos os envolvidos pela via da participação? Caso os cidadãos decidam abster-se de participar e, por isso, de construir conjuntamente o direito, como é possível a constituição de uma legitimidade a partir de uma esfera pública que não comporta todos os públicos? Sob esse enfoque cabe então a seguinte questão: até que ponto o procedimento democrático moderno, fundado em pilares como a regra da maioria e a representação política, consegue cumprir o pressuposto de legitimidade apresentado por Jürgen Habermas?

Em que pese tais questionamentos, que incorporam, por sua vez, a crítica de Niklas Luhmann à teoria Habermasiana sobre a legitimidade do direito, a concepção de Jürgen Habermas ainda se apresenta a mais viável dentre todas aqui analisadas. Todavia, sua concretização perpassará necessariamente um processo de resignificação do próprio princípio democrático, para que enfim possam-se pensar formas de participação (direta) em todas as funções atuadas pelo Poder Estatal. Participação esta que venha garantir a formação discursiva da vontade coletiva a fim de se efetivamente atingir o consenso nos quadros do atual Estado Democrático de Direito.

3. Administração Pública Democrática: a participação direta dos administrados no processo de tomada de decisões.

Num Estado Democrático de Direito, o princípio democrático vem atrelado à noção de que do povo emana todo poder, preceito

enunciado pelo texto constitucional de quase todas as constituições modernas.

Friedrich Müller quando escreve a obra “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia” (2003) aborda a questão da legitimidade do sistema democrático, por meio da investigação dos modos de utilização da palavra “povo” nos textos normativos constitucionais.

Para o autor, o emprego da expressão “povo” nas Constituições modernas possui a função de legitimar o sistema político-jurídico de um Estado. Nota que o termo é marcado por uma forte ambiguidade, pois representa por um lado, a superação de um modelo de Estado no qual o exercício do poder se legitimava por razões teológicas (Estado Absolutista) e, por outro, persiste em ser forma de legitimar grupos determinados no poder.

Desta feita, propõe que a legitimação do Estado Democrático se dê a partir de etapas que iniciam pela inclusão de tal pretensão no texto normativo e culmine com a efetiva investidura do povo em seus direitos.

A legitimação do Estado Democrático deveria tanto oferecer alternativas distinguíveis como também exibir gradações manuseáveis. Assim, a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em gradações: a incorporação desta pretensão ao texto [Vertextung] da constituição tem por interlocutor [Gegenüber] o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne constitucional (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário em seus direitos. Lá, onde esses aspectos da pretensão de legitimação permanecem apenas fictícios, o discurso se torna icônico [...]”. (MÜLLER, 2003, p. 107-108, grifo do autor).

Para o autor, uma democracia somente se legitima quando os cidadãos ativos passam a ser dotados de competências de decisão e, conseqüentemente, pelo modo mediante o qual o “povo destinatário de prestações civilizatórias do Estado” (MÜLLER, 2003, p. 75), a população, são tratados por tais decisões e seu modo de implementação. Com isso, pondera pela necessidade de deixar de se

tratar da democracia meramente em termos de técnica de representação, o que implicaria na redefinição e reavaliação do ser sujeito do poder decisório e do exercício deste poder (“*kratein*”). (MÜLLER, 2003, p.107-115)

Assim, ante à existência de um “déficit democrático” ou de uma “perda de vitalidade” da democracia (COELHO e NOBRE, 2004, p.7) no mundo contemporâneo, fervoroso é o debate na atualidade acerca da busca por métodos de superação da chamada “crise da democracia representativa”; métodos estes que perpassam necessariamente pela participação ativa e direta dos administrados nas decisões estatais¹⁰.

Como aduz Paulo Bonavides (2004, p. 571), a insuficiência da democracia representativa conduz à ideia de que a democracia como direito fundamental¹¹ deve ser, necessariamente, uma democracia participativa. Segundo o autor, a democracia participativa transladaria um centro de gravidade do regime, que repousaria sobre as formas representativas oligarquizadas, desagregadas, corrompidas e degradadas, para as formas políticas de maior intervenção, presença e participação direta do elemento popular, o

¹⁰ “A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta ou indiretamente, no território estatal”. (CLÈVE, 1993, p. 16-17).

¹¹ Para Paulo Bonavides (2004, p. 571), a democracia é um direito de quarta dimensão, juntamente com o direito à informação e direito ao pluralismo, dos quais dependem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade.

qual imprime, assim, um grau superior de legitimidade às decisões fundamentais de governo. (BONAVIDES, 2003, p. 2).

O acolhimento do princípio democrático pela Constituição Federal de 1988 deu-se de forme híbrida, conjugando-se elementos de democracia representativa com elementos da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único). Assim, estando a democracia participativa prevista pela própria Constituição, deve ela necessariamente servir de norte à legislação infraconstitucional na elaboração de novos mecanismos de participação, além dos já tradicionalmente conhecidos (plebiscito, *referendum* e iniciativa popular) e daqueles previstos no §3º. do art. 37 da Constituição Federal.

Uma Administração Pública democrática assenta-se na garantia de acesso a qualquer indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos de exercer, em todos os graus, a sua liberdade de participar das discussões e resoluções dos problemas atinentes à sociedade em que está inserido. Com efeito, a democracia participativa demanda para a sua efetiva concretude, a ação de soberania popular pelo instrumento dialógico. Sendo assim, o Estado Democrático de Direito autoriza a participação da sociedade na tomada de decisões do Estado, uma vez que não há outra razão de ser do próprio Estado se não a consecução do interesse público.

4. Rumo às considerações finais: a essencialidade da consensualização na processualidade administrativa para a legitimação do agir administrativo

É de se dizer que a consensualização¹², não propiciada pelos modelos políticos antigos, vez que fundados na concepção da

¹² A literatura administrativista, muito frequentemente, faz confusão entre os termos consensualização, consensualidade e consenso. Consensualização é movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos; consenso significa consentimento recíproco e a consensualidade indica o grau, maior ou menor, de consenso na construção ou execução das políticas públicas. (MARRARA, 2014).

necessária existência de um pólo de poder único dotado de suficiente autoridade para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção (MOREIRA NETO, 2003, p. 132-133), veio tornar-se possível apenas no contexto do atual Estado Democrático de Direito, a partir da recuperação dos valores humanísticos e democráticos no segundo Pós-Guerra.

Com as novas democracias que se formam a partir de então, se consolidam os chamados direitos fundamentais, fatores determinantes na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado, com a conseqüente redistribuição dos papéis dos indivíduos, dos grupos sociais secundários e das instituições políticas. Ocorre, assim uma reorganização não apenas das relações entre sociedade e Estado, mas também de “todas as relações internas entre entidades e órgãos que dele se vão desdobrando em um processo contínuo de desmonopolização do poder” (MOREIRA NETO 2003, p. 135).

Com isso, a dogmática jurídico-administrativa, transformada, para fins de adequação às novas relações travadas entre administrado e Administração, consentâneas ao Estado democrático de Direito, viu-se obrigada à criação de espaços não só de participação do administrado, mas também de efetiva “negociação sob a ótica da reciprocidade de concessões”, de forma a favorecer a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.

No Brasil, a evolução recente do processo administrativo, provocada pelo tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 e alavancada pela edição da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, transformou-o em uma efetiva forma de relacionamento entre administrado e Administração Pública, garantindo a participação daquele no processo de tomada da decisão a ser proferida.

Com isso, o processo administrativo passou a ser concebido como espaço privilegiado para o desenrolar das relações jurídicas administrativas e legitimação da decisão, uma vez que os dados que emergem no curso do procedimento (e a própria participação das

partes) permitem saber se a decisão é correta e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades apontadas na lei. Assim, do debate dialético havido no processo emerge uma nova imperatividade, aquela que se apresenta como o resultado do confronto de diversos interesses, direitos e deveres, em clara superação à ideia pura e simples de imperatividade unilateral.

A processualidade passa, então, a figurar como “instrumento inafastável da participação”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 144), e o processo administrativo, além de instrumento de participação, será também instrumento de proteção e garantia dos direitos individuais dos cidadãos. (MOREIRA, 2010, p. 70; MELLO, 2001, p. 430).

Logo, somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático no âmbito da Administração Pública quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva.” (FERRAZ e DALLARI, 2007, p. 21-22). Sendo assim, tem-se que a atividade processual, aqui, especificamente a administrativa, é a maneira mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo, vez que ao administrado não será apenas dado o dever de se submeter aos atos estatais, ao contrário, poderá contribuir com a formação da “vontade” estatal. Será a participação do administrado no curso dos atos que ensejará a legitimidade da decisão final.

Conforme preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 9-10),

na organização administrativa democrática o processo surge como forma de superação da atuação estatal autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder desempenhado por meio da atividade administrativa ganha densidade e foros de eficiência social e política. Mas ainda, é por meio do processo administrativo – em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativas.

Consoante Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 144), é pelo “rigor no atendimento da processualidade que se ergue a

“arquitetura juspolítica” na nova Administração Pública, viabilizando-se uma nova forma de gestão pública, em que o processo de determinação do “interesse público”, se desenvolve sob uma perspectiva consensual”¹³.

Odete Medauar (1992, p. 214-221) destaca a importância da consensualização no âmbito da administração contemporânea dizendo que a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenuando-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões.

A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 156) que pela consensualização, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de “soluções privadas de interesse público”, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento. A promoção do “consenso” dos “administrados” significa desenvolvimento da sua ativa e consciente “participação”, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo.

¹³ Para Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2003, p.133) o consenso é princípio em construção e pode ser sumariamente definido como “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e o Estado”.

Assim,

é inegável que o *consenso* como forma alternativa de ação estatal representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2003, p. 145; Idem, 2007, p. 58, grifo do autor).

Resta claro, portanto, que o processo administrativo representa a efetivação do próprio princípio democrático consagrado e tornado fundamento do Estado de Direito nas democracias modernas (art. 1º. da C. F.), vez que figura como uma “ponte” entre autoridades públicas e sujeitos particulares, a fim de permitir a estes, participarem diretamente das decisões administrativas, concedendo-lhes, assim, legitimidade.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **Da violência**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político).
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- _____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BINNENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Teoria da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo** São Paulo: Editora 34, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V.1. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político).

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. (Coleção temas de direito administrativo).

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 77, 01 jun. 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em: 06 jan 2018.

MARRARA, Thiago (org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 01 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 128-156, jan/mar 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumman. Rev. Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PERES, Marcos Augusto. **Administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 17, p. 5-33, jan/març. 1997.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses públicos'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 217-246.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pereira da. **Em busca del Acto Administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1995.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul/set 1997.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. (Coleção Pensamento Político).

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PROCESSO DO TRABALHO – DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DA HERMENÊUTICA DAS NORMAS PROCESSUAIS – SUA COMPATIBILIDADE E LIMITAÇÃO AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS *JUSLABORAL*

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém¹

Tales Mendes Alves²

Introdução

O negócio jurídico processual prescrito no art. 190, parágrafo único, é um dos temas mais intrigantes do CPC/2015. Trata-se da cláusula geral de negociação processual atípica que confere as partes litigantes o direito de adequar o procedimento do processo, com a finalidade precípua de ajustar a especificidade da demanda ao caso in concreto e o de convencionar sobre o processo.

O ensaio visa desmistificar a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST que, em seu art. 2º, II, veda a aplicação do negócio jurídico processual ao processo do trabalho, ante a ausência de omissão celetista e da suposta incompatibilidade com o processo *juslaboral*.

Para alcançar o fim pretendido, é preciso compreender a constitucionalização do processo e extrair de lá o arquétipo

¹ Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal. Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: glacialamblem@hotmail.com.

² Especialista *Latu Sensu* em Direito Material e Processual do Trabalho pela EMATRA - Escola da Magistratura da 24ª REGIÃO. Professor Universitário Contratado da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Mestrando UNIVEM e Advogado. E-mail: tales@ferrazemendes.com.br

constitucional do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes que está intrinsecamente ligado ao direito fundamental à liberdade e aos princípios constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal e da tempestividade da tutela jurisdicional.

Após, é indispensável harmonizar o prescrito no art. 769, *caput*, da CLT, que trata da regra fundamental de aplicabilidade subsidiária do processo comum ao processo do trabalho, com o art. 15, *caput*, do CPC/2015, que autoriza, na ausência de normas que regulem os processos especiais, dentre eles o processo trabalhista, a utilizar-se dos seus preceitos de maneira subsidiária e supletiva.

Por fim, será analisado o negócio jurídico processual, bem como procurar-se-á demonstrar que, no tocante aos dissídios individuais, tem compatibilidade com o processo do trabalho, desde que a negociação seja realizada por escrita e perante o reitor dos autos, além da devida representação pela parte vulnerável, sob pena de não produzir efeitos.

O ensaio visa instigar o construtor do direito a compreender os preceitos do CPC/2015 e a sua aplicabilidade ao processo do trabalho, e assimilar essa nova era processual, como forma de complementar a precariedade do processo trabalhista, na busca pela celeridade e efetividade à prestação jurisdicional *juslaboral* que tem por objeto, na maioria das vezes, verbas de natureza alimentar.

1. Da constitucionalização do processo - do autorregramento da vontade das partes - uma feição do direito fundamental a liberdade e dos princípios constitucionais que norteiam o processo – autorização para amoldar o procedimento ao caso *in concreto* e convencionar sobre o processo

Para atingir o fim pretendido com o presente ensaio, é indispensável compreender o arquétipo constitucional do princípio ao respeito do autorregramento da vontade das partes, que ganhou força no plano infraconstitucional, com o advento do CPC/2015, na busca por subsídios jurídicos para dar início a construção de um

cenário processual capaz de demonstrar a compatibilidade da negociação processual com o processo *juslaboral*.

Pois bem. Com o advento da Constituição de 1988 emerge simultaneamente o Estado Democrático Social de Direito e, com ele, a constitucionalização do processo. Diante disso, o instrumento utilizado para a pacificação das controvérsias sociais passa, portanto, a ser compreendido pelos princípios esculpidos no Texto Constitucional.

É sabido que os princípios dentro de um sistema, no caso o jurídico, são considerados como sustentáculos indispensáveis para a construção de um cenário normativo sólido, coerente e célere, capaz de atender de maneira satisfatória os anseios sociais. Por este motivo, os “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema”, segundo os ensinamentos de Luís Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 612).

Nesse sentido, é com suporte nos princípios que o construtor do Direito inicia os primeiros traços na escalada jurídica, por se tratarem do verdadeiro mandamento nuclear de um sistema, conforme se infere da proficiente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 102), que conceitua princípio como sendo um:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. [...]

Outrossim, os princípios contribuem sobremaneira para extrair o melhor significado das regras jurídicas, por se tratarem de um componente indispensável e integrante de toda a estrutura normativa. Logo, é com arrimo nos princípios extraídos da Norma Fundamental que o processo deve ser analisado e compreendido.

Hodiernamente o processo deve ser considerado um palco democrático onde impera a dialeticidade jurídica dos litigantes, onde as partes possam, dentro do prescrito normativo, exercer o direito fundamental à liberdade. No caso, a liberdade de negociar

processualmente, na busca pela construção de uma sociedade justa e solidária, através de um amplo acesso à justiça, que atente e respeite o devido processo legal, para alcançar um provimento jurisdicional em tempo razoável.

O legislador do CPC/2015, guiado pelos princípios constitucionais que norteiam o processo, conforme consta do art. 1º, *caput*, conferiu uma densa carga democrática ao processo, já que buscou aproximar as partes litigantes, que são as mais interessadas no deslinde do feito, para celebrarem negócio jurídico de objeto processual, com a finalidade de adequar o procedimento ao caso concreto, isso é, criar o seu próprio procedimento e convencionar sobre o processo, respeitados determinados limites legais.

A autonomia privada, conferida aos demandantes, guarda relação direta e intrínseca com o direito à liberdade, um dos principais e mais antigos direitos fundamentais, prescrito no art. 5º, *caput*, da CF/88.

A liberdade tem um caráter multifacetário, tendo em vista que pode ser compreendida pela liberdade de expressão, liberdade religiosa, dentre outras facetas. Pelo viés aqui delimitado, no caso o processual, referido direito fundamental outorga as partes à liberdade de negociar, de adequar o procedimento ao caso concreto.

O CPC/2015 inovou sobremaneira ao conferir autonomia aos litigantes para amoldar o procedimento do feito, ao caso posto a apreciação do Judiciário, dando origem no plano infraconstitucional ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, fazendo com que o processo torne um espaço propício ao exercício da liberdade, conforme se infere dos ensinamentos de Fredie Didier Jr. (2017, pp. 21 e 34):

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil. [...]

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental

de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustiçadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

Ocorre que, apenas o exercício do direito fundamental à liberdade de autorregular o procedimento e de convencionar sobre o processo, por si só, não se obtém o fim almejado. Este arremate só será alcançado através da análise conjunta e indissociável dos princípios constitucionais processuais do acesso à justiça (art. 5º XXXV da CF/88), do devido processo legal (art. 5º LIV da CF/88) e da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º LXXVIII da CF/88).

Tornar-se-ia obsoleta à liberdade de negociar num mundo jurídico processual em que o acesso ao Judiciário fosse tormentoso e os atos processuais praticados não respeitassem a marcha regular do processo, o que ocasionaria um colapso na prestação jurisdicional. O Estado Democrático tem o dever institucional de assegurar ao indivíduo o amplo acesso à justiça, e através do processo, buscar construir uma sociedade justa e solidária, em tempo razoável.

Compreender o alcance do significado do acesso à justiça é uma tarefa árdua para o construtor do Direito, ante a sua difícil definição, como já alertava o Mauro Cappelletti (1988, p. 08):

[...] reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.

O acesso à justiça não resume, portanto, simplesmente à possibilidade de ingressar, apenas e tão somente, ao Judiciário. Este princípio autoriza os indivíduos a utilizarem de todos os mecanismos processuais válidos, lícitos e vigentes na busca por resultados satisfatórios, individuais e justos, ou seja, acessar o Judiciário e obter uma pretensão jurisdicional socialmente justa.

Ao ingressar o Judiciário, é imperioso que o indivíduo tenha assegurado o devido processo legal que é a base constitucional sobre

a qual todos os demais princípios se sustentam, conforme extrai-se das lições de Nelson Nery Junior (2009, p. 77), no sentido de que “o princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*.”

Este supraprincípio garante que o processo tenha todas as etapas procedimentais devidamente asseguradas, sob pena de nulidade. Devendo, portanto, ser garantido, dentre outras concretizações que compõem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a paridade no tratamento das partes, a fundamentação das decisões e uma duração razoável na tramitação processual.

É justamente o que previa o legislador com a EC nº 45/2004, denominada de Reforma do Judiciário, ao prescrever no art. 5º. LXII, da CF/88 que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A tutela jurisdicional será considerada eficiente, quando prestada de maneira tempestiva e não tardia. Para tanto os protagonistas do processual deverão ter um comportamento leal e correto, segundo os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 82-83):

A fiel aplicação da garantia constitucional em apreço exige das partes um comportamento leal e correto, e, do juiz, uma diligência atenta aos desígnios da ordem institucional, para não se perder em questões formais secundárias e, sobretudo, para impedir e reprimir, prontamente, toda tentativa de conduta temerárias dos litigantes.

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, portanto, decorre do direito fundamental à liberdade de também poder negociar processualmente, que só será atingido com um amplo acesso à justiça, através de um devido processo legal, para que se possa obter a prestação jurisdicional em tempo célere, com a duração razoável do processo.

2. Da harmonização entre o vetusto art. 769, *caput*, da CLT e o contemporâneo art. 15, *caput*, do CPC – complementação do processo trabalhista com as normas do processual civil na busca pela efetivação da tutela jurisdicional trabalhista

Identificado o arquétipo constitucional do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, torna-se imprescindível harmonizar os preceitos do art. 769, *caput*, da CLT, com o prescrito no art. 15, *caput*, do novo CPC, como forma de demonstrar que as normas do processo do trabalho e do processo comum, não se conflitam, bem como não se divergem. Muito pelo contrário, se complementam, conferindo com isso uma maior efetividade ao processo *juslaboral*.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu Título X, Capítulo I, trata das disposições preliminares do processo da justiça do trabalho. Dentre tais delimitações está a hipótese e o limite que o legislador autoriza à aplicabilidade dos preceitos do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, na fase de cognição.

Segundo se infere da prescrição normativa do art. 769, *caput*, da CLT, “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. O dispositivo trata da regra fundamental, isso é, do vetor principal que possibilita a aplicabilidade subsidiária das regras do processo comum, entenda-se, processo civil, ao processo do trabalho.

De acordo com a norma celetista, a aplicabilidade das regras do processo comum, dar-se-ia, portanto, apenas e tão somente, quando a matéria não for regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, na hipótese de lacuna do processo trabalhista e que a norma do processo civil a ser aplicada não contrarie os preceitos do processo *juslaboral*.

Nesse sentido, de uma maneira analítica, a aplicação subsidiária do processo civil ao processo trabalhista, encontra guarida na análise concomitante do binômio processual omissão mais compatibilidade, conforme se infere da proficiente lição de Salvador

Franco de Lima Laurino (2016, p. 11), ao tecer suas considerações sobre o tema, no seguinte sentido:

De maneira analítica, a aplicação subsidiária do processo civil justifica-se pelo binômio "compatibilidade + omissão": i) *omissão* do regime do processo do trabalho ("Nos casos omissos [...]") e ii) compatibilidade com a lógica formal de seus procedimentos o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Portanto, não seria a simples lacuna da legislação processual trabalhista que, por si só, autorizaria a aplicação subsidiária das regras do processo. Exige-se, também, que a regra do Código de Processo Civil que se pretende utilizar seja compatível com a principiologia e a singularidade do processo trabalhista, sob pena de não ser aplicada.

As regras do direito processual comum, portanto, tornam-se fonte subsidiária do direito substancial do trabalho, nos casos de omissão celetista e desde que os preceitos do processo civil sejam compatíveis com os do processo trabalhista. Este dogma perpetuou-se de maneira remansosa por décadas, fazendo com que o processo *juslaboral* ficasse estagnado nos ideais Getulistas de 1943, enquanto que os anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional célere e efetiva propagava de maneira galopante.

Este entendimento legal ecoou pelos quatro cantos de maneira uníssona, até o ano de 2015. Isto porque, de maneira diversa ao *codex* revogado de 1973, que se calava a esse respeito, o CPC/2015 tratou de maneira expressa acerca da aplicabilidade das suas regras, de caráter *supletiva* e *subsidiária*, ao processo do trabalho.

Segundo se infere do art. 15, *caput*, do CPC, "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Ante esse novo horizonte trazido pelo Código de Processo Civil, vários questionamentos vieram à tona, colocando em xeque o prescrito no art. 769 da CLT.

O âmago da questão gira em torno do caráter supletivo do processo civil, isso é, se seria sinônimo de subsidiário. Uma leitura desapercibida do dispositivo legal pelo interlocutor, poderia levar a essa conclusão. De maneira diversa destaca Alexandre Freitas Câmara (2017, pp. 38-39), que a feição supletiva do processo civil seria a de *interação* entre a lei específica e a lei geral, nos seguintes termos:

Já quando se fala em aplicação supletiva, o que se tem é uma *interação* entre a lei específica e a lei geral (que, no caso, em exame, é o CPC), de modo que será necessário interpretar a lei específica levando-se em consideração o que consta na lei geral. Não será possível, portanto, interpretar as disposições processuais da legislação eleitoral ou da Consolidação das Leis do Trabalho sem levar em consideração o Código de Processo Civil.

A utilização supletiva das normas do CPC/2015 ao processo trabalhista requer necessariamente a tarefa de interpretar a lei específica celetista, em consonância com os ditames da lei geral do Código de Processo Civil. Nada obstante o entendimento do nobre jurista, não parece que essa seja a melhor hermenêutica para caráter supletivo, muito menos que seria sinônimo de subsidiariedade.

A melhor compreensão entre o aparente conflito de sentido é a de que o espírito supletivo do CPC/2015 é o de complementar a precariedade do processo *juslaboral*, buscando aprimorar os seus preceitos, conforme se infere dos ensinamentos de Bruno Freire e Silva (2016, p. 39):

Concordamos com os autores que subsidiariedade e supletividade não são sinônimos e, certamente, o legislador não utilizou os dois termos desprovido de algum propósito. Porém, *data máxima venia*, equivocam-se os autos nas definições, pois, na verdade, é o oposto do que é dito, ou seja, subsidiariedade que pressupõe total omissão da lei especial. Já a supletividade complementa, quando insubsistente, a norma do processo eleitoral, trabalhista ou administrativo. Na supletividade, pois, não há omissão da lei especial, mas um tratamento insuficiente que, conseqüentemente, autoriza a complementação com os institutos do direito processual comum.

A feição supletiva das regras do processo civil, portanto, tem o escopo de complementação do processo trabalhista, como forma de aperfeiçoar o sistema processual *juslaboral* pré-existente, na busca por novos avanços sociais e maior eficácia as regras da CLT, conforme o Enunciado nº 1 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho:

1. (art. 15 do CPC) As regras do CPC, por força da aplicação conjunta dos seus arts. 1º e 15, devem ser aplicadas supletivamente no processo do trabalho de modo a ampliar a eficácia das regras da CLT, aumentar a democratização do processo e permitir avanços sociais.

Há de se ressaltar que toda nova lei aprovada entra em mundo jurídico onde já existem diversas outras normas jurídicas produzindo efeito. Diante disso, ao passar a conviver com elas, torna-se imperioso uma interpretação que harmonize as novas (CPC) e as antigas disposições (CLT).

Frente a essa inovação processual, não se pode mais admitir que o processo do trabalho seja compreendido, tão somente, pela literalidade do arcaico art. 769, *caput*, da CLT, sem ater-se ao novo ideal suplementar do art. 15, *caput*, do CPC, que possibilita suprir a insuficiência do processo trabalhista, além de possibilitar a evolução conjunta da ciência processual, segundo ilações de Mauro Schiavi (2017, p. 10):

A maior aproximação do processo do trabalho ao processo civil não desfigura a principiologia do processo do trabalho, tampouco provoca retrocesso social à ciência processual trabalhista. Ao contrário, possibilita evolução conjunta da ciência processual. O próprio processo civil muitas vezes se inspira no processo do trabalho para evoluir em muitos de seus institutos.

Nesse sentido, a aplicabilidade das regras do processo civil ao processo do trabalho, não deve ficar circunscrita ao prescrito no art. 769, *caput*, da CLT, tendo em vista que, mesmo nos casos em que a norma celetista não for omissa, mas tratar de maneira precária a respeito de certo tema e não houver qualquer incompatibilidade, os

efeitos do CPC/15, ante o seu caráter supletivo, devem ser justapostos como forma de aperfeiçoar os procedimentos *juslaboral* pré-existentes.

3. Do negócio jurídico processual civil – art. 190, par. único do CPC – da sua compatibilidade e limitações ao processo trabalhista

Compreendido o arquétipo constitucional do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes e a harmonização jurídica entre as normas processuais – civil e trabalhista –, já é possível tratar da cláusula geral de negociação processual e a sua compatibilidade e limitações com o processo *juslaboral*.

O negócio jurídico processual, por si só, não trata de uma novidade na seara processual, tendo em vista que, mesmo que de maneira módica, já era possível negociar determinadas questões de índole processual, como por ex., o foro de eleição, a suspensão do processo, o adiamento de audiência, dentre outras situações previstas no CPC/1973.

Nesse sentido, a negociação jurídica processual cingia as hipóteses tipificadas em lei. Logo, admitia-se convenção no processo, apenas e tão somente, quando houvesse expressa autorização legal, inexistindo qualquer faculdade, além das prescritas no regramento processual, para que as partes pudessem negociar.

O CPC/2015, de maneira inovadora e sem precedente, tratou expressamente em seu art. 190, *caput*, par. único, acerca do negócio jurídico processual atípico, ou seja, concedeu autorização expressa para que as partes litigantes possam celebrar negócio jurídico processual que não tenha hipótese específica legal. Trata-se da cláusula geral de negócio jurídico processual, segundo o magistério de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 325):

O Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a permitir, além das hipóteses específicas de negócio processual típico, que continuam

entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais.

A este respeito, no tocante ao processo trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, de maneira inversa a democratização do processo, aprovou a Instrução Normativa nº 39/2016, que dispõe sobre as normas do novo código de processo civil aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, e firmou em art. 2º, II, que o negócio jurídico processual não é aplicado ao processo trabalhista "em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade."

Este é o epicentro do ensaio. A respeito da omissão celetista, não se pode olvidar que o CPC/2015, no tocante a liberdade das partes para adequar o procedimento e negociar no processo sobre questão que não tenha previsão legal, tratou a respeito do tema de forma inovadora, sem precedente na seara processual, eis que até então, admitia-se apenas a negociação processual típica.

Adotando o mesmo entendimento do TST, o Fórum Nacional de Processo do Trabalho, realizado em março do ano de 2016, em Curitiba/PR, de maneira conservadora, foi contrário à aplicação do negócio jurídico processual ao processo do trabalho, ante a existência de rito próprio, segundo se infere do Enunciado nº 6:

CLT, ARTS. 769, 849, 852-C E NCPC, ART. 190 NCPC. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LACUNA ONTOLÓGICA OU AXIOLÓGICA. PREVISÃO NA CLT E NA LEI N. 5.584/70. CELERIDADE DOS RITOS TRABALHISTAS, ORDINÁRIO, SUMARÍSSIMO OU ALÇADA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. A previsão contida no art. 190, do NCPC, não se aplica aos processos que envolvam dissídios individuais de RELAÇÃO DE TRABALHO, tendo em vista que a CLT tem rito próprio (ordinário, sumaríssimo ou alçada), conforme arts. 849, 852-C e art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 5.584/70. Aplicação dos arts. 769, 849, 852-C da CLT e NCPC, art. 190.

É sabido da existência dos procedimentais específicos – sumário, sumaríssimo e ordinário - aplicáveis ao processo do trabalho. A diferenciação de qual procedimento a ser adotado no caso concreto, se dá pelo valor atribuído a causa. Pelo fato do

sistema processual trabalhista tratar de maneira singular dos ritos, não afasta a aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual às lides trabalhistas.

O processo do trabalho não pode manter-se arredo aos preceitos do CPC/2015, que, na condição de norma supletiva aos processos especiais, tem a finalidade precípua de aprimorar o processo *juslaboral* pré-existente, visando com isso um avanço social e maior eficácia as regras celetistas.

A cooperação mútua das partes, nos termos do art. 6º, *caput*, da CPC, é imperiosa para que o negócio jurídico processual surta efeito, já que através da convenção as partes vão amoldar o procedimento ao caso, aparando as arestas e afastando eventuais atos processuais descabidos, obtendo, com isso, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva. Não se pode olvidar que, em hipótese alguma, o negócio jurídico processual será celebrado para contrariar os preceitos trabalhistas.

As convenções processuais visam, tão somente, aperfeiçoar os procedimentos trabalhistas existentes. A negociação processual mostra-se compatível ao processo do trabalho, além de ser uma realidade trabalhista, segundo Enunciado nº 7 do Fórum Permanente dos Processualistas do Trabalho:

(art. 190 do CPC) A celebração de negócio jurídico processual no curso do processo já é prática na esfera trabalhista, cabendo ao juiz verificar a sua validade, e, se for o caso, justificar a decisão de não reconhecer o acordo feito em uma das hipóteses estabelecidas no parágrafo único do art. 190 do CPC, observado o contraditório.

Em sendo assim, ante a escassez normativa trabalhista, as normas do CPC/2015 devem ser aplicadas ao processo trabalhista como forma de suprir o sistema jurídico existente. O fato da norma celetista não tratar da matéria não ilide os efeitos na nova ordem processual. Segundo prescrição do art. 190, par. único do CPC, as partes capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estão autorizadas adequar o procedimento para

ajustá-lo às especificidades da demanda e convencionar sobre o processo:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Através da convenção processual, portanto, conforme os ensinamentos de Pedro Henrique Nogueira (2017, p. 228), os litigantes “podem (a) convencionar sobre o procedimento, assim como (b) negociar sobre quaisquer ônus, faculdades e direitos e também sobre seus deveres no processo”.

O jurista Fredie Didier Jr. (2015, pp. 376/377), define o negócio jurídico processual “é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico certas situações jurídicas processuais”. E arremata: “No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.”

Considerações finais

Esse é o espírito do CPC/2015, no tocante a cláusula geral de negociação, trazer para perto do instrumento de pacificação social seus protagonistas, oportunizando uma via processual de mão dupla, mediante a dialeticidade, a mútua cooperação, a boa-fé e a lealdade processual, adequar o procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

É certo que o negócio jurídico confere maior celeridade nos trâmites processuais, eis que partes podem, dentro dos limites tracejados pelo sistema processual, estabelecer novas regras

procedimentais, criando um procedimento único, otimizando a duração do processo.

Tratando-se de negócio jurídico, a aludida convenção deverá observar todos os requisitos exigidos pela legislação civil, notadamente o regime jurídico que trata das nulidades. Nada obstante seja um direito das partes, está condicionado à chancela do magistrado, que controlará a validade das negociações, recusando sua aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Nesse novo contexto normativo, as partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, de inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. Ademais, poderão também pactuar sobre essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, o negócio jurídico de natureza processual.

Entretanto, é preciso fazer algumas ressalvas acerca das limitações do negócio jurídico processual na esfera trabalhista. Isso porque, não se está aqui a defender, de maneira plena e em qualquer caso, a aplicabilidade do presente instituto ao processo *juslaboral*.

Para sua validade da convenção processual no processo do trabalho, no tocante aos dissídios individuais, é preciso que seja realizado dentro de um estrito limite de atuação das partes. Não se admite negociar nas hipóteses do *jus postulandi*, nos termos do art. 791 da CLT. Exige-se que a parte hipossuficiente esteja devidamente representada em juízo, como forma de conferir igualdade e afastar a sua vulnerabilidade.

Ademais, a negociação processual deve ser de maneira expressa, por escrito e endoprocessual, não se admitindo que seja confeccionado fora do alcance da fiscalização do reitor dos autos, eis que estará submetida à homologação para que tenha validade, vigência e eficácia.

Em sendo assim, nada obstante o entendimento do TST, conforme demonstrado, a cláusula geral de negociação processual tem compatibilidade com o processo do trabalho, não integralmente

nos moldes previstos no CPC/2015, mas sim, respeitadas as suas peculiaridades, ou seja, desde que a parte hipossuficiente esteja representada em juízo, bem como seja por escrito e dentro do processo.

Referências

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa nº 39/16**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>.

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

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, *Bryant*. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CASSAR, Vólia Bonfim. **O Novo CPC e o Processo do Trabalho**. Estudos em Homenagem ao Ministro Walmir Oliveira da Costa. São Paulo: Atlas, 2015.

DA SILVA, Luis Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo, n. 1., p. 607-630, 2003.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. Vol. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **O novo CPC e o Processo do Trabalho: estudos em homenagem ao ministro Walmir Oliveira da Costa**. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Novo Código de Processo Civil: Aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho**, 2015. Disponível em < http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em 18 abril 2017.

SILVA, Bruno Freire e. **O Novo CPC e o Processo do Trabalho I: parte geral**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 58. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O processo, como instrumento de pacificação social, não tem um fim em si mesmo. Ele visa a concretização do direito material, com vistas à efetividade deste por meio da observância de princípios, ritos e procedimentos ajustados ao texto da Constituição Federal.

A obra é uma compilação de artigos que, por meio de uma abordagem inovadora e contemporânea do processo, empreendem análises de institutos processuais e de direito material exatamente em tal perspectiva, a da processualidade coerente com os ditames da Carta Política.

Os trabalhos contidos na obra contemplam a processualidade em sentido amplo, ou seja, abrangem o processo civil, penal, administrativo e trabalhista, e foram elaborados por pesquisadores, abaixo referidos, de mais elevada qualificação.

Ana Paula Brito de Jesus - Carlos Malta Leite - Claudia Karina Ladeia Batista - Cleberson Lopes dos Santos - Eliana Lamberti - Etiene Maria Bosco Breviglieri - Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém - Isael José Santana - José Pérciles de Oliveira - Juliano Gil Alves Pereira - Léia Comar Riva - Lisandra Martins Moreira - Loreci Gottschalk Nolasco - Lucas Felix Wanderley - Mário Lúcio Garcez Calil - Nelson Finotti Silva - Raquel Rosan Christino Gitahy - Ricardo Alex Ribeiro Ananias - Roberta Alessandra Pantoni - Rodrigo Soncini de Oliveira Guena - Tales Mendes Alves.