

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 418

(ano VII)

(13/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



13/08/2015 Tom Coelho

» [Mundo desigual](#)

ARTIGOS

13/08/2015 José Flávio da Silva

» [Entrada Física](#)

13/08/2015 Rafaela dos Reis Baldissera

» [A Realidade Social a Partir de Um Estudo de Caso: Uma Análise Acerca da Impunidade e da Política Criminal](#)

13/08/2015 Thiago Serrano Lewis

» [Processo civil, estatísticas e direito comparado: três sugestões](#)

13/08/2015 Gisele Leite

» [Apontamentos sobre as invalidades processuais em face do CPC/2015](#)

13/08/2015 Analice Nogueira Santos Cunha

» [Os contornos constitucionais da participação popular](#)

13/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Direito à Terra como um Direito Humano: A Função Social da Terra à Luz da Constituição de 1988](#)

MUNDO DESIGUAL

TOM COELHO: Educador, conferencista e escritor com artigos publicados por mais de 400 veículos da mídia em 15 países. É autor de "Sete Vidas - Lições para construir seu equilíbrio pessoal e profissional", pela Editora Saraiva, e coautor de outros quatro livros.

A Forbes, revista de negócios norte-americana, publica anualmente uma lista avaliando o patrimônio dos bilionários em todo o mundo. A edição deste ano novamente apresenta nas três primeiras posições Bill Gates, fundador da Microsoft; Carlos Slim Helu, do setor de telecomunicações; e o banqueiro Warren Buffet. Juntos, eles detêm ativos da ordem de US\$ 224 bilhões, o equivalente ao patrimônio estimado de cerca de 900 milhões de pessoas.

Os dados ficam ainda mais alarmantes se tomarmos como referência os ativos dos dez mais ricos. Neste caso, chegamos a um total de US\$ 551 bilhões, comparável ao patrimônio de algo em torno de 2 bilhões de pessoas no planeta!

Uma análise da referida lista de bilionários da Forbes a partir de 2009, ano seguinte à crise econômica mundial, mostra um crescimento médio anual de 14% no patrimônio do grupo dos dez. Enquanto isso, o PIB mundial evoluiu pouco acima de 3% ao ano.

Estes dados explicam o alerta da Oxfam International, entidade cujo foco primordial é o combate à pobreza. Atualmente, **67 pessoas detêm o mesmo patrimônio que metade da população mundial e, em 2016, os recursos acumulados pelo 1% mais rico do planeta ultrapassarão a riqueza dos outros 99%.**

Mais um exemplo deste universo de desigualdades. O faturamento das dez maiores empresas do mundo em 2014 totalizou US\$ 3,35 trilhões, o equivalente ao PIB somado de todos os países da América Latina, excluindo-se o Brasil. Note: dez empresas equivalem a 21 países. Estes números só não são ainda mais expressivos porque seis destas dez companhias são do setor energético, e o barril do petróleo, que já chegou a superar cem dólares no passado recente, vive um período de baixa, cotado por menos de 60 dólares atualmente.

O mais incrível é que temos a impressão da ocorrência, no decorrer dos últimos anos, de ações amplas e efetivas no sentido de amenizar desigualdades socioeconômicas em virtude de iniciativas de organizações não-governamentais, de campanhas de conscientização e da inclusão do tema em debates educacionais. Ledo engano...

Combater este autêntico abismo social é tarefa de governo. A distribuição de renda passa necessariamente não por políticas assistencialistas, mas sim por instrumentos justos de tributação. Estudos indicam que há uma correlação direta entre o aumento da concentração de renda e a redução dos impostos incidentes sobre os mais ricos.

Olhando para nosso cenário interno, vemos um crescimento da violência, do desemprego e da corrupção. Enquanto isso, com a justificativa de ajustar as contas públicas, o governo federal busca elevar sua arrecadação com aumento generalizado de impostos sobre o setor produtivo, afetando diretamente a competitividade das empresas, em especial as de pequeno e médio porte, que representam 98% dos empreendimentos formais existentes no país, responsáveis por mais de 60%

dos empregos diretos. O impacto final é sobre os menos favorecidos, ampliando este quadro de desigualdades.

Contra fatos e estatísticas não cabem argumentos, mas sim ações propositivas, voltadas não à retórica, mas sim à solução dos problemas.

ENTRADA FÍSICA

JOSÉ FLÁVIO DA SILVA: Auditor Fiscal Adjunto da Receita Estadual, Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, lotado no Plantão Tributário em Fortaleza. Ingresso na Secretaria da Fazenda via Concurso Público em 20 de agosto de 1990. Licenciado em História, URCA, Crato - Ceará, 1994. Bacharel em Ciências Econômicas, URCA, Crato - Ceará, 2002. Pós-graduado em Gestão de Pessoas, Faculdade Christus, Fortaleza - Ceará, 2000. Mestre em Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza - Ceará, 2013.

Este assunto diz respeito ao artigo 11, I, 'd', Lei Geral do ICMS, Lei Complementar nº 87/1996, reproduzida na Lei Estadual cearense nº 12.670/1996 (art. 12, I, 'd'):

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

Esse dispositivo é aplicado sem critérios, é desprezado na interpretação. Os servidores fazendários fixam-se literalmente no termo 'entrada física' e determinam a cobrança do ICMS quando desembaraçadas e internadas em seus respectivos territórios. Basta ocorrer essa situação que já é suficiente para a cobrança do ICMS.

Deve-se atentar que nem todos os entes federados possuem estruturas adequadas para receberem navios grandes, não possuem

aeroportos internacionais, enfim, capazes de suportar as demandas de mercadorias de outros países. Essa constatação por si só já deveria orientar que a norma deverá ser observada com reserva. Também, por ser elucidativo, alguns Estados não possuem mar em seus territórios.

Dessa forma, justifica-se a aplicação da regra da ‘entrada física’, ou seja, é possível ocorrer o desembaraço em um determinado Estado e nem por isso o ICMS ser da competência desse Estado que ocorreu o desembaraço.

O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal e em 2004 a corte se pronunciou pela primeira vez e seguiu, acertadamente, o comando constitucional: “firmou posicionamento de que o ente competente para cobrança do imposto é aquele onde esteja situado o estabelecimento importador (onde há ingresso jurídico), pouco importando onde tenha sido realizado o desembarque físico”. Eis em seguida o texto constitucional:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no [inciso II](#) atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao

Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (GN)

Outra decisão no mesmo sentido em 2006:

O sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria (alínea a do inciso IX do § 2º do art. 155 da Carta de Outubro); pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de ente federativo diverso” (RE 299.079, *DJ* de 16-6-2006).

Em 2005 a corte maior resolveu um caso entre o Estado de São Paulo e o Estado do Espírito Santo e decidiu diversamente, contudo, a decisão possuiu outros contornos em decorrência do caso concreto. Nesse caso particular os estabelecimentos comerciais envolvidos estavam burlando o fisco paulista; usava-se uma pessoa jurídica do Espírito Santo a fim de importar por conta e ordem de um contribuinte do ICMS paulista visando os benefícios fiscais oferecidos pelo fisco capixaba. Nesse caso o desembaraço também ocorria no porto paulista e lá ficavam os produtos, estavam apenas usando um importador capixaba para gozarem os benefícios fiscais e lesar o erário de São Paulo.

O acórdão afirmou que nesse caso o ICMS pertence ao erário paulista! Parece uma contradição do Supremo Tribunal Federal, comparando com as outras decisões, mas é apenas aparência, os ministros

analisaram o caso concretamente, como os fiscos estaduais deveriam proceder, também.

A doutrina esclarece que importação indireta ocorre quando existe um intermediador, por exemplo, uma matriz em São Paulo que importa pela filial na Bahia. Decisão judicial esclarecendo o que é importação indireta:

IMPORTAÇÃO INDIRETA - ICMS -
SIMULAÇÃO - INDÍCIOS SUFICIENTES –
EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES.

Dá-se a chamada 'importação indireta' quando a mercadoria importada se destina, na realidade, desde o início, a adquirente situado em outro Estado da Federação que não aquele em que situado o importador que efetuou a operação. A 'importação indireta' pode ser comprovada por indícios, desde que suficientes à sua conclusão. O ICMS pela importação da mercadoria deve ser recolhido no Estado onde se encontra situado o estabelecimento destinatário da mercadoria, em conformidade com o que dispõe o artigo 155, IX, da Constituição Federal. Goza da presunção de veracidade a certidão de dívida ativa, lançada através do devido processo legal, não elidida por elementos fortes de convicção." (TJMG, 1. Câmara Cível, Ap. 1.0024.03.991104-5/001, rel. Desembargadora Vanessa Verdolim, Hudson

Andrade, julgado em 14/06/2005, publicado em 24/06/2005).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entendeu acertadamente que:

Nos casos de importação indireta, o ICMS deverá ser recolhido no Estado onde se localiza o destinatário final da mercadoria, a despeito de ter sido esta desembaraçada por estabelecimento intermediário sediado em outra Unidade da Federação” (REsp 835537/MG, DJe 30/11/2009; EDcl no REsp 1036396/MG, DJe 19/08/2009; EDcl no AgRg no Ag 825.553/MG, DJe 20/08/2009; REsp 835.537/MG, DJe 17/02/2009; REsp 1.190.705/MG, DJe 14/10/2010).

No caso citado acima, a matriz em São Paulo apenas utilizou a estrutura portuária de São Paulo, contudo, desde o início já se sabia que os produtos iriam para a Bahia, logo, é correto e justo que o ICMS se destine ao fisco baiano. Aplicação do artigo 11, I, 'd', Lei complementar nº 87/1996: o ICMS pertence ao estabelecimento onde ocorrer a entrada física.

Observem que aqui o importador foi de São Paulo, ocorreu o desembaraço em São Paulo, e nem por isso o ICMS pertenceu ao fisco paulista. Mais uma vez, esse caso enfatiza que a interpretação deverá ocorrer no caso a caso, e não como vem adotando os entes federados que

determinam a cobrança pelo simples fato de ocorrer a entrada física, sem analisar concretamente a operação.

O Estado do Ceará editou o Decreto nº 31.471/2014, e no artigo 12, parágrafo 1º, persiste o entendimento em não analisar o caso concretamente; determina que o ICMS deverá ser cobrado e para tal exação é suficiente que o destinatário físico final da operação esteja domiciliado no Ceará. Eis o comando normativo:

Art. 12. O contribuinte do ICMS que importar, do Exterior, mercadorias, bens ou serviços deverá, por ocasião do desembarço aduaneiro, emitir nota fiscal de entrada com destaque do imposto, quando devido, e recolhê-lo até esse momento, através de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) ou, quando for o caso, de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

§1º A exigência do imposto de que trata este artigo aplica-se somente aos casos em que o destinatário físico final da operação de importação esteja domiciliado ou estabelecido neste Estado.

O Regulamento do ICMS, artigo 16, I, 'c', diz que o local da operação ou da prestação, para efeito de cobrança do imposto e definição de estabelecimento responsável, tratando-se de mercadoria ou bem, importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física ou o do domicílio do adquirente, quando este não for estabelecido, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou ativo permanente.

Vejamos um caso concreto aplicado em decorrência dessa determinação normativa.

Em 2007 um Auditor Fiscal do Ceará lavrou um auto de infração enquadrando como sujeito passivo um contribuinte cearense filial de uma matriz Paraibana; o fiscal percebeu que o contribuinte paraibano importou as mercadorias via Porto de Fortaleza e em seguida conduziu as mercadorias para a Paraíba e logo em seguida, após selagem das notas fiscais na fronteira do Ceará com a Paraíba, retornou as mesmas para o Ceará, já com notas fiscais emitidas na Paraíba para a filial em Fortaleza. O fiscal entendeu que o contribuinte levou as mercadorias até a fronteira apenas para não pagar o ICMS ao Ceará e como tal autuou. Alegou o fiscal que o mesmo não recolheu o ICMS importação ao erário cearense.

O fiscal cearense não percebeu, e continuam não percebendo, que ocorreu o contrário! O contribuinte fez isso porque sabe que o ICMS pertence ao importador no outro Estado. O fisco força os contribuintes a tal procedimento dispendioso, ou seja, para não serem cobrados do ICMS indevidamente efetuam esses gastos com transportes e os demais gastos decorrentes.

Para esse caso concreto a consultoria tributária do CONAT, via parecer nº 81/2010, orientou os julgadores pela improcedência do auto de infração. Argumentou a consultora tributária que o contribuinte não deu entrada física no Ceará, ou seja, levou as mercadorias até a Paraíba e depois retornou normalmente.

Agora, imaginem que o contribuinte fosse do Rio Grande do Sul! Teria que viajar mais de 3.000Km de ida, depois mais 3.000Km de volta,

então, conforme o parecer nº 81/2010, não seria devido o ICMS ao Estado do Ceará. Enfatizando o entendimento: desde que o contribuinte fizesse o percurso de ida e volta ao Rio Grande do Sul estaria agindo conforme a legislação e não seria cobrado o ICMS pelo Ceará!

Ocorre que existe na legislação (art. 3º, IV, RICMS) previsão da ocorrência do fato gerador no momento da transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando a mercadoria não houver transitado pelo estabelecimento do transmitente.

Tal dispositivo é plenamente aplicável ao presente caso, ou seja, não precisa a mercadoria viajar até a Paraíba para ocorrer o fato gerador na entrada na Paraíba e conseqüentes saída das mercadorias; basta as emissões das notas fiscais respectivas, remetidas via Correio ou outra modalidade de envio. O contribuinte paraibano emite nota fiscal de entrada (para fins de pagamento do ICMS paraibano) ao mesmo tempo emite a nota fiscal de saída da Paraíba para o Ceará (para fins de pagamento do ICMS cearense, ICMS antecipado ou substituição tributária). Não se pode esquecer que outros dispositivos reconhecem a emissão de notas fiscais sem que as mercadorias transitem pelo estabelecimento. Operações que comprovam essa realidade: venda à ordem prevista no artigo 705, parágrafo 5º, RICMS; também, o artigo 702, e demais casos previstos.

O entendimento defendido nesse tema não traz prejuízo ao erário, não é contra o erário cearense, apenas mostra um procedimento adequado, razoável. Quando for desembaraçado no Ceará o ICMS importação seria devido ao Estado do importador e na operação seguinte

remetida para o Ceará seria cobrado o ICMS antecipado/substituição mostrado acima; Quando desembaraçado em outros Estados o ICMS importação seria devido, então, ao erário cearense. Sempre existiria ICMS devido ao Ceará, contudo, cobrado dentro dos procedimentos adequados aos negócios dos contribuintes.

A cobrança do ICMS conforme a regra da entrada física ocorreria analisando o caso concreto e não ser aplicada indiscriminadamente, gerando transtornos aos contribuintes e ao judiciário. A regra da entrada física é como um 'soldado em prontidão', agir no momento oportuno e não sair atirando para todos os lados, lesando tudo e todos.

A REALIDADE SOCIAL A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO: UMA ANÁLISE ACERCA DA IMPUNIDADE E DA POLÍTICA CRIMINAL

RAFAELA DOS REIS BALDISSERA: Advogada, Voluntária do Sistema CEJUSC (Centro Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania) como Conciliadora e Mediadora Judicial, Pesquisadora vinculada ao Sistema CAPES pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Pós Graduanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC).

Resumo: A sociedade moderna vive uma intensa descontentação, seja por causa do sentimento de impunidade que a falta de segurança pública passa a deixar, seja pela vinda de novos crimes que o ordenamento jurídico não pode prever a época de sua criação, tornando o Estado ultrapassado e anti-garantista. Os problemas sociais se dão por uma série de fatores desencadeados do controle – ou a falta dele do Estado, em garantir o que esta preconizado pela Constituição Federal. A vinda do garantismo ao país trouxe inúmeras ressalvas à sociedade, porém, a sistematização jurídico-penal do Estado deixou a desejar nesse quesito, pela falta de organização do sistema de justiça. Esse é o objetivo deste artigo, achar os problemas sociais que desencadearam no descontrole e no rompimento do contrato social, com base em teorias sociológicas, e promover soluções – ou amenizar em parte o problema, para que não haja mais descrença no poder público, muito menos sentimento de revolta social.

Palavras-Chave: Direito Penal; Estado; Controle Social; Sistema de Justiça; Contrato Social; Sociedade.

Abstract: Modern society is going through an intense dissatisfaction, either because the impunity feeling that the lack of public security provides, or because the appearance of new crimes that the legal order could not anticipate by the time of its creation, turning the state outdated and anti garantist. The social problems are a consequence of a number of factors triggered by the control – or the lack of it – of the state, in assuring what is stated on the Federal Constitution. The presence of garantism over the country have brought countless guarantees to the society, however, the States' criminal legal systematization have come up short of the expected on this matter, due to the lack of organization on the justice system. This is the goal of this paper, to find the social problems that developed an uncontrolled situation and a break on the social contract, based on sociological theories. And also, promote solutions – or partially minimize the problem –, to never witness any mistrust on the public administration again, neither sense of social revolt.

Sumário: Introdução. 1. A Sociedade Punitiva e o Direito Penal do Inimigo; 2. Garantismo e Política Criminal: Mito ou Paradigma? 3. A Impunidade Sobreposta no Atraso do Código Penal; 4. O Brasil no Sistema de Segurança Pública: Uma Faca de Dois Gumes; 5. O Medo da Falácia da Ressocialização; 6. A Era dos Paliativos: O Descontrole do Estado Frente à Sociedade; Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A administração da justiça, à época da criação da ciência criminal no Brasil, era de extrema inquisitorialidade quanto à sua sistematização

política criminal. Suas leis eram baseadas nos costumes primórdios da época e sempre à luz do regime político atual.

No entanto, essa administração da justiça penal vem se moldando conforme passa a modernidade, mudando o caráter social e o caráter do Estado em sua forma de controle vigente.

Surgem novos crimes e as penas acabam por se tornarem ineficazes – ou atrasadas à essa nova sociedade contemporânea. O Estado perde gradativamente o controle sobre a sociedade e o seu contrato social se rompe, tornando a violência como ato de excesso, aumentando a impunidade e transformando a criminalidade em quase um costume social.

Tudo isso desencadeou um estudo mais aprofundado na política criminal, a forma de administrar do Estado e a nova sociedade moderna. Muito já avançou para que se retome o caráter coletivo do Estado, como o advento da Constituição Federal, porém, medidas mais internas no combate à criminalidade precisam ser tomadas.

A sociedade mudou e, com isso, a mesma necessita de mudanças no seu ordenamento jurídico e nos seus costumes, em decorrência dos novos grupos de gênero, novos crimes, novos interesses – mais individuais do que coletivos, entre tantos outros.

O Estado, diante de tudo isso, não se preparou e inclusive adotou um modelo democrático e garantista em que a sociedade não estava apta a recebê-lo, tendenciado a sofrer, atualmente, com a crise da impunidade criminal.

Portanto, tende-se a realizar uma visão científica e aprofundada acerca de novos modelos de política criminal, visando a volta do contrato

social e o seu devido bem estar, numa nova visão sistemática do controle penal do Estado.

A Sociedade Punitiva e o Direito Penal do Inimigo

Em meados da década de 1940, o Brasil adotou o modelo de controle social advindo da Itália, surgindo assim o Código Penal, sendo de grande importância para a ciência criminal. Nessa época, vivia-se num sistema puro inquisitório, onde não havia perspectiva de direitos individuais no que tange à dignidade da pessoa humana. Com o advento da Constituição Federal em 1988, mudou-se de forma antagônica a concepção de sociedade, adquirindo ao Estado característica garantista, dando ênfase e criação à ampla defesa e ao contraditório dentro do processo penal, por exemplo, assegurando as partes e o devido processo, tornando o sistema, agora, puro acusatório.

O direito penal, com a nova visão constitucional acerca da sociedade como um todo, trouxe certa novidade à sua ciência em abstrato, transformando-a – ou deixando nascer uma ciência criminal contemporânea. Todavia, essas mudanças acarretaram em novos problemas sociais, legislativos e criminológicos, dando ao direito penal (e também a criminologia) causas para que o Estado perdesse de forma significativa seu controle emergente na sociedade.

Muitas são as causas dessa problematização e muitas são as consequências destas causas, como a impunidade e a descrença no poder público. Jock Young afirma que as causas dessa problematização estariam fincadas nos dois processos, a revolução cultural do individualismo e a crise econômica e reestruturação dos mercados de trabalho do mundo industrial moderno. Ele entende que a sociedade deve conter não só direitos legais e

políticos, mas direitos sociais que, na sua ausência, criam-se descontroles dentro de um mesmo contrato social (Young, 2002).

Essas e outras consequências deram ensejo à criação da teoria do direito penal do inimigo, que representa a sociedade atual e, de certa forma, o atual controle do Estado, tornado – ou restaurado seu caráter repressivo/violento.

Todavia, essa teoria fora designada para explicar a nova reação da sociedade perante o Estado e sua forma de punir, dando ao Direito uma ampla discussão no que concerne às garantias individuais e, principalmente, ao indiscutível retrocesso social à época em que esta ciência criminal fora criada. A contemporaneidade do direito penal precisa de mudanças, principalmente aos olhos da sociedade quanto ao medo da criminalidade e sua visão de impunidade perante os sujeitos infratores.

Pode-se notar que o Brasil tem adotado um sistema de Estado diferenciado, sendo ele nem mínimo – ou não intervencionista e nem protetor – ou autoritário dos direitos dos cidadãos (Wacquant, 2000), o que deixou a sociedade a mercê dos problemas que vive hoje. Em outras palavras, adotar uma postura definitiva poderia – e de fato pode ajudar o país a restabelecer a ordem social.

O Estado e sua maneira de administrar a sociedade não podem de igual forma, retroceder e caminhar contra tudo o que já foi defendido em prol do cidadão e da sua coletividade como um todo, mesmo que para isso deva surgir um novo Estado, ainda em constante busca das garantias individuais e também coletivas, combatendo essa sociedade de risco e, ainda, eliminando de forma satisfatória o caráter de inimigo que o sujeito e o direito penal acabaram por adquirir.

Há que se dizer que   possível reduzir ao máximo ou até mesmo eliminar os delitos através da priva o da liberdade, fazendo valer-se do autoritarismo puro (Ferrajoli, 2006), porém, esta aparente o excesso de puni o que este sistema pode proporcionar. Este seria o meio mais célere de resolver o problema do Estado atualmente, visto que tudo se resume   violência para solucionar conflitos.

Mesmo hoje sendo evidente tal sistema como excessivo, ainda alguns resquícios são praticados em nosso ordenamento, escancarados no Código Penal e Código Processual Penal, de maneira que as leis e os usos de um povo estão sempre atrasados em vários séculos em rela o aos progressos atuais (Beccaria, 2003).

No entanto,   preciso que se evite ligar a palavra justiça com a ideia de uma força física ou de um ser existente (Beccaria, 2003), mesmo sendo evidente que o direito impõe   sociedade uma força para que as leis sejam cumpridas. Para isso, basta praticar outro ponto de vista do sistema de justiça penal, a começar pelo que a mesma   baseada e visando o bem estar de cada qual, através dos códigos morais de conduta.

Sendo assim, ao longo dos anos de vigência do referido Código Penal de 1940, de fato surgiram essas indaga es a respeito de sua eficácia jurídica, contrapondo-se com o que vem surgindo no início do século XXI, como novos problemas de controle social, penal e a crise no sistema de justiça. Todavia, o ordenamento jurídico evoluiu acerca de direitos e garantias individuais, dando ampla defesa e dando mais seguridade   sociedade.

Esses dois vieses de entendimento e de evolu o dentro do Brasil contemporâneo contribuir m para o crescimento de teorias adversas do que

se esperava de ambos os lados: Constituição Federal de 1988, como garantidora dos direitos do indivíduo e, por outro lado, o Código Penal de 1940, como sistema de controle penal, por parte do Estado.

Ademais, juntamente com o direito penal contemporâneo, surgiu no Brasil a criminologia, adotada da Itália, dando embasamento científico aos problemas sociais e criminais. A criminologia contribuiu para que seja possível a identificação do criminoso e suas diversas formas de qualificação na sociedade moderna.

Seguindo essa linha de raciocínio, está o direito penal tentando traçar o caminho para o desenvolvimento de um Estado social puro, fincado nas suas garantias individuais e amplos valores coletivos ou se sua contemporaneidade acabou por transformar essas garantias em impunidade e risco social?

Ou ainda, como estabelecer novamente o controle social perdido em decorrência da ruptura do contrato que a sociedade atual perdera, adquirindo sua característica de risco iminente pela falência da segurança pública, violência e impunidade?

Pode-se dizer que o contrato social é a base da autoridade do Estado e das leis (Baratta, 2014). Com ele, se tem o limite do individualismo com o exercício do poder punitivo do Estado. Rompido esse contrato social, rompem-se também os limites antes estabelecidos pelo referido contrato, causando desordem a toda sociedade, tirando das mãos do Estado a sua autoridade.

Uma forma de solução aparente para que se evite o caos da sociedade seria leva-la ao conhecimento prévio desse contrato estabelecido por ela. Em outras palavras, já dizia (Beccaria, 2003), “não é possível

duvidar que, na mente do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões”.

E, por fim, como se resolverá não só a inconformidade social como também a crise no sistema de justiça penal em que o Estado vive atualmente?

Garantismo e Política Criminal: Mito ou Paradigma?

Pode-se dizer que o direito penal contemporâneo nasceu por volta da criação da Constituição da República, em 1988, em que se começou a notar um avanço na crise do sistema de justiça penal, assim como uma queda do controle do Estado.

Esses problemas se deram em consequência de inúmeros fatores, sociais principalmente, além dos procedimentais, como por exemplo, o atraso nas penalizações ao modelo social em que se vive atualmente, visto pela perspectiva de que antigamente, o modelo de sociedade que se tinha não é compatível com o modelo de sociedade que se tem hoje. Isso se dá principalmente no que diz respeito às formas de punições, aos seus crimes cometidos, sendo cada qual com um tipo de código de conduta diferente, com vários motivos que deram ensejo a tal infração penal.

A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça (Tavares, 1980). Voltando ainda mais à época que Michel Foucault chama de suplícios, a pena nada mais era do que o mecanismo de fazer funcionar contra ela mesma a força que levou ao delito, recompondo a economia dos interesses e a dinâmica das paixões (Foucault, Vigiar e Punir, 1998).

Com todo avanço tecnológico que adveio à sociedade moderna, surgiram consequências, em que acabou por surgir novas modalidades de crimes, em que o Estado não estava preparado para que pudesse agir de forma satisfatória para combater essa nova onda de criminalidade. Ao contrário, regrediu, intensificando a violência de suas autoridades, tornando a sociedade violenta por si só – há que se diga que a sociedade sempre foi violenta desde a sua primeira concepção, nada mudou (Bauman, 1998). Além disso, pregou dentro de si a intolerância a determinados códigos de conduta, previstas no Código Penal.

Abraçando a onda da Tolerância Zero dos Estados Unidos, o Brasil fez valer-se de toda violência social e repressão das autoridades policiais para justificar o sentimento de ódio e repúdio pela dor que a impunidade impôs na sociedade.

Isso tudo fez nascer a teoria do direito penal do inimigo, em que, como supramencionado, a violência tornou-se excessiva no que diz respeito àqueles que cometem crimes, vistos, assim, como inimigos da sociedade, devendo ser retirados do vínculo social. No entanto, não só àqueles que cometem crimes acabam sendo, salvo melhor juízo, vítimas desse novo e moderno sistema de controle social, como também àqueles cidadãos que surgiram com a vinda da modernidade, como as novas – ou descobertas identidades de gênero, por exemplo.

No entanto, a criminologia explica com base nas teorias do crime e da culpabilidade, o que acontece um criminoso, respondendo às dúvidas do sistema de justiça encarecido de soluções acerca do caso. O Estado necessita de estudos de caso mais aprofundados no que concerne a determinados perfis criminais e a problematização social que neles se

insere, além de abandonar – ou aprimorar, ou ainda, fazer valer-se do mito (paradigma) da ressocialização no sistema carcerário.

No entanto, a teoria do problema é explicada na visão simples de (Beccaria, 2003), em que se cada cidadão tem deveres a cumprir perante a sociedade, esta também tem em relação aos seus cidadãos, de igual modo, como referido na cadeia de obrigações de um contrato social. Sendo assim, o objetivo único deste contrato seria o interesse público, com suas leis fincadas nos interesses da maioria. Violando-se um único interesse posto em prática, “abre-se a porta à desordem”.

A ressocialização, salvo melhor juízo, nunca foi aplicada corretamente no ordenamento jurídico brasileiro, ou estava sendo mal aplicado, ou ainda, estava sendo aplicado de forma errada – totalmente errada. O estudo de caso com o auxílio da criminologia responde às dúvidas e soluciona os problemas essenciais desse sistema que a Lei Maior adotou, como princípio de dignidade humana.

Vários fatores como estes explicam a falha não só do Estado, mas também de toda uma sistematização em que põe todos integrantes de um contrato social em evidência ao que diz respeito à administração de uma sociedade e falhando, assim, na segurança pública. Essa não observância no sistema público ensejou na descrença social calcada na diminuição da legitimação dos poderes da administração pública.

Essa descrença põe em prática o medo em relação à violência excessiva e, em consequência disso tudo, as medidas paliativas e ineficazes por parte do poder estatal em tentar suprimir essas falhas, tentando, por fim, reaver o controle social. Paliativos estes como, por exemplo, a lei do feminicídio ou, antes disso, a lei dos crimes hediondos, em que nota-se o

quão ineficaz tais medidas são na prática do sistema jurídico na vida em sociedade. Ainda não foi resolvido tal problema da atualidade.

Esta concepção criminológica visa criar alternativas que diminuam até chegar a sua extinção esses problemas de ineficácia da norma jurídica frente ao modelo estatal e social atual. Também visa combater o aparecimento dos problemas que cerceiam a sociedade brasileira, para que se retome o controle social do Estado, no entanto, dessa vez com caráter de cidadão e não mais de repressivo, como havia adotado.

A política criminal tem uma parcela de responsabilidade consideravelmente grande para que mude e aprimore o ordenamento jurídico atual, no que tange a criar uma alteridade nas suas formas de organização ideológica. Esta, por fim, tem o escopo de proteger os interesses das classes dominantes, ao sancionar mais gravemente condutas típicas de grupos marginalizados, propondo a extinção da pena privativa de liberdade, por meio de um programa gradativo de despenalização, desjudicialização e descriminalização (Mirabete, 2010).

Um estudo clínico na raiz do problema talvez seja – e é uma forma de dirimir conflitos sociais, reaver o contrato rompido pela sociedade e readaptar o papel do Estado em legislar, administrar e manter o bem estar social, dessa vez de forma democrática, aposentando aquele papel totalitário, abusando-se do garantismo constitucional e resolvendo eficazmente a desordem social de uma sociedade de risco.

A Impunidade Sobreposta no Atraso do Código Penal

Muitos fatores ensejaram para que surgisse a crise no sistema de justiça penal, além da negligência do Estado em tentar – ou pelo menos iniciar uma tentativa de solução para essa problematização.

Uma delas pode-se dizer que seria o sistema de penalização atrasado, ou seja, o direito penal, desde a sua criação, sempre cumpriu seu objetivo: punir e reprimir o sujeito e seu ato rejeitado pelo Estado e por toda uma sociedade. No entanto, houve uma evolução acerca da aplicação dessas penalidades, sempre caminhando de acordo com o progresso sociológico da humanidade.

O fim da pena é a defesa social (Baratta, 2014). Ademais, para que a pena não seja um ato de violência, a mesma deve ser de modo essencial, pública, pronta, necessária, e a menor possível nas circunstâncias proporcionadas ao delito e determinada pela lei (Beccaria, 2003).

Todavia, houve uma estagnação no que concerne a essa aplicação da pena, deixando comprometido o cumprimento do Estado em restituir a ordem social. Ficou evidente o atraso da ciência criminal no Brasil, ao perceber que a pena ainda é a mesma desde os primórdios do Código Penal de 1940, sendo que a sociedade já esta caminhando para uma nova era contemporânea. Isso se comprova com o advento do Estado Democrático, na Constituição Federal em 1988.

Toda essa destruição do controle sociológico estatal em que o país vive atualmente é passível de recuperação, necessitando de uma reforma no ordenamento jurídico.

Outro fato importantíssimo é o surgimento de novas modalidades de crimes, ou seja, se fosse analisar a época de 1940, em que se sancionou o Código Penal, e o início do século XXI, em que se vive atualmente, surgiram novas modalidades de crimes que antes, à época do advento do Código Penal, não existia. O Estado, portanto, teve que criar leis para

combater aos novos modelos de criminalidade, como a lei da violência doméstica, por exemplo.

Porém, com o intuito de modificar a lei penal vigente, o Estado deve preocupar-se com a pessoa do condenado em uma perspectiva humanista, como defesa social (Mirabete, 2010).

No entanto, o mesmo não foi eficaz ao por em prática tais leis, pois não houve um experimento prévio para que se tenha convicção de que essas leis iriam ter força capaz de combater essa nova criminalidade. O que se entende é que essas novas modalidades de crimes ajudaram para que o Estado perdesse sua força e controle social.

O Brasil No Sistema de Segurança Pública: Uma Faca de Dois Gumes

Enquanto o Estado maneja uma forma de diminuir a impunidade através do aumento de autoritarismo aos sujeitos criminosos, a criminalidade ganha forças, pois o Estado colabora para que torne a violência como ato excessivo, de modo que passa a ser praticado tanto pelo Estado, quanto pela própria sociedade.

Em se tratando da nova criminalidade com a falha no sistema de segurança do Estado, ao deixar de dar uma resposta imediata àqueles que praticam o crime, o mesmo, na tentativa de evitar o descontrole da sociedade, tornou-se mais repressivo. Com isso, acabou por deixar a violência mais excessiva, justamente para impor medo aos cidadãos no que concerne a prática de atos delituosos, com o intuito de que se diminuísse a prática de crimes e se mantivesse o controle social.

O procedimento utilizado hoje para prevenção de crimes e segurança pública de fato não são eficientes.

Outros atos violentos se criaram com a chegada da era contemporânea, um deles foi a violência entre os cidadãos, como a violência entre gêneros, por exemplo, em que, com a democracia instaurada no país, a sociedade sentiu-se com certa liberdade individual, o que não está errado, porém, contribuiu para a intolerância da mesma para com seus integrantes. Essa intolerância fez surgir a teoria do direito penal do inimigo, em que a sociedade passou a enxergar os sujeitos praticantes de crimes como inimigos sociais, devendo ser excluídos do convívio social e tratados como o que a sociedade achava que seria merecido.

Um exemplo de manifesto de exclusão social supracitada seria, por fim, como exemplifica Jock Young (Young, 2002), “facilmente igualadas e aumentadas pelas tentativas empreendidas pelo Estado de manter a ordem”. Ao atingir a sociedade, cria-se o sentimento de intolerância.

Sendo assim, as autoridades policiais, com esse espírito de tolerância zero para a criminalidade, não poupavam forças quando necessitavam reaver o controle da situação, ou até mesmo quando precisavam utilizar de seu poder de polícia. Assim, foi acostumando a sociedade a utilizar-se do mesmo espírito de intolerância para com seus integrantes.

O Medo da Falácia da Ressocialização

O país vive hoje numa era de medo e repressão, tanto das organizações criminosas, quanto das autoridades policiais, em que são dois pêndulos, estando a sociedade a mercê deles.

A ressocialização, que seria o ápice do garantismo constitucional, com a visão revolucionária de reintegrar o indivíduo que cometeu determinado delito de volta ao vínculo social, acabou por perder sua

funcionalidade, de acordo com descontrole estatal. As prisões de hoje, do contrário ao que se esperava que fosse, armazenam primeiramente os refugos do mercado de trabalho, aos indivíduos considerados como classe reserva do capitalismo econômico (Wacquant, 2000).

Sendo assim, nasce uma indagação: para que serve hoje, em pleno século XXI, as prisões e cárceres e, por fim, o sistema de ressocialização, senão um mito de possível evolução constitucional garantista?

Enfiaram esses preceitos na sociedade sem que se tivesse prévio estudo de funcionalismo entre eles, o que ocasionou desordem e descrença pública, na visão sistemática da coisa. Ou seja, o povo descreu no poder público no que concerne nas formas de punição e, ainda, “ressocialização” do indivíduo. A desordem estatal foi tanta que fizeram nascer no peito da sociedade a necessidade de fazer justiça com as próprias mãos.

Ninguém mais sabe o porquê se trancafiam as pessoas (Wacquant, 2000). A ausência de medidas concretas de resolução da criminalidade faz com que a sociedade sinta medo de seu próprio contrato social, tendo em vista sua possível extinção.

Já dizia Beccaria (Beccaria, 2003) que os absurdos em uso na legislação são frequentemente o resultado do medo, raiz inesgotável das inconseqüências e dos erros dos homens.

Esse medo social, inserido de forma a diminuir o índice de crimes na sociedade, foi gerado com base em atos excessivos, principalmente no que diz respeito à violência, gera medo e temor. O principal fator desse medo social foi se concretizando ao ver que o índice de reincidência no país a cada dia aumentava, o que deixou um paradigma no que concerne ao sistema de ressocialização: ineficiência ou mito?

O que problematiza a questão da ressocialização é que o delito, sendo um fenômeno social (Cervini, 1992), muda constantemente seu aspecto jurídico e fático, o que ocasiona unicamente no atraso da ressocialização, visto que a mesma esta sempre atrasada no que consiste no objetivo do delito praticado e toda sua subjetividade.

Até porque, o Código Penal pune, mas não prepara o sujeito para receber a pena, ou seja, o dispositivo de lei separa a sanção da adaptação, em que deveria ter uma sanção proporcional aos fatos, juntamente com um processo de personalidade, sendo uma segunda sanção modulando a primeira e na qual se examinam unicamente as possibilidades de readaptação do individuo (Foucault, 2002).

Já dizia (Wacquant, 2000): “uma vez vencida a batalha contra o setor assistencial do Estado, estes institutos vão se consagrar à promoção de seu setor repressivo: ao menos Estado social e econômico, sucede ao mais Estado policial e penal”, dando ênfase ao atual sistema de justiça do Brasil.

Tudo isso, somado ao atraso no poder legislativo no que diz respeito às penalizações, os novos modelos de crimes e, por fim, a falha na segurança pública, tornou a sociedade inteiramente descrente ao modelo de controle social adotado pelo Estado. Assim, houve a certeza de que as medidas impostas pelo mesmo não fariam sequer uma estagnação dos problemas vividos, pelo contrário, a cada ato violento das autoridades policiais, por exemplo, gerava ainda mais descontentação social, deixando o controle, na visão dos cidadãos, em suas próprias mãos.

A Era dos Paliativos: O Descontrole do Estado Frente à Sociedade

Aplicação de paliativos ineficazes, ou seja, toda pressão da sociedade através da mídia, por exemplo, em cima do Estado para restabelecer a ordem social fez com que ele tomasse medidas momentâneas, mas sem força para acabar de vez com os problemas que cercam a sociedade.

Nos últimos anos, muitos paliativos foram aplicados no país. Recentemente dois exemplos deles foram a aprovação da redução da maioria penal e a criação da lei do feminicídio, que não estavam previstos pelo sistema de justiça penal em aplica-los, mas por causa do descontrole da sociedade pelo medo da impunidade. O Estado, por sua vez, para dar resposta aos movimentos radicais da sociedade, criou esses paliativos como maneira de restabelecer o controle da situação e mostrar sua força pública.

Conclusão

O Estado precisa restabelecer os laços do contrato social, para que haja harmonização das leis e a sua devida aplicabilidade. A sociedade descrente precisa entender – e para isso, precisa haver conscientização e comoção social, que o Estado é aquele que não deve ser nem intervencionista (ou totalitário) e nem mínimo, mas sim estar contrabalanceando os limites da impunidade e do bem estar social.

Esses movimentos sociais de conscientização e valorização dos direitos coletivos e individuais dizem respeito à conexão da sociedade como um todo, não a deixando criar grupos separados de gênero, por exemplo. Assim, volta a torna-la de acordo com o que a democracia constitucionalista prevê: um Estado Democrático de direitos coletivos e individuais dos cidadãos.

Além de uma conscientização social, através de movimentos sociais demonstrando a nova sociedade contemporânea (para que haja integração social entre os seus integrantes), o ordenamento e o positivismo jurídico precisam adequar-se a essa modernidade, atualizando e positivando as soluções aparentes e os atos rejeitados pela sociedade.

Para isso, deve haver uma adaptação nas modalidades de penalização, ou seja, a ciência criminal como um todo necessita de mudanças, não somente na parte da aplicação da pena, mas também precisa de uma nova adaptação no ordenamento jurídico atual, para adequar-se ao modelo estatal democrático.

Ademais, devem-se adotar novas políticas criminais, abandonando as atuais que estão sem eficácia jurídica e adaptando a sociedade com o direito penal contemporâneo, para que se estabeleça novamente a ordem social do Estado. Em outras palavras, o Estado e principalmente a sociedade necessitam de menos repressão e novas penas.

No entanto, sempre à luz da Constituição Federal, tentando reaver a ordem social e a confiança da sociedade no poder estatal para que a sociedade retome seu caráter de coletividade.

Assim como novas penas, deverá se pensar num novo Código Penal integralizando as leis esparsas, convenções e tratados, dando mais força ao judiciário, deixando-o mais amplo e completo no combate a criminalidade contemporânea, tendo em vista o surgimento de novos crimes, impossíveis de serem previstos na época da criação do Código Penal, em 1940.

Sendo assim, o Código Penal precisa de reformas, no todo ou em parte, com a unificação dessas leis diversas ao Código Penal, aumentando-

se determinadas penas ou não, acrescentando novas penas, dentre outras, sempre com base à sociedade moderna garantista.

Entendo que o Estado pode aposentar seu caráter punitivo e adotar um caráter colaborativo, com a adoção de uma polícia judiciária diferenciada, incluindo-se a polícia comunitária já existente, tendo outro objetivo de mediar conflitos, assim como extrair o mito/paradigma da ressocialização que cresceu na sociedade moderna. Essa nova polícia, com investimentos diferenciados na segurança pública, educaria e daria outras modalidades de treinamento nas duas já existentes: a civil e a militar, com o objetivo de restabelecer a paz social de maneira adversa daquela praticada nos dias atuais.

Por fim, novas alternativas de políticas públicas, como a adoção de um Estado Educador, com mais educação e inovação da educação, como forma de prevenção, interagindo ativamente na educação da sociedade excluindo os elementos de corrupção. Assim, contribui para a descriminalização e a redução gradativa da criminalidade, deixando em desuso a repressão ou tão somente a punição, dando significado ao verdadeiro Estado Democrático e dar a sociedade mais confiança ao sistema em que hoje é sujeitada.

O controle social é visto de varias maneiras e fatores na doutrina e, no Brasil, o sentimento de impunidade que se dá perante toda uma nação é em decorrência desses fatores – ou da ausência destes, que desde já integralizam o sistema de justiça penal, sua ciência criminal e a contemporaneidade que alcançou a sociedade.

Referências Bibliográficas

(Org), A. d. (2011). *Inovações do Direito Penal Econômico: Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público.

Baratta, A. (2014). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

Bauman, Z. (1998). *O Mal Estar da Pós Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Beccaria, C. (2003). *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Rideel.

Cervini, R. (1992). *Los Procesos de Decriminalización*. Montevideo: Editorial Universidad LTDA.

Ferrajoli, L. (2006). *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Foucault, M. (1998). *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes.

Foucault, M. (2002). *Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise – Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Giddens, A. (1991). *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora da UNESP.

Mirabete, J. F. (2010). *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas.

Santos, J. V. (2002). *Microfísica da Violência: Uma Questão Social Mundial*. São Paulo: Revista da SBPC: Ano 54, nº 1, p. 22-24.

Tavares, J. (1980). *Teoria do Delito: Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Wacquant, L. (2000). *Las Cárcenes de La Miseria*. Buenos Aires: Manantial.

Young, J. (2002). *A Sociedade Excludente: Exclusão social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

PROCESSO CIVIL, ESTATÍSTICAS E DIREITO COMPARADO: TRÊS SUGESTÕES

THIAGO SERRANO LEWIS: Analista Judiciário na 5ª Vara do Trabalho de Campina Grande - PB Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá Professor de Direito Processual Civil na Faculdade Maurício de Nassau.

ANA MIRELA DA SILVA DANTAS LEWIS: Discente do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau

Resumo: Por meio deste trabalho, o Direito Processual Civil Brasileiro   comparado com Direitos Processuais de outros países, objetivando localiza o de deficiências e sugestão de aprimoramentos. Através de métodos indutivo, dedutivo e comparativo, com base em pesquisa bibliográfica e referências estatísticas, chega-se   conclusão de que o Processo Civil do país   mais deficiente do que a m dia internacional em termos de celeridade e que, portanto, altera es mais enérgicas na legisla o processual seriam positivas. São abordadas a relativiza o da exigência de fundamentos em sentenças, a atribui o excepcional de efeito suspensivo aos recursos e a imutabilidade de decisões relativas a direitos menos vultosos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Estatísticas; Direito Comparado; Sugestões.

Civil procedure, statistics and comparative law: three suggestions

Abstract: By this work, the Brazilian Civil Procedural Law is compared to Procedural Laws in other countries, aiming to find deficiencies and suggest improvements. By inductive, deductive and comparative methods, based on literature references and statistics, we can take the

conclusion that the country's Civil Procedure is more deficient than the international average in terms of speed and that therefore bigger changes in procedural law would be positives. Are discussed the relativization in the requirement of motivation in judgments, the exceptional granting of appeal's suspensive effect and the immutability of decisions regarding less significant rights.

Keywords: Civil Procedural Law; Statistics; Comparative Law; Suggestions.

Sumário: Introdução. 1 Relativizar a exigência de fundamentação em julgamentos. 2 Atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionalmente. 3 Tornar irrecorríveis sentenças que envolvem direitos disponíveis em até determinado valor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em uma avaliação feita entre 189 países, constatou-se que o Judiciário Brasileiro é 121º mais eficiente. Em termos de celeridade, é o 146º mais rápido. Os dados são de estudo do Grupo Banco Mundial[1], que, embora mencione o título “Execução de Contratos”, também engloba fase processual de conhecimento, conforme demonstra sua metodologia[2].

Diante de tal estatística, constata-se que o processo brasileiro é um dos mais lentos do mundo.

Por que o processo brasileiro é tão moroso? Os Magistrados são lentos? Não, pelo contrário.

Cada Magistrado julgou, em média, 1.564 processos no ano-base (2013) do último relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça[3]. Considerando os dias úteis de trabalho

(normalmente menos de 200 dias por ano) e considerando que, em sua jornada, o Magistrado tem outras atividades além de julgar, podemos estimar que cada processo foi julgado em cerca de 45 minutos.

Para julgar cada causa, o Magistrado deve ler uma média de 10 a 50 páginas de petições, analisar diversos documentos, lembrar-se do que foi dito em audiência ou reler sua ata, fazer eventuais pesquisas e escrever uma média entre 2 e 10 páginas de sentença ou voto (números estimados com base na experiência de um dos autores em três esferas do Judiciário). Tudo isso em meros 45 minutos. Ainda que sejam consideradas as causas repetitivas e a eventual ajuda de Assessores, a carga de trabalho dos Magistrados continua sendo extrema. Conforme o caso, para a realização adequada de tantas tarefas, seria necessário um dia inteiro de trabalho destinado exclusivamente a uma única sentença.

Sendo gravíssima a situação do processo brasileiro, todas as medidas no sentido da celeridade processual deveriam ser concretizadas.

Por meio deste texto, são abordados exemplos de práticas processuais do Direito Comparado que poderiam (e deveriam) ser adotadas no Brasil para que nosso deficiente processo fosse aprimorado.

1 Relativizar a exigência de fundamentação em julgamentos.

Como se observa com o art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil (CPC), o Legislador estabeleceu mais requisitos relativos à fundamentação das sentenças, exigindo, na prática, que sejam mais fundamentadas do que já são.

Sob primeira análise, a medida parece positiva. Mais fundamentação, mais cuidado nos julgamentos, mais justiça nas decisões.

Voltemos, porém, aos números acima referidos. O Judiciário Brasileiro é extremamente lento, e não por culpa dos Juízes. Devemos nos espelhar na média mundial para deixar as últimas colocações em termos de celeridade.

Entendemos, portanto, que foi equivocada a escolha do Legislador. Não deveria ter elevado as exigências relativas à fundamentação dos julgados. Aliás, entendemos que o Legislador deveria ter caminhado em sentido oposto, deveria ter dispensado a fundamentação em muitos dos julgados.

Decisões não fundamentadas? Parece absurda a sugestão, mas não é. Em reforço a tal possibilidade, seguem referências do Direito Comparado.

O site do Senado Federal publicou, com o título “A Sentença Estrangeira sem Fundamentação Pode Ser Homologada?”, artigo de Marcela Harumi Takahashi Pereira^[4]. Em seu texto, constam os seguintes trechos:

No processo civil alemão, a fundamentação é dispensada: “nos casos em que ocorrer revelia, desistência da ação ou reconhecimento jurídico do pedido” (TUCCI, 1987, p. 82-83); e “quando as partes, após o encerramento da instrução, mas antes da sentença, desistirem da interposição de recurso” (TUCCI, 1987, p. 82-83), caso em que as custas judiciais serão reduzidas (SEC 5.157-6 – Alemanha, rel. Néri da Silveira, j. em 19.06.96).

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, de onde às vezes nos vêm sentenças desmotivadas, não existe lei

que obrigue os juízes a fundamentarem suas decisões. Mas, nesses países, o julgador desempenha um papel passivo, e os protagonistas do processo são as partes. Enquanto o civil law – tradição à qual nos filiamos – tende ao processo inquisitivo, o common law – que inclui os Estados Unidos e a Inglaterra – tende ao adversarial.

Portanto, como se observa pelas transcrições, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, muitos dos julgamentos não são fundamentados.

Além do Direito Comparado, o próprio Ordenamento Jurídico Brasileiro fornece exemplo de julgamento sem fundamentação: o que ocorre no Tribunal do Júri (exceto na parte relativa à dosimetria da pena).

O Jurista pode argumentar que a dispensa de fundamentação ocorre pelo fato de o Tribunal do Júri ser formado por representantes da sociedade, sem exigência de graduação em Direito, e que tal dispensa não se justificaria perante os Juízes de carreira. Não nos parece, contudo, argumento razoável. O Tribunal do Júri trata justamente dos processos mais delicados do ordenamento jurídico, os que envolvem crimes dolosos contra a vida, e não costuma ter a qualidade de suas decisões questionada pelos Doutrinadores.

Há quem diga que a ausência de fundamentação inviabilizaria o oferecimento de recursos. Entendemos que não formaria qualquer obstáculo à recorribilidade. Assim como são possíveis recursos em face do Júri quando a decisão é contrária às regras jurídicas ou à prova dos autos (art. 593, III, do Código de Processo Penal), sentenças civis sem fundamentação admitiriam plena recorribilidade.

A falta de fundamentação diminuiria a qualidade dos julgamentos? Talvez sim, mas diminuiria pouco. Alguns detalhes poderiam passar despercebidos pelos Juízes. Mas a inovação tornaria os julgamentos extremamente mais céleres. Numa estimativa baseada em matemática empírica, a falta de fundamentação poderia diminuir a qualidade dos julgamentos em 10% a 20%, mas poderia aumentar a celeridade em 100% a 200% (ou mais).

Se a dispensa da fundamentação em todos os processos seria uma mudança muito radical, poderia ocorrer apenas com determinados tipos de ações, como, por exemplo, as seguintes:

- a) Processos relacionados a direitos disponíveis;
- b) Processos relacionados a obrigações de valores inferiores a determinados patamares;
- c) Quando a(s) parte(s), com vistas à celeridade processual, autorizar(em) a dispensa da fundamentação (alternativa adotada na Alemanha, conforme referência acima transcrita).

A presente ideia, mesmo com as limitações sugeridas nos itens acima, costuma encontrar resistência nos círculos de debate, tanto profissionais quanto acadêmicos. De fato, uma mudança profunda sobre séculos de tradição jurídica não seria aceita facilmente. Mas o ranking internacional de celeridade e os exemplos de países mais desenvolvidos (além do exemplo do próprio ordenamento brasileiro – Tribunal do Júri) demonstram a necessidade de quebra de paradigmas.

2 Atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionalmente.

Diferentemente da sugestão acima, a presente ideia não é isolada, encontra correspondência em inúmeras doutrinas que tratam do novo CPC.

São muito comuns opiniões no sentido de que o Legislador deveria ter ampliado as hipóteses de recursos sem efeito suspensivo.

A regulamentação do tema, constante nos arts. 520 e 521 do CPC anterior e no art. 1.012 do novo Código, não passou por alterações substanciais. Continua sendo regra a ausência de efeito suspensivo no recurso de apelação, o que inviabiliza a execução provisória da sentença.

O argumento principal pela manutenção do efeito suspensivo como regra genérica é a possibilidade de modificação do julgado. Parece razoável. Se o julgamento pode ser modificado, sua concretização imediata aparenta ser temerária. O condenado e executado provisoriamente, se vence nas instâncias superiores, pode ter sua esfera de direitos violada.

Outro ponto de vista, contudo, demonstra-se adequado. É extremamente comum o vencedor de uma demanda não receber o que lhe é de direito. É o que ocorre, por exemplo, nas incontáveis execuções de valor cujos demandados não têm bens penhoráveis. Qualquer vara que trate de ações condenatórias civis (a maioria das varas do Brasil) tem em seu acervo inúmeros processos em tal situação. Portanto, o credor de uma obrigação está sempre sob o risco considerável de não receber o que lhe é de direito.

Se o credor está sempre sob o perigo da injustiça, por que não submeter, eventualmente, o devedor a esse perigo? Por que a demora do processo deve penalizar somente o credor? Aliás, por exercício de lógica, é intuitivo afirmar: se as circunstâncias do processo devem prejudicar alguém, que seja o devedor, e não o credor. O devedor, como a própria gramática do nome revela, está em dívida, está com mais do que tinha de

estar. Conseqüentemente, o ordenamento jurídico deveria fornecer mais cuidados ao credor do que ao devedor.

Mas, como afirmado, o novo CPC praticamente não avançou quanto aos efeitos recursais. Continua mantendo como regra a impossibilidade de execução provisória. Permanece protegendo de maneira extrema o devedor. Enquanto isso, um número enorme de credores tem suas execuções frustradas no Brasil.

Sugere-se, em síntese, distribuição mais equânime dos riscos da execução. O autor frequentemente não recebe o que lhe é de direito. Deixemos o réu, então, eventualmente com o risco de pagar mais do que é devido.

A sugestão encontra ressonância em outras legislações.

A respeito do Direito Italiano, Ravi de Medeiros Peixoto[5] informa o seguinte:

A partir do uso do direito comparado, observamos que no direito italiano, o efeito suspensivo é tido no segundo plano, em face da celeridade processual, conforme é possível auferir do art. 282 do CPC italiano. Neste ordenamento jurídico, a regra é pela não concessão do efeito suspensivo.

Situação semelhante é relatada, a respeito do Direito Inglês, por Rosana Silva[6]:

Na Inglaterra, por sua vez, a sentença é de imediato executiva, a menos que seja determinada a suspensão da execução (stay of execution). Normalmente, essa suspensão é concedida apenas em

situações especiais, desde que preenchidas certas condições, como, por exemplo, a possibilidade de êxito no recurso de apelação.

Ainda como exemplo, o Código de Processo Civil de Portugal, em seu art. 647-1, assim dispõe: “A *apelação tem efeito meramente devolutivo, exceto nos casos previstos nos números seguintes (...)*”^[7].

Com o exposto, demonstra-se que a concessão de efeito suspensivo aos recursos como regra geral é algo que afronta argumentos de lógica e referências do Direito Comparado. Não deveria, portanto, constar no novo CPC.

3 Tornar irrecorríveis sentenças que envolvem direitos disponíveis em até determinado valor.

Os recursos servem como garantia de direitos, para que o indivíduo não fique excessivamente submetido ao arbítrio do julgador. De fato, como ser humano que é, o juiz pode errar, tanto *in procedendo* quanto *in judicando*. Logo, é razoável que se permita ao irresignado, como regra genérica, a reanálise da sua situação. Além disso, quanto mais reavaliada uma decisão, mais aprimorada ela fica.

Em síntese, os recursos têm de existir. Mas no Brasil há, obviamente, um exagero na sua utilização.

Um bom exemplo para demonstrar isso é a comparação entre o número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

As referências divergem quanto ao número de ações apreciadas por ambos anualmente, mas a disparidade, seja qual for a base de dados considerada, é enorme.

Segundo notícia publicada no jornal Gazeta do Povo[8], o STF julgou cerca de 70.000 recursos em 2013, enquanto a Suprema Corte dos EUA julgou cerca de 60 (não “sessenta mil”, mas somente “sessenta”). De acordo com esses dados, para cada processo julgado pela Suprema Corte dos EUA, o STF teria julgado 1.167 processos.

Por sua vez, no site Direitonet, consta artigo de Gabriel Nogueira[9] com a seguinte informação: “*enquanto são julgados menos de 200 (duzentos) recursos por ano nos EUA, no Brasil são apreciados e julgados por nossa corte maior mais de 20.000 (vinte mil) no ano*”. Trata-se de estimativa mais conservadora, porém, ainda assim, demonstrativa de extrema disparidade: para cada processo julgado pela Suprema Corte dos EUA, o STF teria julgado 100 processos.

“Mil, cento e sessenta e sete vezes mais recursos” ou “cem vezes mais recursos” na nossa Suprema Corte em comparação com a norte-americana. Seja qual for a estatística mais aproximada da realidade, demonstra que a disparidade é absurda, revela que o processo brasileiro sofre de carências extremas, devendo passar por substancial aprimoramento.

Voltamos a afirmar que, a respeito dos recursos, o Legislador do novo CPC não estabeleceu melhora considerável. Poderia ter ido além em suas reformas. Poderia ter estabelecido irrecorribilidade em determinados tipos de ações.

Parece grande ousadia a defesa da irrecorribilidade, parece até contrária às justificativas apresentadas no início deste tópico, mas a medida é, sim, defensável.

Obviamente, a irrecorribilidade seria adequada para ações de menor vulto. Por exemplo, as que envolvessem cobranças inferiores a vinte ou a

dez salários mínimos. Naturalmente, os indivíduos ficariam mais sujeitos ao arbítrio dos juízes em tais situações. Mas os juízes normalmente não erram. Quando errassem, os prejuízos à esfera de direitos dos indivíduos seriam reduzidos. Em compensação, as instâncias recursais seriam consideravelmente desafogadas e os processos seriam solucionados mais brevemente. Assim, o Brasil saltaria posições no ranking internacional de celeridade e, indiretamente, atrairia mais investimentos externos. Enfim, a relação “custo x benefício” seria compensatória.

Mais uma vez, o Direito Comparado serve como base para os presentes argumentos.

O Código de Processo Civil Português, também mencionado acima[10] denomina como recursos ordinários os de apelação e de revista (art. 627-2). A respeito de tais recursos, embora admita exceções em seu art. 629-2, diz o seguinte no art. 629-1:

O recurso ordinário só é admissível quando a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada desse tribunal, atendendo-se, em caso de fundada dúvida acerca do valor da sucumbência, somente ao valor da causa.

Outra referência é o Processo Civil Alemão. Seguem palavras de Edson Rodrigues Baptista[11] a respeito do assunto:

No Direito Alemão, o recurso de apelação é cabível em face de sentença definitiva proferida por órgão jurisdicional de primeira instância (...) Em se

tratando de controvérsias de natureza patrimonial, a apelação somente é admissível quando o gravame exceder a certo valor.

No mais, assim como o Tribunal do Júri serve como referência brasileira para a ausência de fundamentação em julgados, também temos em nossa legislação referência para a irrecorribilidade. A Lei nº 5.584/70, em seu art. 2º, §§ 3º e 4º, estabelece irrecorribilidade, quanto a matérias não constitucionais, em processos que envolvem menos de dois salários mínimos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Por fim, com a necessidade de observância dos precedentes jurisprudenciais (o que foi estabelecido pelo Legislador com o art. 489, § 1º, VI, e o art. 927 do novo CPC), os Magistrados seguirão mais rigorosamente os julgamentos das instâncias superiores. Assim, parte da função dos recursos (uniformização de jurisprudência) terá sua utilidade substancialmente reduzida. Eis, portanto, mais um argumento, este surgido recentemente, em defesa da presente ideia.

CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil estabeleceu alguns avanços pela celeridade processual.

A necessidade de observância dos precedentes jurisprudenciais (art. 489, § 1º, VI, e art. 927), que deriva em decisões mais uniformes e menos recursos, é algo positivo. As críticas acima dirigidas ao art. 489, § 1º são referentes aos seus demais incisos.

A elevação dos valores das multas por litigância de má-fé (art. 81) evita protelação indevida e também resulta em mais celeridade.

A realização da audiência de conciliação antes que seja preparada a contestação (arts. 334 e 335) também é procedimento dos mais elogiáveis, pois favorece a composição amigável das lides e poupa o trabalho dos Advogados.

O novo CPC, no entanto, deveria ter ido além. O Brasil tem um dos processos mais lentos do mundo. Portanto, pode-se dizer que é um dos mais deficientes do ponto de vista científico. As mudanças estabelecidas com o novo código foram limitadas e, em alguns aspectos, representaram retrocesso, como relativamente à exigência de fundamentação exaustiva nos julgamentos (art. 489, § 1º, I a V).

Os principais valores a serem satisfeitos pelo ordenamento jurídico são justiça e segurança jurídica. O processo brasileiro já busca por justiça em níveis exaustivos. Os incontáveis recursos em diversas instâncias, os inúmeros meios conferidos às partes para a defesa dos seus argumentos e a relativização da coisa julgada são atributos que viabilizam decisões muito refletidas.

É tempo, portanto, de mais cuidado com a segurança jurídica. Um processo lento traz constante sensação de insegurança aos indivíduos. Insegurança e insatisfação diante das instituições estatais.

Por fim, salientamos que um processo lento, em última análise, traz obstáculos ao crescimento da economia e empobrece a sociedade. O relatório informado na introdução deste artigo, o qual coloca o processo brasileiro na posição 146º/189 em termos de celeridade, foi elaborado pelo Banco Mundial para recomendar às empresas os melhores ambientes para a realização de negócios. Nosso Processo Civil, portanto, é um “cartão de visitas” negativo para a atração de investimentos externos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014**. Brasília, DF, p. 39, 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal**. Atualizado até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Atualizada até 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BAPTISTA, Edson Rodrigues. **Apelação Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro, RJ: Universidade Cândido Mendes, p. 33, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212260.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GAZETA DO POVO apud PARANÁ, Ministério Público. **MP na Imprensa**. Curitiba, PR, p. 15, 02 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2014/Clipping/0205.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios: Metodologia**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

NOGUEIRA, Gabriel José de Andrade. **Recursos ordinários e extraordinários: peculiaridades e divergências doutrinárias**. Direitonet, Sorocaba, SP, p. 1, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7242/Recursos-ordinarios-e-extraordinarios-peculiaridades-e-divergencias-doutrinarias>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Breves considerações sobre os efeitos dos recursos**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, ano 13, n. 74, p. 1, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7366>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **A Sentença Estrangeira sem Fundamentação Pode Ser Homologada?** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 220-221,

jan./mar. 2006. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92448>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Atualizado até 26 de junho de 2013. p. 3599 e 3603, Disponível em:
<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. **Efetividade da Tutela Executiva Defensiva: Enfoque Comparado**. Revista CADE-FMJ, Rio de Janeiro, RJ, p. 7, 2001. Disponível em:
<http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_8/tutela.doc>. Acesso em: 29 jul. 2015.

NOTAS:

[1] GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em:
<<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[2] _____. **Doing Business: Medindo Regulamentação de Negócios: Metodologia**. Washington, DC, p. 1, 2014. Disponível em:
<<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/enforcing-contracts>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[3] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2014**. Brasília, DF, p. 39, 2014. Disponível em:
<<http://cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[4] PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. **A Sentença Estrangeira sem Fundamentação Pode Ser Homologada?** Revista de Informação

Legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, v. 43, n. 169, p. 220-221, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92448>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[5] PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Breves considerações sobre os efeitos dos recursos**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, ano 13, n. 74, p. 1, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7366>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[6] SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. **Efetividade da Tutela Executiva Defensiva: Enfoque Comparado**. Revista CADE-FMJ, Rio de Janeiro, RJ, p. 7, 2001. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CADE_8/tutela.doc>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[7] PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Atualizado até 26 de junho de 2013. p. 3603, Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[8] GAZETA DO POVO apud PARANÁ, Ministério Público. **MP na Imprensa**. Curitiba, PR, p. 15, 02 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2014/Clipping/0205.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[9] NOGUEIRA, Gabriel José de Andrade. **Recursos ordinários e extraordinários: peculiaridades e divergências doutrinárias**. Direitonet, Sorocaba, SP, p. 1, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7242/Recursos-ordinarios-e->

extraordinarios-peculiaridades-e-divergencias-doutrinarias>. Acesso em: 29 jul. 2015.

[10] Op. cit., p. 3599.

[11] BAPTISTA, Edson Rodrigues. **Apelação Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro, RJ: Universidade Cândido Mendes, p. 33, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212260.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

APONTAMENTOS SOBRE AS INVALIDADES PROCESSUAIS EM FACE DO CPC/2015

GISELE LEITE: Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Articulista e colunista dos sites www.invetidura.com.br, www.netlegis.com.br, www.jusvi.com, possuindo vasta produção acadêmica publicada nos sites como www.ibdfam.org.br, http://egov.ufsc.br/portal/buscalegis, www.abdpc.org.br, www.ambito-juridico.com.br, www.abdir.com.br, www.jurid.com.br.

Sem dúvida, as invalidades processuais correspondem a um dos mais difíceis e polêmicos temas de toda ciência processual. Todo o fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos já abordados pelo insigne Pontes de Miranda.

O primeiro plano o da existência se refere aos fatos jurídicos enquanto que o plano de eficácia se refere às situações jurídicas, aos efeitos jurídicos, dentro os quais o mais importante é a relação jurídica.

O plano da validade é o dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*) cujo suporte fático é a vontade. Existem os fatos jurídicos que não conhecem o plano de validade, é o caso de fatos ilícitos, dos atos-fatos (não se cogita sobre a invalidade de uma pintura) e fatos jurídicos naturais (tais como a morte).

A validade do ato se refere à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o devido preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito capaz de nulificar o ato.

A distinção entre a nulidade e anulabilidade passa por vários critérios, mas nem sempre o legislador é fiel à doutrina. Cumpre observar que: a) ambas as hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para arguir^[1], forma de arguição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação de invalidade e, etc.); b) não obstante as distinções, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

Enfim, não há efeitos jurídicos nulos, pois estes efeitos existem ou não. Aliás, já afirmava Pontes de Miranda: “Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável e nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença”. (In: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao CPC, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, t.6, p.141).

O ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito. Nem todo defeito implica em invalidação, pois a lei pode autorizar a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do C.C.) vide a teoria da aparência pode ainda considerar irrelevante o vício, ou ainda, apesar da falha, aproveitar o ato deficiente. Afinal, a invalidação é a consequência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade do ato deve ser vista à luz de sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita, de sorte que o defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato

de consumo ou cláusula leonina ou absolutamente potestativa), ou ser anterior a este (coação, dolo, erro e etc.), mas nunca pode ser posterior. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, mas não a sua validade.

A resolução e a revogação, por exemplo, são causas de extinção do ato jurídico por fato superveniente à sua formação. É evidente que o ato inválido existe e, portanto, pode produzir efeitos. Assim, os atos nulos podem produzir efeitos até a sua desconstituição (é o caso do casamento nulo) e também das invalidades processuais.

Todo ato inválido precisa ser desfeito e não importa o seu grau de invalidade. A invalidação é vista como a *ultima ratio*, ou seja, quando não for possível ignorar o defeito, aproveitando o ato praticado, ou aceitando o ato como se fosse outro (fungibilidade) ou, enfim, determinando sua correção[2].

O juiz irá avaliar se o defeito é irrelevante, se não é possível o aproveitamento do ato como se fosse outro, ou se não é possível corrigir o defeito, somente então o ato deve ser invalidado. A verdade é que o órgão julgador sente profundo mal-estar quando tiver de invalidar algum ato processual.

Não há invalidade processual de pleno direito. Portanto, toda invalidade processual precisa ser decretada. Pois parte-se que todo ato processual é válido *prima facie*. Não há razão para criar tipologias das invalidades. A invalidade é uma sanção e, não há diferença se é aplicada de ofício ou por provocação. Só uma categoria é digna de nota: a invalidade processual.

Há diversas causas de invalidade processual e o regime jurídico de invalidação de atos ou procedimentos processuais nem sempre é o mesmo. Há defeitos processuais que não geram qualquer invalidade. São mínimos e chamados por alguns doutrinadores de meras irregularidades.

É o exemplo: o advogado que realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; quando o escrivão científica ter juntada uma sentença, quando em verdade, se refere à decisão interlocutória; o desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. 207 do CPC).

Há defeitos processuais que geram invalidades que não podem ser decretadas de ofício. São raros esses defeitos, e são estabelecidos com o objetivo de resguardar interesse particular. Normalmente, há previsão legal nesse sentido.

Nesse caso, a invalidade somente pode ser requerida pelo interessado, o silêncio no primeiro momento processual que lhe caiba se manifestar, implicará em preclusão[3]. É o caso de não alegação de convenção de arbitragem.

Como é o caso de invalidade de ato de cônjuge praticado sem consentimento do outro (art. 1.650 do Código Civil). A regra do art. 278 do CPC/2015 que é relevante e ligada a proteção de boa-fé. Impede que a parte guarde a alegação de invalidade, para que em momento futuro, venha denunciá-la, tornando o processo instável. O tema foi bem tratado pelo STJ, terceira turma, REsp 1.372.802/RJ, Min. Paulo de Tarso Sanserino, publicado do DJe 17/03/2014).

Assim se “até mesmo a falta de citação pode ficar sanada pela posterior citação no processo de execução, *a fortiori*, a ausência de mera intimação fica sanada pela intimação realizada em momento posterior”. Já a estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em momento posterior, já foi rechaçada inclusive sob a denominação de “nulidade de algibeira”, pela terceira Turma do STJ.

Os vícios de vontade dos atos processuais das partes também se submetem ao regramento comum de sorte que somente dão ensejo à invalidade se houver provocação neste sentido (por exemplo, a coação e erro podem invalidar a confissão – art. 393 do CPC/2015).

Há invalidades processuais que podem ser decretadas por ofício. E decorrem em geral de defeito do procedimento, como a ausência dos pressupostos processuais (art. 485, terceiro parágrafo do CPC). Em tais casos, pendentes o processo, não há preclusão do poder de invalidar e nem há restrição quanto à legitimidade em suscitá-la tendo em vista que o juiz poderá fazê-lo de ofício.

E, finalmente existem defeitos que levam a invalidade que pode ser decretada de ofício, não tendo impugnação da parte interessada ou prejudicada, no primeiro momento processual que lhe cabia se manifestar, configurará a preclusão. É de difícil identificação, tal defeito.

Deve-se mitigar a regra de que toda a invalidade que pode ser decretada de ofício, possa sê-lo a qualquer tempo, posto que isso comprometa a segurança jurídica e as finalidades do processo.

Vejamos dois casos:

1) O magistrado pode invalidar uma citação ex officio, até por ser um vício transrescisório[4], mas, se o réu apresentar sua resposta, e não se manifestar sobre tal fato, há preclusão da possibilidade de invalidação do procedimento por tal motivo, independentemente da verificação de ocorrência de prejuízo; o magistrado pode reconhecer de ofício a sua incompetência em razão da abusividade de cláusula de foro de eleição, mas somente pode fazê-lo até a oitiva do réu, sob pena de prorrogação de competência.

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver o defeito do ato processual aliado ao prejuízo. Não há nulidade sem prejuízo ou pas nullité sans grief. Mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas nulidades absolutas.

Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade não basta a violação de norma constitucional para que o prejuízo se presuma. O prejuízo, decorrente do desrespeito a uma norma, deverá ser demonstrado caso a caso.

Consagra o art. 277 do CPC o chamado princípio da instrumentalidade das formas[5], assim será válido o ato se, realizado de outro modo, mas lhe alcançar a finalidade.

O art. 281 do CPC, segunda parte, a mesma linha de raciocínio, temperando o princípio de causalidade: “a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela seja independentes”. O ato não

será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

O não menos importante há o art. 283 do CPC[6] que se dedica totalmente ao tema. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Assim, ressalva o parágrafo único que: dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

A falta de intervenção do Ministério Público[7] implica em nulidade do procedimento a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado (art. 279, *caput* e primeiro parágrafo do CPC/2015). Nesses casos, a participação do MP é considerada como pressuposto processual sendo objetivo intrínseco de validade.

A nulidade somente pode ser decretada após a intimação do Ministério Público que se manifestará sobre a existência ou inexistência de prejuízo (art. 279, segundo parágrafo do CPC/2015).

A decretação de nulidade por falta de intervenção do MP deve ocorrer em consonância com diversas outras regras que norteiam os sistemas de invalidades do processo civil brasileiro.

Daí ter o Enunciado 42 do ENTA (Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada) prever que a intervenção da Procuradoria da Justiça, no segundo grau de jurisdição evita a anulação desde que não demonstrado prejuízo do interesse tutelado[8].

Também não se invalida o procedimento por falta de intervenção do MP, quando a decisão for favorável ao incapaz, cuja presença em juízo é o motivo da intervenção do MP (art. 178, II do CPC).

Também só se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo. Assim como a invalidação deverá se restringir ao mínimo necessário.

O princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, que se aplica sempre sendo o princípio da fungibilidade dos meios processuais a autêntica norma de conversão do ato nulo já consagrada no direito brasileiro (art. 170, do Código Civil).

Há regras específicas sobre a fungibilidade da tutela de urgência (art. 305, parágrafo único do CPC) e as que se referem aos recursos extraordinários (art. 1.032 e 1.033 do CPC).

Quase a totalidade dos defeitos pode ser sanada^[9]. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, o defeito é sanável.

O art. 938, primeiro parágrafo do CPC/2015 ratifica esse princípio ao concretizá-lo no âmbito do tribunal, já em julgamento de recurso. Há duas exceções a essa regra: a) a falta de interesse de agir (o que se torna não suprível a falta de utilidade ou necessidade do processo); b) a intempestividade do ato processual.

O STF e STJ poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção, desde que não repute grave.

Além de poder ser sanado com repetição do ato ou a simples correção, o defeito pode ser sanado:

a) Pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de requerer a invalidade;

b) Pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do CPC), neste caso, cumpre verificar se o defeito processual transformou-se em hipótese de rescindibilidade da decisão judicial (art. 966 do CPC);

c) Ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida. Sendo irrelevante a existência do defeito que possam invalidá-la.

Perceba-se que não há propriamente correção do defeito em tais hipóteses. Estes remanescem, mas se tornam inaptos de servir de fundamento para invalidade processual.

Mesmo nos casos de ausência de citação ou a citação defeituosa^[10] que gerou revelia, vícios transrescisórios, que permitem a invalidação da decisão judicial há possibilidade de suprimento de defeito pelo comparecimento do réu ao processo^[11] (art. 239, primeiro parágrafo do CPC).

Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu, citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado estará o vício, pela preclusão.

Há invalidade do procedimento e a invalidade de cada um dos atos do procedimento. A nulificação do processo está

condicionada ao não preenchimento dos requisitos de admissibilidade do processo (pressupostos processuais). São os chamados vícios de fundo segundo Teresa Wambier.

Inadmissibilidade é o *nomen iuris* da sanção de invalidade de procedimento ou do ato postulatório. Essa concepção deve ser aplicada a qualquer procedimento (principal ou incidental), de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de procuração de prova, reconvenção, denúncia da lide, conflito de competência e, etc.).

Cada um dos atos de procedimento tem os seus próprios requisitos de validade. A invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (é a regra da causalidade normativa) impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação do todo o procedimento (ato jurídico complexo).

Os atos praticados anteriormente a nulificação não são afetados, porquanto já executados. O art. 281^[12], primeira parte do CPC/2015, consagra o princípio da causalidade ou da concatenação e da interdependência dos atos processuais.

Os atos posteriores somente serão desfeitos se dependerem do ato invalidado. O juiz terá de fundamentar a razão pela qual desfaz o ato posterior.

O estudo das invalidades processuais abrange não somente os defeitos relevantes (aptos a gerar a invalidade) dos atos

processuais, mas, também, os defeitos de todo o procedimento. Em ambos os casos, há invalidade processual, que deve seguir todo regime jurídico.

Admite-se que o juiz possa, apesar do defeito do procedimento (como a falta de pressuposto processual de validade) em certos casos poderá ignorar, e avançar no mérito e até a pretensão do demandante. Isso não causaria prejuízos ao demandado, muito ao contrário.

Mesmo diante de um defeito que gera a nulidade do processo (nulidade absoluta) na linguagem comum dos doutrinadores, o juiz estará autorizado a desconsiderá-lo e evitar a nulidade.

E, se puder aproveitar o ato sem causar prejuízo à parte que se beneficiaria com a nulificação (art. 282, segundo parágrafo do CPC/2015).

A regra é reforçada pelo art. 428 do CPC/2015. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485 do mesmo diploma legal.

É distinto o regime de invalidação dos atos do juiz do sistema de qualificação dos atos dos demais sujeitos processuais. A decisão judicial defeituosa deve ser invalidada por meio da interposição do recurso, pelo qual se alegue *error in procedendo*.

A não impugnação da decisão defeituosa implica em preclusão ressalvada regra em sentido contrário. (Vide art. 485, terceiro parágrafo do CPC/2015).

É possível pedir a invalidação da decisão que encerra certo procedimento em certo grau de jurisdição, quando é possível pedir a invalidação da decisão por simples petição dirigida ao próprio juízo que a proferiu, que poderá desfazer a sua decisão (é o que acontece com o reconhecimento de impedimento que pode ocorrer *ex officio*).

Após o encerramento da instância ainda é possível haver a correção dos defeitos da decisão dos defeitos da decisão no julgamento de embargos de declaração ou em razão de erro material (art. 494 do CPC/2015).

Após o término do processo, com o surgimento da coisa julgada, a decisão somente poderia ser desfeita por ação rescisória (art. 966 do CPC/2015). Pois a coisa julgada material transforma o defeito em hipótese de rescindibilidade, mas decorrido in albis o biênio decadencial, a decisão defeituosa não mais poderá ser desfeita.

A ação rescisória, no direito pátrio, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua validade (art. 966, incisos II e IV) e à sua justiça (art. 966, incisos VI e VII). Não é correto estabelecer fidelidade entre a ação rescisória e a invalidade.

Há no direito brasileiro existem apenas duas hipóteses de decisão judicial existente que pode ser invalidada após o prazo de

ação rescisória, decisão proferida ao desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia quer porque não fora citado, ou fora citado de maneira defeituosa (art. 525, § 1º, I e art. 525, I do CPC/2015).

Mediante os chamados vícios transrescisórios^[13] impugnam-se a decisão judicial, por meio de ação de nulidade, denominada *querela nullitatis*, que se distingue da ação rescisória, não só pela hipótese de cabimento ser mais restrita, como também por ser imprescritível e deve ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é o caso da ação rescisória). Ambas, porém são ações constitutivas.

E pode fazer a impugnação à sentença seja através de impugnação do cumprimento de sentença; a ação imprescritível de nulidade de sentença; exceção de não-executividade;

É importante a ressalva, pois a hipótese do art. 525, §1º, I do CPC/2015, refere-se à sentença que reconhece a existência de obrigação, e que, portanto é título executivo.

Sentenças constitutivas ou declaratórias (sem eficácia executiva) que padecessem de tal vício, não poderiam ser invalidadas pela impugnação, porque a execução não haveria.

Com relação aos atos das partes se distingue o modo de sua invalidação pela existência ou não da coisa julgada material. Se existir coisa julgada, os atos das partes tornam-se invulneráveis, não podendo mais ser invalidados.

A eficácia preclusiva da coisa julgada torna anódina a apreciação da validade de tais atos jurídicos, ressalvadas as

hipóteses em que isso for relevante para destituir a própria coisa julgada, como nos casos do inciso III do art. 966 do CPC/2015.

Por outro lado, se não há coisa julgada, o ato processual da parte pode ser invalidado, se não tiver havido preclusão, de ofício, quando for o caso, ou a partir da simples petição dirigida ao juiz da causa (ao relator, ad referendum do colegiado a que pertença, quando processo estiver em tribunal).

Não é necessário o ajuizamento da demanda judicial com objetivo específico, ressalvada a hipótese legal expressa que exija a propositura de ação autônoma.

A doutrina não costuma tratar da invalidade de ato processual da parte. Mas não se justifica, pois pensemos em dois exemplos muito frequentes: o indeferimento da petição inicial ou do recurso, que não preencheu seus requisitos de validade, e a nulidade do ato praticado sem capacidade processual.

Aliás, o EOAB reputa nulo o ato privativo de advogado praticado por quem não o seja. Além disso, o art. 393 do CPC/2015 expressamente autoriza a invalidação da confissão, ato exclusivo da parte.

Infelizmente, costuma-se adotar o dogma da irrelevância da vontade na prática dos atos processuais, o que é injustificável, pois parte da premissa não justificada sobre a inexistência de negócios processuais.

Questiona-se: uma demanda simulada ou promovida por coação ou dolo não pode ser invalidada? Isto significa que terá de

produzir seus efeitos necessariamente, sem a possibilidade de, como ato jurídico ser desconstituída? Não há nada no sistema jurídico brasileiro que autorize essa interpretação.

A vontade é relevante no processo civil e os atos da parte são atos jurídicos como quaisquer outros. Desta forma, aplica-se ao ato processual da parte a regra do art. 166 do Código Civil.

Tal observação é, ainda, importantíssima em um sistema que estimula a negociação processual. Nada impede que se exija o ajuizamento de ação autônoma para invalidar o ato processual.

Se, não há a coisa julgada e, o processo, já se encerrou, é possível o ajuizamento de ação de invalidação. Os atos processuais dos auxiliares do juiz são invalidados pelo magistrado da causa, o que inclui o relator, ao *referendum* do colegiado a que pertença, quando o processo tramitar em tribunal nos próprios autos, e no mesmo processo, sem necessidade de ação autônoma com esse objetivo, ex officio ou a requerimento da parte interessada. É o caso do pedido da invalidação da penhora, da citação ou do ato praticado por delegação nos termos do art. 203, §4º do CPC.

Existem três normas fundamentais sobre o processo civil com relevante influência na decretação das invalidades processuais. São estas: proporcionalidade (devido processo substancial), eficiência e cooperação.

É curial verificar a relação de adequação-necessidade e razoabilidade entre o defeito do ato processual e a sanção da invalidade, que dele, é consequência.

Na avaliação da gravidade do defeito, também é indispensável ponderar a invalidação do ato do procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável.

Na verdade, a proporcionalidade deve ser observada, principalmente na própria análise da gravidade do defeito. O princípio da eficiência está muito ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais.

Muitas regras recomendam que o juiz procure extrair o máximo de eficácia dos atos defeituosos, para se evitar a desnecessária repetição.

O princípio da cooperação aplica-se ao sistema de invalidades processuais. Revela-se facilmente quando o juiz cumpre o seu dever de prevenção que lhe impõe a conduta de advertir às partes sobre os defeitos processuais de seus atos, dando-lhes prazo para correção do defeito e, indicando o modo como o defeito deve ser sanado.

Como lembrança, cabe ressaltar o dever do magistrado de apontar o defeito para petição inicial antes de indeferi-la, exatamente para que a parte autora possa exercitar o seu direito de emenda do instrumento da demanda (art. 321 do CPC).

Vige também o princípio da boa-fé objetiva que proíbe o *venire contra factum proprium* (que é o comportamento contraditório) que ocorre quando se exerce posição jurídica em franca contradição com o comportamento anteriormente da mesma pessoa diferidos no tempo, senão o primeiro (o *factum*

proprium) contrariado pelo segundo ato. Trata-se de produção à deslealdade.

No tratamento positivo dado à preclusão que significa a perda de poder jurídico processual ou faculdade processual, a doutrina se refere à preclusão lógica que consiste na impossibilidade da parte em praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão de incompatibilidade existente com aquilo que a parte procedeu como conduta anterior.

Enfim, consagra-se pela preclusão lógica a regra *nemo potest venire contra factum proprium*. O novo CPC prevê o art. 276 que prevê. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida por quem lhe deu causa. O enunciado se aplica às nulidades relativas ou anulabilidades processuais.

O ato processual é espécie de ato jurídico, sendo que a lei estabelece determinada forma para a sua prática cuja inobservância pode gerar a ineficácia, nulidade ou inexistência do ato processual.

Assim ao não observar a forma prevista em lei para o ato processual, configura-se um ato viciado, defeituoso, atípico, contrário às previsões legais. A consequência da imperfeição do ato guarda íntima relação com a natureza e a gravidade do vício, além da própria natureza do ato processual.

É curial sublinhar que não cabe confundir os conceitos de existência, a validade, eficácia do ato processual.

O plano da existência deve ser o primeiro plano a ser analisado, considerando-se que para o ato processual não existir juridicamente, não passará de mero fato, não podendo ter qualquer validade. E, no que se refere aos efeitos, o direito processual civil afasta-se significativamente do direito civil, sendo plenamente possível que um ato processual inexistente gere efeitos como se existente e válido fosse, somente cessando tal eficácia, quando da declaração judicial do vício.

Imagine-se uma sentença proferida por um juiz aposentado, em nítido caso de inexistência do ato processual (quando, por exemplo, faltou o pressuposto processual subjetivo da investidura). A parte vencedora poderá executar tal sentença, e caso o executado nada alegue é possível imaginar tal execução chegando ao seu final com a satisfação do direito do exequente. Enquanto não existir a decisão que declare o ato inexistente, portanto, é correto afirmar-se que mesmo o ato inexistente gera efeitos.

Conforme afirma parte da doutrina, os atos processuais com defeitos dessa ordem não produzem efeitos porque em si mesmo não os têm, ou porque o resultado desejado encontra barreiras jurídicas tão sólidas que, de modo absoluto, impedem sua produção.

É certo que mesmo os atos inexistentes juridicamente, por simples existência fática, poderão gerar efeitos. Por outro lado, também é verdade que existem atos juridicamente inexistentes

que não geram efeitos, antes mesmo de sua declaração judicial como a sentença sem dispositivo.

Somente se chegará ao plano da validade quando se ultrapassa o plano da existência aferindo-se a validade do ato jurídico processual desde que exista juridicamente. O ato inválido é o ato viciado, que não vale em razão de sua imperfeição formal, mas pode gerar efeitos.

Ato que não gera efeitos é ato ineficaz, e, conforme visto no processo civil, todos os atos são eficazes, independente de sua regularidade ou imperfeição, sendo que os viciados somente gerarão efeitos até que sejam declarados por decisão judicial atos nulos e inexistentes.

É relevante consignar que qualquer que seja o vício do ato processual, o mesmo somente não será apto, ou deixará de produzir efeitos, após decisão judicial que reconheça tal imperfeição do ato. Significa afirmar que no direito processual não existe a figura do ato jurídico nulo de pleno direito, que desde o momento de sua prática não gera efeitos, sendo todos os atos meramente anuláveis, já que sempre dependem de decisão judicial a reconhecer o vício, somente deixando de produzir efeitos após a prolação da decisão.

É possível, em razão de tal regra, inclusive imaginar situação em que ato viciado (frise-se, qualquer espécie de imperfeição) gere efeitos eternamente, como se válido fosse, bastando para tanto

não existir decisão judicial que ateste o vício, declarando-o nulo ou até mesmo juridicamente inexistente.

Igualmente importante é diferenciar o vício do ato processual com sua nulidade que representa a consequência natural da inadequação de confundir objeto e efeito de um mesmo fenômeno processual – até mesmo porque nem sempre a ocorrência desse fenômeno gerará o efeito programado a ele por lei.

Da mesma forma, a revelia não se confunde com seus efeitos que são aspectos diferentes do fenômeno consubstanciado na ausência jurídica de contestação que, se é fato suficiente para gerar a revelia, dependerá de outras circunstâncias para gerar seus efeitos (lembre-se de quando se tratar de direito indisponível para que o efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor não seja gerado).

O ato viciado corresponde ao ato imperfeito, ou seja, o ato que fora praticado com defeito, pois houve desrespeito à forma legal prevista expressamente para sua prática. Afinal, todo ato processual tem um objetivo e um resultado pretendido pela parte que o pratica, a lei assegurada às partes que, praticado o ato dentro das formalidades legais, o efeito legal será gerado e o objetivo pretendido alcançado.

Nota-se que a formalidade é relevante no sistema processual, pois representa a segurança jurídica à parte que,

respeitando as formas[14] legais, garantindo-se de antemão que se conseguirá atingir seus objetivos.

O réu já sabe antecipadamente que caso sua contestação for formalmente perfeita, evitará a revelia e tornará os fatos alegados pelo autor controvertidos, a parte sabe que, se apelar da sentença cumprindo as exigências formais, evitará o trânsito em julgado, e assim por diante.

Da mesma maneira que a lei garante que o respeito à forma legal leva à geração dos efeitos legais e à obtenção do resultado pretendido por quem o praticou, o que justifica a criação da sanção processual a ser aplicada para a parte que descumpra a forma legal na prática do ato, que é chamada de nulidade.

O desrespeito à forma[15] é suficiente para a configuração de um ato defeituoso, e que em regra esse desrespeito com a forma é sancionado pela nulidade, que impedirá que o ato processual gerasse os efeitos previstos em lei e, por consequência, que a parte que o praticou alcance o objetivo pretendido. A doutrina afirma que nesse caso o ato defeituoso será um ato inválido ou atípico.

Portanto o ato viciado não se confunde com o ato nulo, sendo o primeiro apenas o ato defeituoso, enquanto o segundo é o ato defeituoso atingido pela nulidade. A distinção fica mais visível quando se perceber que, apesar de binômio “ato defeituoso-nulidade” ser a regra de nosso sistema, nem sempre um ato imperfeito gera a nulidade, ou ainda, gera diferentes formas de nulidade.

O sistema processual pode excluir certas espécies de vícios do âmbito das nulidades, é o que ocorre com a mera irregularidade, que apesar de tomar o ato defeituoso nunca gera a nulidade do ato. Ademais, podem ser criadas exceções na praxe forense, como ocorre na aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

Na instrumentalidade das formas^[16] apesar de se reconhecer que o ato seja defeituoso, porém, por escolha do legislador no sentido de não impor formalismo exagerado, afasta-se a nulidade do ato, permitindo-se que este gere normalmente seus efeitos e, que a parte que o praticou venha atingir o objetivo almejado, desde que não exista prejuízo.

Note-se que na aplicação do referido princípio, não se considera a convalidação do vício ou ainda com a sua retificação, mas simplesmente reconhece-se que o ato é defeituoso, mas não deve gerar nulidade, o que o faz em termos de eficácia com ato idêntico ao praticado em respeito às formalidades legais.

Por outro viés, a gravidade do dano determina a forma pela qual a nulidade é procedimentalmente disciplinada: quem pode alegar, em qual momento, de que maneira, e, etc. Eis a justificativa porque as diferentes espécies de vícios primeiramente levam à geração ou não nulidade; e num segundo momento, determinam o tratamento procedimental dessa nulidade. Resta evidenciada, portanto, a importância crucial da distinção entre o ato viciado e a nulidade.

Boa parte da doutrina considerando a gravidade do vício e a natureza do ato processual divide as imperfeições em quatro categorias: meras irregularidades, nulidades relativas, nulidades absolutas e inexistência. Porém, tal classificação não é pacífica.

Calmon de Passos sobre o tema entendeu incorreta a diferenciação da nulidade absoluta e relativa ou da nulidade e da anulabilidade, que gerariam vícios sanáveis ou insanáveis. Para o sistema brasileiro existem somente dois tipos de atos: os perfeitos e os defeituosos, também chamados de atos atípicos porque desviados do tipo legal. Os atos defeituosos podem sofrer a sanção da nulidade, desde que satisfeitas algumas exigências legais, quando então se tornarão ineficazes.

Há quem proponha a classificação fundada em nulidades de forma e de fundo, além de admitir as meras irregularidades e os atos juridicamente inexistentes. As nulidades de forma são em regra relativas, somente sendo absolutas, quando expresso em lei, havendo nesse caso a presunção absoluta de prejuízo.

Por outro lado, as nulidades de fundo são as consubstanciadas em vícios referentes às condições da ação, pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos processuais negativos que correspondem sem as nulidades absolutas. Trata-se de uma classificação original, mas que não destoia muito da classificação adotada que aponta nulidades relativas e absolutas.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves não existe no processo norma que proteja o interesse das partes, sendo todas estas imperativas ao disciplinar a atuação jurisdicional e a participação das partes durante o procedimento processual.

Desta forma, não se admite a clássica distinção em nulidade relativa e nulidade absoluta. Mas, sim as nulidades cominadas e não cominadas, sua distinção não reside nos efeitos que sua declaração produz, tampouco no grau de gravidade do vício, tão somente na legitimação para sua arguição e no momento adequado para sua alegação.

Marinoni e Mitidiero afirmam com razão que qualquer classificação se mostra inadequada, sustentando que o ato somente será nulo quando a infração vier a comprometer os fins de justiça no processo, frustrando o alcance de sua finalidade ou causando prejuízo. Do contrário, o ato é válido.

O art. 277 do CPC/2015 prevê a hipótese de nulidade absoluta cominada que é a ausência de intimação do Ministério Público nos processo em que deve participar como fiscal da ordem jurídica.

A novidade ficou por conta do segundo parágrafo do mesmo artigo, ao prever que a nulidade somente será decretada após a intimação do MP, que se manifestará sobre a existência ou não do prejuízo.

Assim, o dispositivo criou uma regra formal para a decretação da nulidade e que se for descumprida gera uma nulidade absoluta.

Deixa claro, portanto que só haverá anulação se demonstrado o prejuízo em face da ausência do MP no processo, consagrando, implicitamente o princípio da instrumentalidade^[17] das formas.

Apesar de ser imprescindível a intimação do MP para a referida decretação de nulidade, a decisão é do juízo que analisará e concluirá se a ausência realmente gerou ou não prejuízo no caso concreto.

A análise da persistência dos defeitos nos atos processuais tem grande ligação com o atingimento de sua finalidade prática. E o Código Fux superou assim o Código Buzaid, pois enquanto que este permitia a saneabilidade de atos processuais quando envolvida formalidade sem cominação de nulidade, o CPC/2015 realizou proposital omissão da expressão “sem cominação de nulidade”, possibilitando assim a regra geral de saneabilidade de todo e qualquer ato processual desde que atingida sua finalidade.

E, o Enunciado 279 do IV FPPC expressa claramente tal entendimento: “O CPC adota como princípio a saneabilidade dos atos processuais defeituosos”.

O CPC/2015 ainda divide as nulidades em absolutas e relativas, sendo que a referida divisão se dá pela possibilidade ou não de serem reconhecidos de ofício e cobertas pela preclusão.

As nulidades relativas devem ser arguidas na primeira oportunidade em que a parte pude se manifestar nos autos após sua ocorrência, sob pena de não mais poderem ser suscitadas. Ressalte-se que o magistrado sobre tais nulidades não poderá conhecer sem a iniciativa da parte.

Já quanto às nulidades absolutas, entre estas, a falta de pressupostos processuais positivos, a presença de pressupostos negativos e condições da ação, podem ser aventadas a qualquer momento, posto que não precluem, bem como podem ser conhecidas de ofício. Mas, ainda que se trate de nulidade absoluta a decretação de nulidade pode ser obstada pela aplicação da boa-fé objetiva (arts. 5 e 276 do CPC/2015) e ainda pelo atingimento de sua finalidade (art. 277 do CPC/2015).

O Código Fux deu passo firme e decisivo pela preponderância do mérito (vide arts. 4,6, 139, inciso IX, 317, 321, 352,932, parágrafo único, 938, primeiro parágrafo, 1.007, 1.013, 1.029, terceiro parágrafo e 1.033 do CPC/2015).

Referências:

ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 15ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.3. Rio de Janeiro Forense, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FUX, Luiz (coordenador). O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. (Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Novo Código de Processo Civil. Comparado e Anotado. Niterói- RJ: Impetus, 2015.

JÚNIOR THEODORO, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2ª edição.
Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2 Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo (Coordenador). Questões Processuais do Novo Código Civil. São Paulo: Minha Editora. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao CPC, tomo 6, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998;

MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo civil: modificações substanciais. Com a revisão e colaboração de José Herval Sampaio Júnior. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 7ª edição. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Volume 1.15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4.ed. São Paulo: RT, 1997.

_____ et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

NOTAS:

[1] A parte que não alegar a nulidade, em virtude de uma circunstância legítima que tenha servido de óbice, não resta alcançada a preclusão. O art. 278 do CPC/2015 não deixa de ser um desdobramento da boa-fé objetiva, no que absolve a parte da preclusão fundada no *ad impossibilia nemo tenetur* – ninguém está obrigado ao impossível.

[2] Tanto correção como correção, pois em comum o significado: o ato de corrigir algo. Porém, podem ter diferentes empregos, a depender de certas particularidades. Correção também pode significar virtude (a virtude de ser correto). A correção também pode significar a função do corregedor da Justiça.

O termo correição com base em um dos principais dicionários da Língua Portuguesa, de autoria de Aurélio Buarque de Holanda, que apresenta os seguintes sentidos: 1. Ato ou efeito de corrigir, correção; 2. Função administrativa, em via de regra de competência do Poder Judiciário, exercida pelo corregedor; 3, Vista do corregedor às comarcas, no exercício de suas atribuições.

A correição está relacionada ao exercício do poder disciplinar que para Hely Lopes Meirelles seria a faculdade de punir internamente as infrações disciplinares dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração Pública.

[3] A preclusão foi um dos institutos processuais que sofreu significativa alteração com o Código Fux, inclusive na sua tríplice configuração (vide o art. 223 do CPC/2015). Há dúvida quando da ausência da preclusão imediata das questões, pela impossibilidade de agravo e sua consequente devolução no âmbito do recurso de apelação (art. 1.009, primeiro parágrafo), o que não desonera a parte do dever de suscitar imediatamente a nulidade, principalmente a relativa. A regra cardinal é a constante no art. 507 do CPC/2015. Conclui-se que a preclusão não fora expungida da sistemática processual brasileira, apenas se protraiu sua ocorrência em algumas hipóteses (o que fez gerar a chamada “preclusão elástica” vide os arts. 223 e 1.009, primeiro parágrafo do CPC/2015).

[4] São vícios que afetam o processo de tal maneira, e atacando pontos tão relevantes, que acabam por se projetar para além do prazo da ação rescisória. É o caso em que se tenha a execução de sentença contra réu revel, mas que não fora citado no processo, ou ainda, sua citação não fora válida. Ocorrendo tal caso, a impugnação funcionará como *querela nullitatis*, ou

seja, dar-se-á a impugnação da sentença por um vício formal transrescisório. Existem vícios que fazem da sentença ato jurídico inexistente. São sentenças inexistentes: sentença prolatada por um não juiz, sentença não redigida (art. 164 do CPC/73), sentença não assinada (art. 164 do CPC/73), sentença não publicada (art. 463 cc. 564 do CPC/73) e sentença proferida em processo nos quais inatendidos os elementos de existência.

[5] O princípio da instrumentalidade das formas, que rege a validade dos atos processuais em geral subordina-se a dois outros princípios que condicionam a sua admissibilidade: o da finalidade do ato e o da ausência de prejuízo. Sob essa visão, conforme ressalta Bedaque, no âmbito do direito processual, ganha relevo na análise do tema das nulidades dos atos processuais o princípio da instrumentalidade das formas.

[6] A conservação dos atos processuais desde que não implique em prejuízo e sendo realizadas as adaptações eventualmente necessárias. O que confirma a instrumentalidade das formas e nem implique em redução das garantas processuais.

[7] Atuando como fiscal da ordem jurídica, a nulidade prevista no art. 279 do CPC/2015 é relacionada à ausência da intervenção do Ministério Público nos casos capitulados no art. 178 do CPC/2015, *como custos legis*. Mas, figurando como parte, a não intimação do MP viola o contraditório e ampla defesa e o tratamento paritário dos sujeitos processuais (vide arts. 7, 9, 10 e 139 do Código Fux). Verificada a nulidade, a medida natural é o retorno ao elo carcomido (ato processual viciado), para o fim de substituí-lo e refazer a corrente dos atos processuais. (*In*: GAJARDONI; DELLORE;

ROQUE; OLIVEIRA JR. Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015, Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015, p.812-813).

[8] (Vide em: DIDIER JR, F. As invalidades dos atos processuais no processo civil brasileiro. Disponível vem

<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro/> Acesso em 01.08.2015).

[9] Não se pode confundir a saneabilidade dos vícios após o trânsito em julgado da decisão com a convalida o dos atos viciados dentro da mesma rela o processual. Afinal existem os atos viciados que podem e os que não podem ser convalidados, ou mesmo as nulidades sanáveis e as insanáveis, conforme prefere cogitar maior parte da doutrina.   tradicional afirmar que os atos absolutamente nulos são inconvalid veis, ao revés dos relativamente nulos, que podem ser convalidados. Até mesmo dentro da mesma rela o processual também poderá ocorrer a corre o de ato processual viciado pela interposi o do recurso cabível contra a sentença, quando será determinado que seja o ato, reconhecido como nulo, e novamente praticado de forma regular, ou o órgão julgador ad quem corrigir  o vício.

[10] Um dos mais graves vícios que pode contaminar o processo   a ausência ou irregularidade na comunica o da parte, com implica o direta no contraditório e na ampla defesa. Tanto a convoca o inicial para integrar a rela o jurídica processual, como também a cientifica o dos atos e termos do processo devem observar os requisitos estabelecidos na lei processual.

[11] Apesar da gravidade do vício   permitida a supera o do vício pelo comparecimento espontâneo do réu. Assim garante-se ao processo a

estrutura essencialmente dialógica, com substrato na comparticipação e no policentrismo decorrentes da aplicação dinâmica do contraditório (arts. 6 e 9 do CPC/2015). E, o provimento jurisdicional é construído com amparo na manifestação das partes, considerando detidamente seus argumentos.

[12] Compreendido o processo numa dimensão ideal, podemos perceber uma relação de causa e efeito entre as nulidades ocorridas, bem como sua repercussão na cadeia de atos processuais, com a consequente cominação dos atos posteriores. Exemplificando didaticamente: a contestação depende da petição inicial, sendo pressuposta pela manifestação (art. 350 do CPC/2015). Tal influência recíproca dos atos processuais que formam a cadeia processual tem como consequência de que o vício de um contamina e é compartilhado com o outro, o vício de um ato processual, em geral, projeta-se por toda a cadeia.

[13] São aqueles vícios que afetam o processo de forma tal, atacando pontos tão importantes, que acabam por se projetar para além do prazo da ação rescisória. Como exemplo, tem-se a execução de sentença contra réu revel que não foi citado no processo, ou sua citação não foi válida. É a hipótese do art. 475-L, I do CPC: A impugnação somente poderá versar sobre: I falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005). Quando tal hipótese ocorrer, a impugnação funcionará como *querela nullitatis*, ou seja, impugnação da sentença por um vício formal transrescisório.

Cabe, por oportuno, apontar que não sendo o crédito impugnado nesse ponto com base na citação não válida ou inexistência de citação, ocorrerá preclusão consumativa da alegação.

[14] Destaque-se que o formalismo, ao contrário do que se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, neste contexto, do seu poder organizador e ordenador, a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sob o aspecto negativo, sublinhe-se que o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo. Ressalta o culto ao processo e o exagerado formalismo no emprego da técnica processual, esquecendo-se da condição instrumental do processo e de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.

[15] As formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência e a sua escrupulosa observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e de respeito aos direitos das partes. Para Fazzalari a forma do ato processual, em sentido estrito, é o seu modo de aparecer na realidade. Assim, a forma, em sua acepção estrita, de revestimento externo ou invólucro do ato processual, afasta toda e qualquer inferência externa, tais como tempo e lugar, bem como o conteúdo do ato processual.

[16] A liberdade das formas, entretanto, não pode ser confundida com o arbítrio. O que se pretende é “demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização.” Para tal torna-se imperiosa a mudança na postura de atuação do juiz com vistas à prevalência dos princípios constitucionais que norteiam o processo com destaque para os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. “Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida

da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem funções a cumprir”. Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para ampara o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção de resultados e, portanto, da validade do ato.

[17] Dinamarco adverte que a instrumentalidade do processo não pode ser confundida com a instrumentalidade das formas estando esta abarcada pela Teoria do Processo disciplinando a forma dos atos e os seus possíveis vícios. As formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido.

OS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

ANALICE NOGUEIRA SANTOS CUNHA:
Advogada. Mestranda em Direito Público pela UFBA.
Especialista em Direito do Estado pelo Instituto de
Ensino Jurídico e Concursos Públicos - JusPODIVM,
e Pós-graduanda em Gestão Estratégica em Políticas
Públicas pela Universidade Estadual de Campinas-
UNICAMP.

RESUMO: A partir do pressuposto de que o conceito constitucional de participação compreende a capacidade da população de intervir nas decisões de interesse da coletividade, busca-se seus contornos constitucionais na forma de governo republicana e no regime político democrático, bem como nos mecanismos e instâncias participativas, previstos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Participação popular - Constituição Federal - República- Estado Democrático de Direito.

INTRODUÇÃO

A participação popular é um tema que está na ordem do dia, afinal nos últimos anos o Brasil tem sido cenário de diversas expressões da participação, seja de forma institucionalizada nos órgãos colegiados de políticas públicas, ou fora da estrutura estatal, em manifestações públicas organizadas pelos movimentos sociais, por exemplo.

Nessa conjuntura, torna-se relevante a compreensão acerca da participação por meio de uma análise que inclua seus contornos jurídicos, especialmente aqueles previstos na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, busca-se dentro das diversas acepções possíveis, qual o sentido constitucional da participação. Essa adesão a uma concepção específica fica evidente quando se recorre à forma de governo e ao regime político instituídos no texto constitucional.

Assim, para operacionalizar a participação foram colocados à disposição pela Constituição diversos mecanismos e oportunidades em que a sociedade civil poderá exercer seu poder soberano para além da escolha de seus governantes.

2. UM SENTIDO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPAÇÃO

A participação pode ter diferentes significados, dimensões e campos de atuação. É uma palavra que "dependendo da época e da conjuntura histórica, ela aparece associada a outros termos, como democracia, representação, organização, conscientização, cidadania, solidariedade, exclusão e etc". (GOHN, 2011, p. 16)

O tema da participação "pode ser observado nas práticas cotidianas da sociedade civil, quer nos sindicatos, nos movimentos, quer em outras organizações sociais, assim como nos discursos e práticas estatais, com sentidos e significados completamente distintos". (GOHN, 2011, p. 16)

A versatilidade da palavra "participação", tendo em vista seu emprego por diferentes pessoas e sua aplicação em variadas situações, faz com que seja importante estabelecer o seu conteúdo preciso e significativo para a democracia brasileira.

Vários são os teóricos que conferem centralidade à questão da participação e fundamentam o sentido que lhe atribuem. Ao sua iniciar sua análise acerca do termo “participação” Bordenave (1994) destaca seu oposto: a não participação, isto é, a marginalidade. Não participar, estar à margem, significa estar excluído de um processo sem nele intervir.

Por conseguinte, “participar” etimologicamente vem da palavra “parte”, seria portanto fazer parte, tomar parte, ter parte. Nesse ponto, o autor alerta para uma importante distinção entre estas expressões, uma vez que é possível fazer parte, sem tomar parte. “Em harmonia com esse conceito, se uma população apenas produz e não usufrui dessa produção, ou se ela produz e usufrui mas não toma parte na gestão, não se pode afirmar que ela participe verdadeiramente” (BORDENAVE, 1994, p. 25).

É preciso ter em vista também o fato que a participação é uma necessidade humana. Bordenave (1994, p. 11-16) salienta que a participação “é inerente à natureza social do homem [...] sempre tem acompanhado -com altos e baixos- as formas históricas que a vida social foi tomando”.

Nesse sentido, aponta Dallari (1999, p.16-17):

[...] o ser humano não é apenas um animal que vive, é também um animal que convive, ou seja, o ser humano sente necessidade de viver mas ao mesmo tempo sente também necessidade de viver junto com outros seres humanos. E como essa convivência cria sempre a possibilidade de conflitos é preciso encontrar uma forma de organização social que torne

menos graves os conflitos e que solucione as divergências, de modo que fique assegurado o respeito à individualidade de cada um. Ao mesmo tempo, é preciso lembrar que todos os seres humanos são essencialmente iguais por natureza, em consequência, não será justa uma sociedade em que apenas uma parte possa decidir sobre a organização social e tenha respeitada a individualidade.

Diante da constatação de que há diversas formas de compreender a participação, GOHN (2011) explica que concepção de uma participação democrática envolve o exercício da soberania popular dentro e fora de espaços institucionalizados de participação.

A soberania popular é o princípio regulador da forma democrática: a participação é concebida como um fenômeno que se desenvolve tanto na sociedade civil - em especial entre os movimentos sociais e as organizações autônomas da sociedade; quanto no plano institucional- nas instituições formais políticas. (GOHN, 2011, p. 19-20)

A despeito disso, nesta vertente, a eleição de representantes ainda é a principal forma de participação, bem como uma determinada hierarquia no interior do Estado deve ser respeitada e mantida.

Mas há também há um tipo de participação revolucionária ou radical, como explica GOHN (2011), que pode se efetivar dentro dos canais

estabelecidos pelo ordenamento em vigor, mas também em instituições paralelas, para questionar a divisão do poder político e as relações de dominação existentes. Assim, essa aceção é defendida por teóricos que buscam substituir a democracia representativa por outro sistema, como a democracia participativa.

Sob essa inspiração, podemos afirmar que o processo participativo é plural, coletivo, permanente e pedagógico. Nele há uma diversidade de experimentos sociais e de sujeitos envolvidos, na qual as múltiplas formas de associações e os movimentos sociais são tão relevantes no processo participativo quanto os partidos políticos. Nos processos que envolvem a participação popular, os indivíduos são considerados "cidadãos". A participação articula-se, nessa concepção, com o tema da cidadania. (GOHN, 2011, p. 22)

Tendo como norte esse ponto de vista, é possível afirmar que a participação prevista no texto constitucional vai além da “recepção passiva dos benefícios da sociedade, consistindo na intervenção ativa na sua construção, o que é feito através da tomada de decisões e das atividades sociais em todos os níveis”. A participação social corresponde à conquista da “presença ativa e decisória nos processos de produção, distribuição, consumo, vida política e criação cultural.” (BORDENAVE, 1994, p. 20).

Assim, Dallari (1999) qualifica o termo, denominando-o de participação política, pois, para ele, intervir nas decisões de interesse da coletividade é o mesmo que tratar de política, constitui ato de poder.

O entendimento dos processos de participação da sociedade civil e sua presença nas políticas públicas nos conduz ao

entendimento do processo de democratização da sociedade brasileira. (GOHN, 2011, p.16)

A conquista de espaços democráticos onde fosse possível exercer a participação foi resultado de muitas lutas e a história da redemocratização brasileira e a promulgação da Constituição Federal de 1988 exprimem esse processo.

3. A FORMA DE GOVERNO REPUBLICANA E O REGIME POLÍTICO DEMOCRÁTICO

Primeiramente, é preciso esclarecer que forma de governo não se confunde com forma de Estado. "O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de forma de Estado" (SILVA, 2014, p. 100) , por outro lado, a forma de governo "se refere à maneira como se dá a instituição de poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce". (SILVA, 2014, p. 104)

A República é a forma de governo assumida pelo Estado Brasileiro, declarada logo no primeiro artigo do texto constitucional. Para apurar seu significado, recorreremos inicialmente ao sua origem etimológica, segundo a qual o termo *res publica* significa "coisa pública", opondo-se ao domínio de particulares e à restrição à interesses privados.

Ataliba (2011) destaca ainda que o princípio republicano foi prestigiado pelo povo brasileiro quando o plebiscito^[1] realizado no ano de 1993 no país consagrou, por maioria esmagadora, a forma republicana de governo.

O princípio republicano não é meramente afirmado, como simples projeção retórica ou

programática. É desdobrado em todas as suas consequências, ao longo do texto constitucional: inúmeras regras dando conteúdo exato e a precisa extensão da tripartição do poder; mandatos políticos e sua periodicidade, implicando alternância no poder; responsabilidades dos agentes públicos, proteção às liberdades públicas; prestação de contas; mecanismos de fiscalização e controle do povo sobre o governo, tanto na esfera federal como estadual ou municipal; a própria consagração dos princípios federal e da autonomia municipal etc. (ATALIBA, 2011, p. 27)

A tripartição de poderes, isto é, a divisão das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado, seria a forma mais perfeita para assegurar o regime republicano, pois engendra um sistema de freios e contrapesos que tende a controlar o poder. Cada um dos poderes produz atos inerente às sua função e também interferem no atos dos demais, impedindo ou contribuindo para sua produção.

Segundo ATALIBA (2011) a previsão legal da participação dos administrados no controle e fiscalização de políticas públicas, por exemplo, é uma implicação do princípio republicano no direito positivo.

Temos, portanto, o princípio republicano como substrato da participação política dos cidadãos. Dessa forma, a República brasileira consiste numa forma de governo em que o poder pertence a todos os

brasileiros, e pode ser exercido diretamente pelo povo ou por meio de seus representantes, oferecendo subsídios para ambas as formas de participação.

Quanto ao regime político, a Constituição estabelece, logo em seu primeiro artigo, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 525) ressalta que esta designação foi uma inovação que "sintetizou um movimento tendente a orientar o Estado de Direito a realizar os postulados da Democracia".

O elemento democrático vai limitar e legitimar do poder, como afirma CANOTILHO (1999). O exercício democrático do poder vai constituir uma liberdade positiva, em oposição à liberdade negativa liberal que implica um absentéismo estatal.

A concepção constitucional acerca de Estado Democrático de Direito assenta na soberania popular. O princípio participativo no exercício de poder tem guarida constitucional no parágrafo único do artigo 1º que dispõe expressamente : "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

O Estado brasileiro é constitucional e democrático, pois concretiza a soberania popular, radicada em instituições políticas básicas que garantam a participação do cidadão. Assim, temos que o regime político brasileiro oferece as garantias e instrumentos para realização da participação no plano prático.

4. A PARTICIPAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 320) afirma que "após a Constituição de 1988, consagrou-se a 'democracia participativa', combinando-se elementos representativos com os da democracia direta".

Assim, esta previsão abre caminho para implementação de instâncias e instrumentos de participação de cunho legislativo, judicial e administrativo. São manifestações da democracia participativa na seara legislativa o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular, previstos no art. 14, da CF:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular

O plebiscito consiste numa consulta popular prévia, isto é, antes de ser formulada proposta legislativa sobre uma determinada questão política ou institucional, enquanto que o referendo é uma consulta posterior à aprovação legislativa com vistas à ratificá-la ou rejeitá-la. Já a iniciativa popular de lei é uma prerrogativa atribuída ao povo de apresentar projetos de lei ao legislativo diretamente, desde que atendidas determinadas exigências.

São importantes instrumentos judiciais de participação democrática a ação civil pública e a ação popular. Ação popular é um meio de defesa dos interesses coletivos e difusos, e de controle dos atos da Administração Pública pelo povo. Conforme Manoel Jorge Silva Neto (2013, p. 869) "a ação popular converte-se em instrumento de participação política, efetivando concretamente o postulado da democracia participativa". Esse

direito é também uma garantia, e foi estabelecido no art.5º, LXXIII, da Constituição, senão vejamos:

Art.5º

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

No âmbito da Administração Pública diversos são os espaços em que é assegurada a participação popular: nos órgãos públicos colegiados nos quais sejam objeto de discussão e deliberação os interesses profissionais ou previdenciários dos trabalhadores e empregadores (art. 10), no Conselho da República cuja competência é se pronunciar sobre questões relevantes à estabilidade das instituições democráticas (art. 89, VII); do usuário no âmbito da Administração Direta e Indireta (art. 37, §3º); dos produtores e trabalhadores rurais no planejamento e execução agrícola (art. 187); dos trabalhadores, empregadores e aposentados nos órgãos colegiados da seguridade social (art. 194, VII); participação da comunidade nas ações e serviços de saúde (art. 198, III); participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas públicas e no controle das ações de assistências social (art. 204, II), entre outras.

5. CONCLUSÕES

A participação popular pode ter múltiplos significados, mas a Constituição elegeu o sentido que abarca a possibilidade de participação direta da população, além da capacidade de eleição de sua representação política. Essa escolha constitucional está diretamente ligada à previsão de que a República Federativa Brasileira é um Estado Democrático de Direito.

A dimensão do Estado Democrático de Direito vai ganhar expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios, regras, procedimentos, ferramentas e espaços onde a soberania popular se realiza, dispersos no texto constitucional.

Assim, a forma de governo republicana e o regime político democrático oferecem o fundamento constitucional para a realização da participação por meio dos espaços e instrumentos legislativos, administrativos e judiciais.

A reunião desses elementos vai fornecer os contornos da participação popular que a Constituição Federal de 1988, depois de um longo período autoritário e de exceção no Brasil, quis consagrar.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORDENAVE, Juan E. Díaz. **O que é participação**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOTA:

[1] Previsão do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: " No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País."

O DIREITO À TERRA COMO UM DIREITO HUMANO: A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos

sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direito à Terra. Função Social.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Direito à Terra como um Direito Humano: A Função Social da Terra à Luz da Constituição de 1988.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares

característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente

por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*” [2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*” [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo

passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

o ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira*

codificação a consagrar um rol 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”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “*pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e*

o que é injusto pela própria natureza humana”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta*

Libertati (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade

provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger

os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe

que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando

com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade*”[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos

direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”*[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é

possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “*são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo*

das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”[45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível^[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que “*os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo*”[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “*Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Direito à Terra como um Direito Humano: A Função Social da Terra à Luz da Constituição de 1988

É possível evidenciar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com profundos sulcos, condicionou a propriedade ao atendimento de sua função social, de maneira que, uma vez ausente a função social ambiental, o proprietário se vê obstado do pleno exercício de sua propriedade. Clara é a dicção do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Carta de Outubro, ao consagrar, de maneira expressa, que o direito de propriedade é garantido aos titulares que comprovarem o atendimento de sua função social. Ao lado disso, é possível verificar que, dentre os baldrames que norteiam as atividades econômicas, encontra-se, novamente, prevista a função social da propriedade, consoante se extrai do conteúdo do inciso III do artigo 170 da Constituição Cidadã. No tocante à propriedade rural, é observável que a função social da propriedade restará materializada quando houver a confluência, concomitantemente, dos seguintes fatores, quais sejam: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (iii) observação das disposições que regulam as relações de trabalho; e, (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Tecidos estes comentários, ao se considerar a indivisibilidade dos direitos humanos, cuida reconhecer que o direito humano à terra é imprescindível para a materialização de um sucedâneo de outros direitos, sobremaneira o direito humano à alimentação adequada. Ora, o direito humano em apreço tem bases jurídicas assentadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no PIDESC, que foi recepcionado pelo Texto Constitucional e detalhado no Comentário Geral 12, o qual concede destaque as possibilidades que têm o indivíduo de alimentar-se, seja

diretamente da terra produtiva ou de outros recursos naturais, tal como por meio de sistemas eficientes de distribuição, processamento e venda, que possam transportar o alimento de sua origem para o local necessário, de acordo com a demanda. Além disso, insta explicitar que tal comentário reclama a obrigação de tratamento igual a mulheres no que se refere ao acesso à terra e a outros insumos produtivos.

26. A estratégia deveria dedicar atenção especial à necessidade de evitar discriminação no acesso ao alimento ou a recursos para a alimentação. Isto deveria incluir garantias de acesso total e igual aos recursos econômicos, particularmente para as mulheres, inclusive o direito de herança e à titularidade da terra e de outras propriedades, crédito, recursos naturais e tecnologia apropriada; medidas para fazer respeitar e proteger o trabalho autônomo e o trabalho que forneça uma remuneração capaz de assegurar um padrão de vida decente para os assalariados e suas famílias (como estipulado no artigo 7 (a) (ii) do Pacto); manutenção de registros de direitos à terra (inclusive os florestais)[50].

Com destaque, dentre os principais dispositivos constitucionais e legislativos nacionais que colocam o acesso à terra como um direito está o princípio da função social da propriedade, o qual constitui o fundamento jurídico mais destacado para a reforma agrária. O artigo 184 da Constituição Federal de 1988 estabelece que compete ao governo federal à desapropriação de terras para fins de reforma agrária que não cumpram a

função social. O artigo 186, por seu turno, especifica que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ora, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insta salientar que o direito de propriedade perdeu o aspecto absoluto, ilimitado e intangível, caracterizados pela concepção individualista contida na Lei Substantiva Civil então vigente, sendo revestido, por conseguinte, de uma moldura social como fator de progresso e promoção de bem-estar de todos. Quando se diz que a propriedade privada tem uma função social, na verdade está se afirmando que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, não mais unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, sendo, precisamente, o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular. Cuida reconhecer que a Constituição Federal, ainda que implicitamente, reconheceu os contornos humanísticos do direito à terra, conferindo-lhe, inclusive, no cenário jurídico nacional, uma função social atrelada ao desenvolvimento de seus detentores.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 12 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 12 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral número 12: O Direito humano à alimentação (art. 11)**. Disponível em: <<http://www.sesc.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano](#)

8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 12 jul. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput,

inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 12 jul. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 12 jul. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por

mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os

magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 12 jul. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. 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”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

- [38] MORAES, 2011, p. 11.
- [39] SANTOS, 2003, s.p.
- [40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.
- [41] SANTOS, 2003, s.p.
- [42] BONAVIDES, 2007, p. 564.
- [43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.
- [44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.
- [45] BONAVIDES, 2007, p. 569.
- [46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro

Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 jul. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral número 12: O Direito humano à alimentação** (art. 11). Disponível em: <<http://www.sesc.com.br>>. Acesso em 12 jul. 2015.